



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Luciano de Almeida Maracajá

**O CRIME DE LENOCÍNIO NA LEGISLAÇÃO
PORTUGUESA E BRASILEIRA**
CONTRIBUTO PARA A COMPREENSÃO DO BEM
JURÍDICO-PENAL

Tese no âmbito do Doutoramento em Direito, ramo de Ciências
Jurídico-Criminais, orientada pela Professora Doutora Maria João
Silva Baila Madeira Antunes e apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra.

Setembro de 2019

1 2 9 0



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Luciano de Almeida Maracajá

**O CRIME DE LENOCÍNIO NA LEGISLAÇÃO
PORTUGUESA E BRASILEIRA**
CONTRIBUTO PARA A COMPREENSÃO DO BEM
JURÍDICO-PENAL

Tese no âmbito do Doutoramento em Direito, ramo de Ciências Jurídico-Criminais, orientada pela Professora Doutora Maria João da Silva Baila Madeira Antunes e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Setembro de 2019

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

O CRIME DE LENOCÍNIO NA LEGISLAÇÃO PORTUGUESA E BRASILEIRA

Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal

Luciano de Almeida Maracajá

Tese no âmbito do Doutoramento em Direito, ramo de Ciências Jurídico-Criminais, orientada pela Professora Doutora Maria João da Silva Baila Madeira Antunes e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Setembro de 2019.



UNIVERSIDADE D
COIMBRA



Agradecimentos

Atravessei o Atlântico e me reencontrei neste lugar. Por esta razão agradeço, primeiramente, à Universidade de Coimbra. *Alma mater* dos cursos jurídicos brasileiros, a Faculdade de Direito da instituição conimbricense me permitiu o acesso ao que existe de mais profundo e refinado no universo do Direito.

A Professora Doutora Maria João da Silva Baila Madeira Antunes, por assumir a orientação desta pesquisa de doutoramento, contribuindo com seu conhecimento e conselhos para manter-me em sintonia com os princípios e objetivos que me guiaram durante o trabalho. O seu auxílio permanente, seja com as indicações bibliográficas ou com o aperfeiçoamento do raciocínio desenvolvido, apontando o caminho a ser trilhado, foi o combustível que manteve aceso o compromisso individual na construção do conhecimento.

A todos os professores da Universidade de Coimbra que tive a honra e a satisfação de ser aluno, bem como aqueles que se constituíram como referências no decorrer da pesquisa, pela gradiosidade de sua contribuição ao universo jurídico português e brasileiro.

Aos servidores da biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pela permanente atenção, disposição, presteza e gentileza.

A Universidade Estadual da Paraíba, pelo incentivo na capacitação do seu corpo docente, do qual muito me honra fazer parte.

Ao Ministério Público do Estado da Paraíba, responsável por desenvolver, em mim, a inquietação com a problemática que acabou por se constituir como objeto desta tese de doutoramento.

A minha família, por compartilhar a experiência portuguesa e brasileira de construção do presente trabalho.

Finalmente, ao amigo Alex Meaux pelo constante diálogo sobre a temática, extremamente úteis para o desenvolvimento do raciocínio desta tese de doutoramento.

Resumo

A presente tese de doutoramento em ciências criminais intitulada “O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal” parte do pressuposto de que os tipos penais, na República Portuguesa e na República Federativa do Brasil, são manifestações particulares da tutela dos bens jurídico-penais, estes que se encontram expressa ou implicitamente contidos no texto constitucional dos respectivos Estados. A assunção desta perspectiva converge com as diretrizes contemporâneas do Direito Penal Sexual em função de sua natureza subsidiária e fragmentária, fulminando, pela inconstitucionalidade, incriminações de condutas ofensivas à moral social sexual. Assim, com base nesta premissa e alinhando-se a tais diretrizes doutrinárias, avalia-se qual ou quais, ou mesmo se existe(m) bem(s) jurídico-penal(is) tutelado(s) nos chamados “crimes de Lenocínio” previsto no artigo 169 do Código Penal Português e nos artigos 227 a 230 do Código Penal brasileiro, abrangendo, neste último caso os tipos penais intitulados “Mediação para servir a lascívia de outrem”, “Favorecimento à prostituição ou outra forma de exploração sexual”, “Casa de Prostituição” e “Rufianismo”. A análise é levada a cabo através de uma pesquisa de modalidade exploratória, de fundamentação bibliográfica e documental, tendo-se adotado o método de abordagem histórico-estrutural e valendo-se de pesquisa qualitativa ao longo de seis capítulos. No capítulo preambular, abordou-se o fenómeno da prostituição, especificando sua situação jurídica na realidade brasileira e portuguesa. A partir de então, adentrou-se, no segundo capítulo, na tessitura de perspectivas que concebem o Direito Penal a partir dos postulados da fragmentariedade e subsidiariedade, de modo a precisar que sua incidência, no âmbito de um Estado Democrático de Direito, só se justifica racionalmente quando há a imbricação destes dois primados, condensados na teoria do bem jurídico. Amparados na perspectiva constitucionalista do bem jurídico, buscou-se, no capítulo terceiro, precisar o bem jurídico-penal do Direito Penal Sexual, mergulhando na valoração da sexualidade em face do desenvolvimento e autorrealização do ser humano no mundo contemporâneo, reservando, neste âmbito, no capítulo quarto, reflexão concernente a possibilidade ínsita da vítima em dispor do bem jurídico-penal. No capítulo quinto expôs-se estudo doutrinário sobre as particularidades típicas dos crimes de Lenocínio em Portugal e no Brasil. Conclui-se, ao final, que os tipos previstos no artigo 169, nº1 do Código Penal português e os crimes, em sua forma simples, previstos nos artigos 227, 228, 229 e 230 do Código Penal brasileiro (Mediação para servir a lascívia de outrem, Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual, Casa de Prostituição e Rufianismo) não possuem bem jurídico-penal, resguardando, segundo a redação hoje vigente, valores morais que não encontram respaldo com a ordem constitucional vigente nestes Estados.

PALAVRAS-CHAVE: Bem jurídico-penal. Lenocínio. República Portuguesa. República Federativa do Brasil. Inconstitucionalidade.

O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

Abstract

The present doctoral thesis in the criminal sciences entitled, “The Crime of Lenocinus in the Portuguese and Brazilian legislation. Contributes to the understanding of the juridical-criminal object” which comes from the assumption that the criminal offenses in the Portuguese Republic and in the Federative Republic of Brazil are specific manifestations, which are expressly or implicitly in the Brazilian constitution. The assumption of this perspective comes towards the contemporary guidelines of Sexual Criminal Law based on its subsidiary and fragmentary nature, ending, by the unconstitutionality, incriminations of offensive procedures to the sexual social morality. Thus, based on this and according to such doctrinal guidelines, it is evaluated which, or even if there are protected juridical-criminal object in the "Crimes of Lenocinius" according to 169 article of the Portuguese Penal Code and from 227 to 230 articles of the Brazilian Penal Code, covering to the types of "Mediation to serve the sexual desire of others", "Favoring prostitution or other form of sexual exploitation", "whorehouse" and "Rufianismo". The analysis was carried out through exploratory research, bibliographical and documentary foundations, using the method of historical-structural approach and qualitative research in the six chapters. The introductory chapter addressed the phenomenon of prostitution, by narrowing its legal situation in the Brazilian and Portuguese reality. In the second chapter, the context of criminal law perspectives based on the postulates of fragmentarity and subsidiarity is presented in order to make it clear that their impact, within a Democratic State of Law, only gets justified rationally when there is the imbrication of these two primacies, condensed in the theory of juridical-criminal object. Based on the constitutionalist perspective of the juridical-criminal object, the third chapter seeks to specify its effects in the Sexual Criminal Law, immersing itself in the valuation of sexuality in the face of the development and self-actualization of the human being in the contemporary world. The fourth chapter brings awareness to the possibility of the victim to dispose of the legal-criminal good. In the fifth chapter presents the doctrinal study on the typical characteristics of the crimes of Lenocinus in Portugal and in Brazil. We concluded that according to 169 article, first paragraph, of the Portuguese Penal Code and its crime, in their simple form, that are based on 227, 228, 229 and 230 articles of the Brazilian Penal Code (Mediation to serve the sexual desire of others, Favoring prostitution or other form of sexual exploitation, Whorehouse and Rufianismo) do not have legal criminal law, protecting, according to the currently low, moral values that are not protected by the constitution of these States.

KEY WORDS: Juridical-criminal object. Lenocinius. Portuguese Republic. Federative Republic of Brazil. Unconstitutionality.

Índice

Agradecimentos.....	2
Resumo	3
Abstract	4
Índice.....	5
Introdução	7
1 A PROSTITUIÇÃO E A CRIMINALIZAÇÃO DAS SUAS ATIVIDADES ACESSÓRIAS.....	16
1.1 A prostituição no decorrer do tempo.....	18
1.1.1 A prostituição em Portugal.....	28
1.1.2 A prostituição no Brasil.....	34
1.2 Os sistemas jurídicos dados pelos Estados à prostituição.....	42
1.3 Conceito contemporâneo de prostituição.....	52
2 DIREITO PENAL SEXUAL: MISSÃO E LIMITES.....	60
2.1 A fragmentariedade do Direito Penal.....	65
2.2 A subsidiariedade do Direito Penal.....	67
2.3 A fragmentariedade e a subsidiariedade do Direito Penal Sexual	72
2.4 Conceitos e percepções do bem jurídico.....	75
2.4.1 Teorias do bem jurídico no Direito Penal	79
2.4.1.1 As considerações de Feuerbach e Birnbaum sobre o bem jurídico	82
2.4.1.2 As considerações de Binding sobre o bem jurídico.....	87
2.4.1.3 As considerações de Von Liszt sobre o bem jurídico	91
2.4.1.4 Considerações sobre o bem jurídico a partir do pensamento neokantiano.....	94
2.4.1.5 Teorias contemporâneas sobre o bem jurídico	97
2.4.1.5.1 Teorias sociológicas sobre o bem jurídico	98
2.4.1.5.1.1 Teoria da sociedade de risco.....	109
2.4.1.5.1.2 Teoria funcionalista-teleológica	112
2.4.1.5.2 Teorias constitucionalistas sobre o bem jurídico.....	114
3 O BEM JURÍDICO PENAL DO DIREITO PENAL SEXUAL.....	123
3.1 Outras funções dos bens jurídicos em relação à Constituição.....	127
3.2 O bem jurídico-penal.....	131
3.3 O bem jurídico-penal do Direito Penal Sexual	135
3.4 A liberdade sexual como um bem jurídico-penal	143
3.4.1 A liberdade sexual e a tolerância.....	153
3.4.2 A liberdade sexual como um bem jurídico-penal na legislação criminal portuguesa..	156
3.4.3 A liberdade sexual como um bem jurídico-penal na legislação criminal brasileira.....	158
4 O PAPEL DO CONSENTIMENTO NOS CRIMES SEXUAIS	162
4.1 Percepções teóricas sobre o consentimento no Direito Penal	169
4.2 Condições de validade do consentimento.....	178

4.2.1 Capacidade de compreensão do consenciente.....	182
4.2.2 A questão da vulnerabilidade na capacidade de consentir.....	184
4.2.3 A presunção do consentimento.....	187
4.2.4 Vício de vontade no consentimento: erro, fraude, ameaça e violência.....	191
4.3 Os bons costumes como limite do consentimento.....	196
5 O LENOCÍNIO EM PORTUGAL E NO BRASIL.....	199
5.1 O crime de Lenocínio.....	203
5.1.1 O crime de Lenocínio na República Portuguesa.....	204
5.1.2 O crime de Lenocínio na República Federativa do Brasil.....	214
5.1.2.1 Mediação para servir a lascívia de outrem.....	215
5.1.2.2 Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual.....	219
5.1.2.3 Casa de Prostituição.....	224
5.1.2.4 Rufianismo.....	230
6 A AUSÊNCIA DE BEM JURÍDICO-PENAL NOS CRIMES DE LENOCÍNIO EM PORTUGAL E NO BRASIL.....	237
6.1 A ausência de bem jurídico-penal no crime de Lenocínio previsto no nº 1 do Código Penal português.....	238
6.1.1 Apreciação jurisprudencial sobre a (in)constitucionalidade do crime previsto no nº 1 do art. 169 do Código Penal português.....	244
6.2 A ausência de bem jurídico-penal nos crimes previstos nos artigos 227 a 230 do Código Penal brasileiro, em sua modalidade simples.....	278
6.2.1 Apreciação jurisprudencial sobre a (in)constitucionalidade dos crimes previstos nos artigos 227 a 230 do Código Penal brasileiro.....	292
Conclusão.....	322
Bibliografia.....	331

Introdução

Considerações de natureza moral - abrangendo posturas éticas, religiosas ou, ainda, ideológicas - sobre o exercício da sexualidade humana, têm, inequivocamente, influenciado o direito na criminalização de condutas, restringindo a discricionariedade do comportamento sexual individual. No decorrer da história, o diálogo entre as dimensões da sexualidade enquanto manifestação individual, por um lado, e a submissão a padrões desejáveis de comportamento pelo Estado, por outro, gerou consequências no mundo jurídico mediante a criação de tipos penais, dando origem ao ramo do Direito Penal denominado Direito Penal Sexual¹.

Nesta vertente do Direito Penal há expressiva doutrina contra a influência moralizadora que a acompanha, provocando questionamentos, desde algum tempo, sobre a legitimidade da criminalização de condutas ofensivas a dada moral social sexual, aos bons costumes. O argumento principal tem consistido na necessidade de se estabelecer a distinção do que é direito e do que é moral, de modo a analisar se a conduta sexual incriminada está a refletir concepções de natureza moral e em que medida ela merece proteção no universo jurídico-penal.

Pude vivenciar o reflexo destas discussões empiricamente, enquanto membro do Ministério Público do Estado da Paraíba², na República Federativa do Brasil, quando foi promulgada a Lei nº 11.106, aos 28 de março de 2005, revogando-se o crime de adultério, previsto no artigo 240 do Código Penal brasileiro³, tendo o legislador, sob a influência das considerações a respeito do Princípio da Adequação Social, fulminado este tipo do ordenamento jurídico do referido país.

¹ Segundo Greco e Rassi, o estabelecimento de regras para tutelar o comportamento sexual humano, pelo direito penal é que deu origem ao que os estudiosos do direito passaram a chamar de Direito Penal Sexual, ramo no qual estão incluídos aqueles subgrupos de crimes cujo núcleo central diz respeito a uma ação sexual. GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 23.

² Ministério Público do Estado da Paraíba. Disponível em: <<http://www.mppb.mp.br/>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

³ “Adultério. Art. 240. Cometer adultério: pena – detenção de 15 dias a seis meses. §1º Incorre nas mesmas penas o co-réu. §2º A ação penal somente pode ser intentada pelo cônjuge ofendido e, dentro de 1 mês após o conhecimento do fato. §3º A ação penal não pode ser intentada: I – pelo cônjuge desquitado; II – pelo cônjuge que consentiu no adultério ou o perdoou, expressa ou tacitamente. §4º O juiz pode deixar de aplicar a pena: I – se havia cessado a vida em comum dos dois cônjuges; II – se o querelante havia praticado quaisquer dos atos previstos no art. 317 do Código Civil”. BRASIL, Planalto. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 jan. 2019.

Na prática, a acolhida da revogação, pelo legislador, atendeu as críticas que não observavam ofensividade social no adultério, delito que incriminava valor moral que não encontrava razão de ser na ordem constitucional brasileira, implicando indesejável influência estatal na esfera privada do indivíduo. Neste sentido, há de se destacar que, já naquela oportunidade da revogação do crime de adultério, questionava-se porque idêntico tratamento não fora dado aos chamados “crimes de Lenocínio”, aqueles descritos nos artigos 227 a 230 do Código Penal brasileiro que, não obstante considerar a prostituição um fato atípico, incriminam atividades acessórias a esta prática social⁴.

Muito embora no decorrer do tempo tenha havido, nos tribunais de superposição brasileiros, isto é, o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ), a apreciação da apontada inconstitucionalidade de alguns dos crimes de Lenocínio, tem-se firmado o

⁴ “Mediação para servir a lascívia de outrem. Art. 227 - Induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem: Pena - reclusão, de um a três anos. § 1º Se a vítima é maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos, ou se o agente é seu ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro, irmão, tutor ou curador ou pessoa a quem esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda: Pena - reclusão, de dois a cinco anos. § 2º - Se o crime é cometido com emprego de violência, grave ameaça ou fraude: Pena - reclusão, de dois a oito anos, além da pena correspondente à violência. § 3º - Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa. Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual. Art. 228. Induzir ou atrair alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilitá-la, impedir ou dificultar que alguém a abandone: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. § 1º Se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância: Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos. § 2º - Se o crime, é cometido com emprego de violência, grave ameaça ou fraude: Pena - reclusão, de quatro a dez anos, além da pena correspondente à violência. § 3º - Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa. Casa de prostituição. Art. 229. Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente: Pena - reclusão, de dois a cinco anos, e multa. Rufianismo. Art. 230 - Tirar proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. § 1º Se a vítima é menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos ou se o crime é cometido por ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou por quem assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância: Pena - reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. § 2º Se o crime é cometido mediante violência, grave ameaça, fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vontade da vítima: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, sem prejuízo da pena correspondente à violência”. BRASIL, Planalto. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 jan. 2019.

entendimento de que o Princípio da Adequação Social não tem o condão de revogar tipos penais⁵. Assim, foi a busca por compreender onde residiria a legitimidade do Estado para incriminar estes delitos que surgiu o interesse sobre os bens jurídico-penais.

Com este conceito⁶, os tipos penais são compreendidos como manifestações particulares da tutela jurídica dos bens jurídicos, constituindo-se a lesão aos bens elemento indispensável para caracterizar a tipicidade. A assunção desta perspectiva converge com as diretrizes contemporâneas do Direito Penal Sexual no sentido de afastar, do seu universo, a incriminação de condutas ofensivas a dada moral social sexual, aos bons costumes.

⁵ O Princípio da Adequação Social, cuja fórmula inicial se atribui ao professor Welzel, serve tanto como princípio orientador do legislador quando da criação ou revogação das figuras típicas, bem como vetor interpretativo das normas penais. De acordo com as palavras do seu criador: “na função dos tipos de apresentar o ‘modelo’ de conduta proibida se põe de manifesto que as formas de conduta selecionadas por eles têm, por uma parte, um caráter social, quer dizer, estão referidas à vida social, mas, por outra parte, são precisamente inadequadas a uma vida social ordenada. Nos tipos se faz patente a natureza social e ao mesmo tempo histórica do direito penal: assinalam as formas de conduta que se apartam gravemente das ordenações históricas da vida social. Isto repercute na compreensão e interpretação dos tipos, que por influência da doutrina da ação causal eram demasiadas restritas, enquanto se via a essência do tipo em lesões causais dos bens jurídicos”. WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán*. Santiago: Jurídica do Chile, 1993. p. 66.

⁶ Seguindo a esteira de Zaffaroni, considera-se que um bem jurídico penalmente tutelado é uma relação de disponibilidade de uma pessoa com um objeto, protegido pelo Estado, que revela seu interesse mediante normas que proíbem determinadas condutas que as afetam, aquelas que são expressadas como a tipificação dessas condutas. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar, 1982, volumes 1 e 3. p. 238.

Doutrinadores como Silveira⁷, Natscheradetz⁸, Greco e Rassi⁹, Roxin¹⁰, Figueiredo Dias¹¹, Costa Andrade¹², Pierangeli e Souza¹³, Franco¹⁴, por exemplo, concordam com esta separação, reconhecendo que o Direito Penal Sexual partilha do mesmo caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal, de modo que sua intervenção, no âmbito de um Estado Democrático de Direito¹⁵, só

⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Por um novo direito penal sexual: a moral e a questão da honestidade. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 33, p.133-158, jan./mar. 2001.

⁸ NATSCHERADETS, Karl Prelhaz. *O Direito Penal Sexual*. Coimbra – Portugal: Almedina, 1985. pp. 74-75.

⁹ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 25.

¹⁰ ROXIN, C. *Derecho Penal: parte general*. Tomo I. *La estructura de la teoria del delito*. Trad. Diego-Manuel Lozon Penã y Garcia Conlledo e Remensal. Madrid: Civitas, 2008. p. 63.

¹¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: parte geral*. Tomo I. 2.ed. Coimbra - Portugal: Coimbra Editora, 2012a. p. 124.

¹² COSTA ANDRADE, Manuel. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Coimbra Editora. Portugal. 2004. p. 382.

¹³ PIERANGELI, José Henrique; SOUZA, Carmo Antônio. *Crimes Sexuais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 01.

¹⁴ FRANCO, Alberto Silva *et al.* *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo - Brasil: Revista dos Tribunais, 2002.

¹⁵ Este é um conceito complexo. Sua utilização, nesta tese de doutoramento, levará as considerações feitas por Bobbio sobre “Estado de Direito” e sobre “Democracia”, de modo que a imbricação destes dois conceitos ditará a tônica do que se compreende como tal. Neste sentido, para o pesquisador, o Estado de Direito considera que o governo da lei compreende duas situações com significados diferentes, embora implicadas reciprocamente, cada uma com seus defensores, de modo que nesta realidade um governo poderá exercer o poder segundo leis preestabelecidas (governo sub lege) e/ou o governo poderá exercê-lo mediante leis, ou melhor, através da emanção (se não exclusiva, ao menos predominante) de normas gerais e abstratas. Para que o Estado de Direito seja Democrático, devem incidir nessa formulação conceitual a perspectiva de Bobbio, as universais procedimentais que caracterizam a democracia: “1) todos os cidadãos que tenham alcançado a maioria etária sem distinção de raça, religião, condição econômica, sexo, devem gozar de direitos políticos, isto é, cada um deles deve gozar do direito de expressar sua própria opinião ou de escolher quem a expresse por ele; 2) o voto de todos os cidadãos deve ter igual peso; 3) todos aqueles que gozam dos direitos políticos devem ser livres para poder votar segundo sua própria opinião formada, ao máximo possível, livremente, isto é, em uma livre disputa entre grupos políticos organizados em concorrência entre si; 4) devem ser livres também no sentido em que devem ser colocados em condições de escolher entre diferentes soluções, isto é, entre partidos que tenham programas distintos e alternativos; 5) seja para as eleições, seja para as decisões coletivas, deve valer a regra da maioria numérica, no sentido de que será considerado eleito o candidato ou será considerada válida a decisão que obtiver o maior número de votos; 6) nenhuma decisão tomada por maioria deve limitar os direitos da minoria, particularmente o direito de se

O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

se justifica para proteger os bens jurídicos mais relevantes e unicamente quando a ofensa ao bem for intolerável, relegando a outros ramos do direito uma tutela mais adequada quando da ocorrência de lesões não tanto ofensivas.

Dentro desta dimensão conceitual, a perspectiva teórica que se tem é a de que o único instrumento capaz de realizar a concretização do bem jurídico-penal dentro de um Estado Democrático de Direito, exercendo uma função crítica e limitadora do *jus puniendi* é a Constituição¹⁶, de modo que, na esteira de Prado¹⁷ e de Figueiredo Dias¹⁸, o conceito de bem jurídico deve ser inferido da Constituição, considerando-se sua vocação como concretizador dos valores constitucionais, expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais e à ordenação social, política e econômica. Somente assim “é que os bens jurídicos dignos de tutela penal ou com dignidade jurídico-penal, transformam-se em bens jurídico-penais”¹⁹.

Reconhecidas tais premissas, já no primeiro ano do curso de Doutorado na Universidade de Coimbra, na República Portuguesa, constatei a existência de discussões doutrinárias²⁰ e jurisprudenciais que eram, em determinados pontos, semelhantes àquelas que havia

tornar por sua vez maioria em igualdade de condições”. BOBBIO, Norberto. *O Futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução M. A. Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 1986. Pp. 156-157 e _____. *Teoria geral da política: a filosofia política e a lição dos clássicos*. Organizado por Michelangelo Bovero. Tradução de Daniela B. Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

¹⁶ A maioria da doutrina estrangeira e pátria tem seguido essa diretriz, como exemplo, cita-se: Polaino Navarrete, Brícola, Francesco Palazzo, Roxin, Maria da Conceição Ferreira da Cunha, Figueiredo Dias, Luiz Regis Prado, Cezar Bittencourt, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes, Maria Auxiliadora Minahin, Alessandra Rapassi, entre outros.

¹⁷ PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 5.ed. Rio de Janeiro – RJ – Brasil: Revista dos Tribunais, ano 2011. pp. 62-63.

¹⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Temas básicos da doutrina penal: sobre os fundamentos da doutrina penal; sobre a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001. p. 173.

¹⁹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Temas básicos da doutrina penal: sobre os fundamentos da doutrina penal; sobre a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001. p. 173.

²⁰ A exemplo de: RODRIGUES, Anabela Miranda; FIDALGO, Sónia. In: *Comentários Conimbrincense do Código Penal: parte especial*. (dir J. de Figueiredo Dias). Vol. 1. 2ª Edição. Coimbra – Portugal: Coimbra Editora, 2012. Pp. 797-798, FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: parte geral*. Tomo I. 2.ed. Coimbra - Portugal: Coimbra Editora, 2012a. p. 124., RAPOSO, Vera Lúcia. *Da moralidade à liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual*. Liber Discipulorum para Jorge Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, 2003. p. 933, MALAFIA, Joaquim. A inconstitucionalidade do nº 1 do artigo 169 no código penal. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra, v. 19, p. 39-57, jan/mar. 2009. p. 48 e ALBERGARIA, Pedro Soares de; LIMA, Pedro Mendes. O crime de lenocínio entre o moralismo e o paternalismo jurídicos. In: *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*. Ano 22, nº 2. Editora Coimbra. abril-junho 2012. p. 219.

O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

vivenciado e que ainda ocorriam no Brasil, especialmente a respeito da incriminação do Lenocínio, destacando-se, na realidade portuguesa, a impossibilidade da norma insculpida no art. 169, nº1 do Código Penal²¹ viger naquele ordenamento, justamente por estar a proteger valores morais, alheios a realidade axiológica da Constituição Portuguesa.

Em profundidade, portanto, foram estas divergências doutrinárias e jurisprudências portuguesas e brasileiras – além da indignação com a interferência indevida do Estado em detrimento de um dos valores mais intrínsecos da dignidade humana: a liberdade sexual - que motivaram a realização deste trabalho, cujo objetivo é o de responder ao questionamento sobre qual o bem jurídico com dignidade penal e amparo constitucional tutelado no crime de “Lenocínio”, previsto no Código Penal português e nos crimes de “Mediação para servir a lascívia de outrem”, de “Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual”, de “Casa de Prostituição” e de “Rufianismo” do Código Penal brasileiro.

Pelo fato desta pesquisa envolver, em função do conceito de bem jurídico e da perspectiva teórica que se tem dele, relação estreita entre o Direito Penal e o Direito Constitucional português e brasileiro, considerar-se-á o catálogo de metanormas sistematizada por Hesse²² como método hermenêutico, de matiz concretizador, da lei maior, ou seja, os princípios da unidade da constituição, do efeito integrador, da concordância prática, da força normativa, da máxima efetividade e da conformidade funcional²³.

²¹ “Artigo 169º. Lenocínio. 1 – Quem, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa de prostituição é punido com pena de prisão de seis meses a cinco anos”. PORTUGAL, Diário da República Eletrónico. *Código Penal*. Decreto Lei nº 48/95. Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/107981223/201708230500/indice>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

²² HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

²³ De acordo com Hesse, o princípio da unidade da constituição determina que ao intérprete reconheça a ausência de hierarquia entre os dispositivos constitucionais e proceda à harmonização das tensões e contradições existentes entre as normas constitucionais decorrentes do pluralismo e do antagonismo ideológico que antecedeu o pacto institucional do Estado. O princípio do efeito integrador demanda o compromisso com critérios que favoreçam a integração política e social, produzindo um efeito integrador e conservativo da unidade. O princípio da concordância prática impõe ao intérprete o dever de coordenar os bens jurídicos em conflito, em cotejo com o princípio da proporcionalidade. Já o princípio da força normativa alerta para que a exegese não implique no enfraquecimento da normatividade constitucional, possibilitando, ao contrário, a máxima efetividade dos direitos fundamentais. Finalmente, o princípio da conformidade funcional serve de orientação aos órgãos encarregados de interpretar a constituição, alertando-os para que procedam seu mister dentro dos respectivos limites funcionais. HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. pp. 65-69.

Outrossim, para elucidar o questionamento norteador da presente tese de doutoramento, realizou-se uma pesquisa de modalidade exploratória, de fundamentação bibliográfica e documental. No campo da análise bibliográfica, recorreu-se à literatura especializada sobre o tema, já no que concerne à análise documental, procedeu-se a investigação de julgados proferidos pelos tribunais de superposição da República Portuguesa, o Tribunal Constitucional Português e da República Federativa do Brasil, o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ).

O método de abordagem adotado foi o histórico-estrutural - valendo-se de pesquisa qualitativa - escolhido pelo fato de propiciar coesão analítica na interpretação das transformações das estruturas políticas, institucionais, culturais e sociais na qual o próprio direito, e mais especificamente o Direito Penal Sexual se insere, por esta razão, nos capítulos 1 e 2, recorreu-se a apreciações históricas sobre a prostituição e a criminalização das atividades acessórias em Portugal e no Brasil e sobre o conceito de bem jurídico, no que concerne às perspectivas teóricas que paulatinamente procuraram situá-lo no universo jurídico-penal.

Quanto à estrutura do trabalho, optou-se por dividi-lo em seis capítulos. No capítulo preambular, procedeu-se a uma exposição de situação de fato que, em profundidade, implica a problemática da presente tese de doutoramento. Discutiu-se, portanto, o fenómeno da prostituição, avaliando-a em sua historicidade, hodierna situação jurídica na realidade estatal portuguesa e brasileira, além do conceito contemporâneo.

A transversalidade que este tema possui em relação ao objeto de estudo deste trabalho possibilitou, em seguida, explicitar o *status quo* da criminalização das condutas acessórias da prostituição na República Portuguesa e na República Federativa do Brasil, adentrando, ainda que propedeuticamente, no universo das considerações de âmbito moral que subjazem o Direito Penal Sexual de ambos os Estados.

Feitas estas considerações e pontuado as definições necessárias para o desenvolvimento do trabalho, situando o leitor na problemática abordada, adentrou-se, no segundo capítulo, na tessitura de perspectivas que concebem o Direito Penal a partir dos postulados da fragmentariedade e subsidiariedade, de modo a precisar que sua incidência, no âmbito de um Estado Democrático de Direito, só se justifica racionalmente quando há a imbricação destes dois primados, condensados na teoria do bem jurídico.

Desse modo, no capítulo segundo, a partir do desenvolvimento destes argumentos, buscou-se iniciar o questionamento sobre se dentre os atos sexuais humanos, estes que se encontram criminalizados expressam efetivamente ilicitude e culpabilidade, merecendo reprovação da sociedade, ou se devem ser afastados do universo jurídico pela sua irrelevância neste âmbito, principalmente quando fundamentados em dada moral social sobre a sexualidade humana.

Precisou-se, então, que a perspectiva constitucionalista estrita do bem jurídico, aquela que enxerga que o bem jurídico protegido pela norma penal deve sofrer um processo de avaliação diante O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

dos valores constitucionais para, assim, ter relevância no âmbito penal, constitui-se como a maneira mais satisfatória para justificar a incidência do Direito Penal do *ius libertatis*, principalmente quando concernente à esfera sexual do indivíduo.

No terceiro capítulo, incorporadas tais considerações ao raciocínio textual, buscou-se precisar o bem jurídico-penal do Direito Penal Sexual, mergulhando na valoração da sexualidade em face do desenvolvimento e autorrealização do ser humano no mundo contemporâneo. Destacou-se as múltiplas relações entre o Direito Constitucional e o Direito Penal e, dentre elas, outras funções assumidas pelo bem jurídico, tecendo, então, a noção de bem jurídico-penal, aquele que, protegidos pelo Direito Penal, devem ser considerados como concretizações de valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais e à ordenação social, política e econômica.

Neste sentido, a fim de possibilitar a máxima proteção aos direitos fundamentais dos indivíduos, quando em jogo estivesse afeita a regulação da sexualidade humana pelo Estado, demonstrou-se como a imbricação da dignidade humana, fundamento dos Estados brasileiro e português e, especificamente, a liberdade sexual, constitui-se como o bem jurídico-penal do Direito Penal Sexual.

A partir destas considerações, discutiu-se, no capítulo quarto, a possibilidade ínsita da vítima, principalmente a vítima dos crimes sexuais, em dispor do bem jurídico-penal. Adentrou-se, inicialmente, nas concepções da incidência do consentimento na teoria do tipo para, então investigar as diversas singularidades da vítima em relação a capacidade de consentir com a ação criminosa de terceiro sobre bem jurídico que lhe é inerente.

Investigou-se, em seguida aspectos concernentes às condições de validade do consentimento: a capacidade de compreensão do consenciente, a vulnerabilidade na capacidade de consentir, a presunção do consentimento e os vícios de vontade que podem vir a macular o consentimento, anulando seus efeitos. Finalizou-se o capítulo discutindo sobre a incidência dos bons costumes como um limite do consentimento, situação vigente na realidade criminal portuguesa.

No quinto capítulo, recorreu-se ao estudo doutrinário das particularidades típicas dos crimes de Lenocínio previstos nos artigos 169 e 175 do Código Penal português, por um lado, e artigos 227, 228, 229 e 230 do Código Penal brasileiro, por outro, demonstrando como tais delitos vem sendo compreendidos, hodiernamente, em Portugal e no Brasil. Assim, neste âmbito, apontou-se o bem jurídico dos tipos, os sujeitos do delito, o tipo subjetivo, o momento em que cada infração penal chega ao momento consumativo, bem como a figura da tentativa. Apontou-se, também, a forma qualificada dos precitados tipos penais.

Finalmente, feitas estas considerações e amparando-se no raciocínio desenvolvido nos capítulos anteriores, respondeu-se, então, no sexto capítulo, ao questionamento acerca de qual é o

bem jurídico com dignidade penal e amparo constitucional tutelado no crime de Lenocínio, previsto no Código Penal português e nos crimes previstos nos artigos 227 a 230 do Código Penal brasileiro.

Desenvolveu-se a arguição - fundada na perspectiva assumida sobre o Direito Penal e, especialmente do Direito Penal Sexual, considerando-se o conceito de bem jurídico-penal e a percepção constitucional que se tem deste - de que os tipos previstos no artigo 169, nº1 do Código Penal português e os crimes, em sua forma simples, previstos nos artigos 227, 228, 229 e 230 do Código Penal brasileiro estão a resguardar, segundo a redação hoje vigente, valores morais que não se constituem enquanto bem jurídico-penais, ou seja, de que esta proteção não ostenta respaldo com a ordem constitucional portuguesa e brasileira.

O desenvolvimento desta conclusão se deu de maneira dúplice. Avaliou-se, inicialmente, a realidade do tipo previsto no artigo 169, nº1 do Código Penal português, primeiramente sob o âmbito teórico e, posteriormente, jurisprudencial, a fim de demonstrar a posição hoje vigente do Estado Português a respeito da constitucionalidade deste delito, mediante a apreciação de Acórdãos proferidos pelo Tribunal Constitucional deste país.

Prosseguiu-se, do mesmo modo, a apreciação dos crimes previstos nos artigos 227 a 230 do Código Penal brasileiro sob o âmbito teórico e, em seguida jurisprudencial, destacando, da mesma forma, a insustentável perspectiva de constitucionalidade de parte destes delitos assumida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ), tribunais de superposição da República Federativa do Brasil.

Procedeu-se, portanto, no capítulo sexto, a um mergulho na dimensão fragmentária e subsidiária dos tipos em cotejo com a avaliação do bem jurídico-penal. Discussão levada a cabo tendo como parâmetro o arcabouço normativo disposto nas Constituições portuguesa, por um lado e brasileira, por outro, apresentando, ainda, discussões jurisprudenciais sobre a constitucionalidade dos referidos delitos.

Finalizamos, então, o trabalho, concluindo pela ausência de bem jurídico com dignidade penal e subsídio constitucional, no crime de Lenocínio previstos no nº1 do artigo 169 do Código Penal português e nos crimes de Mediação para servir a lascívia de outrem, Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual, Casa de Prostituição e Rufianismo, previstos nos artigos 227 a 230 do Código Penal brasileiro.

I A PROSTITUIÇÃO E A CRIMINALIZAÇÃO DAS SUAS ATIVIDADES ACESSÓRIAS

Não se pode deixar de reconhecer que a sexualidade humana tem guardado particular interesse à ciência penal. Ao longo da história, elementos como o preconceito, a moral, a religião, têm agido como vetores, incidindo na compreensão da sexualidade do ser humano, de modo a afetar o Direito Penal. A sexualidade, aliás, compreende toda manifestação do instinto sexual humano²⁴, da qual derivam normas sociais, jurídicas e religiosas que apresentam algum tipo de sanção. Na verdade, está-se diante de um conceito complexo, investigado de maneira multidisciplinar, principalmente pelos campos históricos, socioculturais, psicológicos e médico-biológicos.

Para Silveira, por exemplo, as condutas relacionadas ao sexo, em suas mais variadas acepções, explicitam a visão da sociedade em determinado momento histórico. Já no âmbito sociológico é a construção social que desponta como elemento central do estudo da sexualidade, fornecendo subsídios para a compreensão da relação entre o comportamento sexual humano e o tratamento jurídico que lhe é dispensado²⁵.

Conforme explica Jorio, as atividades sexuais humanas unem pulsões biológicas a estímulos afetivos e culturais, de modo que o sexo, mais do que algo natural, passa a ser uma necessidade para a maioria dos seres²⁶. Entretanto, há de se considerar que, para que seja salutar, ele deve ocorrer em determinadas condições, pois: “na mesma medida em que pode ser construtivo,

²⁴ Para Natscheradetz, do ponto de vista antropológico, existem dois aspectos fundamentais que distinguem o comportamento sexual humano do comportamento sexual animal: I – os instintos sexuais humanos não apresentam um ritmo periódico; contrariamente aos (restantes) dos animais tais instintos estão continuamente presentes. O comportamento sexual humano apresenta uma plasticidade quase universal, tão vasto é o âmbito das suas manifestações (que vão desde as formas de comportamento mais ‘aberrantes’ as mais sublimes criações artísticas), encontrando-se praticamente todos os órgãos dos sentidos humanos ao serviço da sexualidade, não obstante a existência de zonas sexuais primárias do corpo; II – nas relações sexuais humanas a sensação de prazer está separada do instinto de reprodução da espécie, entendendo-se o prazer como um objetivo do comportamento sexual. As tendências humanas do desejo e satisfações sexuais não apresentam assim, do ponto de vista biológico-reprodutor, um caráter funcional. Ora, a dissociação entre a união física e a função de reprodução, desde muito cedo tentada pelo homem e reprovada pela maioria das morais e religiões, tem como consequência fazer do homem o único ser que aspira ao êxtase, ao *Befindlichkeit*”. NATSCHERADETS, Karl Prelhaz. *O Direito Penal Sexual*. Coimbra – Portugal: Almedina, 1985. p. 73.

²⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes Sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual*. São Paulo: *Quartier Latin*, 2008. p. 19.

²⁶ JORIO, Israel Domingos. *Crimes Sexuais*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2018. p.28.

tem o condão de ser destrutivo, traumático, aviltante física, psicológica e emocionalmente. Por isso é impensável que o seu exercício seja absolutamente livre e isento de restrições pontuais”²⁷.

Consigne-se, neste âmbito, que cada sociedade estabelece valorações sobre o ‘certo’ e o ‘errado’, sobre o ‘positivo’ e o ‘negativo’, fundamentando seus costumes, regras, tabus e convenções acerca da conduta sexual humana - realidade modificada e condicionada pelo tempo e pelas contingências culturais. Assim, não surpreende a constatação de que estudo do Direito Penal, voltado à seara sexual, não possa prescindir de uma análise mais próxima do contexto social em que se apoia, conforme asseveram Greco e Rassi²⁸.

Considerando estes aspectos destacados, há de se consignar que, na presente tese de doutoramento, aspecto da conduta humana relacionada ao sexo, a prostituição, constitui-se como um tema transversal no objeto de estudo a ser investigado: o bem jurídico nos crimes de Lenocínio nas legislações brasileira e portuguesa. Estes crimes²⁹, de forma propedêutica, podem ser concebidos como aqueles que implicam a punição, pelo Estado, de quem explora ou se serve do exercício da prostituição de terceira pessoa. O termo designado para nomeá-los, “Lenocínio”, aliás, provém do latim, *lenocinium*, que em sentido próprio remetia a noção de “tráfico de escravas”. Já em sentido figurado denotava “sedução”, “atrativo”, “encanto” ou mesmo “enfeite exagerado, artificial”³⁰, carregando desde então um valor depreciativo. De acordo com Bittencourt, por exemplo, Lenocínio, hodiernamente, significa prestar assistência ou auxiliar à vida libertina de outrem, ou dela tirar proveito³¹.

A vigência da criminalização das condutas acessórias à prostituição reflete muito a forma como alguns Estados têm compreendido, ao longo do tempo, a prostituição, tornando impescindível adentrar na complexa rede fenomenológica que a caracteriza, na medida em que esta atividade e o conceito que se tem dela, representa o elemento fundamental do tipo dos crimes a serem investigados neste trabalho. Desse modo, especificamente, o que vem a ser a prostituição? Como ela tem sido tratada no decorrer da história? Quais suas características e como ela é enquadrada, juridicamente, no ordenamento português e no brasileiro?

²⁷ JORIO, Israel Domingos. *Crimes Sexuais*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2018. p. 28.

²⁸ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p 4.

²⁹ Adota-se a expressão “crimes de Lenocínio” em função da legislação brasileira, ao contrário da portuguesa, definir 4 modalidades de delitos, criminalizando conduta que, em Portugal, é absorvida por um tipo único.

³⁰ “Lenocinium, i. subs. n. I – Sent. próprio: 1. Tráfico de escravas, lenocínio.(Suet. Tib, 35). II – Sent. figurado: 2) sedução, atrativo, encanto. (Cic. Mur, 74). 3) enfeite exagerado, artificial. (Cic. Nat. 2, 146). Na língua retórica: 4) afetação de estilo. (Tac. Hist. 1, 18)”. FARIA, Ernesto. (org.). *Dicionário Escolar latino-português*. 3. ed. Ministério da Educação e Cultura: Rio de Janeiro, 1962.

³¹ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Código Penal comentado*. 7ª edição, Editora Saraiva, 2012, p. 982.

I.1 A prostituição no decorrer do tempo

É preciso consignar, primeiramente, que todo o comportamento sexual humano é passível de ser comercializado³² e, ao que parece demonstrar a história, a mercancia de práticas sexuais entre seres humanos é antiquíssima. Sua origem se perde na noite dos tempos, havendo referência a ela, por exemplo, na Lei de Hamurabi³³. Todavia, destaca-se que não tinha a prostituição, na antiguidade, o sentido infamante de hoje acerca da liberdade do acesso carnal promíscuo habitual, geralmente com o fim de lucro³⁴. Nas palavras de Alves, “o epíteto de ‘mais antiga das profissões’, atribuído à prostituição, busca dar conta da universalidade deste fenômeno conhecido em todas as épocas e lugares”³⁵, sem embargo, aponta o referido autor para a cruel realidade de quem vive neste mundo eis que “tão conhecido quanto a prostituição são o preconceito, o rechaço público e a estigmatização das prostitutas, expressos na mais antiga das ofensas que designa sua prole”³⁶.

Há de se considerar, entretanto, que o olhar sobre a prostituição tem se modificado ao longo dos séculos, havendo fases em que a prática do comércio do sexo era tolerada, estimulada ou rejeitada. Em alguns momentos defende-se a sua indispensabilidade por variados fatores, em outros a prostituição é condenada como a mais infecta das atividades humanas... O pano de fundo da história, ao menos nesse campo, é o sexo e sua peculiar posição em sociedade, despertando desejos,

³² ALBERTO, José. *Crimes Sexuais: Do crime de Lenocínio em especial. A tutela jurídica da prostituição*. Lisboa: Chiado Editora, 2017.

³³ “O Código de Hamurabi que antecedeu ao Código Romano, conforme estabelecido nesse Código, a monogamia era normal, mas se a esposa não desse um filho ao seu marido, esse poderia ter uma concubina. A mulher casada cometendo adultério poderia ser afogada pelo seu marido. Tratava-se de época difícil para a sobrevivência das mulheres, a não ser como esposas e concubinas. Diante disso uma das raras profissões a ela acessíveis era a prostituição. O código de Hamurabi possuía regras para as famílias, mas fora do lar havia considerável liberdade sexual ao homem. O momento histórico registrou a comum prostituição ao redor dos templos, o que se tornou claro em vários documentos da Babilônia, Frígia, Fenícia, Síria, Lídia, Chipre, Egito, Israel e Grécia. Embora a prostituição fosse reconhecida e aceita na Babilônia a prostituta era considerada um pária, tanto assim que a lei da Assíria – dentre outras- determinava o modo pela qual deveria a prostituta andar pelas ruas com a cabeça descoberta como sinal de sua vocação”. NUCCI, Guilherme de Souza. *Prostituição, lenocínio e o tráfico de pessoas: aspectos constitucionais e penais*- São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 48-49.

³⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. parte especial: volume II. 4ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1984. p. 48.

³⁵ ALVES, Fábio Lopes. *Noites de Cabaré. Prostituição feminina, gênero e sociabilidade na zona do meretrício*. São Paulo. Arte & ciência Edição 2010, p. 9.

³⁶ ALVES, Fábio Lopes. *Noites de Cabaré. Prostituição feminina, gênero e sociabilidade na zona do meretrício*. São Paulo. Arte & ciência Edição 2010, p. 9.

vontades, paixões, ódios, aversões, porém sempre presente, como espírito de tormenta de cada povo, como explica Nucci³⁷.

Segundo Estefam, a prostituição nasceu como um contrato verbal, entabulado entre pessoas livres, sem nenhuma intervenção estatal, desde que efetuado segundo as tradições e os costumes vigentes, o que implicava, notadamente, que mulheres respeitáveis não estivessem envolvidas.³⁸ Entre os povos antigos - e mesmo ainda hoje em algumas comunidades tradicionais do ártico - era generalizado o hábito de oferecer a mulher, a filha ou escravas aos forasteiros³⁹. A prostituição religiosa, praticada por comunidades sacerdotais femininas - a chamada prostituição do templo - também foi largamente difundida na Babilônia, na Armênia, na Caldéia, na Fenícia, no Egito⁴⁰ etc., sendo a renda daí advinda destinada a fins religiosos⁴¹.

Historicamente, se voltarmos no tempo, mais precisamente entre 10 a 15 mil anos antes de Cristo, encontrar-se-á uma espécie de prostituição diversa da existente atualmente. No Médio Oriente Antigo, a mulher era o centro da sociedade, fonte da cultura, da religião e da sexualidade. Existiam sacerdotisas que praticavam ritos sexuais em troca de oferendas para o templo. Na Índia

³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Prostituição, lenocínio e o tráfico de pessoas: aspectos constitucionais e penais*- São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 48.

³⁸ ESTEFAM, André. *Homossexualidade, prostituição e estupro: um estudo à luz da dignidade humana*. São Paulo: Saraiva, 2016. p.149.

³⁹ “No antigo oriente, sabe-se, comum era a prostituição hospitaleira, situação em que eram ofertadas, pelos anfitriões, mulheres aos viajantes. Desde a Caldeia e Babilônia, junto à Terra de Hur, tinham-se por hábito comum, além do simples oferecimento do leito e da mesa, os favores sexuais das mulheres da casa. Também percebida era a chamada prostituição religiosa, dedicada sacralmente aos deuses de então, como em Fenícia, quando a adoração às divindades, em especial a Astarte, propiciava em seus templos, a entrega das sacerdotisas aos forasteiros”. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes Sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual* – São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 323.

⁴⁰ “No Egito prevalecia a regra da monogamia, o que não impedia tivesse o chefe de família um harém. Para a mulher, no entanto, a saída para o seu sustento era o casamento. A sociedade egípcia constituía-se de um matriarcado, onde a descendência seguia a linha feminina. Os nobres casavam suas filhas, interessados em obter parte da herança familiar que passaria de mãe para filha. Mesmo diante do quadro aparentemente conservador, há notícias que muitas prostitutas alcançaram fama lendária, como a filha de Queóps, a filha de Ramsés e até mesmo Cleópatra, considerada a mais cara prostituta da história; afinal, por seus favores sexuais, Marco Antônio deu-lhe a Fenícia, a Síria, a ilha de Chipre, metade da Arábia, Sicília e toda a Judeia”. NUCCI, Guilherme de Souza. *Prostituição, lenocínio e o tráfico de pessoas: aspectos constitucionais e penais*- São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 49.

⁴¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. parte especial: volume II. 4ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1984. p. 48.

também existia essa tradição, que se espalhou por todo o mediterrâneo depois do 3º milênio antes de Cristo e lá permaneceu vigente até o século XIX.

Essas atividades sexuais, aliás, são referidas na doutrina como a mais antiga forma de prostituição. Neste período, a prática não estava estigmatizada nem carregava a imensa carga de preconceito de hoje em dia. Além do mais, a atividade sexual não tinha como objetivo o lucro, mas um sacrifício religioso presente em algumas religiões⁴². Para Silveira, é só no Egito Antigo que parece ter a prostituição adquirido aspectos de mercancia. “Lá começa a ter os primeiros contornos do que se pode denominar por prostituição, vale dizer, uma evolução do preceito geral de Mergen, que preceituava ser a prostituição a entrega corporal por motivos distintos do amoroso”⁴³.

Na Grécia Antiga, por sua vez, a prostituição carregava característica mercadológica e era abertamente aceita. As casas de prostituição eram preenchidas por escravas. Havia as prostitutas de rua que buscavam seus clientes por todos os lugares, inclusive tavernas. No ápice da escala social estavam as *hetairae*, prostitutas de alta classe, que usavam suas aptidões para seduzir e fascinar gerais, intelectuais, artistas etc. Eram as mulheres mais educadas, entre as gregas. Nessa época, as mulheres eram vistas sob duas perspectivas: a mulher esposa e mãe; a mulher sexual, bela e cheia de elegância. A primeira era confinada em casa, reprodutora dos herdeiros, proibida de se adornar. Por isso, muitas mulheres escolhiam a prostituição como caminho e destino.

Foram já os atenienses que deram ao problema da sexualidade uma resposta tipicamente androcêntrica, a qual comportava a identificação do sexo masculino como absolutamente predominante no confronto com o feminino, este último condicionado às exigências e necessidades do primeiro⁴⁴. Assim, o relacionamento do homem com as prostitutas não sofria qualquer espécie de censura social. A profissão do sexo era regulamentada e taxada pelo Estado ateniense. Na porta dos lupanares usava-se o desenho de um órgão sexual masculino exagerado, para alertar a clientela sobre o negócio ali praticado.

Entre os gregos, a homossexualidade⁴⁵ era considerada atividade natural entre os sábios e nobres, ingressando, também, no farto universo da prostituição. Segundo Ernesto Führer, em

⁴² OLIVEIRA, Alexandra. História jurídico-legislativa da prostituição em Portugal. In: *Revista do Ministério Público de Lisboa*, Lisboa, v. 25, n. 98, p. 145-156, abr./jun. 2004. p. 145

⁴³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes Sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual* – São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 323.

⁴⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Prostituição, lenocínio e o tráfico de pessoas: aspectos constitucionais e penais*- São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 52.

⁴⁵ “Entre a população grega a forma mais frequente de relação homossexual socialmente aceita se dava em relação a homens instruídos (filósofos e guerreiros). Os guerreiros gregos iam à guerra acompanhados de jovens com os quais mantinham relações sexuais em troca de instruções nas artes da guerra. Também muitos filósofos (Sócrates, Platão, Aristóteles...) mantiveram e defenderam as relações sexuais com rapazes que O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

Atenas, na época helenística (400-100 a.C.), adotou-se o modelo de efebia, que evoluiu para uma modalidade de educação, com forte componente do que hoje se compreende como homossexualidade. Jovens imberbes pobres submetiam-se às lições e aos caprichos sexuais de homens maduros, mais experientes e mais ricos. Neste mundo exclusivo de homens, somente as formas do corpo masculino eram apreciadas e reproduzidas⁴⁶. Há de se destacar, entretanto, conforme explica Estefam, que havia forte preconceito social contra homens que, na juventude, prostituíram-se ou mantiveram amantes masculinos, exercendo postura passiva no intercuro sexual⁴⁷.

Em Roma, a prostituição destacava-se como uma atividade complexa. Existia a prostituição comum, exercida nos aposentos destinados a este ofício, bem como a prostituição exercida pela alta burguesia, como uma profissão, em sua própria residência, estando sujeita à taxaço e registro em órgãos públicos. Neste meio, as prostitutas romanas, cujo vocábulo, como já afirmado, vem do latim e significa “destacar-se” viviam, de acordo com Estefam, na penumbra da sociedade romana e chegavam a ser distinguidas das demais inclusive por suas vestes (o Imperador Augusto as obrigou a vestir uma toga diferente da stola utilizada pelas matronas, a *toga meretrícia*⁴⁸), sendo compelidas a se registrar (não para fins sanitários, mas com propósitos discriminatórios, pois ficavam impedidas de ascender socialmente).⁴⁹

As mulheres que praticavam o comércio carnal eram consideradas prostitutas e não sacerdotisas do amor ou líderes culturais, como chegaram a ser consideradas em outras

recebiam em troca lições de seus mestres acerca da dialética e oratória. No entanto, a homossexualidade na sociedade grega não estava tão amplamente estendida como em ocasiões se pretendeu. Não era muito bem vista entre a população geral, restando relegada, praticamente na sua totalidade, as relações entre adultos instruídos e adolescentes discípulos ou aprendizes”. (ARNAL, Rafael Ballester; LLARIO, Maria Dolores Gil. *Prostitución masculina. Estudio psicosocial em nuestro contexto*. Valencia: Promolibro, 1996. p. 29).

⁴⁶ FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. *Novos Crimes Sexuais*. Editora Malheiros, 2009, p.58.

⁴⁷ ESTEFAM, André. *Homossexualidade, prostituição e estupro: um estudo à luz da dignidade humana*. São Paulo: Saraiva, 2016. p.151.

⁴⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. parte especial: volume II. 4ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1984. p. 49.

⁴⁹ ESTEFAM, André. *Homossexualidade, prostituição e estupro: um estudo à luz da dignidade humana*. São Paulo: Saraiva, 2016. p.156.

civilizações⁵⁰ e os prostíbulos das cidades romanas eram abastecidos com as escravas compradas nos mercados⁵¹.

Diferentemente do que ocorreu na Grécia, as mulheres romanas eram muito valorizadas como esposas, motivo pelo qual as prostitutas sofreram um maior preconceito. A prostituição romana foi similar à grega, exceto pelo fato de que os romanos assumiam atitudes mais moralistas em relação à prostituição. Por isso, as prostitutas eram proibidas de se aproximarem do templo de Juno, a deusa olímpica das esposas, sendo obrigadas a vestir uma toga semelhante à vestimenta masculina, para serem distinguidas das damas romanas⁵².

Frise-se, ainda, que, de acordo com Estefam, as prostitutas romanas encontravam-se à margem da proteção jurídica. “Se eram agredidas ou não pagas por seus clientes, não podiam reivindicar reparação. Seu testemunho também não tinha valor nas cortes romanas e com a *Lex Iulia et Papia*”⁵³, acrescentando ainda o autor que “as prostitutas foram privadas do direito de se casar com outras pessoas que não ex-escravos”⁵⁴.

É interessante destacar a carga moral que a prostituição tinha, sob o ponto de vista legal, na sociedade romana. De acordo com a *Lex Iulia de Adulteriis Coercendis* (ano 17 a.C.), “o adultério e as relações sexuais entre diferentes classes sociais tornaram-se crimes. A infidelidade matrimonial masculina, exceto com prostitutas, atrizes e concubinas com quem o marido já

⁵⁰ “Em Roma, ainda que não se desse uma real estatização na prostituição, como já ocorrera na Grécia com Sólon, acaba por se dar o primeiro registro público da mercancia do sexo. Dividiam-se, pois, as prostitutas em duas distintas categorias: as meretrizes registradas e as não registradas. Essa inicial gestão estatal da prostituição tem, por igual, importantes reflexos a serem tidos em conta. Hoje, em muitos países, fala-se dos direitos das operadoras do sexo. A elas são dadas garantias previdenciárias e aposentadorias. Reconhece-lhes o direito de praticar seu labor com amparo, em certo modo, do próprio Estado. Ora, isso era, em termos, sustentado pelo pensamento originário de Sólon. Calígula, como já se viu, anos mais tarde, veio a instituir, em Roma, um imposto sobre tal exercício. Com origens inspiratórias no Egito, a opção do Imperador para os cofres públicos, evidenciando a constância daquela prática. A prostituição mostrava-se, pois, além de bem aceita, com um convívio tranquilo na sociedade e na moral de então, sendo presentes até casos relatados de prostituição infantil”. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes Sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual* – São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 324-325.

⁵¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Prostituição, lenocínio e o tráfico de pessoas: aspectos constitucionais e penais*- São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 53.

⁵² NUCCI, Guilherme de Souza. *Prostituição, lenocínio e o tráfico de pessoas: aspectos constitucionais e penais*- São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 54.

⁵³ ESTEFAM, André. *Homossexualidade, prostituição e estupro: um estudo à luz da dignidade humana*. São Paulo: Saraiva, 2016. pp. 156-157.

⁵⁴ ESTEFAM, André. *Homossexualidade, prostituição e estupro: um estudo à luz da dignidade humana*. São Paulo: Saraiva, 2016. pp. 156-157.

mantinha longo relacionamento, acarretava a perda de bens e o degredo para uma ilha”⁵⁵. A feminina, por outro lado, “conferia ao esposo o direito de matar o comparsa de sua mulher, desde que este fosse prostituto, ator ou proxeneta; do contrário, o ofendido poderia estuprá-lo, entregá-lo a escravos para que o fizessem, introduzir objetos em seu orifício anal ou castrá-lo, tornando-o eunuco”⁵⁶.

Em resumo, conforme explica o precitado autor, as normas augustinianas, com imposições de comportamentos sexuais, acabaram realçando as diferenças entre o ser e o dever-ser em vez de alterar as condutas dos cidadãos de Roma, como preconizavam, a exemplo dos comportamentos afamados dos imperadores Nero e Calígula⁵⁷. Com a conversão do Império Romano ao cristianismo, foi restringida de forma mais tangível a vida sexual dos cidadãos, determinando-se, por exemplo, a manutenção de locais destinados exclusivamente a prostituição, exercida nos lupanares, fiscalizadas pelos edis. Estabeleceu-se, no período, a necessidade de uma *licentia stupri*, que implicava no registro e pagamento de imposto.

Assim, a realidade dos tempos do Império Romano, com o passar dos anos e as inevitáveis transformações, foi se amoldando com a consagração do cristianismo como religião oficial, a partir de Constantino, quando a moralidade religiosa ganhou força e destaque, fazendo-se presente na vida dos homens. O sexo e a violência passaram a ser mitigados, cedendo espaço para a devoção e a contemplação. Mesmo assim, a prostituição contornou as proibições imperiais ou da Igreja⁵⁸.

⁵⁵ ESTEFAM, André. *Homossexualidade, prostituição e estupro: um estudo à luz da dignidade humana*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 159.

⁵⁶ ESTEFAM, André. *Homossexualidade, prostituição e estupro: um estudo à luz da dignidade humana*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 159.

⁵⁷ ESTEFAM, André. *Homossexualidade, prostituição e estupro: um estudo à luz da dignidade humana*. São Paulo: Saraiva, 2016. pp. 159-160.

⁵⁸ Segundo escreveu José Martins Barra da Costa e Lurdes Barata Alves, “nas cidades medievais a prostituição adotou a forma de portas fechadas, se bem que não faltassem casos de ‘ambulantes’ em forma de dançarinas, em especial nas grandes festas populares, torneios, peregrinações, romarias etc. deve registrar-se, contudo, que a diminuição acentuada da população em certos períodos e a menor riqueza das cidades medievais impediram, de alguma forma, o esplendor que acompanhou o desenvolvimento da prostituição na Grécia e em Roma. Por isso, apenas em 1300 o senado de Veneza promulgou as primeiras leis sobre prostituição, da mesma forma que só em 1430 foi publicado o regulamento de Londres, documento que não era mais do que um conjunto de regras destinadas a combater a ‘peste sexual’, contágio venéreo que grassava então entre os soldados. (...) Ao nível institucional, paralelamente, à prostituição feminina, começou a ganhar visibilidade social a prostituição masculina, de que foram exemplos os meninos de Luís XIII e as anedotas de Taillmant des Réaux, bem como os escândalos que aumentaram no reinado de Luís XIV e durante a restauração inglesa. A condição das prostitutas, porém, não variava muito, continuando a viver tiranizadas e sujeitas às arbitrariedades da polícia real. A Revolução Francesa também não acabou com a prostituição. O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

Justiniano, por exemplo, denunciava e pedia castigo para os donos de bordéis, pelo apoio que davam à perdição, mas a ideia da prostituição como um mal necessário já se encontrava viva.

Na Idade Média a prostituição enfrentou uma fase de profundo questionamento e perseguição, consequência direta do fortalecimento do cristianismo entre os povos, porém jamais deixou de existir. Nesse período, a moralidade passou a ser identificada com a pureza sexual, uma definição que ainda resiste nos nossos dias. “Nesse sentido, opuseram-se corpo e alma, carne e espírito. O sexo era o contraponto entre esses extremos; enquanto o corpo deseja, a alma o repele, a fim de não se corromper”⁵⁹.

A castidade tornou-se uma forte virtude, reflexo de uma vida em retidão. Conforme explica Estefam, a base da moral cristã adveio, em primeiro lugar, do Apóstolo Paulo, o qual, “acreditando no retorno do Messias, sustentava que os pecadores deveriam se preparar para o Juízo Final; para tanto, só uma vida casta e, desse modo, mais próxima do ideal divino, poderia trazer a redenção e o caminho ao paraíso”⁶⁰. Outrossim, segundo o precitado autor, São Jerônimo e Santo Agostinho contribuíram decisivamente para a formação dessa moral sexual, associando o prazer carnal ao pecado original⁶¹.

Silveira esclarece que “o Clero, representante da única instituição sobrevivente nessa nova fase da história, herdando todo moralismo judaico, somado a ideia de um nascente marianismo, faz uma releitura do pecado original”⁶². A prostituição era condenada e motivo de excomunhão. Tratou-se do período de regulação da própria atividade sexual intentada pela igreja, “fundando-se na rejeição do prazer e na superação da dicotomia entre corpo e alma, carne e espírito, algo que perdurou, em termos, durante séculos no pensamento profano humano”⁶³.

Do ponto de vista moral, autores trouxeram “noções do que era ‘certo’ e ‘errado’, ‘permitido’ e ‘proibido’, ‘pecado’, ‘penitência’ e ‘graça’, que não eram conhecidas no mundo

Diminuíram os escândalos, mas a prostituição não deixou de existir por outras formas”. COSTA, José Martins Barra da; ALVES, Lurdes Barata. *Prostituição 2001. O masculino e o feminino de rua*. Lisboa: Colibri, 2001, p. 35.

⁵⁹ ESTEFAM, André. *Homossexualidade, prostituição e estupro: um estudo à luz da dignidade humana*. São Paulo: Saraiva, 2016. p.161.

⁶⁰ ESTEFAM, André. *Homossexualidade, prostituição e estupro: um estudo à luz da dignidade humana*. São Paulo: Saraiva, 2016. p.161.

⁶¹ ESTEFAM, André. *Homossexualidade, prostituição e estupro: um estudo à luz da dignidade humana*. São Paulo: Saraiva, 2016. p.161.

⁶² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes Sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual* – São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 326.

⁶³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes Sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual* – São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 326.

O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

antigo. A moralidade cristã funda-se na ideia de culpa, de nódoa inata e objetiva”.⁶⁴ Além do mais, “por causa do impulso sexual ativado pelo pecado original, o homem é um ser sujeito à combustão do desejo (...) o pudor seria uma dádiva de Deus para proteger o homem e a mulher das tentações mundanas”⁶⁵.

Não obstante o recrudescimento do moralismo em relação à prostituição, a prática continuava disseminada. Sobre este aspecto, Estefam explica que na doutrina de Santo Agostinho e, depois, de Santo Tomás de Aquino, a prostituição era vista como necessária para conter a volúpia dos homens, com isso, protegendo as mulheres honestas dos arroubos sexuais masculinos; contribuindo também na preservação do matrimônio, ao conferir aos maridos a oportunidade de realizar seus desejos sexuais incomuns com outras pessoas que não suas esposas⁶⁶.

Desse modo, com a tolerância, aceitava-se a ideia de que as mulheres ‘comuns’ – aquelas que não se encontravam sob o domínio de um único senhor (marido, pai ou mestre) – podiam ser rotuladas como prostitutas. Na Idade Média, no meio rural, a prostituição era bem aceita, apesar de mais rara. Nas cidades começaram-se a perceber tentativas de sua repressão, ainda que muito mais em termos simbólicos e não muito efetivos⁶⁷.

Com o passar do tempo as transformações acabaram sendo inevitáveis. No começo da Idade Média, tínhamos uma prostituição vivenciada em quartos miseráveis, sem o mínimo conforto ou luxo. Com a contagem dos anos, já na Baixa Idade Média, início da Idade Moderna, significativas mudanças ocorreram, transformando as instalações onde a prostituição era exercida, em locais mais confortáveis e sedutores.

Estefam, sobre este aspecto, explicita vários exemplos. Em 1358, o Grande Conselho de Veneza declarou a prostituição absolutamente indispensável para o mundo⁶⁸. Já no século XV, em Florença, de acordo com o doutrinador, abriu-se um Escritório de Honestidade, o qual abrigava um bordel municipal mantido pelo Estado porque “dado o decréscimo populacional constatado, com baixas taxas de natalidade, fazia-se necessário manter um local em que homens pudessem apreciar os prazeres do sexo oposto e, assim, não se dedicar ao homossexualismo”⁶⁹. Outrossim, “a cidade

⁶⁴ FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. *Novos Crimes Sexuais*. Editora Malheiros, 2009, p.76.

⁶⁵ FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. *Novos Crimes Sexuais*. Editora Malheiros, 2009, p.76.

⁶⁶ ESTEFAM, André. *Homossexualidade, prostituição e estupro: um estudo à luz da dignidade humana*. São Paulo: Saraiva, 2016. p.163.

⁶⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes Sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual* – São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 325.

⁶⁸ ESTEFAM, André. *Homossexualidade, prostituição e estupro: um estudo à luz da dignidade humana*. São Paulo: Saraiva, 2016. p.163.

⁶⁹ ESTEFAM, André. *Homossexualidade, prostituição e estupro: um estudo à luz da dignidade humana*. São Paulo: Saraiva, 2016. p.163.

de Dijon financiou bordel público e deu suporte a 18 estabelecimentos privados. Em Estrasburgo, no mesmo período, havia 57 casas de prostituição distribuídas em seis ruas”⁷⁰.

Constata-se, portanto, que a prostituição sobreviveu e ocupou espaços até a modernidade, apesar da forte oposição da Igreja⁷¹. Não se pode negar que durante a Idade Média houve uma aceitação dos lupanares, senão plena e sincera, mas pelo menos a sua legalização. As múltiplas situações intermediárias ocasionaram uma inusitada e contraditória realidade. A estas, seguiu-se uma tendência proibicionista marcante na Europa, mesmo quando se transpôs os anos de Reforma e Contrarreforma.

Prostíbulos foram fechados na Alemanha e na Inglaterra no período compreendido entre 1520 a 1590, em consequência da retomada da questão sacra. Para Silveira, com o surgimento da Contrarreforma ocorrida no final do século XVI, percebe-se que muitas das disposições conciliares objetivavam um puritanismo sexual que repeliam, com veemência, as ideais de libertinagem vividas nos países hereges que passaram a aceitar o protestantismo⁷². Diante destes fatos e de maneira inusitada, esses mesmos protestantes endossaram o puritanismo, entendendo que a corrupção da

⁷⁰ ESTEFAM, André. *Homossexualidade, prostituição e estupro: um estudo à luz da dignidade humana*. São Paulo: Saraiva, 2016. p.163.

⁷¹ “A própria igreja, em plena idade média, fazia oscilar o seu posicionamento relativamente àquela atividade: se por um lado, a condenação, por outro ponderava a sua utilidade pública, atendendo que as pressões imorais de natureza sexual masculina deixaram de contemplar as mulheres sérias, dedicadas ao matrimônio e a família. Esta condição de salvaguarda das esposas e mães serviu de base aos primeiros projetos de regulamentação da prostituição, assim instituída socialmente enquanto serviço público”. PINTO, Pedro; NOGUEIRA, Conceição; TAVARES, Manuela. *Prostituição e feministas: refazer abordagens, reconciliar caminhos*. In: SILVA, Manoel Carlos; RIBEIRO, Fernando Bessa (org.). *Mulheres da vida. Mulheres com vida: prostituição, Estado e políticas*. Minho: Húmus, 2010. p. 237.

⁷² “Se nos anos de 1500, a proibição teve uma primeira justificativa religiosa, nos anos do século XVIII sua regulamentação se dá muito por influxo da burguesia ascendente ao poder. Da literatura libertina daqueles anos ao controle higienista, tudo justificava uma aceitação maior da venda e comércio sexuais. Como revela Foucault, deve-se falar de sexo, e falar publicamente de uma maneira que não seja ordenada em função da demarcação entre o lícito e o ilícito, ou mesmo que o sexo não se julga apenas, administra-se. Além da pacificação pós-napoleônica europeia, pode-se contatar – contemporaneamente a esta – que o surgimento de uma nova ordem político-social auxiliou definitivamente a intenção de regulamentação. E isso se fez quer limitando a prostituição a determinadas zonas, quer diminuindo a perseguição policial quanto a quem a exercitasse, quer cuidando-se da saúde das mesmas”. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes Sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual – São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 328.*

Igreja Católica acabara por incentivar tal desregramento. As insinuações da carne deveriam ser evitadas. A prudência deveria permear qualquer assunto que envolvesse o sexo⁷³.

Segundo Estefam, a Igreja Católica, percebendo a ascensão da doutrina protestante, respondeu reafirmando seus valores históricos⁷⁴. Assim, segundo o doutrinador, o Concílio de Trento, realizado inicialmente em 1563, passou a adotar posturas mais firmes contra atos imorais e contrários ao ideal de vida cristão. Desse modo: “cessou o patrocínio de bordéis pelo clero e nas cidades onde prevalecia o catolicismo, foram fechados tais locais, generalizando a repressão à prostituição”⁷⁵.

Há de se destacar, entretanto que esta situação foi apenas parcialmente verdade no período das expansões ultramarinas do século XVI, nas Américas. Se na Europa vivia-se uma espécie de recrudescimento do moralismo cristão, “a conquista do Novo Mundo pelos europeus pôs em maior evidência o déficit normativo que envolvia leis sexuais”⁷⁶. Assim, os colonizadores, quando aportavam na América, vinham com grandes expectativas, pois, por estarem muito distantes das severas leis estatais, do controle moral da Igreja e do olhar fiscalizador de seus vizinhos, pensavam não haver limites para a realização de seus desejos sexuais.

Os europeus, de acordo com Estefam, encontravam, por vezes, uma resistência além da esperada, pois as nativas, de início dispostas a satisfazer a concupiscência dos colonizadores, paulatinamente aprendiam a se opor às suas abordagens, obrigando-os a utilizar a força para obter o tão esperado prazer, explicitando uma dimensão de propriedade que o europeu passou a ter em relação a imposição de sua satisfação sexual sobre as indígenas e mesmo com as escravas⁷⁷.

Deste ponto da história, começa a se desenhar as especificidades da criminalização das condutas acessórias à prática da prostituição nos dois países objeto de estudo da presente tese de doutoramento: Portugal e o Brasil. A partir de suas peculiaridades, observemos, pois, como tais países trataram o fenômeno no decorrer do tempo a fim de compreendermos a contemporânea situação jurídica da prostituição e do Lenocínio nestes Estados.

⁷³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes Sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual* – São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 327.

⁷⁴ ESTEFAM, André. *Homossexualidade, prostituição e estupro: um estudo à luz da dignidade humana*. São Paulo: Saraiva, 2016. p.166.

⁷⁵ ESTEFAM, André. *Homossexualidade, prostituição e estupro: um estudo à luz da dignidade humana*. São Paulo: Saraiva, 2016. p.166.

⁷⁶ ESTEFAM, André. *Homossexualidade, prostituição e estupro: um estudo à luz da dignidade humana*. São Paulo: Saraiva, 2016. p.166.

⁷⁷ ESTEFAM, André. *Homossexualidade, prostituição e estupro: um estudo à luz da dignidade humana*. São Paulo: Saraiva, 2016. pp. 167-168.

I.1.1 A prostituição em Portugal

Em Portugal, muitas foram as medidas dirigidas às pessoas que se prostituem surgidas ao longo do tempo. Porém, fossem essas disposições jurídicas, legislativas, sociais ou clericais, elas não existiram em todos os momentos. Há de se consignar, ainda, que a prostituição nem sempre foi alvo de ordenações, leis, dispositivos, regulamentos, censura ou recriminações, tendo sido tolerada sem escândalo pela sociedade⁷⁸.

Oliveira sustenta que a prostituição em Portugal passou por quatro períodos legislativos distintos⁷⁹. O primeiro período compreendeu o aparecimento das primeiras legislações até o ano 1852. Nesta época apareceram uma série de legislações avulsas – principalmente entre os séculos XII e XIV – na qual os monarcas e seus legisladores, assim como a igreja, seguiam hesitantes entre a moral e os bons costumes e as suas necessidades sexuais “ilegítimas”.

Traçando um retrato histórico deste período, Costa ressalta que ainda em 1170 surgiu a primeira legislação contra a prostituição, no reinado de D. Afonso Henriques, que estabeleceu, entre algumas medidas, a prisão das “barregãs dos clérigos”. Em 1275, D. Afonso III proibiu que todo “homem casado dê alguma coisa à sua barregã”. Em seguida, iniciou-se o processo de isolamento das prostitutas em bairros, através de D Afonso IV⁸⁰.

Em 2 de janeiro de 1433, D. João I legislou sobre o “crime de prisão dos amancebados”, mas foi somente com D. Pedro I que os castigos começaram também a alcançar as pessoas que serviam de intermediários para as prostitutas. Em 1448 – livro V, título 16, as Ordenações Afonsinas trataram das “alcoviteiras e das casas de alcova”, cominando penas severas para as “mancebias”. Por outro lado, o capítulo XXXIX das Cortes de Lisboa, de D. Manuel, tratou das mulheres de mau viver e das moças que davam a seu corpo mau uso. A Ordenação Manuelina impôs penas de açoites públicos com barço ou degredo perpétuo para a ilha de São Tomé, visando o título XX do Livro VI, precisamente das “alcoviteiras e daquelas que consentem em sua casa que mulheres faça mau uso do corpo”.

Em 1836 foi criado um novo código administrativo, no qual passou a estar prevista a proibição das prostitutas permanecerem em determinados locais, tais como, igrejas e passeios

⁷⁸ OLIVEIRA, Alexandra. História jurídico-legislativa da prostituição em Portugal. In: *Revista do Ministério Público de Lisboa*, Lisboa, v. 25, n. 98, p. 145-156, abr./jun. 2004.

⁷⁹ OLIVEIRA, Alexandra. História jurídico-legislativa da prostituição em Portugal. In: *Revista do Ministério Público de Lisboa*, Lisboa, v. 25, n. 98, p. 145-156, abr./jun. 2004.

⁸⁰ COSTA, José Martins Barra da. *O crime de lenocínio*. Harmonizar o direito, compatibilizar a prostituição. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*. Ano 12, nº 3, julho-setembro 2002. p. 420-422.

públicos⁸¹. Enfim, o fato é que durante este primeiro período da história da prostituição em Portugal, a ação de criminalizar as atividades acessórias da prostituição, hoje compreendidas no delito de Lenocínio - em relação ao qual a repugnância coletiva sempre foi muito viva - foi considerado pelas diferentes Ordenações de acordo com a condição da mulher que dele era vítima. Neste âmbito, a pena poderia chegar até a pena de morte com perda dos bens⁸².

O segundo período da história da prostituição em Portugal é chamado de regulamentarismo. Caracterizou-se pelo aparecimento do “Regulamento Sanitário das Meretrizes do Porto”, aparecendo, em sequência, vários outros regulamentos. O conteúdo da precitada normativa definiu o que era uma prostituta, as diversas medidas a que elas estavam sujeitas, a obrigatoriedade da matrícula e as inspeções periódicas, havendo, neste âmbito, a necessidade de porte de um livro individual de registro de inspeções.

Em 1958, por exemplo, com o objetivo de sujeitar as prostitutas à rigorosa inspeção e seguindo o exemplo do Porto, foi estabelecido o Regulamento Policial das Meretrizes e Casas Toleradas da Cidade de Lisboa, passando, Portugal a assumir claramente uma posição regulamentarista, que vigoraria até o ano de 1963. O Lenocínio, ao lado de outros crimes sexuais como a bigamia, o estupro, o adultério, o incesto e outros, até 1852, eram designados nas Ordenações como “crimes morais”. Os Códigos de 1852 e 1886 passaram a tratar os crimes sexuais como “crimes contra a honestidade”⁸³.

O terceiro período da história da prostituição em Portugal, chamado de proibicionismo, foi do ano de 1962 até o ano de 1982. O Decreto-Lei nº 44.579/62 proibiu o exercício da prostituição e do proxenetismo, todavia, não conseguiu acabar com o fenômeno⁸⁴, apesar da reiterada

⁸¹ ALBERTO, José. *Crimes Sexuais: Do crime de Lenocínio em especial. A tutela jurídica da prostituição*. Lisboa: Chiado Editora, 2017.

⁸² COSTA, José Martins Barra da. *O crime de lenocínio*. Harmonizar o direito, compatibilizar a prostituição. Revista Portuguesa de Ciências Criminais. Ano 12, nº 3, julho-setembro 2002. p. 420-422.

⁸³ Neste sentido, de acordo com Alberto, os referidos códigos refletiam tempos em que valores morais da sociedade tinham outra relevância penal. Frise-se que o Código Penal de 1852 materializou uma evolução importante no que ao campo de aplicação diz respeito, visto ter alargado a punição do crime de lenocínio ao estabelecer o reconhecimento da existência de vítimas femininas e masculinas. ALBERTO, José. *Crimes Sexuais: Do crime de Lenocínio em especial. A tutela jurídica da prostituição*. Lisboa: Chiado Editora, 2017.

⁸⁴ “A modificação da legislação, em lugar de acabar com as prostitutas de rua, lhes conferiu novas estratégias para iludirem a polícia que as procurava. Eram estas, as de rua, que na prática eram perseguidas. As outras, as que estavam nas casas chiques frequentadas por homens das classes altas, estavam praticamente impunes. Veja-se o célebre caso dos Ballets Rose, escândalo que envolveu ministros e políticos e menores que se prostituíam em casas de luxo, em 1966. Do conjunto das pessoas envolvidas, e foram muitas, apenas duas prostitutas foram presas e todos os políticos foram absolvidos. Mais uma vez, desempenha-se uma atitude pública não consentânea com os comportamentos privados. E vai-se punindo, enquanto se usufrui”. O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

perseguição. Com a entrada em vigor do Código Penal de 1982, a prostituição foi despenalizada⁸⁵ e Portugal optou, finalmente para o sistema abolicionista⁸⁶.

OLIVEIRA, Alexandra. História jurídico-legislativa da prostituição em Portugal. In: *Revista do Ministério Público de Lisboa*, Lisboa, v. 25, n. 98, p. 145-156, abr./jun. 2004. p. 151.

⁸⁵ “Estamos em presença de uma atividade que até à recente revogação da legislação penal era algo que merecia uma taxa de censura alta, e que passou a denotar uma taxa de censura mais baixa. O que se está hoje a violar é algo que, muito embora seja essencial ao próprio indivíduo, advém da sua autodeterminação, nomeadamente sexual. Nessa conformidade, o CP de 1982 optou por inserir os crimes sexuais num título mais amplo – ‘crimes contra os valores e interesses da vida em sociedade’. E passou a sintonizar a prostituição (como a vadiagem, a mendicidade, a homossexualidade entre maiores de 16 anos) em função do movimento de descriminalização em curso. Entendeu-se que a vida íntima das pessoas só deveria cair nas malhas da lei penal quando as suas manifestações adquirissem uma significativa relevância. O lenocínio é que não deixou de ser crime (...) O sistema proibicionista de 1962, insista-se, deu lugar, em 1982, ao sistema abolicionista, nos termos do artigo 6º, nº 2, do citado Decreto-Lei nº 400/82. Nesse diploma o crime de lenocínio estava previsto no artigo 215 e o artigo 217 tipificava o crime de tráfico de pessoas. Ambos integravam a seção II (dos crimes sexuais) do capítulo I (dos crimes contra os fundamentos ético-sociais da vida social) do título III (dos crimes contra valores e interesses da vida em sociedade). O Decreto-Lei nº 49/95, de 15 de março, alterou o enfoque dado a tais questões, efetuando o deslocamento dos crimes sexuais do capítulo relativo aos ‘crimes contra os valores e interesses da vida em sociedade’ para o título dos ‘crimes contra a pessoa’, onde passaram a constituir um capítulo autónomo, sob a epígrafe dos ‘crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual’. A lei nº 65/98 de 2 de setembro, veio alterar estas opções legislativas. Isto é, enquanto na versão de 1995, os artigos 169 e 170 exigiam que o infrator atuasse ‘explorando a situação de abandono ou necessidade da pessoa’, alvo da respectiva conduta, com a alteração introduzida pela citada lei nº 65/98 esse elemento típico veio a desaparecer”. COSTA, José Martins Barra da. O crime de lenocínio. Harmonizar o direito, compatibilizar a prostituição. In: *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*. Ano 12, nº 3, julho-setembro 2002. p. 430.

⁸⁶ COSTA, José Martins Barra da, O crime de lenocínio. Harmonizar o direito, compatibilizar a prostituição. In: *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*. Ano 12, nº 3, julho-setembro 2002. p. 420-422.

O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

No precitado código, ao passo que se descriminalizou a prostituição, criminalizaram-se as suas atividades acessórias⁸⁷, situação explícita no art. 215.⁸⁸ (Lenocínio simples) e no art.º 216.⁸⁹ (Lenocínio agravado)⁹⁰. Apesar de não se encontrar legalizada, a prostituição não foi criminalizada. Existiu um vazio legislativo que não a puniu nem regulamentou, ignorando esta atividade⁹¹.

O apontado artigo 215 viveu com sua redação original até a reforma operada em 1995, que o transformou no artigo 170º do Código Penal português e incidiu no nº 1, alínea “b” e alargou o âmbito de aplicação do tipo, na medida em que deixou de exigir, para a configuração do delito, a verificação de uma situação de exploração de vítima na condição de “extrema necessidade econômica”⁹². Houve, posteriormente, nova alteração com a promulgação da Lei nº 65, de 02 de

⁸⁷ Frise-se, ainda, que no referido códex promoveu-se, também, uma alteração no título do capítulo destes delitos em referência ao bem jurídico tutelado, deixando aquela norma de tutelar os bons costumes para passar a tutelar a dignidade da pessoa humana.

⁸⁸ Artigo 215º. Lenocínio – Quem fomentar, favorecer ou facilitar a prática de actos contrários ao pudor ou à moralidade sexual, ou de prostituição relativamente: a) A pessoa menor ou portadora de anomalia psíquica; b) A qualquer pessoa, explorando situação de abandono ou de extrema necessidade económica; será punido com prisão de até 2 anos e multa até 100 dias. 2 – Na mesma pena incorre quem explorar o ganho imoral da prostituta vivendo, total ou parcialmente, a expensas suas. PORTUGAL, Ministério da Justiça. Decreto-Lei nº 200/82, de 23 de setembro. In: *Diário da República n.º 221/1982*, 1º Suplemento, Série I, 1982, p. 3006 (36).

⁸⁹ “Artigo 216º. (Lenocínio agravado). Relativamente aos comportamentos descritos no artigo anterior, a pena será: a) A de prisão de 2 a 4 anos e multa até 150 dias se o agente os realizar com intenção lucrativa; b) A de prisão de 2 a 6 anos e multa até 180 dias se os realizar profissionalmente; c) A de prisão de 2 a 8 anos e multa até 200 dias se usar fraude, violência ou grave ameaça; d) A de prisão de 2 a 8 anos e multa até 200 dias se a vítima for cônjuge, ascendente, descendente, filho adoptivo, enteado ou tutelado do agente, ou lhe foi entregue em vista de sua educação, direcção, assistência, guarda ou cuidado”. PORTUGAL, Ministério da Justiça. Decreto-Lei nº 200/82, de 23 de setembro. In: *Diário da República n.º 221/1982*, 1º Suplemento, Série I, 1982, p. 3006 (36).

⁹⁰ ALBERTO, José. *Crimes Sexuais: Do crime de Lenocínio em especial. A tutela jurídica da prostituição*. Lisboa: Chiado Editora, 2017.

⁹¹ OLIVEIRA, Alexandra. História jurídico-legislativa da prostituição em Portugal. In: *Revista do Ministério Público de Lisboa*, Lisboa, v. 25, n. 98, p. 145-156, abr./jun. 2004. p. 152.

⁹² “Artigo 170º Lenocínio. 1 – Quem, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa de prostituição ou a prática de atos sexuais de relevo, explorando situações de abandono ou de necessidade económica, é punido com prisão de 6 meses a 5 anos. 2 – Se o agente usar de violência, ameaça grave, ardil ou manobra fraudulenta, ou se aproveitar de incapacidade psíquica da vítima, é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos”. PORTUGAL, Diário da República Eletrónico. *Código Penal*. Decreto Lei nº 48/95. Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/107981223/201708230500/indice>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

setembro de 1998, provocando a abrangência de aplicação do Lenocínio ao eliminar a exigência outrora explícita⁹³.

Poucos anos decorridos, a revisão penal de 2001 voltou a promover alterações neste tipo de crime, desta vez no n.º 2, do art. 170.º, do CP, ao alargar o tipo agravado⁹⁴ com a inclusão de novos elementos do tipo: abuso de autoridade resultante de relação familiar, de tutela ou curatela, ou de dependência hierárquica, econômica ou de trabalho; aproveitando-se de situação de especial vulnerabilidade da vítima⁹⁵.

Outrossim, com a revisão penal operada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, nova alteração voltou a incidir sobre este tipo de crime, com a supressão da expressão “actos sexuais de

⁹³ “Artigo 170.º Lenocínio. 1 – Quem, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa de prostituição ou a prática de atos sexuais de relevo é punido com prisão de 6 meses a 5 anos. 2 – Se o agente usar de violência, ameaça grave, ardil ou manobra fraudulenta, ou se aproveitar de incapacidade psíquica da vítima, é punido com éna de prisão de 1 a 8 anos”. PORTUGAL, Diário da República Eletrónico. *Código Penal*. Decreto Lei n.º 48/95. Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/107981223/201708230500/indice>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

⁹⁴ “Artigo 170.º Lenocínio. 1 – Quem, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa de prostituição ou a prática de atos sexuais de relevo é punido com prisão de 6 meses a 5 anos. 2 – Se o agente usar de violência, ameaça grave, ardil, manobra fraudulenta, de abuso de autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, econômica ou de trabalho, ou se aproveitar de incapacidade psíquica da vítima ou de qualquer outra situação especial de vulnerabilidade é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos”. PORTUGAL, Diário da República Eletrónico. *Código Penal*. Decreto Lei n.º 48/95. Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/107981223/201708230500/indice>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

⁹⁵ ALBERTO, José. *Crimes Sexuais: Do crime de Lenocínio em especial. A tutela jurídica da prostituição*. Lisboa: Chiado Editora, 2017.

relevo”. Originou, deste modo, um novo aumento do âmbito de aplicação. Com esta última reforma, o crime de Lenocínio passou a estar tipificado no art.º 169.⁹⁶, do Código Penal Português⁹⁷.

Este artigo criminaliza, em seu inciso I, quem, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa de prostituição, cominando-lhe pena de prisão de seis meses a cinco anos. No inciso II, considera que se o agente cometer o crime previsto no número anterior: a) Por meio de violência ou ameaça grave; b) Através de ardil ou manobra fraudulenta; c) Com abuso de autoridade, resultante de uma relação familiar, de tutela ou curatela, ou de dependência hierárquica, econômica ou de trabalho; ou d) Aproveitando-se de incapacidade psíquica ou de situação de especial vulnerabilidade da vítima; é punido com pena de 1 a 8 anos.

O artigo 175 do Código Penal Português também trata do crime de Lenocínio, mas centra-se nos menores: quem fomentar, favorecer ou facilitar o exercício da prostituição de menor é punido com pena de prisão de um a cinco anos. Se o agente comete o crime previsto no número anterior: por meio de violência ou grave ameaça; através de ardil ou manobra fraudulenta; com abuso de autoridade resultante de uma relação familiar, de tutela ou curatela, ou de dependência hierárquica, econômica ou de trabalho; atuando profissionalmente ou com intenção lucrativa; ou aproveitando-se de incapacidade psíquica ou situação de especial vulnerabilidade da vítima; é punido com pena de prisão de dois a dez anos

Como se pode observar, na realidade portuguesa contemporânea, a prostituição continua não sendo um comportamento delituoso, todavia, a pessoa que explora de alguma forma a prostituição, responde pela precitada infração penal. Importa destacar, ainda, que o delito insculpido no artigo 169 do Código Penal português encontra-se situado no Capítulo V, intitulado “Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”, na Seção I “Crimes contra a liberdade sexual”, fazendo explicitar a compreensão do legislador hodierno sobre a ofensividade do tipo em relação aos valores da sociedade portuguesa.

⁹⁶ “Artigo 169º. Lenocínio. 1 – Quem, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa de prostituição é punido com pena de prisão de seis meses a cinco anos. 2 – “Se o agente cometer o crime previsto no número anterior: a) Por meio de violência ou ameaça grave; b) Através de ardil ou manobra fraudulenta; c) Com abuso de autoridade, resultante de uma relação familiar, de tutela ou curatela, ou de dependência hierárquica, econômica ou de trabalho; ou d) Aproveitando-se de incapacidade psíquica ou de situação de especial vulnerabilidade da vítima; é punido com pena de 1 a 8 anos”. PORTUGAL, Diário da República Eletrônico. *Código Penal*. Decreto Lei nº 48/95. Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/107981223/201708230500/indice>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

⁹⁷ ALBERTO, José. *Crimes Sexuais: Do crime de Lenocínio em especial. A tutela jurídica da prostituição*. Lisboa: Chiado Editora, 2017.

Com base em estudo sociológico, Silva realça dois elementos fundamentais no tratamento jurídico dado à prostituição na República Portuguesa: 1) a desresponsabilização masculina e a 2) subalternidade feminina, pois o comportamento do homem não é investigado nem alvo de vigilância e controle por parte das autoridades policiais, nem instâncias judiciais, e a averiguação e classificação do passado e do presente comportamento moral, económico e social das mulheres, projetam as prostitutas para a base da hierarquia das credibilidades no conjunto dos cidadãos envolvidos em processos judiciais. Em suma, aos homens, clientes, é atribuída uma respeitabilidade social, enquanto as prostitutas são alvo da ira da comunidade⁹⁸.

Esta realidade, inclusive, é compartilhada pelo Brasil. Aliás, a criminalização das atividades acessórias da prostituição também se encontra vigente neste país, que compartilhou largo período histórico de tratamento jurídico da questão com Portugal, pelo fato de ter sido sua colônia entre os séculos XV a XIX.

1.1.2 A prostituição no Brasil

A prostituição, no Brasil, de acordo com Estefam, teve início com a entrega de dádivas materiais às indígenas por colonizadores para obter favores sexuais. De acordo com o autor, a elas pouca valia dava, aproveitando-se o europeu de sua diversa concepção acerca da sexualidade para satisfazer sua lascívia reprimida⁹⁹. A esta relação entre os colonizadores e as nativas, acudiram à prostituição as portuguesas que em grandes grupos desembarcavam no Brasil com o fim de atender a grande demanda masculina, já que os colonizadores eram, em massa, homens e “aos olhos da Igreja Católica, preocupavam-se os sacerdotes com a miscigenação com as índias, desejando que de Portugal viessem mulheres dispostas a fazer família com os viajantes destinados ao Brasil”¹⁰⁰.

⁹⁸ SILVA, Susana. Classificar e silenciar: vigilância e controlo institucionais sobre a prostituição feminina em Portugal, *Análise Social*. In: *Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa*, n.º 184, Volume XLII, 3.º trimestre. Lisboa: edição do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, 2007, pp. 9 e ss.

José Alberto. Crimes Sexuais - Do Crime de Lenocínio em Especial (Locais do Kindle 716-719). Chiado Editora. Edição do Kindle.

⁹⁹ ESTEFAM, André. *Homossexualidade, prostituição e estupro: um estudo à luz da dignidade humana*. São Paulo: Saraiva, 2016. p.169.

¹⁰⁰ ESTEFAM, André. *Homossexualidade, prostituição e estupro: um estudo à luz da dignidade humana*. São Paulo: Saraiva, 2016. pp. 169-170.

De uma forma geral, afirma-se, com base no precitado autor, que a prostituição foi uma prática constante no Brasil colonial sobretudo pela desproporção entre homens e mulheres no território da América Portuguesa. O comércio carnal na região das Minas Gerais, por exemplo, mais especificamente nos aglomerados urbanos, conforme explica Estefam, se davam nos alcouces, como assim eram conhecidas as casas de prostituição, chefiadas tanto por homens quanto por mulheres e, quando as meretrizes não encontravam local para o exercício de suas atividades, procuravam clientes à porta das igrejas, oferecendo-se aos devotos¹⁰¹. Na região de São Paulo, por outro lado, o meretrício era realizado dentro de residências, passando a prática aos alcouces somente no final do século XVIII¹⁰².

Estefam explica que a prostituição, no Brasil, cresceu *pari passu* com o seu desenvolvimento econômico, tanto é que no Rio de Janeiro, por exemplo, a prática se intensificou com a chegada da corte portuguesa, tendo sido regulamentada a prostituição mediante a criação de zonas e o seu policiamento¹⁰³. Aliás, essa dimensão “regulamentar” da prostituição, no Brasil prosseguiu após o período colonial, havendo os exemplos de regulamentação carioca classificando as meretrizes, de 1874 e recomendações de comportamento expedidas pelas autoridades paulistas, em 1896, para as mulheres dedicadas ao comércio sexual¹⁰⁴.

No âmbito jurídico, o tratamento dispensado à prostituição e as pessoas que se prostituíam, no Brasil, durante o período colonial, foi imbricada com o direito produzido na metrópole. A influência dessa tradição, ao que parece, perpassou a independência, pois, conforme assevera Zeidan, a herança da cultura lusitana, no Brasil, influenciou os valores político-criminais¹⁰⁵.

Pois bem, feitas estas considerações, consigne-se que não existia direito escrito no momento em que os portugueses chegaram no território que hoje é chamado de Brasil. Os povos ameríndios habitavam essas terras e possuíam uma cultura completamente diversa da europeia. Com a paulatina chegada dos colonizadores portugueses, entretanto, passaram a vigorar no Brasil diferentes Ordenações.

¹⁰¹ ESTEFAM, André. *Homossexualidade, prostituição e estupro: um estudo à luz da dignidade humana*. São Paulo: Saraiva, 2016. pp. 170.

¹⁰² ESTEFAM, André. *Homossexualidade, prostituição e estupro: um estudo à luz da dignidade humana*. São Paulo: Saraiva, 2016. pp. 170-171.

¹⁰³ ESTEFAM, André. *Homossexualidade, prostituição e estupro: um estudo à luz da dignidade humana*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 171.

¹⁰⁴ ESTEFAM, André. *Homossexualidade, prostituição e estupro: um estudo à luz da dignidade humana*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 171.

¹⁰⁵ ZEIDAN, Rogério. *Direito Penal contemporâneo: fundamentos críticos das ciências penais*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 233.

Em princípio, vigoraram as Ordenações Afonsinas, cuja vigência se deu até 1521. Após passaram a vigor as Manuelinas, revogadas em 1603 e a derradeira, as de D. Filipe I¹⁰⁶, que datam de 1603 em matéria penal e subsistiram no Brasil até 1830, quando foi publicado o Código Penal do Império. Frise-se, ainda, que entre as Ordenações Manuelinas e Filipinas, apareceram ‘leis extravagantes’ coligidas pelo licenciado Duarte Nunes Leão a mando do Rei D. Sebastião¹⁰⁷.

O Direito Penal do Brasil, na maior parte da época colonial e nos primeiros anos do Império, teve, como fonte, o Livro V das Ordenações (Filipinas) do Reino, que punia de maneira severa na maioria das figuras típicas. Neste âmbito, Estefam explica que a prostituição não era considerada ilícita, inexistindo prescrição em face dos que contratassem seus serviços. Entretanto, penalizava-se o fomento à prostituição alheia, situação explícita pelo Título XXXII, que punia os alcoviteiros e aqueles que consentissem que, em sua casa, mulheres fizessem “mal de seus corpos” e pelo Título XXXIII, que impunha o degredo e o açoite aos rufiões¹⁰⁸.

Constata-se, por conseguinte, que condutas acessórias à prostituição eram criminalizadas no Brasil colonial, até 1830, pelas Ordenações Filipinas. Sobre este fato, entretanto, considera-se importante destacar, com base em Guimarães, que a história do Brasil colonial revelou uma frouxidão dos costumes e práticas sexuais. Isto porque muitas das condutas típicas de abuso sexual

¹⁰⁶ Consoante José Frederico Marques “as ordenações Filipinas, mandadas compor no reinado de Felipe II de Castela, por ato de 5 de julho de 1595, somente foram publicadas sob Filipe III (ou Filipe II, de Portugal), a 11 de janeiro de 1603. Foram elas o grande código do Brasil colonial, e persistiram em parte com lei do Brasil independente da longevidade impressionante e singular. Se após a restauração da independência portuguesa, as Ordenações foram confirmadas por Lei de 29 de janeiro de 1643, de el-rei D. João IV, no Brasil, determinava D. Pedro I, em Lei de 20 de outubro de 1823, que as ditas Ordenações ficassem ‘em inteiro teor na parte em que não tivessem sido revogadas, para por elas se regularem os negócios do interior do império. De par com isto, os preceitos se aglutinavam em uma estruturação primária e rudimentar de indisfarçável empirismo. Falta ao livro V uma parte geral; e, na parte especial, os delitos se enumeram casuisticamente, sem técnica apropriada, numa linguagem (muitas vezes pitoresca) em que falta o emprego de conceitos adequados do ponto de vista jurídico. As figuras delituosas se amontoam sem nexos, na ausência de espírito de sistema para catalogá-las racionalmente, formando muitas vezes verdadeiros pastiches, tal a confusa e difusa relação dos textos em que se condensam as condutas delituosas e respectivas sanções”. MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. v. 1, 1ª edição, Campinas: Editora Bookseller. 1997, p. 114.

¹⁰⁷ CABRAL, Amarildo. *Os crimes contra a liberdade sexual e suas respectivas ações penais*. Campo Grande. Editora Life. 2008. p. 46.

¹⁰⁸ ESTEFAM, André. *Homossexualidade, prostituição e estupro: um estudo à luz da dignidade humana*. São Paulo: Saraiva, 2016. pp. 177-179.

não eram mais que expressão de senhorio dos colonizadores europeus sobre os nativos e escravos negros¹⁰⁹, destacando-se, também, uma tolerância com o comércio, alheio e pessoal do sexo.

Portanto, práticas como a pedofilia, por exemplo, levada a cabo pelos senhores de engenho com os moleques negros, era antes a expressão do domínio do que praticamente uma prática aceita pelos escravos. Acrescenta o precitado autor, em seguida que “mesmo os redutos familiares formados pelos desbravadores bandeirantes ou por mamelucos com várias mulheres indígenas, decorriam das contingências daquela colonização¹¹⁰, voltada para ocupação territorial e populacional”¹¹¹.

Inclusive, existem historiadores que defendem a percepção de que a miscigenação étnica do território luso-brasileiro teve como objetivo um projeto português de ocupação e exploração territorial e não, como tem sido sustentado, reiteradamente, a uma propensão dos portugueses a uma miscibilidade com outras raças. Neste sentido, ao procurar entender a moral sexual do Brasil, no período colonial, Vainfas argumentou que os europeus, inclusive, já desfrutavam de um ambiente tolerante, mesmo antes de ali aportarem. A Europa convivia bem com a nudez, “com a

¹⁰⁹ GUIMARÃES, Isaac Sabbá. *Direito penal sexual: fundamentos e fontes*, 1ª edição, Curitiba: Juruá, 2004, p.28.

¹¹⁰ Mostrando o pensamento de Gilberto Freyre sobre a colonização do Brasil, Guimarães argumenta que aquele afirma que o português ‘foi misturando-se gostosamente com mulheres de cor logo ao primeiro contato e multiplicando-se em filhos mestiços’. Mas também deixa pistas de que subjazia a esta prática a política de ocupação, ao afirmar que ‘a miscibilidade, mais do que a mobilidade, foi o processo pelo qual os portugueses compensaram-se da deficiência em massa ou volume humano para a colonização em larga escala sobre áreas extensíssimas’. Por outras palavras a frouxidão dos costumes e a plasticidade moral, ao menos entre os dominadores, prestavam-se à razão colonizadora. Freyre vai mais longe ao cogitar uma lógica perversa do colonizador português, que terá enviado para a colônia ‘expatriados por irregularidades ou excessos na vida sexual’, com a precípua finalidade de povoar, mesmo que fosse através de condutas criminosas, pois ‘a ermos tão mal povoados, salpicados apenas de gente branca, convinham superexcitados sexuais que aqui exercessem uma atividade genésica acima da comum, proveitosa, talvez, nos seus resultados, aos interesses políticos e econômicos de Portugal no Brasil’. Se as coisas ocorreram segundo tal plano, teremos aí alguma justificativa para a permissividade entre os colonizadores. Mas, por outro lado, não podemos perder de vista que a Europa pré-vitoriana foi palco de costumes às vezes insólitos, havendo a tolerância ao direito do senhor feudal à primeira noite com a noiva de qualquer de seus campônios, justificado, talvez, pelo poder de dominação. Ou seja, é bem provável que as práticas que configurassem transgressão a uma natural razão em matéria sexual não estivessem tão desconformes em relação ao diálogo de dominação do povo colonizador sobre os nativos e escravos negros”. GUIMARÃES, Isaac Sabbá. *Direito penal sexual: fundamentos e fontes*, 1ª edição, Curitiba: Juruá, 2004, p. 28.

¹¹¹ GUIMARÃES, Isaac Sabbá. *Direito penal sexual: fundamentos e fontes*, 1ª edição, Curitiba: Juruá, 2004, p. 28.

exposição do corpo despido, e teria que esperar os séculos seguintes para ver triunfar a moderna era do pudor, como bem indicou Jean-Claude Bologne”¹¹².

As relações sexuais do tempo da colônia se baseavam no tripé do sexo pluriétnico, escravidão e concubinato, todavia, sem se afastar do controle da moralidade religiosa. A influência da moral cristã atravessou os anos e hoje ainda procura um espaço de destaque, no meio de outras religiões, no que diz respeito as representações da sexualidade.

Para Guimarães, se por um lado o modelo econômico baseado no regime escravocrata e a razão colonizadora foram responsáveis pela frouxidão de costumes, ou por uma moral sexual orientada pela maior aceitação de certas práticas sexuais, ao menos dentro da casta das gentes dominadoras, gerando a fama (suspeitosa) da lubricidade brasileira, por outro, arquitetou-se um sistema de polícia moral sexual, no qual a vida privada foi limitada aos interesses da igreja e da fé cristã, imbricando-se assim, a moral sexual ou o senso comum sobre a matéria sexual à moral religiosa¹¹³.

Assim, da colonização, resta viva na memória do brasileiro a tradição patriarcalista, com as suas implicações e consequências. Como já foi narrado, esses costumes se mantiveram, ainda durante muito tempo, mesmo após a ruptura dos laços coloniais do Brasil com Portugal, a exemplo do Código Criminal de 1830, que trouxe uma série de crimes sexuais, mas manteve a relação íntima entre o Direito Penal Sexual com os valores morais constante nas Ordenações Filipinas.

Sem embargo, segundo Estefam, o Código Criminal de 1830 não cogitou do Lenocínio ou qualquer outro comportamento relacionado com a prostituição. De acordo com o precitado autor, havia somente a expressão de reflexo moral vigente em relação a prostituição – denotando que as prostitutas eram menos dignas de proteção que as mulheres honestas - no crime de estupro. “Este figurava no Capítulo II do Título II, relativo aos delitos contra a ‘segurança da honra’. De acordo com o art. 222, constituía-se infração: Ter cópula carnal por meio de violência, ou ameaças, com qualquer mulher honesta. Penas: de prisão por três a doze anos, e de adotar a ofendida. Se a violentada for prostituta – penas: de prisão por um mês a dois anos”¹¹⁴.

O Código Penal de 1890, em seus artigos 277 e 278, muito embora não apenasse a prostituição, criminalizou o Lenocínio, contendo, em seu bojo atos similares aos delitos hoje vigentes no Brasil a respeito da questão, inserindo-os no capítulo intitulado: “Dos Crimes Contra a Segurança da Honra e Honestidade das Famílias e do Ultraje Público ao Pudor”. Esta realidade

¹¹² VAINFAS, Ronaldo. *Moralidades brasílicas: História da vida privada no Brasil*. São Paulo. Companhia das Letras, 1997, vol. I, p. 263

¹¹³ GUIMARÃES, Isaac Sabbá. *Direito penal sexual: fundamentos e fontes*, 1ª edição, Curitiba: Juruá, 2004, p. 30.

¹¹⁴ ESTEFAM, André. *Homossexualidade, prostituição e estupro: um estudo à luz da dignidade humana*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 180.

implica, segundo Rodrigues, a ausência formal de um sistema brasileiro de regulamentação da prostituição. Do século XIX ao início do século XX, existia no Brasil o chamado “sistema da tolerância” sobre o funcionamento das casas de prostituição. Nele, a polícia e os demais órgãos públicos responsáveis pela moralidade das cidades permitiam seu funcionamento, sujeitando as casas à fiscalização e a algumas regras¹¹⁵.

Finalmente, em 1940 houve a elaboração de novo Código Penal, ainda vigente no Brasil. Nele, segundo Nucci, a prostituição é moldada da seguinte forma: a) a prostituição individual, feminina ou masculina, da pessoa maior de 14 anos, é fato atípico, ou seja, irrelevante penal; b) a prostituição individual, feminina ou masculina, de pessoa menor de 14 anos, é considerada estupro de vulnerável (art. 217 – A do Código Penal); c) qualquer induzimento, submissão, atração, favorecimento, impedimento ou abandono, violência ou ameaça para o exercício da prostituição de pessoa maior de 14 anos é considerado crime (arts. 218-B, 228, 230, do Código Penal); d) manter local destinado à exploração sexual é conduta criminosa (art. 229 do Código Penal)¹¹⁶.

Portanto, não obstante constituir-se como um fato atípico para homens ou mulheres maiores de 14 anos, as condutas acessórias à prostituição foram detalhadamente criminalizadas no Código Penal de 1940, que no Título VI agrupou os seguintes “Crimes contra os Costumes”, mantendo, conforme explica Estefam, a marcada influência da moral cristã¹¹⁷. São quatro tipos: o Art. 227 (Mediação para servir a lascívia de outrem); o Art. 228 (Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual); o art. 229 (Casa de Prostituição) e o art. 230 (Rufianismo).

O delito previsto no art. 227 do Código Penal brasileiro, a “Mediação para servir a lascívia de outrem” criminaliza quem induz alguém a satisfazer a lascívia de outrem, cominando-lhe uma pena de reclusão de um a três anos. No parágrafo primeiro assevera que se a vítima é maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos, ou se o agente é seu ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro, irmão, tutor ou curador ou pessoa a quem esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda: Pena - reclusão, de dois a cinco anos. No parágrafo segundo, pontua que se o crime é cometido com emprego de violência, grave ameaça ou fraude, há uma pena de reclusão, de dois a oito anos, além da pena correspondente à violência. Finalmente, no parágrafo terceiro, se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa.

Já o delito previsto no art. 228 do Código Penal brasileiro, o “Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual” criminaliza quem induzir ou atrair alguém à

¹¹⁵ RODRIGUES, Taís de Camargo. *Tráfico Internacional de Pessoas para exploração sexual*. Editora Saraiva, São Paulo, 2013. p. 44.

¹¹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Prostituição, lenocínio e o tráfico de pessoas: aspectos constitucionais e penais*- São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 71.

¹¹⁷ ESTEFAM, André. *Homossexualidade, prostituição e estupro: um estudo à luz da dignidade humana*. São Paulo: Saraiva, 2016. pp. 179-180.

prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilitá-la, impedir ou dificultar que alguém a abandone; aplicando-lhe uma pena de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. No parágrafo primeiro, afirma-se que se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância: Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos. Outrossim, no parágrafo segundo, se o crime, é cometido com emprego de violência, grave ameaça ou fraude, há uma pena de reclusão, de quatro a dez anos, além da pena correspondente à violência. Finalmente, no parágrafo terceiro, pontua-se que se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa.

O crime previsto no art. 229 do Código Penal brasileiro, a “Casa de Prostituição”, tipifica a conduta de manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente. Pune-se esta prática com uma pena de reclusão, de dois a cinco anos, e multa.

Finalmente, em relação ao tipo previsto no art. 230 do Código Penal brasileiro, o “Rufianismo”, criminalizou-se a conduta de tirar proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça. Quem incorrer nessas práticas recebe, no Brasil, uma pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa. Em sua forma qualificada, prevista no parágrafo primeiro, afirma-se que se a vítima é menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos ou se o crime é cometido por ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou por quem assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância: Pena - reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. Finalmente, no parágrafo segundo, assevera-se que se o crime é cometido mediante violência, grave ameaça, fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vontade da vítima, há uma pena de reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, sem prejuízo da pena correspondente à violência.

Como se pode observar, estes quatro delitos, isto é, “Mediação para servir a lascívia de outrem”, “Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual”, “Casa de Prostituição” e “Rufianismo” expressam de maneira mais descritiva o que no Código Penal português descreve no art. 169. Desse modo, tal como na República Portuguesa, não se incrimina, no Brasil, a conduta da pessoa que exerce a prostituição ou aquela que por outra forma é explorada sexualmente. Tipificam-se somente as condutas parasitárias ou acessórias, que estimulam e fomentam a prostituição e outras formas de exploração sexual. Não prevê a lei, em dispositivo específico, a punição dos beneficiários dos serviços sexuais prestados pelos sujeitos passivos desses delitos.

Destaca-se, entretanto, que ao contrário das modificações observadas no Código Penal Português de 1982, que acabaram abrangendo trechos do tipo concernentes à sua incidência, os delitos previstos nos artigos 227 a 230 do Código Penal brasileiro sofreram uma única modificação: O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

a nomenclatura do título e do capítulo em que se encontram dispostos, reflexo direto da mudança verificada no comportamento sexual do brasileiro, principalmente nos anos 1960 e 1970 do século XX e das repercussões destas perspectivas no âmbito jurídico-criminal.

A partir deste período, o movimento feminista alcançou enorme destaque na sociedade. Além do mais, foi durante esses anos que a existência dos métodos anticoncepcionais, possibilitaram antecipar a primeira relação sexual. Por outro lado, e depois de um longo caminho, as minorias sexuais passaram a ser efetivamente respeitadas pela sociedade, refletindo uma valorização no aspecto positivo da sexualidade e a sua privatização. Outrossim, na maioria dos estudos sobre a sexualidade, realizados no Brasil, quase sempre se apresentam como características principais a crítica ao machismo, ao racismo e às discriminações sexuais, além da reivindicação de uma série de direitos, solenemente ignorados, de acordo com Greco e Rassi¹¹⁸.

As influências destas críticas se fizeram sentir na legislação penalista, que buscou arrefecer, ao menos explicitamente, as referências às considerações de âmbito moral no Decreto 2.848/1940, o Código Penal brasileiro. Neste sentido, os crimes de Lenocínio previstos nos artigos 227 a 230 da referida lei continuaram vigentes, mas com a promulgação da Lei 12.015/2009 passaram a ser inseridos não mais num Título VI, intitulado “Dos crimes contra os costumes” e sim num Título VI que passou a dispor “Dos crimes contra a dignidade sexual”. A capitulação também foi modificada. Não se encontram mais dispostos no “Capítulo V. Do lenocínio e o tráfico de pessoas”, hoje encontram-se inseridos no “Capítulo V. Do lenocínio e do tráfico de pessoas para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual”.

De fato, com a incidência da Lei nº 12.015/2009, que alterou o Título VI da parte especial do Código Penal, passou-se a impressão de vivenciar-se um tempo novo, mas com velhas práticas. A prostituição nunca desapareceu nem diminuiu. Ao contrário, as formas de exercício mudaram ou foram ampliadas para satisfazer os desejos mais refinados.

Outrossim, como se pode observar pela inovação da nomenclatura do capítulo em que os crimes de Lenocínio encontram-se previstos no Código Penal brasileiro, tem havido, ao menos juridicamente, similaridade semântica entre os conceitos de prostituição e de exploração sexual, conforme se observa da dicção do art. 228 do Código Penal brasileiro. Esta dimensão é o reflexo do sistema jurídico adotado pela República Federativa do Brasil no tratamento do fenômeno, dimensão cujas críticas doutrinárias refletem incongruências entre meios e fins, válidas para a compreensão da prostituição enquanto fato social dentro do universo jurídico.

¹¹⁸ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p.18

I.2 Os sistemas jurídicos dados pelo Estado à prostituição

A opção jurídica adotada no Brasil e em Portugal em relação a prostituição, que trata o fenômeno como um fato atípico mas criminaliza as condutas que lhe são acessórias, é a expressão de uma dentre outras formas com as quais os Estados têm lidado com a questão. A doutrina explica que, ao longo da história, outras opções jurídicas foram e continuam sendo utilizadas para tratar socialmente a prostituição, cada uma possuindo peculiaridades e críticas.

Lagenest, por exemplo, afirma que foram quatro os sistemas que retratam as particulares maneiras de se tratar o assunto: o proibicionista, o regulamentador, o abolicionista e o misto¹¹⁹. Estefam, por outro lado, elenca apenas três: o sistema regulamentarista, o sistema abolicionistas e o sistema proibicionista¹²⁰. Já Margotti, amparando-se em Wijers, detalha as minúcias de cada um dos sistemas e, muito embora afirme existirem os três já elencados por Estefam, assevera que, atualmente, é possível observar dois submodelos, um no sistema abolicionista (o neo-abolicionismo) e outro no sistema regulamentarista (o laboral)¹²¹.

No presente trabalho, demonstrar-se-á a divisão dos sistemas jurídicos dados pelo Estado à prostituição segundo a descrição da última pesquisadora, em função do nível de detalhamento proporcionado pelo modo como os modelos interpretam a pessoa que se prostitui: como uma criminosa, como uma vítima, como inserida num mal social ou como uma trabalhadora. Consigna-se, primeiramente, que estes sistemas (excetuando-se o regulamentarismo em sua vertente laboral), “dedicam-se, tão somente, a suprimir e controlar a indústria do sexo, por condenarem a prostituição moralmente e/ou considerarem-na uma violência contra as mulheres”¹²².

Neste sentido, segundo a precitada autora, o sistema proibicionista fundamenta-se na perspectiva de que a prostituição é um desvio moral condenável e que deve ser punido criminalmente com vistas a sua erradicação. “O modelo proibicionista é caracterizado por criminalizar todos os envolvidos com a atividade da prostituição, a pessoa que se prostitui, o cliente e os que lucram com a atividade sexual alheia”¹²³.

¹¹⁹ LAGENEST, H. D. Barruel de. *Lenocínio e Prostituição no Brasil*. Livraria Agir Editora, Rio de Janeiro, 1960.

¹²⁰ ESTEFAM, André. *Homossexualidade, prostituição e estupro: um estudo à luz da dignidade humana*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 181.

¹²¹ MARGOTTI, Alessandra. *Direito à prostituição: Legalização e regulamentação do Lenocínio no Brasil*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. p. 85.

¹²² MARGOTTI, Alessandra. *Direito à prostituição: Legalização e regulamentação do Lenocínio no Brasil*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. p. 86.

¹²³ MARGOTTI, Alessandra. *Direito à prostituição: Legalização e regulamentação do Lenocínio no Brasil*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. p. 85.

Estefam enxerga o sistema proibicionista como uma versão extremada do combate à prostituição, tornando-o um comportamento ilegal e criminalizando a sua demanda, eis que “esse sistema encara a prostituição como verdadeiro ‘câncer social’ a ser extirpado”¹²⁴. Segundo o citado pesquisador, esse sistema, quando não tem em mira o profissional, dirige o foco ao terceiro que, de qualquer modo, facilita, explora ou induz alguém a se prostituir, caracterizando-se, portanto, pela criminalização da demanda, ou seja, da “contratação dos serviços de prostituição, como meio de coibi-la, porquanto a providência tenderia a afugentar a clientela que alimenta esse mercado (ao expor o contratante à perspectiva de uma persecução penal)”¹²⁵.

Outrossim, de acordo com Lagenest, o proibicionismo considera o fato de se prostituir um delito, sendo, portanto, passível de pena. Desse modo, tanto quem se prostitui quanto quem procura seus serviços incorrem em crime, mas de modo diverso, pois se o parceiro é sempre réu, nem sempre o será aquele que se prostitui. Somente na medida em que é responsável, que concorre para a prática do crime, torna-se passível, também, de sofrer a pena a ele cominada. Portanto, o sistema proibicionista objetiva impedir, através do castigo, a prostituição. A punição é estendida tanto ao agente que se prostitui, como também aos clientes e pessoas que, de qualquer forma, prestam auxílio ou favorecimento para o desenvolvimento dessa atividade¹²⁶.

É evidente que a aplicação do proibicionismo supõe uma sociedade bem estruturada, na qual a pessoa humana é reconhecida como sendo o capital mais valioso, quer físico, quer moral, quer espiritual¹²⁷. Segundo Estefam, esta postura foi adotada na Suécia, Islândia e Noruega, que incorporaram a tese de que a prostituição é uma forma de violência sexista - ou seja, praticada pelos homens em detrimento de mulheres e crianças - que acaba se constituindo como um fenômeno social indesejável pelo obstáculo que gera para políticas da igualdade de direitos entre gêneros¹²⁸.

Segundo o citado autor, o sistema proibicionista explicita também a posição oficial estadunidense¹²⁹, na qual a prostituição é encarada por diversos dos seus Estados como um grave atentado contra os direitos humanos, uma clara manifestação da violência contra as mulheres e um

¹²⁴ ESTEFAM, André. *Homossexualidade, prostituição e estupro: um estudo à luz da dignidade humana*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 188.

¹²⁵ ESTEFAM, André. *Homossexualidade, prostituição e estupro: um estudo à luz da dignidade humana*. São Paulo: Saraiva, 2016. pp. 188-189.

¹²⁶ LAGENEST, H. D. Barruel de. *Lenocínio e Prostituição no Brasil*. Livraria Agir Editora, Rio de Janeiro, 1960, 1ª Edição, p. 143.

¹²⁷ LAGENEST, H. D. Barruel de. *Lenocínio e Prostituição no Brasil*. Livraria Agir Editora, Rio de Janeiro, 1960, 1ª Edição, p. 143.

¹²⁸ ESTEFAM, André. *Homossexualidade, prostituição e estupro: um estudo à luz da dignidade humana*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 190.

¹²⁹ ESTEFAM, André. *Homossexualidade, prostituição e estupro: um estudo à luz da dignidade humana*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 190.

símbolo claro da exploração sexual. É encontrado, ainda, em Estados com forte influência religiosa, onde o Estado regula a moral pública e a prostituição é compreendida como uma atividade imoral, que precisa ser combatida para que não seja disseminada, a exemplo dos países árabes¹³⁰.

Para Nucci o sistema proibicionista é passível de críticas porque, simplesmente, esquece os desníveis sociais existentes, pretendendo que pessoas pobres continuem nesse estado, não podendo elevar os ganhos por meio de uma atividade individual de comércio do corpo que em nada prejudica terceiros. Além do mais, consagra a hipocrisia, proibindo o exercício da prostituição mas tolerando a indústria do sexo (sexo pela internet, pelo telefone, camuflado a domicílio, em clubes, nas saunas etc.) que cresce de maneira assustadora e sem muitos sobressaltos¹³¹.

Em linha de pensamento semelhante, porém mais refinado, Margotti afirma que o sistema proibicionista desrespeita a individualidade e a autonomia não só dos trabalhadores do sexo como dos próprios clientes, que têm suas condutas criminalizadas sem que com isso se ofenda a direitos de terceiros, assim “esse modelo se mostra falho quanto à defesa de direitos humanos das pessoas profissionais do sexo e quanto à promoção da igualdade”¹³². A autora, com base em Wijers, explica ainda que não haveria evidências empíricas de que, por meio da criminalização, tenha-se eliminado a prostituição, pois, “a ilegalidade da prostituição em si promove a clandestinidade e dependência dos profissionais do sexo de terceiros, tanto de donos de bordéis e cafetões, quanto dos próprios agentes de polícia e demais servidores judiciais, diante da ausência de proteção legal”¹³³.

Ao contrário do sistema proibicionista, que se caracteriza por criminalizar todos os envolvidos na atividade da prostituição, há o sistema abolicionista, que admite esta prática. Segundo Margotti, o abolicionismo vê a pessoa que se prostitui como vítima, entendendo que a prostituição é lesiva à dignidade humana e, por isso, pune as formas de exploração da atividade por terceiros, tenham eles interesses econômicos ou não¹³⁴. Desse modo, “visa ‘salvar’ a pessoa que se prostitui, em especial as mulheres, mesmo quando elas desejam e praticam a atividade de forma

¹³⁰ RUBIO, Ana. La teoría abolicionista de la prostitución desde una perspectiva feminista. Prostitución y política. In: HOLGADO FERNÁNDEZ, Isabel (ed.). *Prostituciones*. Dialogos sobre sexo pago. Barcelona: Icaria editorial, 2008. p. 76

¹³¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Prostituição, lenocínio e o tráfico de pessoas: aspectos constitucionais e penais*- São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 69.

¹³² MARGOTTI, Alessandra. *Direito à prostituição: Legalização e regulamentação do Lenocínio no Brasil*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017. p. 87.

¹³³ MARGOTTI, Alessandra. *Direito à prostituição: Legalização e regulamentação do Lenocínio no Brasil*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017. p. 87.

¹³⁴ MARGOTTI, Alessandra. *Direito à prostituição: Legalização e regulamentação do Lenocínio no Brasil*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017. p. 88.

livre e consentida, não considerando seus interesses e vontades, destituindo-as, assim, de autonomia sobre o próprio corpo e vida”¹³⁵.

Segundo Estefam, o sistema abolicionista, quando surgiu, representou uma reação contra a política estatal de costumes e contra o cerco às prostitutas¹³⁶. Foi consequência direta dos movimentos dos direitos civis do final do século XIX e de princípio do século XX, carregando em seu bojo o espírito da Convenção de 1949 para a eliminação do tráfico de pessoas e da exploração da prostituição.

Esse sistema surgiu, portanto, não com o objeto de proibir a prostituição, mas a sua exploração. Em determinados casos tem medidas de prevenção visando a proteger quem entra na prostituição e medidas de reinserção social para quem se prostitui¹³⁷. O abolicionismo suprime, também, todo e qualquer sistema de regulamentação e registro das pessoas que se prostituem, entendendo que o Estado não pode participar da atividade ilícita, como quem outorga uma concessão. Limitada, portanto, a atividade do Estado ao policiamento, no sentido da preservação da ordem, da moral e da saúde pública, de forma puramente exterior e limitada¹³⁸. De acordo com Ferraz o sistema abolicionista não enxerga a prostituição como um mal necessário, mas como um mal evitável e reprovável. Assim, entendia a professora que a um fenômeno social deveriam aplicar-se armas de natureza social (meios educacionais, assistenciais, entre outros)¹³⁹.

Estefam explica que o sistema abolicionista é, atualmente, o mais adotado no mundo e tem como característica central a criminalização do entorno da prostituição, de modo a considerar infrações penais atos como o Lenocínio, a Casa de Prostituição, o Rufianismo e o Tráfico de mulheres para fins de prostituição¹⁴⁰. Esta situação, para Margotti, amparada por Ribeiro, explicita que o sistema abolicionista, apesar de não penalizar juridicamente os profissionais do sexo pela prática da prostituição, não lhes permite trabalhar de uma forma legal, empurrando estas pessoas para um limbo social marcado por formas extremas de estigmatização e exclusão¹⁴¹.

¹³⁵ MARGOTTI, Alessandra. *Direito à prostituição: Legalização e regulamentação do Lenocínio no Brasil*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017. pp. 90-91.

¹³⁶ ESTEFAM, André. *Homossexualidade, prostituição e estupro: um estudo à luz da dignidade humana*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 186.

¹³⁷ COSTA, José Martins Barra da; ALVES, Lurdes Barata. *Prostituição 2001. O masculino e o feminino de rua*. Lisboa, colibri, 2001. p.40-1.

¹³⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. parte especial: volume II. 4ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1984. p. 51.

¹³⁹ FERRAZ, Esther de Figueiredo. *Prostituição e criminalidade feminina*. São Paulo, s. I. 1976. p. 68.

¹⁴⁰ ESTEFAM, André. *Homossexualidade, prostituição e estupro: um estudo à luz da dignidade humana*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 186.

¹⁴¹ MARGOTTI, Alessandra. *Direito à prostituição: Legalização e regulamentação do Lenocínio no Brasil*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017. pp. 90-91.

O sistema abolicionista também sofre a crítica por tratar a prostituição como um ócio sexual. Não adota uma perspectiva prática, refugiando-se num discurso moral alheio à vida real de pretensão de eliminar a prostituição e, com isso, todas as práticas discriminatórias que mantêm e reproduzem uma imagem diferenciada das mulheres e dos homens. Por tal razão, alguns autores consideram como proibicionistas o sistema que, em verdade, é formalmente abolicionista, defendendo que a prostituição carece de toda legitimação legal, moral e social, sendo perseguida pelo poder público com vista ao seu desaparecimento¹⁴².

É justamente nessa esteira de pensamento que Margotti defende que, hodiernamente, há um submodelo dentro do sistema abolicionista, que é o chamado neo-abolicionismo. Neste submodelo, muito embora se considere a pessoa que se prostitui como uma vítima (independente de ser profissional do sexo ou explorada sexualmente), adota-se a criminalização também do cliente, o que implicaria, para a autora, clara ofensa à autonomia e à liberdade individual deste¹⁴³.

Nucci, sobre o que Margotti chama de neo-abolicionismo, afirma que o sistema reconhece a existência da prostituição, considerando-a como um mal social, devendo ser abolida, pois fere a dignidade da pessoa e oprime a mulher. Não se deve, nesse sistema, castigar a prostituta, mas punir o cliente e todos os demais indivíduos que volteiam, favorecendo ou auxiliando a prática¹⁴⁴.

Deve-se considerar, ainda, que o sistema abolicionista e o neo-abolicionista (bem como o proibicionista) “estão muito interligados, tanto na prática quanto no discurso: dois modelos repressivos que desconsideram direitos individuais básicos, interferem na vida privada de maneira paternalista, deturpando e simplificando conceitos e fatos, além de desqualificar as pessoas que se dedicam ao comércio do sexo”¹⁴⁵.

Neste âmbito de crítica, há de se ponderar também que, segundo relatório não vinculante feito pelo Parlamento Europeu, em 2014, a pobreza e as más situações econômicas e de emprego, vistas como fortes fatores impulsionadores que forçam as mulheres à prostituição, trazem à discussão questionamentos sobre se seu consentimento pode ser assumido como voluntariamente dado. Concluiu-se, assim, que é muito difícil provar a questão de saber se os serviços sexuais são prestados consensualmente, de modo que as leis que criminalizam o uso de serviços sem o

¹⁴² NUCCI, Guilherme de Souza. *Prostituição, lenocínio e o tráfico de pessoas: aspectos constitucionais e penais*- São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 71.

¹⁴³ MARGOTTI, Alessandra. *Direito à prostituição: Legalização e regulamentação do Lenocínio no Brasil*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. pp. 88-89.

¹⁴⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Prostituição, lenocínio e o tráfico de pessoas: aspectos constitucionais e penais*- São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 71.

¹⁴⁵ MARGOTTI, Alessandra. *Direito à prostituição: Legalização e regulamentação do Lenocínio no Brasil*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. p.91.

consentimento das vítimas enfrentam sérias dificuldades na implementação e não podem ser implementadas de forma eficaz¹⁴⁶.

Finalmente, o sistema regulamentarista ou regulador é aquele que, de acordo com Margotti, considera a prostituição um fenômeno social impossível de ser erradicado da sociedade e que, por isso, deve ser controlada e limitada, a fim de se evitar os danos que pode causar no meio social¹⁴⁷. Segundo a precitada autora, com base em Wijers, este sistema enxerga a prostituição moralmente repreensível, mas não erradicável: “as prostitutas passam a ser consideradas uma espécie perigosa e, para proteger a sociedade desse mal necessário, devem ser criados regulamentos e políticas públicas com vistas a controlar a prostituição e as pessoas que a exercem”¹⁴⁸. Neste sentido, prima-se pelo interesse na ordem, saúde, moral e decência públicas, além de, nas palavras da autora, garantir as ‘necessidades masculinas’ e a ‘necessária separação entre as mulheres descentes e aquelas’¹⁴⁹.

Frise-se, aliás, que, de acordo com Margotti, esta perspectiva dicotômica de, por um lado, salvaguardar a saúde, a moral e a decência públicas mas, também, garantir as necessidades masculinas, esteve na base da estruturação histórica deste sistema. O surgimento desse regime se deu a partir de um pressuposto eminentemente machista, centrado nas percepções das necessidades fisiológicas de satisfação sexual masculina e de que a prostituição cumpriria o importante papel de inibir tal necessidade dentro dos limites morais, “preservando instituições sociais como a família e o casamento e restringindo graves perversões sexuais, assegurando-se, assim, a integridade das moças de bem”¹⁵⁰.

¹⁴⁶ Do original: “*In this sense, poverty and bad economic and employment situations are seen as strong push-factors forcing women into prostitution, and which call into question whether their consent can be assumed to have been voluntarily given. Overall, it can be concluded that the question of whether sex services are consensually delivered is very difficult to prove, and therefore laws criminalising the use of services without the consent of the victim face serious difficulties in implementation and cannot be effectively implemented*”. EUROPEAN PARLIAMENT. Directorate-general for international policies. Policy Department. Citizens’ rights and constitutional affairs. *Sexual exploitation and prostitution and its impacts on gender equality*. 2014. Disponível em: < [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493040/IPOL-FEMM_ET\(2014\)493040_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493040/IPOL-FEMM_ET(2014)493040_EN.pdf)>. Acesso em: 27 ago. 2018. p.07.

¹⁴⁷ MARGOTTI, Alessandra. *Direito à prostituição: Legalização e regulamentação do Lenocínio no Brasil*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017. p.92.

¹⁴⁸ MARGOTTI, Alessandra. *Direito à prostituição: Legalização e regulamentação do Lenocínio no Brasil*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017. pp. 92-93.

¹⁴⁹ MARGOTTI, Alessandra. *Direito à prostituição: Legalização e regulamentação do Lenocínio no Brasil*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017. pp. 92-93.

¹⁵⁰ MARGOTTI, Alessandra. *Direito à prostituição: Legalização e regulamentação do Lenocínio no Brasil*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017. p. 94.

Estefam, resumindo as premissas do sistema regulamentarista da prostituição, afirma que ele se erigiu nos seguintes vetores: “(I) a proteção da saúde pública, encarando a prostituta como agente de disseminação de enfermidades; (II) a necessidade da tutela moral pública, fazendo com que jovens mulheres não fossem contaminadas pelo vicioso ambiente; (III) a tutela do patrimônio dos homens e, indiretamente, de suas famílias”¹⁵¹.

Outrossim, no aspecto concernente ao caráter meramente fiscalizador do sistema regulamentador, Rodrigues afirma que a ascensão da burguesia, bem como o surgimento de inúmeras doenças venéreas, como a sífilis, levou a diversas tentativas de regulamentar a prostituição, a partir do século XVIII. Assim, surgiu esta modalidade de regulamentação, que teve início em 1803, na França, e se espalhou para outros países. Esse sistema, de modo geral, considera a prostituição um mal necessário, cercanda-a de medidas higiênicas, policiais, visando proteger a saúde da população e a ordem pública¹⁵².

Dentro do sistema regulamentador com caráter fiscalizador da prostituição, muitos sustentam que a atividade é um mal necessário e inevitável, pretendendo submeter as mulheres que se dedicam ao seu exercício a um regime de exceção, que seja regulamentado, e de certa maneira, organizado. Propõem, como primeira medida, a constituição de ‘zonas’ especializadas onde serão reunidos os bordéis. Esta modalidade, entretanto, não é mais praticada por nenhum dos grandes países do mundo, pelo menos não oficialmente, pois quase todos assinaram a Convenção para a repressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio, elaborada pelas Nações Unidas¹⁵³.

Em outras realidades regulamentares, reputa-se a prostituição um mal inevitável, que sempre existiu e sempre existirá, pois há procura por esta espécie de serviços, sempre. Deve ser controlada para proteger a saúde e a ordem pública. As pessoas prostituídas devem passar por controles médicos periódicos. O Estado há de defender os interesses gerais, pondo à margem aqueles que se prostituem com o fim de garantir a saúde e a ordem públicas, controlando a atividade destes, desde o ponto de vista sanitário e de localização de bordéis. É o que ocorre, por exemplo, na Espanha.

Ao dissertar sobre o tema, Prado sustenta que o sistema da regulamentação tem por escopos objetivos higiênicos, “a fim de prevenir a disseminação de doenças venéreas e também a ordem moral e pública. Por este sistema a prostituição fica restrita a certas áreas da cidade, geralmente

¹⁵¹ ESTEFAM, André. *Homossexualidade, prostituição e estupro: um estudo à luz da dignidade humana*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 183.

¹⁵² RODRIGUES, Taís de Camargo. *Tráfico Internacional de Pessoas para exploração sexual*. Editora Saraiva, São Paulo, 2013, p. 41.

¹⁵³ LAGENEST, H. D. Barruel de. *Lenocínio e Prostituição no Brasil*. Livraria Agir Editora, Rio de Janeiro, 1960, 1ª Edição, p. 121.

distantes do centro”¹⁵⁴. E continua ao afirmar que “é criticável o sistema em epígrafe, uma vez que, além de estigmatizar a prostituta, o seu fim higiênico é de resultado restrito, já que controla apenas parte da atividade”¹⁵⁵.

Para Fragoso, a regulamentação é inspirada pela ideia de estrito controle social do exercício da prostituição, a fim de assegurar a prevenção de várias moléstias, preservando a moral pública pelo confinamento. Trata-se, portanto, de incriminação condicionada à observância das prescrições contidas na regulamentação policial. Esse sistema, executado com rigor, conduz ao aquartelamento, ou seja, ao confinamento da prostituição a certas áreas ou a certas ruas, isoladas e sujeitas a controle, bem como ao aparecimento do bordel ou casa de tolerância¹⁵⁶.

Contra esse sistema tem-se dito que compreende apenas pequena parte da prostituição, sendo, portanto, de significado restrito, do ponto de vista da saúde pública. Afirma-se também que marca profundamente quem se prostitui, dificultando a sua reintegração social, facilitando, por outro lado, o aparecimento de uma prostituição, num certo sentido, privilegiada. Entendem, ainda, alguns pesquisadores, que a regulamentação significa a participação do Estado numa atividade reconhecidamente imoral, estabelecendo também intolerável constrangimento à liberdade pessoal, pelas exigências feitas em relação à mulher pública. A regulamentação somente atinge as mulheres miseráveis e de baixa condição social, não colhendo a prostituição das camadas superiores, o que significa sempre odiosa discriminação¹⁵⁷.

Esse sistema sofre forte crítica do movimento feminista, que alega ser a prostituição uma forma natural de violência do homem contra a mulher, quando a subjuga sexualmente pela força do dinheiro. Violaria direitos humanos inalienáveis, pois trata-se de atividade indigna. Sustenta-se não contribuir para diminuir o tráfico de pessoas e ainda serve para aumentar o número de pessoas engajadas na prostituição¹⁵⁸.

De acordo com Margotti, muitos países, a despeito de adotarem o modelo abolicionista, apresentam práticas regulamentaristas, controlando e limitando a prostituição de várias formas, e tais regulamentações não são orientadas às pessoas profissionais do sexo, mas sim a garantir a

¹⁵⁴ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. V. 03. Rio de Janeiro – RJ – Brasil: Revista dos Tribunais, 2004. p. 274.

¹⁵⁵ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. V. 03. Rio de Janeiro – RJ – Brasil: Revista dos Tribunais, 2004. p. 274.

¹⁵⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. parte especial: volume II. 4ª edição. Rio de Janeiro, Forense, 1984. p. 50.

¹⁵⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. parte especial: volume II. 4ª edição. Rio de Janeiro, Forense, 1984. p. 50.

¹⁵⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Prostituição, lenocínio e o tráfico de pessoas: aspectos constitucionais e penais*- São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 70.

“moral”, a saúde, a ordem e a “decência” da sociedade¹⁵⁹. Não restam dúvidas que o sistema regulamentarista, da forma como foi inicialmente concebido e aplicado, ignorou a autonomia da pessoa que se prostitui, equiparando a prática levada a cabo de maneira consentida com aquela realizada mediante violência, impondo regulamentos e posturas consideradas aceitáveis a partir de projeções morais, sem uma reflexão amparada nos direitos individuais.

Assim, “desconsidera que a pessoa que escolhe se prostituir não vende seu corpo (afirmação, aliás, que possui carga moral muito forte), mas presta um serviço profissional consentidamente”¹⁶⁰. Não há, como explica Margotti, nesse modelo legal, “um proprietário de pessoas (as pessoas não são escravas sexuais quando escolhem se prostituir), há, na verdade, a possibilidade de se valer de seu corpo como ferramenta de trabalho, de se ter um empregador, nos locais em que a atividade é reconhecida como profissão”¹⁶¹. De fato, as arbitrariedades do sistema da regulamentação, com suas infundáveis exigências e a flagrante injustiça que representava, criou um ambiente de crítica em diversos países, bem como apontou na direção do um novo modelo.

É na esteira destas críticas que, dentro do sistema regulamentarista, surge o submodelo laboral ou descriminalizador, explicitando o submodelo que parte da concepção regulamentarista, mas apresenta um avanço e distância imensos na busca de garantia de direitos e quebra de estigmas¹⁶². Em profundidade, “esse paradigma reconhece a pessoa que se prostitui como profissional, como trabalhadora, enfatiza a necessidade de se regulamentar a atividade, por meio da legislação civil e trabalhista”¹⁶³.

Pode-se afirmar que o sistema da regulamentação tem como fundamento o livre convencimento e a autodeterminação da pessoa que se prostitui, considerando que este resolve, sem interferência externa, mas por vontade própria, oferecer serviços sexuais. Qualifica-se, geralmente, a conduta como um trabalho, de modo a incidir sobre ele as mesmas obrigações fiscais e os mesmo direitos trabalhistas e sociais devidos aos demais trabalhadores: seguros em geral e tributos. Este é

¹⁵⁹ MARGOTTI, Alessandra. *Direito à prostituição: Legalização e regulamentação do Lenocínio no Brasil*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017. p. 93.

¹⁶⁰ MARGOTTI, Alessandra. *Direito à prostituição: Legalização e regulamentação do Lenocínio no Brasil*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017. p. 96.

¹⁶¹ MARGOTTI, Alessandra. *Direito à prostituição: Legalização e regulamentação do Lenocínio no Brasil*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017. p. 96.

¹⁶² MARGOTTI, Alessandra. *Direito à prostituição: Legalização e regulamentação do Lenocínio no Brasil*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017. p. 97.

¹⁶³ MARGOTTI, Alessandra. *Direito à prostituição: Legalização e regulamentação do Lenocínio no Brasil*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017. p. 97.

o caso dos Países Baixos, no qual proxeneta passou a ser empresário, a pessoa prostituída um trabalhador sexual e o prostituidor se transformou em cliente¹⁶⁴.

A abordagem regulatória que legaliza a prostituição, conforme estudo feito pelo Parlamento Europeu, em 2014, não quer acabar com a prostituição, mas reconhecer a venda e a compra do sexo como uma atividade econômica com oferta e demanda reguladas pelo preço no mercado da prostituição, o qual é regulado por lei. Aliás, frise-se que esta abordagem de tratar o fenômeno: “implicou também a distinção entre prostituição voluntária e forçada, que é o principal tema do acalorado debate contemporâneo. A legalização da prostituição pode, portanto, ser vista como uma tentativa de separar a venda de sexo da exploração sexual”¹⁶⁵.

Hoje, entretanto, independentemente do tipo de política criminal adotado nos diversos países, ou seja, para além das discussões sobre a pertinência dos sistemas de tratamento dados pelos Estados à prostituição, duas formas de enxergar o fenômeno são apresentadas pela doutrina.¹⁶⁶

De um lado, há o entendimento de que a prostituição é um tipo de exploração. Partindo do pressuposto kantiano de que a pessoa é um fim em si mesma, esta não pode ser tratada – nem por si própria – como objeto ou ferramenta, sob pena de violar o princípio da dignidade humana. Por

¹⁶⁴ BRUFÃO CURIEL, Pedro. *Las Misérias del sexo. Prostitución y políticas públicas*. Madrid: Catarata e Fundación Alternativas, 2011. pag. 17

¹⁶⁵ Do original: “*This idea entailed also the distinction between voluntary and forced prostitution which is the main subject of the fierce debate today. Legalising prostitution can therefore be seen as an attempt to separate selling sex from sexual exploitation*”. EUROPEAN PARLIAMENT. Directorate-general for international policies. Policy Department. Citizens’ rights and constitutional affairs. *Sexual exploitation and prostitution and its impacts on gender equality*. 2014. Disponível em: <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493040/IPOLFEMM_ET\(2014\)493040_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493040/IPOLFEMM_ET(2014)493040_EN.pdf)>. Acesso em: 27 ago. 2018. p. 20.

¹⁶⁶ “Existem dois grupos internacionais, cada um defendendo uma das teses mencionadas, que tem influenciado decisões sobre a prostituição em todo o mundo. Esses grupos tiveram participação decisiva também na elaboração do protocolo de Palermo. São eles: CATW – Coalition Against Trafficking in Women e GAATW – Global Alliance Against Traffic in Women. A CATW é uma organização não governamental de penetração mundial que visa promover os direitos humanos das mulheres contra a indústria do sexo. Para ela, são formas de exploração sexual: a prostituição, assédio sexual, estupro, incesto, pornografia, turismo sexual, e casamento servil. Segundo essa organização todo tipo de prostituição explora a mulher, inclusive a consensual. Já a GAATW, de cunho mais liberal, visa o respeito aos direitos humanos de todas as mulheres, inclusive a liberdade de decidir no que vão trabalhar. Constituindo uma rede de cerca de 100 organizações não governamentais de todas as regiões do mundo, inclusive o Brasil, a GAATW tem o compromisso de promover mudanças em sistemas políticos, econômico, social e legal que contribuam para a erradicação do tráfico de pessoas e outras violações dos direitos humanos no contexto dos movimentos migratórios”. RODRIGUES, Taís de Camargo. *Tráfico Internacional de Pessoas para exploração sexual*. Editora Saraiva, São Paulo, 2013. p. 48.

outro lado, tem-se a corrente doutrinária que defende a prostituição como uma forma de trabalho qualquer. Para os adeptos desse pensamento, a dignidade humana pressupõe a autonomia da vontade, e a opção pela prostituição deve ser respeitada¹⁶⁷.

Esta dicotomia, hodiernamente, incide como um vetor importante nas discussões sobre como os Estados devem tratar a prostituição – ou mesmo se devem interferir neste fenômeno. Nas realidades portuguesa e brasileira, esta discussão adquire contornos ainda mais problemáticos. Isto porque, não obstante constituírem-se formalmente como Estados que adotam o sistema abolicionista, ou seja, tratando a prostituição como um fato atípico mas criminalizando as condutas que lhe são acessórias, como demonstrado¹⁶⁸, não existe qualquer conceituação legal do que vem a ser a prostituição, impossibilitando enxergar o ponto exato da incidência dos crimes de Lenocínio em ambos os países.

1.3 Conceito contemporâneo de prostituição

Como já se referiu, não obstante encontrarem-se criminalizadas as condutas acessórias à prostituição na República Portuguesa e na República Federativa do Brasil, não há, na legislação destes países, um conceito específico para o fenômeno, o que torna o conceito amplo. Assim, é a doutrina quem se volta a este esforço, importando considerar sempre que debater o conceito de

¹⁶⁷ RODRIGUES, Taís de Camargo. *Tráfico Internacional de Pessoas para exploração sexual*. Editora Saraiva, São Paulo, 2013. p. 47.

¹⁶⁸ Nucci, ao contrário do argumento aqui exposto, acredita que o Brasil adotou o sistema misto, pois, encontra características de um e de outro sistema, sem que se defina exatamente por um deles. No âmbito criminal, a prostituição é fato atípico, mas as atividades correlatas à prostituição são passíveis de pena, destacando-se, neste sentido o Lenocínio. O capítulo V do título VI (dos crimes contra a dignidade sexual) da parte especial do Código Penal, é chamado, por exemplo “do Lenocínio e do tráfico de pessoas para o fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual”, demonstrando o interesse do Estado na repressão das atividades relacionadas com a prostituição e com o tráfico de pessoas. Não se reconhece a prostituição como atividade laboral em lei, mas isso é feito em ato administrativo do Ministério do Trabalho. Ou seja, é uma atividade que não está regulamentada, nem se está buscado, autenticamente a sua abolição, mas se pune quem dela tira proveito de alguma forma. NUCCI, Guilherme de Souza. *Prostituição, lenocínio e o tráfico de pessoas: aspectos constitucionais e penais*- São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 71.

prostituição envolve preconceitos, moralismos, avaliações éticas e até mesmo valores jurídicos e históricos¹⁶⁹, segundo as palavras de Foucault¹⁷⁰.

Desse modo, há, inequivocamente, divergências quanto a forma de conceituar a prostituição, quanto ao apontar a sua essência, encontrando os seus fundamentos e consequências. Está-se, portanto, longe de encontrar forma consensual na comunidade acadêmica, bem como na opinião pública sobre este conceito. Sobressai, em ambos os casos, entretanto, o reflexo de um preconceito muito vivo, salpicado algumas vezes pela incompreensão e a indiferença, pelo ódio e a repulsa.

Para Arnal e Llario, por exemplo, “a palavra prostituição é um termo duro que inevitavelmente conduz a conotações associadas que implicam uma condenação moral em relação a essa atividade. No entanto, trata-se de uma palavra ambígua”¹⁷¹. E continua o raciocínio afirmando que a primeira questão a se resolver é se a prostituição é, unicamente, aquela atividade que leva a vender o próprio corpo, e não o é todo o leque amplíssimo de comportamentos cotidianos que levam a vender outras partes ou aspectos de uma pessoa, tão sagrados ou íntimos como o próprio corpo... Assim, tomando-se em sentido amplo, dar-se-ia a prostituição quando uma pessoa vendesse uma parte importante de sua intimidade ou identidade em troca de algo, ainda que essa parte não fosse necessariamente sexo.

Partindo do sentido etimológico, prostituição significa colocar adiante, ou colocar à venda e tanto pode ser praticada por agentes (pessoas) do sexo masculino quanto do sexo feminino. Acerca da natureza etimológica, dois aspectos devem ser pontuados. Em um primeiro aspecto, destacar que a prostituição é considerada como qualquer tipo de prestação sexual, com o preço correspondente. Em um segundo aspecto, corresponde a uma submissão, à qual está sujeito aquele que se dedica à prostituição - prática, supostamente, altamente lesiva à dignidade humana. Uma das preocupações trazidas pela conceituação da prostituição é a frequência necessária para que a comercialização da atividade sexual seja assim considerada. Outra preocupação é saber se essa troca de sexo por algum bem se restringe a dinheiro, exclusivamente¹⁷².

Facilmente consegue-se enxergar a prostituição no comportamento da pessoa pobre, que procura melhorar a sua condição financeira e social, trocando sexo por dinheiro. Neste universo, o rótulo é facilmente colocado, sem maiores indagações. Porém, consegue-se enxergar a prostituição

¹⁶⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Prostituição, lenocínio e o tráfico de pessoas: aspectos constitucionais e penais*- São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 64.

¹⁷⁰ FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade 2: O uso dos prazeres*. Rio de Janeiro: Graal, 2011.

¹⁷¹ ARNAL, Rafael Ballester; LLARIO, Maria Dolores Gil. *Prostitución masculina*. Estúdio psicosocial em nuestro contexto. Valencia: Promolibro, 1996. p. 21-22.

¹⁷² NUCCI, Guilherme de Souza. *Prostituição, lenocínio e o tráfico de pessoas: aspectos constitucionais e penais*- São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 63

no comportamento da pessoa que troca o sexo, por um jantar, uma joia, um vestido, um carro ou um emprego? De fato, existiriam gradações diferentes para a prostituição ou mesmo uma camada de fingimento ou hipocrisia, que dividiria o comportamento da pessoa pobre que troca sexo por dinheiro, do outro comportamento, mais refinado, mais discreto, que é a troca de sexo por bens ou favores¹⁷³.

Já Margotti conceitua prostituição como o serviço sexual – entendido como qualquer ato sexual cujo objetivo é a produção de satisfação sexual do cliente: sexo anal, oral e vaginal e a masturbação e, também, a construção de fantasias sexuais - praticado por profissional, uma pessoa capaz, livre e consciente, em troca de retorno financeiro ou material anteriormente combinado¹⁷⁴.

Os elementos da “habitualidade” e “contraprestação pecuniária” despontam quase sempre como parâmetro diferenciador do conceito. Neste sentido, a maioria dos estudiosos partem para a definição de prostituição como a prestação de serviços sexuais pessoais a uma variedade de clientes eleitos primariamente por quem vai pagar, resultando difícil estabelecer quão frequente e prolongada deve dar-se essa conduta para poder-se falar em prostituição¹⁷⁵. Assim, buscando um conceito jurídico de prostituição que servisse de esteio para o desenvolvimento deste tópico, com as implicações inevitáveis, encontra-se Nucci, que explicita que “a prostituição é o comércio sexual do próprio corpo, geralmente desenvolvido com habitualidade, objetivando sustento¹⁷⁶.

Hodiernamente, segundo Rodrigues, pode-se definir a prostituição como um modo de vida, especificamente daquele que se entrega à prática sexual a uma pluralidade de pessoas mediante

¹⁷³ Esta perspectiva é compartilhada por Alberto, para quem a prostituição representa uma atividade que consiste na prática de atos sexuais a troco de dinheiro¹⁷³. O referido autor frisa o ato sexual propriamente dito, mas não toda e qualquer troca de afetos corporais entre duas ou mais pessoas, de forma não sentimental e a troco de bens – incluindo dinheiro – ou favores – influências. Outrossim, reconhece que, é “igualmente, tida como a troca consciente de favores sexuais por favorecimento profissional, de bens materiais, informação, entre outros; e caracterizada pela ausência de sentimentos, afeto e, eventualmente, prazer”. ALBERTO, José. *Crimes Sexuais: Do crime de Lenocínio em especial. A tutela jurídica da prostituição*. Lisboa: Chiado Editora, 2017.

¹⁷⁴ MARGOTTI, Alessandra. *Direito à prostituição: Legalização e regulamentação do lenocínio no Brasil*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017. p. 18-19.

¹⁷⁵ ARNAL, Rafael Ballester; LLARIO, Maria Dolores Gil. *Prostitución masculina*. Estúdio psicosocial em nuestro contexto. Valencia: Promolibro, 1996. p. 21-22.

¹⁷⁶ Sheila Jeffreys aponta três características fundamentais da prostituição: comércio, promiscuidade, e indiferença emocional. A pessoa é prostituta quando habitualmente ou frequentemente tem relações sexuais por dinheiro ou outros valores. JEFFREYS, Sheila. *The idea of prostitution*. Melbourne: Spinifex Press Pty Ltd. 2008, p. 4.

retribuição financeira¹⁷⁷. A autora explica, ainda, que há autores como Cernicchiaro, para quem a “prostituição é a conduta desregrada de uma pessoa que se entrega a prática de relações sexuais”¹⁷⁸ e Bento de Faria, que define a prostituição como “a conduta de quem concede o gozo do seu corpo, em regra e habitualmente, a qualquer pessoa”¹⁷⁹. Como se pode observar, embora haja divergência quanto a habitualidade da prática, para estes, o pagamento é considerado prescindível.

De toda forma, há de se consignar que contemporaneamente, a prostituição tem se tornado uma prática mais complexa. De acordo com Nucci, as transformações tecnológicas, colocaram a prostituição em lugares jamais imaginados. Não existem mais as “zonas” nem há como isolar a prática pois ela se mistura em todos os ambientes sociais. Encontra-se a prostituição nas universidades como forma de conseguir dinheiro para complementar a renda, ou mesmo, para ajudar a pagar a matrícula e as mensalidades do curso. Encontra-se a prostituição nas academias de ginástica, nos shopping centers, nos hotéis, boates, restaurantes e bares, sendo levada a cabo através das mais variadas redes sociais¹⁸⁰.

Além do mais, tem-se a indústria do sexo com negócios que faturam grandes somas de dinheiro em todo o mundo. A prostituição representa uma indústria global onde sexo é trocado por dinheiro, drogas, favores ou qualquer mercadoria que seja necessária para a pessoa que oferece o corpo. De fato, a internet transformou a lei da oferta e da procura para esse tipo de comércio. Catálogos com fotografias nas mais variadas posições, descrições do corpo, tipos de serviços e valores. O cliente não fica exposto e tem uma maior variedade para sua escolha. Facilidade, também, para quem se prostitui, pois, um número maior de pessoas tem conhecimento do que está sendo comercializado. Além do mais, uma maior segurança nas relações entre as partes envolvidas parece existir.

A prostituição que fica nas ruas escuras difere dessas outras pelo preço. É mais barata e sua clientela pertence a uma classe social sem muitos recursos, ou necessita apenas de um sexo rápido, as vezes dentro do próprio veículo... Como já se demonstrou no caso brasileiro, o legislador pune quem cerca a figura da prostituição, favorecendo, facilitando, dividindo os recursos obtidos, mantendo local para a prática. Destaca-se, entretanto, que desde a reforma introduzida pela Lei nº 12.015/09, tem-se imbricado os conceitos de “prostituição” com “exploração sexual”.

¹⁷⁷ RODRIGUES, Taís de Camargo. *Tráfico Internacional de Pessoas para exploração sexual*. Editora Saraiva, São Paulo, 2013, p. 40.

¹⁷⁸ RODRIGUES, Taís de Camargo. *Tráfico Internacional de Pessoas para exploração sexual*. Editora Saraiva, São Paulo, 2013, p. 40.

¹⁷⁹ RODRIGUES, Taís de Camargo. *Tráfico Internacional de Pessoas para exploração sexual*. Editora Saraiva, São Paulo, 2013, p. 40.

¹⁸⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Prostituição, lenocínio e o tráfico de pessoas: aspectos constitucionais e penais*- São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014.

Segundo Nucci, muitos autores preferem conceituar a exploração sexual como o gênero do qual brotam as seguintes espécies: prostituição, pornografia, turismo sexual e tráfico de pessoas. O precitado autor brasileiro considera que a indústria do sexo não se limita à prostituição – embora seja esta a sua atividade mais lucrativa. Assim, o autor explica que o trabalho sexual envolve a troca de serviços sexuais por compensação material, da mesma forma que a venda de performances ou produtos eróticos, de forma que “isto inclui atos de contato físico entre compradores e vendedores (prostituição, dança sexual) assim como estimulação sexual indireta (pornografia, strip-tease, sexo por telefone, shows de sexo ao vivo, performances eróticas por câmeras)”¹⁸¹.

O gênero “exploração sexual”, portanto, para este doutrinador, vale-se de uma infinidade de atrações, tais como a pornográfica, que abrange revistas contendo fotos de pessoas despidas ou de sexo explícito; filmes em diversos formatos (para cinema, DVD, CD), contendo cenas de sexo explícito; shows eróticos, com cenas de sexo explícito ou strip-tease de homens e/ou mulheres; lojas especializadas na venda de objetos de estímulo à atividade sexual; locadoras de filmes de sexo explícito; livrarias especializadas em publicações eróticas etc. O referido estudioso refere-se, ainda, aos trabalhadores, gerentes, proprietários, marqueteiros, às agências, clubes e associações comerciais envolvidas em comércio sexual, sob os aspectos legal e ilegal¹⁸².

Davidson, convergindo com esta compreensão abrangente da exploração sexual, explica que o turismo sexual também faz parte deste contexto ampliado, pois o turismo sexual é a viagem que alguém¹⁸³ faz para um determinado local com o objetivo de conhecer pessoas que irão satisfazer a sua lascívia¹⁸⁴. Aliás, frisou a pesquisadora que “o desenvolvimento do turismo em países pobres tem sido ligado direta ou indiretamente à prostituição”¹⁸⁵.

¹⁸¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Prostituição, lenocínio e o tráfico de pessoas: aspectos constitucionais e penais*- São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 103-4.

¹⁸² NUCCI, Guilherme de Souza. *Prostituição, lenocínio e o tráfico de pessoas: aspectos constitucionais e penais*- São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 103-4.

¹⁸³ O turista sexual procura em um primeiro momento a prostituição, onde considera barata e acessível, bem como procura por shows eróticos de todos os tipos. O turismo sexual em si mesmo não quer dizer nada, sendo incompatível com a designação de uma espécie de exploração sexual. O turista deve ser considerado um explorador sexual porque deixou seu local onde mora, para conhecer outros locais, encontrar pessoas de cultura e nacionalidade diversas, para fins sexuais. Não se pode compreender esse comportamento como exploração sexual. Quando o viajante procura a prostituição em locais diferentes do seu domicílio, ele procura sexo pago em paragens diversas.

¹⁸⁴ DAVIDSON, Julia O’Connell. *Prostitution, power and freedom*. Michigan: The University of Michigan Press. 1998. p. 42.

¹⁸⁵ “O termo ‘turismo sexual’ é largamente associado aos tours sexuais organizados, evidenciando grupos de homens de negócios de meia idade ciceroneados para bordéis autorizados na Coreia do Sul ou em bares de strip na Tailândia, Filipinas, Taiwan e Sri Lanka. Mas há também registros na América do Sul, Caribe, África O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

De fato, não se pode afastar a prostituição da complexa e ramificada indústria do sexo. Muitas vezes a doutrina se inclina para tratar a prostituição como atividade imoral, chegando alguns autores a defenderem que deveria ser, também, tratada como uma atividade ilegal. A questão perpassa, portanto, pela moralidade e envolve intrincada dimensão ontológica. Como leciona Nucci “não se pode negar a existência de uma autêntica exploração de alguns setores da prostituição, em especial as pessoas prostituídas sob controle e fiscalização violenta ou ameaça de rufiões”. Sustenta em seguida que a generalização é “contraproducente, pois invade o campo exclusivamente moral, vale dizer, a prostituição tornar-se-ia uma forma de exploração sexual somente porque deve ser reputada imoral”¹⁸⁶.

Ora, no universo das atividades sexuais, a hipocrisia reina absoluta, de acordo com Del Priore¹⁸⁷. Já Nucci, diz que “proíbe-se o que se quer, por conta de algo que não se sabe ao certo o que seja, em prol de alguém que nem mesmo é passível de identificação”.¹⁸⁸ O problema aparece, ganhando novos contornos, quando essa “medida restritiva sai do âmbito da moral e da ética, ingressando no cenário do direito, mormente do Direito Penal, a preocupação aumenta, pois se passa a utilizar a pena como sanção seletiva para certos momentos, em atividade investigatória por amostragem”¹⁸⁹, nas palavras do doutrinador.

O caminho parece apontar para aquele definido por Mirabete, afastando os conceitos de prostituição e exploração sexual ao afirmar que o Direito Penal deveria tutelar apenas a atividade da exploração sexual quando envolvesse violência, grave ameaça ou se fosse praticada contra incapazes. Por mais imoral que possa ser compreendida a prostituição, ou a pornografia, para alguns, somente são procuradas por pessoas que desejam esse encontro, simbolizando reflexo do direito inalienável à intimidade, à autonomia e à vida privada¹⁹⁰

No contexto legal, segundo o referido doutrinador, deve-se entender exploração sexual como ato ou efeito de explorar, que tem, entre outros, o sentido de tirar proveito, beneficiar-se,

e Leste Europeu”. DAVIDSON, Julia O’Connell. *Prostitution, power and freedom*. Michigan: The University of Michigan Press. 1998. p. 42.

¹⁸⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Prostituição, lenocínio e o tráfico de pessoas: aspectos constitucionais e penais*- São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 92.

¹⁸⁷ “O corpo nu era concebido como foco de problemas duramente combatidos pela Igreja nesses tempos: a luxúria, a lascívia, os pecados da carne”. DEL PRIORE, Mary. *Histórias Íntimas*. 2ª Edição. São Paulo, Planeta, 2014. p.17.

¹⁸⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Prostituição, lenocínio e o tráfico de pessoas: aspectos constitucionais e penais*- São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 106.

¹⁸⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Prostituição, lenocínio e o tráfico de pessoas: aspectos constitucionais e penais*- São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 106.

¹⁹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Prostituição, lenocínio e o tráfico de pessoas: aspectos constitucionais e penais*- São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 106

O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

extrair lucro ou compensação material de uma situação ou de alguém. Assim, leciona que explorar sexualmente uma pessoa deve significar tirar proveito, beneficiar-se ou extrair lucro ou compensação material de sua sexualidade¹⁹¹.

Esta parece ser a melhor compreensão. Seja no Direito Internacional ou na literatura especializada, conforme estudo publicado em 2014 pelo Parlamento Europeu, a prostituição, embora se relacione, não se confunde com a exploração sexual, muito menos com o tráfico de pessoas destinado a este fim, constituindo-se muito mais como um ponto de interseção que abrange elementos relacionados ao poder, a cultura e a diferença¹⁹². Desse modo, “a questão de saber se a prostituição é oferecida como serviço sexual ou em condições de coerção ou força é qualificada como critério para distinguir entre prostituição e exploração sexual”¹⁹³.

Levando em consideração estes aspectos outrora destacados acerca da troca consciente de favores sexuais, da contraprestação pecuniária e da interseção da prática com situações de exploração sexual, há de se destacar que, aparentemente, a definição mais precisa da prostituição seja aquela feita por Fontinha, pelo fato de enxergar no fenômeno uma atividade organizada e passível de atingir várias dimensões. Para a referida autora, portanto, a prostituição resulta de um conjunto de causas de natureza econômica, social, cultural e política, e que se traduz na efetivação de práticas sexuais, hetero ou homossexuais, com diversos indivíduos a troco de remuneração e dentro de um sistema organizado¹⁹⁴.

Fontinha estabelece seu conceito assumindo a percepção de que a prostituição não se reduz apenas a um ato individual de uma pessoa que dispõe o seu sexo a terceiro(s) por dinheiro, como foi repisado anteriormente por outros pesquisadores e doutrinadores do Direito Penal. Seu mérito consiste em apontar para a complexa rede que explicita uma organização com dimensão local, nacional, internacional ou transnacional, contemplando três elementos integrantes: pessoas prostituídas, proxenetas e clientes. Neste âmbito específico: “a mulher prostituída é uma

¹⁹¹ MIRABETE, Júlio Fabbrini, FABBRINI, Renato. *Código Penal interpretado*. 8ª edição. São Paulo. Atlas. 2012. p. 1565.

¹⁹² EUROPEAN PARLIAMENT. Directorate-general for international policies. Policy Department. Citizens' rights and constitutional affairs. *Sexual exploitation and prostitution and its impacts on gender equality*. 2014. Disponível em: < [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493040/IPOL-FEMM_ET\(2014\)493040_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493040/IPOL-FEMM_ET(2014)493040_EN.pdf)>. Acesso em: 27 ago. 2018. p.06.

¹⁹³ EUROPEAN PARLIAMENT. Directorate-general for international policies. Policy Department. Citizens' rights and constitutional affairs. *Sexual exploitation and prostitution and its impacts on gender equality*. 2014. Disponível em: < [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493040/IPOL-FEMM_ET\(2014\)493040_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493040/IPOL-FEMM_ET(2014)493040_EN.pdf)>. Acesso em: 27 ago. 2018. p.07.

¹⁹⁴ FONTINHA, Maria Inês. *Para a Compreensão (Social) da Prostituição*. Seara Nova, n.º 1965, Lisboa, 2006, pp. 30 e 31.

intermediária do dinheiro que vem do cliente, passa pelas suas mãos, e segue para o chulo e/ou outras formas de proxenetismo”¹⁹⁵.

A integração destes três elementos, explícitos por Fontinha em seu conceito de prostituição, problematiza a vigência contemporânea da criminalização daqueles que intermedeiam, financiam ou auxiliam, de quaisquer formas, outras pessoas a se prostituírem. A extensão e profundidade do fenômeno na sociedade, portanto, são elementos que não podem passar despercebidos ou serem desconsiderados na sua análise conceitual, cuja carga moral associada e tratamento jurídico atribuído, como visto, perpassam hoje por extensos debates.

Desse modo, as especificidades da prostituição na contemporaneidade e o tratamento jurídico que lhe é dispensado no Brasil e em Portugal (fato atípico, não obstante a criminalização de suas atividades acessórias), que se perfilha ao sistema jurídico abolicionista, incrementado pela ausência de uma conceituação legal taxativa do fenômeno explícita, segundo a nossa compreensão, realidade fática completamente desassociada dos postulados contemporâneos do Direito Penal.

Neste sentido, a questão fundamental que será colocada ao longo desse trabalho, é a análise da necessidade de manter-se a criminalização do Lenocínio tanto em Portugal quanto no Brasil, quando o tipo é exercido sem violência ou grave ameaça à pessoa, revestido, ainda, de um consentimento válido. Muito embora sejam observadas modificações legislativas nesse campo, nos dois países, encontrando seu fundamento nas concepções sociais e jurídicas sobre a sexualidade humana, questiona-se até que ponto elas se desvincularam dos aspectos morais, ou antes, se é que há espaço para justificar a incriminação de condutas a partir de determinadas concepções de moralidade.

Compreende-se que a prostituição deve ser analisada como expressão da livre disponibilidade da sexualidade individual de cada ser humano. Em uma relação sexual, entre pessoas capazes, existindo acordo e convergência de vontades, esse comportamento é plenamente lícito. Não existindo a violação da liberdade de determinação sexual da pessoa, não existirá crime. A liberdade é a faixa divisória que separa o lícito do ilícito, o crime do indiferente penal.

Encontrar um caminho no qual o comportamento sexual seja livre de influências religiosas, de uma moral social específica e dos preconceitos mais reprováveis, é o objetivo esperado por todos, mesmo que demore algumas dezenas de anos para chegar. Partindo desse entendimento, necessita-se encontrar os exatos termos que produzam uma releitura do tratamento sexual pelo Direito Penal em Portugal e no Brasil.

¹⁹⁵ FONTINHA, Maria Inês. *Para a Compreensão (Social) da Prostituição*. Seara Nova, n.º 1965, Lisboa, 2006, pp. 30 e 31.

2 DIREITO PENAL SEXUAL: MISSÃO E LIMITES

Reconhece-se que é o direito que realiza uma das formas mais importantes de controle social exercida sobre a sexualidade humana. De acordo com Natscheradetz, “a conduta do homem no domínio sexual tem, desde sempre, constituído um setor privilegiado para o exercício do controle social”¹⁹⁶. Acrescenta o autor, em seguida, que “as normas que disciplinam o instinto sexual humano não decorrem das exigências da própria sexualidade, mas constituem afinal restrições ao seu uso”¹⁹⁷.

Essas restrições acontecem porque o comportamento sexual assume significativa relevância na vida em sociedade e o seu efetivo exercício reflete, diretamente, em algumas instituições fundamentais do próprio Estado. Em profundidade, constata-se que a sexualidade humana, além de ser abrangida pelo conceito de moral social, de uma determinada cultura, encontra-se intimamente relacionada a institutos como o matrimônio, o adultério, à prostituição, o celibato, refletindo, inexoravelmente, na estrutura familiar, nos interesses da propriedade¹⁹⁸.

A opção por não se criminalizar a prostituição, mas tipificar as atividades que lhe são acessórias, é abrangida, portanto, por esta realidade. Em Portugal e no Brasil, há interferência estatal, através do Direito Penal, na sexualidade humana, a partir da criminalização das relações de terceiros em relação a quem se prostitui – formalmente com o objetivo de evitar a sua exploração.

Esta situação reflete, ainda, no entender deste pesquisador, e em harmonia com consideração feita por Greco e Rassi, que muito embora todo o sistema jurídico trate a sexualidade como uma manifestação individual, este tratamento varia no tempo¹⁹⁹, de acordo com os interesses morais da sociedade²⁰⁰. Longe de querer, com esta afirmação, consentir com este dado, o fato é que

¹⁹⁶ NATSCHERADETS, Karl Prelhaz. *O Direito Penal Sexual*. Coimbra – Portugal: Almedina, 1985. p. 74.

¹⁹⁷ NATSCHERADETS, Karl Prelhaz. *O Direito Penal Sexual*. Coimbra – Portugal: Almedina, 1985. p. 74.

¹⁹⁸ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 22

¹⁹⁹ Segundo o pensamento de Natscheradetz, em algumas sociedades ocidentais contemporâneas “deu-se, sobretudo, uma clara separação entre as duas ordens éticas, e a moral sexual social cortou as amarras em relação a uma visão negativa e essencialmente repressiva da sexualidade”. Acrescenta o autor, em seguida, que as transformações ocorridas na sociedade, os progressos da ideologia liberal, as descobertas clínicas influenciaram diretamente a atividade sexual e conduziram os indivíduos a adotarem uma atitude mais compreensiva em face dos problemas sexuais e da própria sexualidade. NATSCHERADETS, Karl Prelhaz. *O Direito Penal Sexual*. Coimbra – Portugal: Almedina, 1985. p. 74-85.

²⁰⁰ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 22

se faz necessário refletir a respeito do limite de incidência da moral no Direito Penal e deste na sexualidade humana.

Ora, é dessa necessidade de diálogo entre a sexualidade, compreendida como uma manifestação individual, por um lado, e a sua submissão aos padrões desejáveis de comportamento em sociedade, por outro, que são criadas normas para tutelar o comportamento sexual, principalmente quando o exercício da sexualidade humana engendra consequências no mundo jurídico – consequências estas que no âmbito penal deu origem ao que a doutrina passou a chamar de Direito Penal Sexual²⁰¹.

Esta precitada reflexão ampara elemento importante a ser considerado neste ramo do direito, isto é, a necessidade de atalhar o equilíbrio, a busca por encontrar o exato ponto no qual a sexualidade humana - expressão da liberdade individual - faz parada no porto do controle social. Portanto, saber até que ponto é correta a intromissão social – amparada, muitas vezes, pelos seus costumes, tabus e convenções refletidas em tipos penais - em comportamentos que expressam a sexualidade dos indivíduos, é tema de profundo debate doutrinário, principalmente no que tange as especificidades da criminalização das atividades acessórias à prostituição.

Neste âmbito, a partir de uma incursão propedêutica no fenômeno social que é a prostituição e nos chamados “Crimes de Lenocínio”, no capítulo precedente, procurou-se apresentar os valores que tais normas visam tutelar, as opções pelos sistemas jurídicos que levaram os legisladores portugueses e brasileiros a redigi-las da forma como hoje se apresentam e abordar, do ponto de vista crítico, o seu alcance finalístico. Questiona-se, agora, em profundidade, se dentre os atos sexuais humanos, estes que se encontram criminalizados nos chamados crimes de Lenocínio expressam efetivamente ilicitude e culpabilidade, merecendo reprovação da sociedade, ou se devem ser afastados do universo jurídico pela sua irrelevância neste âmbito, principalmente quando fundamentadas na moral²⁰².

Sobre estes questionamentos, Greco e Rassi, a seu modo, explicam que a criminalização de condutas sexuais deve ser encarada sob duas perspectivas: a missão do Direito Penal e a dimensão da sexualidade como comportamento humano na atualidade²⁰³. No primeiro sentido, o que se deseja é precisar os fins do Direito Penal, de maneira a delimitar sua atuação diante da moral sexual, excluindo aquilo que não deveria estar no âmbito de proteção jurídica do comportamento sexual. O segundo aspecto diz respeito a uma valoração da sexualidade em face do desenvolvimento e

²⁰¹ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 23.

²⁰² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Por um novo direito penal sexual: a moral e a questão da honestidade. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, nº 33, p.133-158, jan./mar. 2001, p 134.

²⁰³ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas. 2010. p. 25.

autorrealização de ser humano no mundo contemporâneo, de modo a definir o bem jurídico que merece ser protegido.

Portanto, buscando responder aos precitados questionamentos, analisar-se-á, neste capítulo, a criminalização de condutas sexuais a partir da missão do Direito Penal²⁰⁴, ou seja, precisando os fins deste ramo do direito e delimitando sua atuação diante da moral sexual, excluindo aquilo que não deveria estar no âmbito de proteção jurídica²⁰⁵.

Conforme argumenta Gomes, é comum, na terminologia técnico-jurídica, o emprego das palavras “missão” e “função” para apontar as finalidades básicas do Direito Penal²⁰⁶. Para clarificar o assunto, o precitado autor faz referência à distinção sustentada por Hassemer e Muñoz Conde, segundo a qual, deve-se entender por função do Direito Penal, exclusivamente, as consequências (acessórias) não desejadas, mas reais do sistema e por missão ou metas, as consequências objetivadas ou perseguidas oficialmente pelo sistema²⁰⁷.

Assim, segundo Gomes, para se descobrir qual a missão do Direito Penal, deve-se sublinhar tudo aquilo que não faz parte (ou não deveria fazer parte) das suas finalidades. Neste sentido, o doutrinador sustenta que o Direito Penal é instrumento absolutamente ilegítimo para proteger a moral, a ética, a religião ou a obediência divina, os valores culturais enquanto tais ou os interesses,

²⁰⁴ De acordo com os autores, outro aspecto seria encarar a criminalização de condutas sexuais a partir da dimensão da sexualidade como comportamento humano, na atualidade, ou seja, uma valoração da sexualidade em face do desenvolvimento e autorrealização de ser humano no mundo contemporâneo, de modo a definir o bem jurídico que merece ser protegido. GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas. 2010. p. 25.

²⁰⁵ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas. 2010. p. 25.

²⁰⁶ “Utiliza a palavra ‘missão’, por exemplo Jescheck em Tratado de derecho penal – PG, v. 1, p. 3; de ‘função’ falam dentre outros, Garcia-Pablos de Molina, Derecho penal: introducción, p. 37; Mir Puig, Función de la pena y teoría del delito em el Estado social y democrático de derecho, p. 9 e ss. Como bem assinalou Silva Sánchez, Aproximación al derecho penal contemporâneo, p. 180, existe uma grande incerteza terminológica entre missão e função: Ferrajoli se serve do termo função para os usos descritivos e do termo fim para os normativos; também Pérez Manzano emprega o termo função para os efeitos ou consequências objetivas (plano empírico-social) e o termo fim para a confrontação dos efeitos com um sistema valorativo concreto”. GOMES, Luiz Flávio. *Norma e Bem Jurídico no Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Série As Ciências Criminais no Século XXI, 2002. p. 45.

²⁰⁷ GOMES, Luiz Flávio. *Norma e Bem Jurídico no Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Série As Ciências Criminais no Século XXI, 2002. p. 45

as estratégias governamentais ou supranacionais. Tampouco se destina a tutelar a ordem natural ou os atos disfuncionais, os direitos subjetivos ou a norma (em si) ²⁰⁸.

Sustenta o precitado pensador, ainda, que uma das principais finalidades do Direito Penal é a proteção dos bens jurídicos mais fundamentais da pessoa, a fim de lhe possibilitar o desenvolvimento de sua personalidade e sua realização ética, assim como a vida em comunidade. A missão do Direito Penal enquanto tutela de bens jurídicos, portanto, para além de constituir uma garantia essencial deste ramo do direito, surge como uma das mais fundamentais proposições de um programa político-criminal típico de um Estado Constitucional de Direito, de cariz social e democrático, fundado em valores como a dignidade humana e na concepção de que o Estado deve estar sempre em função da pessoa humana ^{209 210}.

Ora, em sintonia com a precitada compreensão de Gomes sobre a missão do Direito Penal, pode-se sustentar que a sanção penal é o instrumento de controle social mais contundente com que conta o Estado, ou, segundo a expressão de Fragoso, “é o mais rigoroso instrumento de controle social” ²¹¹. Com base neste raciocínio, descortina-se, portanto, a compreensão de que a missão do Direito Penal não é a de proteger todos os bens jurídicos contra todos os ataques existentes. Tampouco é a proteção daqueles bens considerados relevantes, contra agressões inusitadas. A missão do Direito Penal, em profundidade, espalhada pelo pensamento doutrinário, admissível e aceita pela maioria dos penalistas, de acordo com Terradillos Basoco ²¹², é a de natureza fragmentária e subsidiária ²¹³.

²⁰⁸ GOMES, Luiz Flávio. *Norma e Bem Jurídico no Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Série As Ciências Criminais no Século XXI, 2002. p. 45

²⁰⁹ “Pessoa humana em várias dimensões: a) que está obrigado a assegurar as condições essenciais, seja para o desenvolvimento de sua personalidade, seja para a vida em sociedade; b) que não pode promover, defender ou impor qualquer ideologia ou qualquer ordem moral ou religiosa (secularização do Direito Penal); c) que deve tolerar e incentivar o modelo pluralista e democrático de convivência, o que significa que deve intervir o menos possível na liberdade humana (intervenção mínima) e jamais castigar ‘meras imoralidades’”. GOMES, Luiz Flávio. *Norma e Bem Jurídico no Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Série As Ciências Criminais no Século XXI, 2002. p. 51.

²¹⁰ GOMES, Luiz Flávio. *Norma e Bem Jurídico no Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Série As Ciências Criminais no Século XXI, 2002. p. 50.

²¹¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. Parte geral, 16ª edição, Editora Forense, 2003, p. 343.

²¹² TERRADILLOS BASOCO. *La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal*, RFDUC, 1981. p. 142

²¹³ Com esse pensamento o Direito Penal é o último instrumento de que devemos nos valer para a proteção dos bens jurídicos, ou seja, o Direito Penal é a *ultima ratio*.

A missão do Direito Penal reside na dignidade da pessoa humana. Este é o fundamento nuclear da ideia de que o Direito Penal somente deve proteger os bens jurídicos mais relevantes. Neste âmbito, Terradillos Basoco leciona que “[...] a consagração da dignidade da pessoa como fundamento da ordem política supõe, inclusive para o observador mais torpe, a proibição de restringir seus direitos quando isso não seja imprescindível”²¹⁴. Assim, o Direito Penal do *ius libertatis* somente se justifica para exercer uma proteção (fragmentária e subsidiária) de bens jurídicos.

Desse modo, por força da proporcionalidade-necessidade (ou proibição do excesso) somente se justifica a intervenção, dentro do Direito Penal do *ius libertatis*²¹⁵, quando, em virtude do princípio da fragmentariedade ou da exclusiva proteção dos bens jurídicos: a) ‘bens’ mais relevantes para a existência humana entrarem em jogo e b) unicamente, a partir do momento em que o ataque ao bem jurídico tornar-se intolerável. Neste último aspecto, por outro lado – em razão do princípio da subsidiariedade, *ultima ratio* ou intervenção mínima – somente quando não exista outra forma de tutela mais adequada, como o Direito administrativo, civil, trabalhista etc²¹⁶.

Há de se destacar que em relação aos caracteres fragmentário e subsidiário do Direito Penal, parte significativa dos doutrinadores brasileiros os tratam como sendo decorrências do princípio da intervenção mínima²¹⁷. No presente trabalho os apresentamos como postulados interdependentes cuja imbricação explícita tanto a finalidade quanto os limites do Direito Penal.

Destarte, abordemos, pois, os caracteres fragmentário e subsidiário inerente a este ramo jurídico, a fim de analisarmos se dentre os atos sexuais humanos, estes que se encontram criminalizados nos chamados crimes de Lenocínio estão em consonância com essa dimensão hodierna do Direito Penal.

²¹⁴ TERRADILLOS BASOCO. *La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal*. RFDUC, 1981, p. 142.

²¹⁵ “Por Direito Penal do *ius libertatis* deve ser entendido o conjunto de normas jurídico-penais que tem como consequência a imposição (direta ou indireta) de uma pena privativa de liberdade. Hoje na literatura penal já se fala num outro tipo de direito (de intervenção, Direito penal em duas velocidades etc.) que teria por eixo outras sanções (penas alternativa), distintas da privação da liberdade”. SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *A Expansão do Direito Penal – Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*, 3º edição, tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha. In: *Direito e Ciências afins*. v. 6, Coordenação Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes, William Terra de Oliveira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 115 e ss.

²¹⁶ GOMES, Luiz Flávio. *Norma e Bem Jurídico no Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Série As Ciências Criminais no Século XXI, 2002. p. 51

²¹⁷ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre. Sergio Antônio Fabris, 2003. p.28

2.1 A fragmentariedade do Direito Penal

Conforme explica Jorio, em um ambiente democrático, as interferências realizadas pelo Estado nas vidas das pessoas devem ser, sempre, racionalmente justificadas. Impera, em tal contexto político, a regra da máxima liberdade possível, de modo que as restrições promovidas pelos poderes públicos sejam incondicionalmente guiadas pelo critério da necessidade, especialmente no Direito Penal²¹⁸.

Neste âmbito, compreende-se que o Direito Penal visa a proteção e tutela de bens jurídicos, os quais emergem de valores tidos por importantes na vida em sociedade, reconhecidos como tal e consensualmente considerados merecedores de integrar tal categoria. Constitui-se, por conseguinte, “como um meio que se pretende útil no sentido de combater comportamentos suscetíveis de fazer perigar a convivência social, como um verdadeiro imperativo hipotético da razão, cuja finalidade será, principalmente, a redução da criminalidade”²¹⁹.

Lopes ensina que a inexistência de objeto próprio e a consequência final desse processo de construção do sistema penal sob uma escala de valores que não lhe é ontologicamente conhecida, mas imposta pelas circunstâncias de história, ética, e padrão cultural de cada povo, dá-se o nome de fragmentariedade²²⁰. Observa Favoretto que para este postulado, o Direito Penal é o ramo adequado para tutelar apenas um fragmento dos bens jurídicos, isto é, aqueles que demonstrarem maior relevância e impossibilidade de tutela por outros ramos do direito²²¹.

Sobre o caráter fragmentário, Franco explica que o controle penal não deve interferir em toda relação de conflito surgida na vida comunitária. Por viabilizar efeitos sancionatórios de extrema gravidade, devem ser reservados apenas para os conflitos mais danosos. Os conflitos menos graves devem encontrar a pacificação através de outros instrumentos de controle, menos gravosos²²². Outrossim, como argumentam Prado e Bitencourt, o Direito Penal não pune todas as ações que lesionem um bem jurídico. A sua proteção só é exercida quando feridos os bens jurídicos mais importantes e protegidos pelo ordenamento jurídico.

²¹⁸ JORIO, Israel Domingos. *Crimes Sexuais*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2018. p. 28.

²¹⁹ ALBERTO, José. *Crimes Sexuais: Do crime de Lenocínio em especial. A tutela jurídica da prostituição*. Lisboa: Chiado Editora, 2017.

²²⁰ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípio da insignificância no Direito Penal*. 2ª edição. Revista dos Tribunais, 2000. p. 65.

²²¹ FAVORETTO, Affonso Celso. *Princípios constitucionais penais*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2012. p. 139.

²²² FRANCO, Alberto Silva. Do princípio da intervenção mínima ao princípio da intervenção máxima. In: *Justiça e democracia*. São Paulo, nº 1, 1996. p. 167.

Com efeito, esta noção adquiriu maior importância logo após a Segunda Guerra Mundial pelo fato de, em profundidade, legitimar as normas penais com base no princípio que estabelece que não pode haver lei penal sem um bem jurídico para tutelar²²³. Neste sentido, para Bonfim, uma das principais finalidades do Direito Penal é selecionar, como infrações penais, apenas os comportamentos humanos que ameacem efetivamente valores fundamentais para a convivência social, o desenvolvimento humano e a sua existência pacífica em comunidade²²⁴.

Segundo as lições de Silva Sánchez, “a exigência de que o Direito Penal intervenha exclusivamente para proteger bens jurídicos constitui uma garantia do Direito Penal moderno”²²⁵. O precitado autor adverte também que “o bem jurídico sujeito à proteção penal, deve ser, em primeiro lugar, um bem jurídico merecedor de proteção penal. O merecimento de proteção penal se refere às considerações de justiça”²²⁶. Explica, em seguida, que o merecimento significa “determinar em favor de quais realidades²²⁷ (de quais bens jurídicos) é justo fazer uso da proteção penal”²²⁸.

Analisando por esta perspectiva, a tutela penal apenas encontra legitimidade, quando socialmente necessária, imprescindível para assegurar as condições de vida e a paz social, levando em consideração os superiores fundamentos da liberdade e da dignidade humana. Como bem do direito, o bem jurídico conjuga o individual e o social e possui suficiente importância para manter a livre convivência social.

²²³ GOMES, Luiz Flávio; YACOBUCCI, Guillermo Jorge. *As grandes transformações do direito penal tradicional. Tradução da 2ª parte por Lauren Paoletti Stefanini; Revisão da tradução por Alice Bianchini e Luiz Flávio Gomes*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p.71.

²²⁴ BONFIM, Edilson Mougenot. *Direito Penal: parte geral*. BONFIM, Edilson Mougenot, Fernando Capez. São Paulo - Brasil: Saraiva, 2004. p. 299.

²²⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo*. tradução Roberto Barbosa Alves. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 406

²²⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo*. tradução Roberto Barbosa Alves. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 436

²²⁷ “Tais realidades devem ser especialmente valiosas, fundamentais, que determinem que os fatos dirigidos contra elas experimentem maior desvalorização, a desvalorização que faça deles não meros fatos injustos, mas injustos puníveis, merecedores de pena”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo*. tradução Roberto Barbosa Alves. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 436.

²²⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo*. tradução Roberto Barbosa Alves. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 436.

2.2 A subsidiariedade do Direito Penal

A subsidiariedade do Direito Penal, também chamada de *ultima ratio* ou intervenção mínima, constitui-se como mais um limite inerente a esta seara jurídica. Ela se lastreia na percepção hodierna de que, em um Estado Democrático de Direito, a intervenção penal não pode ter uma dimensão expansionista, muito pelo contrário, ela deve ser mínima. Isto significa que deve expressar apenas a ideia de proteção de bens jurídicos vitais para a livre realização da personalidade de cada ser humano e para a organização e desenvolvimento da comunidade social em que ele está inserido²²⁹.

A finalidade do Direito Penal, de acordo com a concepção minimalista, é a de proteger os bens mais importantes e necessários ao convívio social, ou como leciona Silveira, em uma condicionante limitada ao máximo, como um ideal de racionalidade e certeza. O contrário seria o Direito Penal máximo, compreendido por uma criminalização desenfreada. O princípio da intervenção mínima, portanto, é uma oposição a essa criação sem limites de infrações penais, através de freios inibitórios à criação penal, baseadas em garantias essenciais²³⁰.

Este postulado limitador da necessidade da intervenção estatal descrito por Puig, na forma de *ius puniendi*, é aquele que classifica o Direito Penal como *ultima ratio* no conjunto do ordenamento jurídico – conforme asseveram Greco e Rassi²³¹. A *ultima ratio* parte do entendimento de que existem outros meios, além do Direito Penal e seu caráter sancionatório, para impor, no controle social, o respeito à dignidade da pessoa humana. Assim, existindo outros meios, menos lesivos, devem ser aplicados pois são muitas vezes mais eficazes para o fim a que se destinam. No entanto, se estes outros meios se mostrarem insuficientes, frágeis e ineficazes, estará legitimado o recurso da pena e da medida de segurança.

Partilhando deste raciocínio, Greco afirma que “se outros ramos do ordenamento jurídico demonstrarem que são fortes o suficiente na proteção de determinados bens, é preferível que tal proteção seja por eles levada a efeito, no lugar da drástica intervenção do Direito Penal”²³².

²²⁹ FRANCO, Alberto Silva. Do princípio da intervenção mínima ao princípio da intervenção máxima. In: *Justiça e democracia*. São Paulo, nº 1, p 167-175, 1996. p.168.

²³⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes Sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 179.

²³¹ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 34

²³² GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio*. Uma visão minimalista do direito penal. 6ª edição. IMPETUS, Rio de Janeiro, 2011. p. 85.

Roxin, no mesmo sentido, sustenta que o dever do Direito Penal é a proteção subsidiária de bens jurídicos, sendo este o pressuposto para a punibilidade²³³. Toledo, na mesma esteira, considera que a tarefa imediata do Direito Penal é de natureza eminentemente jurídica, e, como tal, resume-se à proteção dos bens jurídicos. Acrescenta, em seguida, que nisso está empenhado todo o ordenamento jurídico. Portanto, entremostra com seu raciocínio o caráter subsidiário do ordenamento penal: “onde a proteção de outros ramos do direito possa estar ausente, falhar ou revelar-se insuficiente, se a lesão ou exposição a perigo do bem tutelado apresentar certa gravidade, até aí deve estender-se o manto da proteção penal, como *ultima ratio regum*. Nada além disso”²³⁴.

Em profundidade, o caráter subsidiário do Direito Penal nos conduz ao entendimento de que ele somente deve ser utilizado como recurso extremo. A sua utilização só se justifica quando todas as outras formas estabelecidas pelos outros ramos do direito, para combaterem as agressões aos bens jurídicos, se mostrarem ineficazes. No mesmo sentido, Batista argumenta que não se justifica aplicar sempre um recurso mais grave quando a questão em análise seria facilmente resolvida através de um meio mais suave. Assim, a utilização do Direito Penal não dispõe da legitimação da necessidade social, quando outros procedimentos mais suaves bastariam para resolver o problema. Em determinados casos, essa utilização sem freios, perturba a paz jurídica e contrariam os objetivos do direito²³⁵.

De fato, o Direito Penal não encerra um sistema exaustivo de proteção a bens jurídicos, mas um sistema descontínuo de ilícitos decorrentes da necessidade de criminalizá-los por ser esse o meio indispensável de tutela jurídica. O Direito Penal deve ser a *ratio* extrema, um remédio último, cuja presença só se legitima quando os demais ramos do direito se revelam incapazes de dar a devida tutela a bens de relevância para a própria existência do homem e da sociedade. A fisionomia do Direito Penal é, portanto, subsidiária, e sua intervenção somente se justifica, na citação de Greco e Rassi, baseando-se em F. Muñoz Conde, quando fracassam as demais maneiras protetoras de bem jurídico predispostas por outros ramos do direito²³⁶.

Historicamente, a *ultima ratio* foi consagrada de forma clara no século XVIII, com a Revolução Francesa e o pensamento iluminista. O objetivo seria evitar a edição desenfreada de leis penais, o que resultaria numa maior segurança para os indivíduos. Todavia, não foi o que ocorreu.

²³³ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. Tomo I. La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Lozon Penã y Garcia Conlledo e Remensal. Madrid: Civitas, 2008. p. 53.

²³⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos do Direito Penal*. São Paulo – Brasil: Saraiva, 1998. p. 13-14

²³⁵ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. Rio de Janeiro - Brasil: Revan, 2001. p. 87.

²³⁶ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 34.

Com o passar dos anos, os estudiosos do Direito Penal assistiram, estarecidos, a uma incriminação desenfreada de condutas, a criação de leis penais desnecessárias, levando o Direito Penal a ter, em alguns instantes, apenas uma função simbólica.

Luisi aborda o assunto, inclusive, explicitando o pensamento de alguns autores que se mostraram perplexos diante da proliferação desenfreada de leis penais. Neste sentido, de acordo com o autor, no ano de 1883, Francesco Carrara falava que a praga do seu tempo era a ‘nomomania’ ou ‘nomorréia penal’. No ano de 1896, Franz Von Listz já enfatizava que a legislação do seu tempo fazia um uso excessivo da pena. No ano de 1898, Reinhart Franck usava a expressão hipertrofia penal dizendo que a pena perdeu parte do seu crédito e da sua força intimidativa pela sua utilização em excesso²³⁷.

Em seguida, o referido pesquisador lembra que Francesco Carnelutti já enfatizava que a criação excessiva e sem critérios da legislação penal tem efeito igual à inflação monetária, acarretando a desvalorização das leis. Em seguida cita o pensamento de Herbert Packer, extraído do livro ‘The Limits of criminal sanction’, no qual foi registrado que a partir do século passado houve um aumento desenfreado da legislação penal, causada pelo entendimento de que a criminalização de todas as condutas indesejáveis seria a solução mais viável para enfrentar os problemas de uma sociedade complexa²³⁸.

Luisi ainda aponta, com fundamento no pensamento de Giuseppe Puccioni, que a ampliação desordenada da legislação penal levaria a duas indúvidas consequências práticas: a primeira é que os Tribunais seriam sobrecarregados, retardando a administração da justiça punitiva; e a segunda seria o alto custo que teria que pagar o Estado para manutenção de um grande número de condenados²³⁹. Em uma perspectiva mais assentada nos direitos individuais e coletivos, é cediço que esta ampliação desordenada, alijada de um cabedal teórico que o legitime, afronta a própria dignidade humana. De fato, problema da ‘inflação legislativa’ causa um forte desprestígio para o sistema penal. O uso abusivo da incriminação de bens que poderiam ser protegidos por outros ramos do direito acarreta o enfraquecimento do próprio Direito Penal, que perde sua função intimidativa.

É por esta possibilidade de banalização que Greco explica que a intervenção mínima é responsável não só pela “indicação dos bens de maior relevo que merecem a especial atenção do Direito Penal, mas se presta, também, a fazer com que ocorra a chamada descriminalização”²⁴⁰. Sustentando ainda o doutrinador que, se é com base neste princípio que os bens são selecionados para permanecer sob a tutela do Direito Penal, porque considerados como sendo os de maior importância, “também será com fundamento nele que o legislador, atento às mutações da sociedade,

²³⁷ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre. Sergio Antônio Fabris, 2003. p. 28

²³⁸ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre. Sergio Antônio Fabris, 2003. p. 28

²³⁹ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre. Sergio Antônio Fabris, 2003. p. 28

²⁴⁰ GRECO, Rogério. *Direito Penal*. Lições. 2ª Edição. Rio de Janeiro. Impetus. 2000. p. 53.

que com sua evolução deixa de dar importância a bens que, no passado, eram de maior relevância, fará retirar do nosso ordenamento jurídico certos tipos incriminadores”²⁴¹.

Assim, para definir a incidência do Direito Penal, tem-se concebido como de aplicação ínsita a esta seara jurídica, contemporaneamente, a intervenção mínima. Silva Sanchez, por exemplo, afirma que esse “princípio, admitido unanimemente pela doutrina, expressa a ideia de que o Direito Penal deve reduzir sua intervenção àquilo que seja estritamente necessário em termos de utilidade social geral”²⁴². O princípio da intervenção mínima orienta e limita o poder incriminador do Estado, indicando que só existirá legitimidade na criminalização²⁴³ de um determinado comportamento, se esta for a única forma indicada para proteger determinado bem jurídico²⁴⁴.

Caso a máquina penal fosse utilizada para resolver todos os conflitos surgidos na sociedade, inevitavelmente, ter-se-ia uma sociedade insuportável, com um convívio social sufocante. Daí a necessidade premente de se estabelecer os limites de ação do Direito Penal, garantindo a sua legitimação. O controle social penal deve ser reservado apenas para a tutela dos bens de máxima importância para o indivíduo. Por isso, afirma-se que o Direito Penal protege os bens jurídicos mais valiosos para a convivência, e o faz como resultado dos ataques intoleráveis sofridos, e que não existam outros meios, de natureza não penal, para protegê-los²⁴⁵. Concebe-se, portanto, que o

²⁴¹ GRECO, Rogério. *Direito Penal*. Lições. 2ª Edição. Rio de Janeiro. Impetus. 2000. p. 53.

²⁴² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo*; tradução Roberto Barbosa Alves. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 379.

²⁴³ Beccaria já alertava para os problemas criados por incriminações desordenadas: “O proibir uma enorme quantidade de ações indiferentes não é prevenir os crimes que dela possam resultar, mas criar outros novos: é decidir por capricho, a virtude e o vício, que são ensinados como eternos e imutáveis. A que ficaríamos reduzidos, se tivessem que nos proibir tudo que nos possa induzir ao crime? Precisaria privar o homem do uso dos seus sentidos. Por um motivo que impulsiona o homem a praticar um verdadeiro crime, existem mil que induzem a cometer as ações indiferentes que as más leis chamam de crime; e se a probabilidade do crime é proporcional ao número de motivos, ampliar a esfera dos crimes é aumentar a probabilidade de praticá-los. A maior parte das leis não são mais que privilégios, ou seja, uma contribuição de todos para a comodidade de uns poucos. Quereis prevenir os crimes? Fazei com que as leis sejam claras, simples, e que toda a força da nação se concentre para defendê-las, e que nenhuma parte delas se empenhe em destruí-las”. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução Antônio Carlos Campanha. São Paulo. Bushatsky. 1978. p. 306.

²⁴⁴ Neste mesmo sentido, o autor afirma: “Se, como é óbvio, o direito penal é um mal, não se deve admitir sua intervenção a não ser naqueles casos em que isso seja imprescindível para cumprir os fins de proteção social através da prevenção dos fatos lesivos”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo*. tradução Roberto Barbosa Alves. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 379.

²⁴⁵ FRANCO, Alberto Silva. Do princípio da intervenção mínima ao princípio da intervenção máxima. In: *Justiça e democracia*. São Paulo, nº 1, 1996. p. 167

legislador penal deve realizar uma tutela seletiva, estabelecendo a punição apenas quando a agressão se mostra dotada de relevância quanto à amplitude da ofensa e a sua gravidade²⁴⁶.

De índole constitucional, a intervenção mínima é considerada um dos princípios constitucionais implícitos aplicados ao Direito Penal na República Federativa do Brasil. É que a Constituição Federal deste país, segundo Greco e Rassi, prevê alguns princípios relacionados ao Direito Penal de forma não expressa, como o da culpabilidade, por exemplo²⁴⁷. Mas nem por isso os princípios não expressos na Constituição têm um valor jurídico-constitucional menos reconhecido que aqueles outros, os expressos ou explícitos. Existe previsão no próprio texto constitucional brasileiro de se realizar uma interpretação extensiva dos postulados constitucionais garantísticos, dos quais se podem extrair tanto os expressos, quanto os implícitos.

Na maioria das legislações constitucionais e penais contemporâneas, o princípio da intervenção mínima também não se encontra explicitado. Argumenta Luisi que é um princípio imanente que por seus vínculos com outros postulados explícitos, e com os fundamentos do Estado de Direito se impõe ao legislador, e mesmo ao hermenauta²⁴⁸.

A realidade da República Portuguesa, com relação a intervenção mínima é, contudo, diferente. Encontra-se expressamente prevista no artigo 18, nº 2 da Constituição da República, que versa que: “a lei só pode restringir direitos, liberdade e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”²⁴⁹.

²⁴⁶ PRADO, Luiz Regis; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Anotado e Legislação complementar*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1997. p. 47.

²⁴⁷ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 34

²⁴⁸ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre. Sergio Antônio Fabris, 2003. p.28

²⁴⁹ PORTUGAL. Assembleia da República. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 25 maio 2018b.

2.3 A fragmentariedade e a subsidiariedade do Direito Penal Sexual

A preocupação do Direito Penal é a de abarcar apenas os bens mais importantes para a vida em sociedade. A sua intervenção somente se justifica nos casos de ataques graves a estes bens. Desse modo, para que uma determinada conduta seja incriminada pela legislação penal é preciso que os outros ramos do direito se mostrem impotentes para proteger determinados bens jurídicos. Sendo possível a proteção destes bens por outras formas de sanção que não seja aquela viabilizada pelo Direito Penal, não deve o legislador lançar mão deste ramo do direito, incriminando o comportamento.

No âmbito do Direito Penal Sexual, Silveira, que enxerga a fragmentariedade e a subsidiariedade como princípios informadores da intervenção mínima, argumenta que “a lei penal sexual deve se mostrar como uma intervenção mínima à organização da vida social, desde que já fracassados os meios menos severos de opressão”²⁵⁰. E continua afirmando que “princípio crucial do Direito Penal Sexual, a *ultima ratio* deve, à sua completude, ser vista, nesse campo, em conjunto com outros dois princípios informadores para a devida resposta pretendida”²⁵¹.

Assim, em relação ao Direito Penal Sexual, a intervenção mínima incidiria, para o precitado autor, sob dois enfoques distintos, mas complementares. Inicialmente, deve ser entendida como um princípio de análise abstrata, que serve de orientação para o legislador quando da criação ou revogação das figuras típicas. Outrossim, destaca que o Direito Penal, neste âmbito, tem uma natureza subsidiária, devendo ser encarado como *ultima ratio* de intervenção do Estado.

Depreende-se, com facilidade, que a primeira vertente gira em torno do postulado da fragmentariedade, relacionando-se com a ideia de que o Direito Penal deve proteger os valores mais caros, mais elementares para o indivíduo e para vida em comunidade. A segunda vertente, por outro lado, centra-se na subsidiariedade da aplicação do Direito Penal, situação justificada pela dureza de sua resposta, permitindo, assim, que outros ramos do direito, com primazia, procurem proteger outros bens jurídicos²⁵².

Ora, o postulado da fragmentariedade é limite material do *ius puniendi*. De natureza político-criminal, sua fenomenologia concentra-se na parte especial do Direito Penal. Não obstante

²⁵⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes Sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 179

²⁵¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes Sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 179

²⁵² GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio*. Uma visão minimalista do direito penal. 6ª edição. IMPETUS, Rio de Janeiro, 2011. p. 75.

o ordenamento estabelecer um vasto sistema de proteção dos bens jurídicos, o Direito Penal apresenta um aspecto fragmentário porque não protege a todos os bens jurídicos que sofrem ataques ou ameaças²⁵³. Diante desse número enorme de variações, o único meio para fazer justiça no caso concreto reside na aplicação do princípio da intervenção mínima, orientando o legislador no sentido de que se abstenha de incriminar o que pode ser resolvido por outros ramos do direito e ao operador, para que recuse enquadramento típico às condutas de ínfima lesividade²⁵⁴.

Considerando-se, portanto, os argumentos feitos sobre a missão e os limites do Direito Penal explícitos em seus postulados fragmentário e subsidiário, concebe-se como inidônea a criminalização de condutas que visem o resguardo de determinada moral social sobre a sexualidade humana.

Ora, já se afirmou que a incidência do Direito Penal na sociedade deve ser limitada e racionalizada. Contemporaneamente, compreende-se que a sua incidência, no âmbito de um Estado Democrático de Direito, tem como finalidade a proteção dos bens jurídicos mais relevantes, desde que a ofensa a tais bens jurídicos não possa ser objeto de proteção por outros ramos do direito. Por outro lado, pontuou-se, também, que muito embora os sistemas jurídicos tratem a sexualidade como uma manifestação individual, há incidência de aspectos relacionados à moral social no Direito Penal, o que implica refletir a respeito do limite de incidência daquela neste e deste na sexualidade humana.

Portanto, levando-se em consideração o caráter fragmentário e subsidiário, subsume-se que o Direito Penal Sexual, como seguimento do Direito Penal, não pode ter como missão punir as intenções ou mesmo criar normas e punições para alcançar meras posturas morais, éticas ou ainda ideológicas, ou sancionar a quebra de determinados valores.

No instante em que se atribui uma função ético-educativa ao Direito Penal, coloca-se em dúvida a legitimidade da tutela moral social e da educação moral. Ao criar e estabelecer uma ligação entre o Direito e a moral social, de maneira a impor à norma penal uma função incentivadora de mudanças de códigos morais, viola-se uma política criminal racional em que o Direito apenas deve intervir quando a ordem jurídica não possuir outros meios para prevenir a ocorrência do dano, ou seja, quando subsidiariamente, seja necessária a sua intervenção²⁵⁵.

Em profundidade, esta imbricação de postulados tem a função de impedir que o Estado venha a criminalizar condutas inofensivas, para bens jurídicos relevantes. Segundo Puig, trata-se de um primado que deve orientar o legislador na elaboração das leis penais, apontando, ainda, a

²⁵³ ZEIDAN, Rogério. *Direito Penal contemporâneo: fundamento crítico das ciências penais*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 70.

²⁵⁴ BONFIM, Edilson Mougnot. *Direito Penal: parte geral*/Edilson Mougnot Bonfim, Fernando Capez. São Paulo - Brasil: Saraiva, 2004. p. 129.

²⁵⁵ NATSCHERADETS, Karl Prelhaz. *O Direito Penal Sexual*. Coimbra – Portugal: Almedina, 1985. p. 68. O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

existência dos dois princípios que servem para determinar o limite dessa necessidade²⁵⁶. Constitui-se, portanto, como uma barreira, um limite material ao Direito Penal estatal poder criminalizar meras atitudes morais ou éticas dos indivíduos²⁵⁷.

Conceber este raciocínio na realidade portuguesa e brasileira, Estados Democráticos de Direito, implica, por conseguinte, reconhecer que, de nenhum modo, seria justificável a criminalização de condutas acessórias à prostituição caso com isso se objetivasse resguardar determinado tipo de moral social. Os crimes de Lenocínio, portanto, devem resguardar um determinado bem jurídico para que, assim, estejam em consonância com os postulados de fragmentariedade e subsidiariedade do Direito Penal.

A análise acerca da ontologia destes delitos no que concerne ao fato deles efetivamente expressarem ilicitude e culpabilidade, merecendo reprovação da sociedade, ou se devem ser afastados do universo jurídico pela sua irrelevância neste âmbito, implica, por conseguinte, reconhecer a premissa de que deve haver a inafastabilidade do caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal, este que se volta à proteção dos bens jurídicos mais relevantes, desde que não possam ser tutelados por outros ramos do direito.

Implica reconhecer, ainda, que os delitos de Lenocínio em Portugal e no Brasil, ao criminalizarem as atividades acessórias à prostituição sem tipificar esta prática social, não contêm definição legal do que é a prostituição, tornando a abrangência e incidência do conceito indefinida nos tipos previstos nos artigos 169 do Código Penal Português e artigos 227, 228, 229 e 230 do Código Penal brasileiro.

Destarte, os crimes de Lenocínio, em Portugal e no Brasil, pelo caráter fragmentário e subsidiário ao qual estão vinculados, têm como finalidade a proteção de que bem jurídico? Se é que protegem algum bem jurídico, este bem pode ser tutelado por outros ramos do direito? Como se pode observar, sobreleva-se, conjugando-se os postulados de fragmentariedade e subsidiariedade do Direito Penal, a própria teoria e o conceito de bem jurídico como meios para responder satisfatoriamente os precitados questionamentos.

²⁵⁶ PUIG, Santiago Mir. *Introducción a las bases del derecho penal*. Buenos Aires e Montevideo, B de F, 2002, p. 109.

²⁵⁷ GOMES, Luiz Flávio. *Norma e Bem Jurídico no Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Série As Ciências Criminais no Século XXI, 2002. p. 53.

2.4 Conceito e percepções do bem jurídico

É reconhecida, hoje, a relevância do estudo do bem jurídico para a doutrina penalista, de uma forma geral. Navarrete, por exemplo, afirma que um Direito Penal que, desde o seu início, não se proponha, em essência, a “garantir a proteção dos valores mais transcendentais para a coexistência humana seria um Direito Penal carente de base substancial e não inspirado nos princípios de justiça, sobre os quais se deve assentar todo ordenamento jurídico”²⁵⁸.

Muitos dos que criticam a existência e defesa desse pressuposto discutem seu real valor, todavia, parecem esquecer que muito do que está sendo construído encontra alicerce na teoria do bem jurídico. Aliás, como lembram Zaffaroni e Pierangeli, toda manifestação irracional no campo do Direito Penal “tem tentado arrasar o conceito de bem jurídico. Não é estranho que, de uma maneira geral, todas as manifestações do Direito Penal autoritário tenham desacreditado esse conceito”²⁵⁹. Mas o que viria a ser, intrinsecamente, um bem jurídico?

Os doutrinadores, muito embora diverjam na forma de descrevê-lo e nas inferências estabelecidas a partir deste conceito em relação a outros, no âmbito da ciência jurídica, têm concordado a respeito do fato de que um bem jurídico é um valor considerado como merecedor de proteção penal. Roxin, por exemplo, ao afirmar que o Direito Penal tem que assegurar os bens jurídicos, punindo a sua violação em determinadas condições, conceitua-os como sendo pressupostos imprescindíveis para a existência em comum²⁶⁰, que se “caracterizam numa série de situações valiosas, como por exemplo, a vida, a integridade física, a liberdade de atuação, ou a propriedade”²⁶¹.

²⁵⁸ NAVARRETE, M. Polaino. *El Bien Jurídico en el Derecho Penal*. Sevilha - Espanha: Public de la Universidad, 1974. p.22.

²⁵⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 2ª edição - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 466

²⁶⁰ “Embora normativo, o conceito de bem jurídico apontado por Roxin não é estático e está aberto às mudanças sociais e aos progressos do conhecimento científico, podendo ser alterada com a mudança de opinião da população. Em suma, para o citado autor, o conceito de bem jurídico é formal e somente pode ser observado de maneira concreta quando se incorpora no concreto objeto de ataque do agente. O Direito Penal sendo *ultima ratio* da intervenção do Estado na dignidade humana, é subsidiário na prevenção de lesões aos bens jurídicos. O Estado, antes de se utilizar do sistema repressivo, deve lançar mão de outros ramos do direito como o civil, o administrativo, econômico etc., tendo em vista que o direito penal nem sempre é mais adequado para a manutenção da estrutura social”. GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 51.

²⁶¹ ROXIN, C. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Tradução Ana Paula dos Santos, Luis Natscheradetz. Lisboa – Portugal: Vega, 1986. p. 27-8

Figueiredo Dias, depois de pontuar que a noção de bem jurídico, embora fulcral para o Direito Penal, não pôde até o momento ser determinada com segurança capaz de convertê-la em conceito fechado, define-o como “a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso”²⁶².

Para Welzel, por sua vez, bem jurídico “é um bem vital da comunidade ou do indivíduo que por sua significação social é protegido juridicamente”²⁶³. Toledo, em sentido semelhante, define bens jurídicos como “valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou lesões”²⁶⁴.

De maneira mais holística, adjetivemos assim, Muñoz Conde, afirma que os bens jurídicos são “os pressupostos de que a pessoa necessita para sua autorrealização na vida social”²⁶⁵. Na mesma esteira de pensamento, Aníbal Bruno assevera que os bens jurídicos “são valores da vida individual ou coletiva, valores da cultura”²⁶⁶.

Já Smanio, ao procurar definir o bem jurídico, principia afirmando que o direito é um objeto cultural, criado pelo homem e dotado de um sentido de conteúdo valorativo²⁶⁷. Neste âmbito, o fenômeno jurídico seria formado por um tríplice aspecto, reflexo da teoria tridimensionalista formulada por Reale: fato, valor e norma - integrados em uma unidade funcional e de processo.

A ciência do direito, para o precitado autor, torna-se uma ciência histórico-cultural que tem por objeto a experiência social. Portanto, o direito constitui-se como dinâmico e não estático, configurando um sistema aberto e não fechado. Neste raciocínio, a dificuldade na conceituação do bem jurídico deve ser vista como uma decorrência da própria natureza jurídica e não como uma impossibilidade real. Desse modo, o bem jurídico é um conceito dinâmico, aberto às mudanças

²⁶²FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: parte geral*. Tomo I. 2ª. Ed. Coimbra - Portugal: Coimbra Editora, 2012. p. 114.

²⁶³ WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. P. G. Tradução Bustos Ramirez e Yánez Pérez. Santiago - Chile: Jurídica de Chile, 1970. p 15.

²⁶⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos do Direito Penal*. São Paulo – Brasil: Saraiva, 1998. p. 16.

²⁶⁵ CONDE, F. Munõz. *Introducción Al Derecho Penal*. Barcelona - Espanha: Bosch, 1975. p. 48.

²⁶⁶ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Rio de Janeiro. Forense, 1967, v.1, t. 1. p. 31.

²⁶⁷ SMANIO, Gianpaolo Poggio. A tutela penal constitucional. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 10, nº 39, p. 125-147, jul./set. 2002. p. 130.

sociais e ao avanço científico²⁶⁸. Passando o seu conceito a ser mutável de acordo com a evolução do homem, da sociedade e do Estado²⁶⁹.

Zaffaroni, com quem concordamos, considera que o bem jurídico penalmente tutelado é uma “relação de disponibilidade de uma pessoa com um objeto, protegido pelo Estado, que revela seu interesse mediante normas que proíbem determinadas condutas que as afetam, aquelas que são expressadas como a tipificação dessas condutas”²⁷⁰. Para o doutrinador, inclusive, não se concebe a existência de uma conduta típica que não afete um bem jurídico. Assim, os tipos penais não passam de particulares manifestações de tutela jurídica desses bens. Embora seja certo que o delito é algo mais – ou muito mais – que a lesão a um bem jurídico, esta lesão é indispensável para caracterizar a tipicidade²⁷¹.

Diante da profusão de perspectivas, é de se destacar que a fragmentariedade e a subsidiariedade do Direito Penal depende essencialmente da forma como é compreendido o próprio bem jurídico²⁷², ou seja, como um conceito dogmático ou como um conceito político-criminal. O bem jurídico, seguindo a tradição dogmática, significa que a norma protege algo implícito em

²⁶⁸ SMANIO, Gianpaolo Poggio. A tutela penal constitucional. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 10, nº 39, p. 125-147, jul./set. 2002. p. 130.

²⁶⁹ Assim, seguindo este raciocínio, o autor explica que as mudanças na valoração dos bens jurídicos, fomentam os movimentos de criminalização e descriminalização das condutas, com alterações das penas. Desse modo, não existe como afastar o pensamento segundo o qual o Direito Penal é resultado de escolhas políticas influenciadas pelo tipo de Estado onde a sociedade está organizada. O poder de punir é uma manifestação do poder de supremacia do Estado nas relações com os cidadãos.

²⁷⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar, 1982, volumes 1 e 3. p. 238.

²⁷¹ ²⁷¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli. 2ª edição- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 461.

²⁷² “Para Figueiredo Dias, o bem jurídico, em seu núcleo essencial - eis que deixa claro a dificuldade ou mesmo a impossibilidade da obtenção de um conceito fechado e apto à subsunção – é a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso. E, se é certo que o conceito proposto é bastante amplo e que a própria concepção de interesse, a que alude expressamente, abre uma interessante margem de discussão acerca de sua natureza relacional ou mesmo acerca de uma possível recepção, em seu quadro de significação, a simples finalidades – como, por sua vez, Roxin – não é menos verdadeiro que o conceito ganha substancialmente em densidade e delimitação, tornando-se uma categoria operatória, quando acrescido das exigências de corporização, de transcendência e de analogia/teleológico-constitucional, em bom termo expostas e defendidas pelo autor”. D’AVILA, Fábio Roberto. Aproximação à teoria da exclusiva proteção dos bens jurídicos no direito penal contemporâneo. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 17, nº 80, p. 7-34, set./out.2009, p.60.

qualquer norma vigente. A importância desse conceito reside em servir de parâmetro de interpretação teleológica.

Por outro lado, o conceito político-criminal de bem jurídico, confere a este uma dimensão transcendente ao direito positivo, tornando-se este objeto de crítica com base no parâmetro de que apenas são legítimos os tipos que protegem um bem jurídico, algo que nem todo tipo, só por fazer parte do direito legislado, necessariamente faz. A versão político-criminal do princípio da proteção de bens jurídicos desperta superior interesse da doutrina, pois, de outro modo, não seria preciso falar em bem jurídico, mas apenas em *ratio legis*²⁷³.

Neste sentido específico, o político-criminal, destaca-se que o bem jurídico, maxime o seu conceito, representa um elemento integrante do conceito material de crime e constitui o seu primeiro substrato, independentemente do entendimento adotado no que concerne ao seu concreto sentido, alcance, conteúdo e efeitos. Outrossim, “serve igualmente de delimitador do conceito material de crime, na medida em que só existe crime quando determinados comportamentos afetam bens jurídicos. Resulta assim que os tipos legais apenas podem ser classificados a partir do bem jurídico”²⁷⁴.

Essa é a razão porque o bem jurídico ocupa uma posição fundamental na teoria do tipo, dando sentido a lei penal. Caso não existisse o bem jurídico, não haveria possibilidade alguma de interpretação teleológica da lei penal. Assim, Zaffaroni afirma que sem o bem jurídico, se cairia num formalismo legal, numa pura jurisprudência de conceitos²⁷⁵.

Destarte, compreende-se que o fato não pode constituir ilícito se não for ofensivo (lesivo ou simplesmente perigoso) ao bem jurídico tutelado. Palazzo sustenta que esta compreensão responde a uma clara exigência do Direito Penal, podendo ser identificado em dois pontos. “A nível legislativo, o princípio deve impedir o legislador de configurar tipos penais que já tenham sido construídos, *in abstracto*, como fatores indiferentes e preexistentes à norma”²⁷⁶. Em seguida, passa a tratar do nível jurisdicional aplicativo, argumentando que a “atuação do princípio da lesividade deve comportar, para o juiz, o dever de excluir a subsistência do crime quando o fato, no mais, em

²⁷³ GRECO, Luís. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal. In: *Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso*. Cuiabá, v. 2, nº 3, p. 249-276, jun./dez. 2007. p. 250.

²⁷⁴ ALBERTO, José. *Crimes Sexuais: Do crime de Lenocínio em especial. A tutela jurídica da prostituição*. Lisboa: Chiado Editora, 2017.

²⁷⁵ ²⁷⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli. 2ª edição- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 461.

²⁷⁶ PALAZZO, Francesco C. *Valores Constitucionais e Direito Penal* (tradução Gérson. Pereira dos Santos). Porto Alegre- Rio Grande do Sul - Brasil: Fabris Editor, 1989. p. 80

tudo se apresenta na conformidade do tipo, mas, ainda assim, concretamente é inofensivo ao bem jurídico específico tutelado pela norma”²⁷⁷.

Portanto, pelo exposto, pode-se depreender que a exclusiva proteção de bens jurídicos, enquanto missão do Direito Penal, implica a limitação de sua incidência, limitação esta de natureza fragmentária, pois só justificada para a proteção dos pressupostos imprescindíveis para a existência em comum. Frise-se que esta limitação se realiza com base na perspectiva que se tem do conceito de bem jurídico, este que pode ser compreendido dogmaticamente, servindo como base de interpretação teleológica ou no âmbito político-criminal, ocupando posição fundamental na teoria do tipo.

Estas vertentes possibilitam, em profundidade, observar os crimes de Lenocínio vigentes na República Portuguesa e na República Federativa do Brasil a partir de sua legitimidade, mediante a avaliação de qual ou quais bens jurídicos visam tutelar, bem como em relação ao próprio conceito material de crime, afastando sua vigência quando os tipos não ofenderem a bem jurídico nenhum. Este exercício, entretanto, relaciona-se, como vimos, a compreensão que se tem do bem jurídico, situação que perpassa por variadas percepções.

2.4.1. Teorias sobre o bem jurídico no Direito Penal

Historicamente, têm existido significativas teorias apresentadas acerca da ontologia - e da própria finalidade - do bem jurídico no âmbito do Direito Penal²⁷⁸. Neste subitem, faz-se referência às principais perspectivas teóricas, ressaltando a existência de outras construções doutrinárias igualmente importantes que aqui não foram consideradas.

Crê-se, entretanto, que a sequência apresentada e as discussões desenvolvidas nos subitens seguintes possibilitem a demonstração, não só das variadas maneiras de se compreender o conceito

²⁷⁷ PALAZZO, Francesco C. Valores Constitucionais e Direito Penal (tradução Gérson. Pereira dos Santos). Porto Alegre- Rio Grande do Sul - Brasil: Fabris Editor, 1989. p. 80.

²⁷⁸ Tratando da evolução histórica do conceito de bem jurídico, observa SMANIO que desde que se cominou a um ato uma pena, foi para tutelar um bem que se afetava com a conduta lesiva. Portanto, a existência de um bem tutelado é uma inquestionável necessidade lógica, ainda que se batizem as coisas com os nomes que se queiram. Exemplifica com o Estado teocrático, em que a blasfêmia era um delito gravíssimo, porque afetava a um bem que era devido a Deus. Daí não podermos apontar um momento de criação do conceito de bem jurídico. SMANIO, Gianpaolo Poggio. A tutela constitucional. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 10, nº 39, p. 125-147, jul./set. 2002..

de bem jurídico - em toda sua complexidade ontológica e finalidade, principalmente para o Direito Penal Sexual – mas, sobretudo, do modo mais preciso de se compreendê-lo à luz de um viés garantidor, relacionado aos preceitos constitucionais e servindo como proteção aos direitos do ser humano, principalmente ao *ius libertatis*.

Pois bem, é cediço que a experiência vivida pelo Direito Penal no período anterior ao iluminismo²⁷⁹ - caracterizado pelo absolutismo e controle – e a mudança do regime político, à época, motivaram a procura de novos fundamentos para o Direito Penal, a fim de trazerem legitimidade na cominação e aplicação da pena.

A preocupação com a defesa do príncipe e da religião, cujos interesses se confundiam, não mais seriam suficientes como elementos justificadores. Com o iluminismo, buscou-se um conceito material de delito, principiado pela identificação do crime como uma lesão a um direito subjetivo, limitando, assim o poder de punir do Estado, que ficava até então circunscrito às mãos dos soberanos, dando causa aos mais diversos desvirtuamentos. Neste âmbito, a noção de direito subjetivo, oriunda dos conceitos de direito privado, retratava a filosofia do iluminismo, sendo o conceito de delito fundado na violação do contrato social²⁸⁰ e o direito subjetivo compreendido como elemento de limitação do *jus puniendi* estatal²⁸¹.

Reagindo às arbitrariedades no *Ancien Règime*, escreve Silveira, a vertente jurídica do iluminismo procurou traçar limites para o exercício do *jus puniendi* estatal, estabelecendo um

²⁷⁹ “O iluminismo se caracterizou na Europa racionalista do final do século XVIII como um movimento e um modo de pensar diferente. Entre as suas origens se destacou a revolução científica operada no final do século anterior que transformou as concepções que as pessoas tinham sobre o homem, o mundo e a vida. A linha filosófica daquela corrente de pensamento se caracterizou pelo empenho em ampliar a crítica e o guia da razão em todas as atividades humanas. O iluminismo não foi somente um compromisso crítico da razão: ele foi, ainda, o compromisso de servir-se da razão e dos resultados que ela pode conseguir nos vários campos de pesquisa para melhorar a vida particular e associativa de cada homem”. DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal: Parte Geral – Rio de Janeiro – Editora Forense, 2003. p. 143.

²⁸⁰ “Fundamentando a existência do Estado e seu poder no contrato social, ou seja, na necessidade que os homens sentiram (para poderem coexistir de forma tanto quanto possível pacífica) de delegar parte (na formulação de Locke) do seu poder, dos seus direitos inatos, de sua vontade, no Estado, para que este pudesse ordenar a sociedade, também aqui residiria o fundamento do direito de punir. Mas essa delegação só terá sido feita para, e na medida indispensável, a defesa da sociedade, quer dizer, para a proteção da liberdade e direitos subjetivos de cada indivíduo e da própria comunidade, para se prevenirem danos sociais, mas já para se alcançarem fins transcendentais, para se conseguir o progresso, a moralidade ou o caminho de perfeição”. CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime*. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto. Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 32.

²⁸¹ COELHO, Yuri Carneiro. *Bem jurídico-penal*. Mandamentos, Belo Horizonte, 2003, p. 31.

conceito material de delito. Revitalizou-se, na época, ideias propostas no humanismo, percebendo-se verdadeiro refluxo cultural e espiritual de toda a sociedade²⁸².

Iniciou-se o afastamento da noção de crime-pecado, buscando o uso da razão na condução do comportamento humano. Assim, percebeu-se a nítida tendência a favorecer ou a garantir os bens individuais diante da gravidade da pena e do arbítrio judicial. Neste sentido, o conceito iluminista de crime continha, como seus pressupostos, o direito subjetivo, a danosidade social e a necessidade da pena²⁸³. Tinha como verdade filosófica a ‘metafísica’ e como método científico, o lógico dedutivo. Seus autores sofreram influência do contratualismo iluminista, sobretudo, das obras de Locke e Rousseau²⁸⁴.

Foi através do contrato social que os homens delegavam poderes ao Estado para garantir a sua liberdade e a livre fruição de direitos, servindo, também, o contrato social, para impor garantias aos cidadãos e barreiras ao próprio Estado²⁸⁵. Entretanto neste período, apesar da preocupação dos penalistas com a construção da ciência penal e na edificação de um sistema autônomo, não se conseguiu fornecer uma base ontológica ao conceito de crime ou instituir critérios capazes de limitar a atuação do Estado no âmbito do processo de criminalização de condutas²⁸⁶.

A defesa dos interesses individuais, valor máximo do paradigma do Estado liberal, constituiu o máximo conquistado naquele período, de acordo com Coelho²⁸⁷. Neste sentido, Prado, explica que “a doutrina do bem jurídico, erigida no século XIX, dentro de um prisma liberal e com nítido objetivo de limitar o legislador penal, vai, passo a passo, se impondo como um dos pilares da teoria do delito”²⁸⁸.

²⁸² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Supra-individual – interesses difusos*. Editora Revista dos Tribunais, 2003 (Ciências do Direito Penal Contemporânea, volume 3). p. 37.

²⁸³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Supra-individual – interesses difusos*. Editora Revista dos Tribunais, 2003 (Ciências do Direito Penal Contemporânea, volume 3). p. 37.

²⁸⁴ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 39.

²⁸⁵ COELHO, Yuri Carneiro. *Bem jurídico-penal*. Mandamentos, Belo Horizonte, 2003, p. 32.

²⁸⁶ É importante frisar, de acordo com Coelho, que no iluminismo, apesar da preocupação dos penalistas com a construção da ciência penal e na edificação de um sistema autônomo, não se conseguiu fornecer uma base ontológica ao conceito de crime ou instituir critérios capazes de limitar a atuação do Estado no âmbito do processo de criminalização de condutas. A defesa dos interesses individuais, valor máximo do paradigma do Estado liberal, constituiu o máximo conquistado naquele período. COELHO, Yuri Carneiro. *Bem jurídico-penal*. Mandamentos. Belo Horizonte, 2003, p. 35.

²⁸⁷ COELHO, Yuri Carneiro. *Bem jurídico-penal*. Mandamentos. Belo Horizonte, 2003, p. 35.

²⁸⁸ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 5ª Ed. Rio de Janeiro – RJ – Brasil: Revista dos Tribunais, ano 2011. p. 31.

De fato, a caracterização do bem jurídico como instrumento limitador da intervenção estatal, é de fundamental importância e inclusive pode ser apontada até os dias atuais. Sua função delimitadora estende-se não somente ao legislador, como vimos mas, também em aspectos puramente dogmáticos, estabelecendo várias funções, como as de garantia, sistemática e exegetica.

2.4.1.1 As considerações de Feuerbach e Birnbaum sobre bem jurídico

Paul Johann Anselm Ritter Von Feuerbach formulou a sua teoria quanto aos direitos subjetivos, no final do século XVIII²⁸⁹. O contrato social serviu de base para o seu pensamento, que retrata a decisão dos homens em se organizarem em sociedade e entregarem ao Estado à conservação da nova ordem. Sua ideia explicita o nascimento do Estado garantidor, protetor e defensor da vida em comum, intervindo penalmente apenas diante de um delito que lesione algum direito dos cidadãos. Considera-se como núcleo de cada delito a lesão aos direitos subjetivos. Para ser punida a conduta necessitaria ser socialmente danosa, conforme ensina Silveira²⁹⁰.

Costa Andrade afirma que a primeira tentativa de elaboração de um conceito material de crime deve-se a Feuerbach, que passou a entender o crime como a violação de um direito subjetivo do cidadão ou do próprio Estado. Assim, contribuiu o iluminista para instauração de um novo Direito Penal, “assente na representação precisa da danosidade social a reprimir e prevenir”²⁹¹.

Feuerbach separa o direito da moral na medida em que “o primeiro surge como força coativa (ao serviço da segurança pública)”, e na medida em que o direito aparece “como capacidade jurídica subjetiva, dispensa-o de ter que fazer a prova da dignidade moral da pessoa juridicamente

²⁸⁹ “A grande crítica à sua teoria residia no fato de que existiam ações que, apesar de não ofenderem tais direitos subjetivos, ainda assim, eram punidas. Caso evidente de tal situação era representado pelos crimes contra a honestidade. Grande discussão também se deu quanto às chamadas infrações policiais. Ainda que não lesionassem direitos subjetivos, Feuerbach entendia ser justificável uma punição, já que tais condutas colocavam em perigo a ordem e a seguridade social. Desta feita, tanto as lesões a direitos quanto a manutenção dessa ordem e seguridade poderiam ser entendidas como socialmente danosas”. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Supra-individual – interesses difusos*. Editora Revista dos Tribunais, 2003 (Ciências do Direito Penal Contemporânea, volume 3). p. 38.

²⁹⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Supra-individual – interesses difusos*. Editora Revista dos Tribunais, 2003 (Ciências do Direito Penal Contemporânea, volume 3). p. 38.

²⁹¹ COSTA ANDRADE, Manuel. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Coimbra Editora. Portugal. 2004. p. 43

capaz”. A moral por sua vez, “só pode decidir o que é justo, não o que é direito. Ora, importa não confundir os dois conceitos. O direito é algo mais que mera afronta à lei moral, deve ser uma liberdade atribuída pela razão²⁹².

Quanto à pena, Costa Andrade observa que Feuerbach “encara-a como expressão de um direito de coação do Estado, que apenas existe na medida necessária para assegurar o exercício dos direitos. Isto com expressa exclusão de toda a pretensão de realização da ordem moral”²⁹³.

Prosseguindo na sua análise, o Professor de Coimbra afirma que “deve compreender-se a definição de crime como violação de um direito subjetivo do Estado ou do cidadão”²⁹⁴. Uma definição que “imprime sentido ao objeto de tutela e da infração”. Aliás, definir o direito subjetivo como “objeto essencial do crime era já uma expressão do pensamento liberal. O conceito de direito subjetivo tinha também, de forma imanente objetiva, um conteúdo liberal”²⁹⁵.

Feuerbach coloca-se radicalmente contra as diretrizes do Estado Absolutista e do Direito Penal teocrático²⁹⁶. As suas ideias político-criminais ganharam destaque no Código Penal da Baviera, em 1813, onde foram afastadas as incriminações de condutas contra a religião ou a moral, por exemplo. Com firmeza sustentou que cabe exclusivamente ao Estado a tarefa de assegurar o livre exercício da liberdade de cada indivíduo, e desenvolveu sua linha diretriz, separando de um

²⁹² Não se pode dizer que Feuerbach foi influenciado por uma única fonte de pensamento, pois foi “influenciado pelo jusracionalismo, iluminismo e idealismo Kantiano, singulariza-se, apesar de tudo, pela originalidade de sua síntese, podendo ser apressada a conotação exclusiva de sua obra com qualquer destas matrizes”. Não podemos esquecer a influência de Kant no seu pensamento: “É à influência de Kant que devem imputar-se dois importantes desenvolvimentos do pensamento de Feuerbach: a separação entre o direito e a moral, por um lado; e a denegação de legitimidade de prossecução, através do direito penal, de quaisquer finalidades transcendentais, de étimo religioso”. COSTA ANDRADE, Manuel. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Coimbra Editora. Portugal. 2004. p. 44-45.

²⁹³ COSTA ANDRADE, Manuel. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Coimbra Editora. Portugal. 2004. p. 43-49.

²⁹⁴ COSTA ANDRADE, Manuel. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Coimbra Editora. Portugal. 2004. p. 49.

²⁹⁵ COSTA ANDRADE, Manuel. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Coimbra Editora. Portugal. 2004. p. 49.

²⁹⁶ “Fruto de sua própria época, com destacadas influências jusnaturalistas e iluministas, Feuerbach foi mesmo marcante em seu tempo. Porém o radicalismo deste pensamento racional não tardaria a dar sinais de desgaste. O período subsequente à derrota de Napoleão foi entendido, na Europa com o nome de Restauração. Empregando caminho contrário ao sentido em momento anterior, o movimento de Restauração desloca a soberania do povo como fonte do poder novamente à soberania do príncipe, retomando o período monárquico”. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, *Direito Penal Supra-individual – interesses difusos*, Editora Revista dos Tribunais, 2003 (Ciências do Direito Penal Contemporânea, volume 3). p. 39.

lado o direito e a moral e do outro lado a denegação de legitimidade em perseguir penalmente alguém por finalidades transcendentais, religiosas e morais²⁹⁷.

Apesar da forte contribuição com a sua teoria de lesão de direitos subjetivos, com a qual se iniciou a procura por uma base material para o conceito de delito, não se pôde descortinar toda a noção de bem jurídico no conceito de direito subjetivo. Além do mais, não foi contemplada, na sua construção teórica, os bens jurídicos coletivos ou supra-individuais, o que é compreensível em face das condições socioculturais da época e da influência privatística sobre a teoria do crime²⁹⁸.

Procurando encontrar o conceito de delito, concebeu um direito natural, preexistente ao direito positivo: assim, o delito passou a ser compreendido como a violação de um direito surgido do direito positivo, coincidente com o direito estabelecido pelo direito natural. O direito subjetivo emerge, então, como o instrumento mais eficaz para garantir a liberdade individual: o homem possui discernimento para regular sua conduta em conformidade com os ditames da razão, por isso deve libertar-se de qualquer autoridade. Assim, a liberdade se concretiza em regras e normas objetivas, deixa de ser abstrata, e as ideias de Feuerbach passam a refletir a própria concepção de liberdade do liberalismo²⁹⁹.

O radicalismo deste pensamento racional, não demoraria a apresentar os primeiros desgastes e sofrer múltiplas críticas. Para além do inevitável declínio, surgiu o fato de que a burguesia ascendente, depois de conseguir uma certa autonomia e hegemonia (política, econômica e social), de revolucionária se transformou em conservadora; a soberania do povo passou a se identificar com a soberania do governante; a compreensão do mundo histórico começou a substituir o pensamento racional abstrato. Com o nascimento da escola histórica, o direito positivo passou a ser o objeto exclusivo da ciência jurídica³⁰⁰. Assim, com o surgimento desta escola, nasceu um novo pensamento, novas ideias romperam com o pensamento vigente, causando profundas transformações. O direito passou a se constituir, verdadeiramente, em uma criação histórica.

Em 1834, J. N. F. Birnbaum publicou na Alemanha seu famoso estudo sobre a tutela da honra – *Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens*³⁰¹ -, e modificou

²⁹⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, Direito Penal Supra-individual – interesses difusos, Editora Revista dos Tribunais, 2003 (Ciências do Direito Penal Contemporânea, volume 3). p. 39.

²⁹⁸ COELHO, Yuri Carneiro. *Bem jurídico-penal*. Mandamentos, Belo Horizonte, 2003. p. 38.

²⁹⁹ COELHO, Yuri Carneiro. *Bem jurídico-penal*. Mandamentos, Belo Horizonte, 2003. p. 37-38

³⁰⁰ GOMES, Luiz Flávio. *Norma e Bem Jurídico no Direito Penal*. Editora Revista dos Tribunais, Série As Ciências Criminais no Século XXI, 2002. p. 74.

³⁰¹“É nesse contexto que Birnbaum publica um artigo muito conhecido, em que dizia: ‘De acordo com meu parecer, se se quer tratar o delito como lesão, o essencial é, e ponho acento nisso, relacionar necessariamente esse conceito com sua natureza; não com um direito, senão com um bem (...) é sempre o bem, não o direito que se vê diminuído’. Como se vê, Birnbaum não falou diretamente em bem jurídico, mas indiscutivelmente O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

por completo o Direito Penal. Neste momento nasceu o moderno conceito de bem jurídico, que substituiu o conceito até então vigente de direito subjetivo. A conduta delitativa deveria lesionar bens e não direitos, podendo-se punir, também, condutas contrárias à religião e a moral. Sobre a famosa publicação, Costa Andrade afirma que ela “assinala o início da história doutrinal e político-criminal do conceito de bem jurídico. E abre a porta a um novo paradigma geral de compreensão do crime – do objeto e da respectiva lesão, bem como do conteúdo material da ilicitude”³⁰².

Para Birnbaum, ‘bem’ não era nada mais que um objeto valorado pelo Estado, um instrumento desse Estado que permitiria a incriminação de toda conduta que fosse de encontro às novas condições sociais que foram esboçados na Restauração. Na verdade, não foi utilizada a palavra ‘bem jurídico’, mas outras expressões que se identificam com esse conceito. Entretanto, em decorrência dessas expressões formuladas é que lhe foi atribuída a paternidade da ideia de bem-jurídico, nas palavras de Costa Andrade, que salienta que em vez de apelar para a disfuncionalidade das “perturbações ou frustrações em nível de intersubjetividade (...) a lesão de um bem jurídico aponta antes para o mundo exterior e objetivo de que preferentemente revelam as coisas valoradas como bem jurídico”³⁰³.

No seu pensamento observa-se a ideia, de que os bens jurídicos estão situados além do próprio direito e do Estado, e que seu conteúdo vem da própria realidade factual e do contexto social. Dessa forma, o legislador pode apenas reconhecê-los, sem contudo, poder alterá-los, modificá-los ou estabelecê-los. Birnbaum sofreu uma forte influência jusnaturalista³⁰⁴, na medida

foi o primeiro autor a introduzir no direito penal a ideia de bem (um bem material) como objeto de tutela, em contraposição a doutrina do iluminismo, que via na danosidade social e na violação dos direitos subjetivos os fundamentos da punição estatal”. GOMES, Luiz Flávio. *Norma e Bem Jurídico no Direito Penal*. Editora Revista dos Tribunais, Série As Ciências Criminais no Século XXI, 2002. p. 74-75.

³⁰² COSTA ANDRADE, Manuel. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Coimbra Editora. Portugal. 2004. p. 51.

³⁰³ COSTA ANDRADE, Manuel. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Coimbra Editora. Portugal. 2004. p. 51.

³⁰⁴ “Lastreado na realidade de aplicação do direito penal alemão, Birnbaum desenvolve uma argumentação no âmbito dos delitos contra a religião e os bons costumes: opondo-se à aceção de constituir o delito em uma lesão de um direito, assevera que um direito não pode ocorrer apenas com relação ao que é objeto desse direito, ou seja, um bem que juridicamente nos pertence”. SILVA, Tadeu Antonio Dix. *Liberdade de expressão e direito penal no estado democrático de direito*. São Paulo, IBCCRIM, 2000, p. 314-315.

em que os bens objeto da tutela do direito, preexistem a sua atividade³⁰⁵, que na verdade se resume em reconhecê-los e registrá-los na norma³⁰⁶.

Neste ponto, cabe destacar que esse argumento além de frágil é completamente inaceitável hodiernamente. Procurar-se a legitimação do Direito Penal fora do direito positivo seria regredir a elementos pré-jurídicos, que alicerçavam o pensamento iluminista sobre a estrutura do crime.

Inclusive, a doutrina diverge muito sobre a real importância desse pensamento, para a transformação e evolução de vários conceitos do Direito Penal. Alguns argumentam que nada mais houve do que uma natural evolução dos preceitos iluministas até Birnbaum. Outros, porém, não comungam desse pensamento, sustentando as importantes transformações ocorridas no horizonte do Direito Penal.

Para aqueles que advogam uma percepção evolutiva, a teoria do bem jurídico foi uma “consequência natural da vertente sistemática e liberal do movimento filosófico-iluminista, no sentido de determinação de um conceito material de crime”.³⁰⁷ Para a segunda vertente, entretanto, inexistente qualquer continuidade entre os ideários iluministas e a proposição de Birnbaum, amparando sua percepção, principalmente, na situação de oposição que se encontra a teoria do bem-jurídico em relação a concepção de crime como violação de direitos subjetivos.

Cunha sustenta que Birnbaum não começou onde Feuerbach terminou, apesar de admitir que a história do bem jurídico se inicie no período do iluminismo criminal. A precitada autora afirma que essa história não se desenvolve de maneira linear e acrescenta que “para os autores que valorizam as discrepâncias entre o conceito de crime do iluminismo e o início da teoria do bem jurídico, outros pontos de conflito haveria a assinalar”³⁰⁸.

Procura enxergar, nesse caminho, as transformações que o pensamento ocasionou, afirmando que houve uma “verdadeira ruptura com os postulados anteriores: ao pensamento individualista contrapõe-se a referência sistêmico-social e a uma referência espiritual, uma outra,

³⁰⁵ Demonstrando a influência do jusnaturalismo no pensamento de Birnbaum, Costa Andrade sustenta que “Para além disso, na obra de Birnbaum entrecruzam-se e combinam-se, claramente referenciáveis, as influências das principais correntes de pensamento jurídico que agitaram a primeira metade do século XIX. A par dos últimos ecos do jusracionalismo e do iluminismo, as influências do hegelianismo e da escola histórica ou do positivismo moderado de Mittermaier”. COSTA ANDRADE, Manuel. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Coimbra Editora. Portugal. 2004. p. 52.

³⁰⁶ COELHO, Yuri Carneiro. *Bem jurídico-penal*. Mandamentos. Belo Horizonte, 2003, p. 40.

³⁰⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Supra-individual – interesses difusos*. Editora Revista dos Tribunais, 2003 (Ciências do Direito Penal Contemporânea, volume 3). p. 41.

³⁰⁸ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime*. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto. Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 44

empírico-naturalista”³⁰⁹. A autora acrescenta que ao jusnaturalismo, ao jusracionalismo, e ao positivismo e, assim, a uma função crítica do direito, existiu uma função legitimadora das leis.

Assim, pode-se dizer que o pensamento de Birnbaum contribuiu para a concepção do modelo de delito como ofensa a um bem jurídico. Para além da importância do seu pensamento, seria necessário “esperar pela década de setenta para que o paradigma anunciado em 1834, viesse a conhecer uma conformação estabilizada e sobretudo a sua consagração doutrinal” conforme esclarece Costa Andrade³¹⁰.

2.4.1.2 As considerações de Binding sobre bem jurídico

A consolidação do conceito (puramente formal) de bem jurídico se dá posteriormente, quando se torna proeminente a forma positivista de Estado e de direito, assumindo ambos outra posição na história, ou seja, o Estado e o direito já não existem em função do indivíduo, senão o contrário. No âmbito do Direito Penal tem-se uma maior intervenção do Estado, com possibilidade de criminalizar tudo que fosse compreendido como adequado colocar sob sanção. Tratou-se de proteger bens jurídicos cuja maior ou menor extensão pudesse ser fixada arbitrariamente pelo legislador, conforme ensinamento de Gomes³¹¹.

Assim, foi com Binding que se inaugurou um novo momento na construção conceitual de bem jurídico. Os princípios do positivismo cresceram na solução dos problemas penais e ganharam prestígio e força. Em sentido inverso e na mesma proporção, ocorreu um afastamento completo das referências de natureza pré-positiva, metafísica e jusnaturalista que influenciaram os doutrinadores que a ele antecederam na discussão do bem jurídico ou do direito subjetivo³¹².

Neste sentido, segundo Cunha, Binding entendia que a norma é “a única e definitiva fonte de revelação do bem jurídico”³¹³. E definiu o bem jurídico como “tudo o que, aos olhos do

³⁰⁹ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime*. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto. Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 44

³¹⁰ COSTA ANDRADE, Manuel. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Coimbra Editora. Portugal. 2004. p. 55.

³¹¹ GOMES, Luiz Flávio. *Norma e Bem Jurídico no Direito Penal*. Editora Revista dos Tribunais. Série As Ciências Criminais no Século XXI, 2002. p. 76.

³¹² COELHO, Yuri Carneiro. *Bem jurídico-penal*. Mandamentos. Belo Horizonte. 2003, p. 43.

³¹³ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime*. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto. Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 50.

legislador, tem valor como condição para uma vida saudável dos cidadãos”³¹⁴. Nota-se com facilidade a opção pelo positivismo normativista, na medida em que o bem jurídico reflete e se identifica com tudo o que como tal foi escolhido, considerado pelo legislador³¹⁵. Para Binding, portanto, deve existir uma congruência absoluta entre a norma e o bem jurídico, sendo a norma “a única e definitiva fonte de revelação do bem jurídico”³¹⁶.

Além do mais, não era aceita a hipótese de existirem direitos inatos aos indivíduos, sendo estes sempre uma criação da lei. Atribuídos e não reconhecidos. Os únicos limites à criação dos bens jurídicos por parte do legislador seriam os decorrentes de sua própria consideração valorativa-objetiva e por suas existências lógicas³¹⁷.

Nesta formulação de Binding constata-se, com muita facilidade, a ausência de limitação material ao poder estatal no processo de criminalização. Inexistem indicativos de limites na sua teoria com o objetivo de orientar o legislador no âmbito da tutela penal, restando seu poder ilimitado, neste sentido.

Admite-se apenas a existência de limites com fundamento nas próprias considerações valorativo-objetivas do legislador e por suas exigências lógicas³¹⁸. Neste âmbito, o legislador encontra-se livre para identificar, escolher e eleger qualquer bem jurídico como passível de proteção penal. A fonte de legitimação do Direito Penal, para Binding, encontra-se em seu próprio

³¹⁴ Segundo a precitada autora, há outro conceito de Binding mais completo e no mesmo sentido: “tudo o que não constitui em si um direito, mas, apesar disso, tem, aos olhos do legislador, valor como condição de uma vida sã da comunidade jurídica, em cuja manutenção íntegra e sem perturbações ela (a comunidade jurídica) tem, segundo o seu juízo, interesse, e em cuja salvaguarda perante toda a lesão ou perigo indesejado, o legislador se empenha através das normas”. CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto. Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 50.

³¹⁵ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto. Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 50-51.

³¹⁶ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto. Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 51.

³¹⁷ NAVARRETE, M. Polaino. *El Bien Jurídico en el Derecho Penal*. Sevilla - Espanha: Public de la Universidad, 1974. p. 108.

³¹⁸ NAVARRETE, M. Polaino. *El Bien Jurídico en el Derecho Penal*. Sevilla - Espanha: Public de la Universidad, 1974. p. 108

seio, no âmbito puramente normativo, que poderia ser tomado pelo Estado. Por consequência o bem jurídico será conhecido a partir da norma³¹⁹ e com ela manterá uma relação de dependência³²⁰.

Prado ao analisar uma das principais características do pensamento de Binding, argumenta que “para esse autor, último representante da orientação positivista, o bem jurídico vem a ser a garantia das expectativas normativas principais contra a sua fraude”³²¹. E continua afirmando que a norma “obriga a escolha de uma organização não produtora de dano, mas o projeto de conformação do mundo do autor se opõe ao da norma. Somente esse ponto de vista erige o bem jurídico à esfera de proteção penal”³²². Argumenta que a fonte de criação do bem jurídico e de sua norma de tutela “se encontra tão somente limitada ao aspecto lógico–normativo. O que realmente importa é a resolução legislativa de proteger juridicamente um bem”³²³.

Como idealizou Binding, a proteção das pessoas e objetos, em seu âmbito individual, só se justifica e tem razão de ser, em função da coletividade, da proteção das condições de uma vida comunitária³²⁴. Ao suprimir a distinção entre bens individuais e coletivos, pretende o autor afastar-

³¹⁹ Traçando os contornos desse pensamento, escreve Maria da Conceição Ferreira da Cunha: “A defesa da auto-legitimação, assim como toda a sua concepção de bem jurídico, está em consonância com o ambiente da época – a mentalidade positivista que perpassa os vários sectores do conhecimento e da ordenação da vida em sociedade. Assim, a mentalidade científica, naturalista, comunicou-se das ciências exatas às ciências humanas, influenciando a própria concepção de direito; esta redução do existente ao empiricamente observável, atuou em sintonia com a descrença em valores metafísicos e conduziu a um profundo relativismo ou niilismo axiológico. Deste modo seria estranha a defesa de referentes legitimadores do direito e do próprio Estado, fora das mesmas realidades”. CUNHA, Maria da Conceição Ferreira. *Constituição e Crime*. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto. Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 51.

³²⁰ COELHO, Yuri Carneiro, *Bem jurídico-penal*. Mandamentos, Belo Horizonte, 2003. p. 44.

³²¹ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 5.ed. Rio de Janeiro – RJ – Brasil: Revista dos Tribunais, ano 2011. p. 33.

³²² PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 5.ed. Rio de Janeiro – RJ – Brasil: Revista dos Tribunais, ano 2011. p. 33.

³²³ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 5.ed. Rio de Janeiro – RJ – Brasil: Revista dos Tribunais, ano 2011. p. 33.

³²⁴ Costa Andrade analisando a construção teórica de Binding, estabelece uma crítica contundente, aduzindo que: “Mesmo reduzido à sua expressão formal, o ideário liberal, que apesar de tudo domina as reflexões de Binding, terá valido como antídoto contra os perigos que, à partida, pareciam comprometer a sua doutrina. Perigos que vinham, de resto, incubados nos dois aspectos mais salientes da teorização bindiguiana: o extremado positivismo e o caráter supra-individual assinalado a todos os bens jurídicos. O primeiro, porquanto permitia ao legislador penal actuar a descoberto de toda a legitimação material e, por isso, à margem de qualquer lastro ou limitação ético-jurídica. O segundo, porque abria a porta de um direito penal vocacionado para sacrificar no altar de um Estado transpersonalista, holisticamente organizado em torno da absolutização dos seus próprios valores, programas e metas. Não deverá, assim, imputar-se ao acaso a O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

se por completo dos postulados iluministas de natureza individual, por isso lhes dá um caráter coletivo³²⁵.

Todos os bens jurídicos são, por obrigatório, “bens da comunidade, da totalidade, não fazendo sentido a distinção entre bens individuais, coletivos ou supra-individuais (da sociedade ou do Estado)”³²⁶. Imanente ao sistema penal são eles criações do legislador. “reformulando toda a dogmática até então colocada ele estabelece o conceito de bem jurídico como núcleo do injusto, o que, não sem razão, o coloca como fundador da verdadeira história do bem jurídico”³²⁷.

Interessante destacar que no âmbito do Direito Penal Sexual, como demonstra Silveira, o bem jurídico segundo Binding é a honra sexual³²⁸, e deveria ter como fundamento três aspectos básicos: a vida sexual regulamentada dentro do direito e dos costumes; a missão de impedir sua utilização como instrumento da luxúria alheia, e de se evitar com ela a excitação e a satisfação dos impulsos sexuais que venham a ofender a honra de terceiros³²⁹ - percepção convergente com o sistema jurídico proibicionista da prostituição, descrevendo como delitos a quase totalidade dos atos a ela relacionados e criminalizando, notadamente, a sua demanda.

É clara, pois, a percepção de que o bem jurídico assentada nas formulações de Binding desconsidera a individualidade e a autonomia das pessoas em relação ao exercício de sua sexualidade, explicitando imbricação com dada moralidade social e questionável paternalismo jurídico³³⁰.

simpatia e a autoridade de que Binding viria a gozar entre os defensores – com destaque para Schwinge e Zimmerl – do conceito e do princípio do bem jurídico no contexto de um direito penal da obediência mais ou menos ortodoxa aos cânones do nazismo”. COSTA ANDRADE, Manuel. Consentimento e Acordo em Direito Penal. Coimbra Editora. Portugal. 2004. p. 68.

³²⁵ COELHO, Yuri Carneiro, *Bem jurídico-penal*, Mandamentos, Belo Horizonte, 2003. p. 46.

³²⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, *Direito Penal Supra-individual – interesses difusos*, Editora Revista dos Tribunais, 2003 (Ciências do Direito Penal Contemporânea, volume 3). p. 44.

³²⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, *Direito Penal Supra-individual – interesses difusos*, Editora Revista dos Tribunais, 2003 (Ciências do Direito Penal Contemporânea, volume 3). p. 44.

³²⁸ “O conceito de honra sexual perdeu, todavia, nos nossos dias, o seu sentido semântico inicial. A ele se deve renunciar a fim de não se extraírem consequências equívocas. Quando a violação de qualquer mulher é punível independentemente de sua reputação torna-se absurdo falar de uma ofensa da honra”. NATSCHERADETS, Karl Prehaz. *O Direito Penal Sexual*. Coimbra – Portugal: Almedina, 1985. p. 121, nota 101.

³²⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes Sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p.44

³³⁰ “De um modo geral, pode-se definir paternalismo como a interferência sobre a liberdade de ação de uma pessoa justificada por razões referentes ao bem-estar, ao benefício, à felicidade, às necessidades, aos interesses ou aos valores da pessoa coagida. Em razão da violação da autonomia da pessoa é que levantam O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

2.4.1.3 As considerações de Von Liszt sobre bem jurídico

Pois bem, no traçado da evolução histórica do conceito de bem jurídico, há de se fazer menção a Liszt. De acordo com este autor, diferentemente de Binding, os bens jurídicos preexistem à atividade do legislador. Eles não se tornam protegidos pela vontade exclusiva do legislador de reconhecê-los, mas são compreendidos como interesses essenciais do indivíduo, possuindo o Estado a obrigação/dever de protegê-los, através da tutela penal.

Para Greco e Rassi, dois fatores foram determinantes para o aparecimento deste pensamento, abarcado pelo chamado positivismo naturalístico. O primeiro foi político, em virtude da crise do Estado liberal clássico, substituído pelo Estado social intervencionista, protegendo os direitos dos cidadãos contra as arbitrariedades do Estado, o que repercutiu no Direito Penal que passou a ser preventivo. O segundo fator foi o apogeu das ciências da natureza, cuja influência das ideias de Spencer, Conte e Darwin, baseadas no método empírico de percepção da realidade, influenciaram o mundo³³¹. No Direito Penal, por exemplo, são expoentes do positivismo naturalístico autores como Lombroso, Ferri e Von Liszt, conforme explicam os doutrinadores referidos³³².

Liszt, especificamente, debruçou-se sobre o bem jurídico. Ao defini-lo³³³ afirmou que “é o interesse juridicamente protegido. Todos os bens jurídicos são interesses vitais do indivíduo ou da

questões acerca de sua legitimidade na esfera penal”. ISHIDA, Valter Kenji. *Bem jurídico penal moderno*. Salvador: Juspodivm, 2017.

³³¹ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 45

³³² GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 45

³³³ “As definições de bem jurídico propostas por Liszt – com predomínio para expressões como ‘interesse juridicamente protegido’ ou ‘um bem do homem, reconhecido e protegido pelo direito’ (ein durch das Recht anerkanntes und geschütztes Gut des Mensch) – denunciam outro percurso metodológico e horizonte político criminal. Em vez de perspectivar os bens jurídicos a partir do direito, Liszt encara-os a partir da própria vida. Que não só cria os bens ou interesses como também lhes imprime estruturas e funções que não podem deixar de ser levadas à interpretação e aplicação da norma, com tópicos hermenêuticos decisivos. Diferentemente do que sucede com Binding, o discurso de Liszt confronta o direito penal com a complexidade da própria vida e das coisas, processos, instituições etc. que a integram e nela se movimentam”. COSTA ANDRADE, Manuel. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Coimbra Editora. Portugal. 2004. p. 69.

O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

comunidade”³³⁴. Inaugurou-se com ele uma concepção de cunho sociológico-positivista³³⁵, que procurou observar os fatos sociais como elementos que poderiam vir a se transformar e constituir em interesses vitais dos indivíduos ou da comunidade, e por isso, mereceriam a proteção penal, conforme ensinamento de Coelho³³⁶.

Para Liszt, os interesses que merecem a proteção do Direito Penal, existiriam antes e independentemente da lei. Assim, o conteúdo e a dimensão do dano social ocasionado, seriam medidos à margem do direito positivo. O Direito Penal deveria preocupar-se em proteger as mais prementes necessidades da vida em sociedade, cabendo à norma penal protegê-la e tutelá-la, nas palavras de Coelho³³⁷.

De acordo com Prado “o bem jurídico – ponto central da estrutura do delito – constitui antes de tudo, uma realidade válida em si mesma, cujo conteúdo axiológico não depende do juízo do legislador”³³⁸. A norma não cria, apenas encontra o bem jurídico, assim, o fim do direito não é outro senão “proteger os interesses do homem, e estes preexistem à intervenção normativa, não podem ser de modo algum, criação ou elaboração jurídica, mas se impõe a ela”³³⁹.

Na obra de Liszt, o bem jurídico aparece tocando os limites e servindo como ponto de união entre o Direito Penal e a política criminal. O bem jurídico vem a ser “uma criação da experiência e como tal é um interesse vital do indivíduo ou da comunidade. Firma-se um conceito liberal de bem jurídico, que precede o direito positivo e independe dele, sendo endereçada mais ao legislador”³⁴⁰. Além de argumentar que o injusto penal compreende a conduta culpável e ilícita. “Do ponto de vista formal é ilícita quando significa a transgressão de uma norma estatal, e em sentido material

³³⁴ LISZT, Franz Von, *Tratado de derecho penal*. Traduzido da 20ª edição Alemã por Jimenez de Asúa y adicionado com el derecho penal español por Quintiliano Saldaña. 2ª edição, Madrid: Reus, 1927, t. II, p. 2.

³³⁵ Na expressão de Maria da Conceição Ferreira da Cunha: “positivismo de cariz naturalístico-sociológico” CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime*. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto. Universidade Católica Portuguesa, 1995. p 32.

³³⁶ COELHO, Yuri Carneiro. *Bem jurídico-penal*. Mandamentos, Belo Horizonte, 2003, p. 49.

³³⁷ “Se os bens jurídicos são extraídos da realidade, dos fatos sociais, pode-se afirmar que, além da teoria de Liszt compreender uma formulação de matriz sociológica, diferente daquela da concepção de bem jurídico de Binding, de caráter imanentista, traduz sua teoria uma postura metodológica extranormativa”. COELHO, Yuri Carneiro, *Bem jurídico-penal*, Mandamentos, Belo Horizonte, 2003, p. 50.

³³⁸ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 5.ed. Rio de Janeiro – RJ – Brasil: Revista dos Tribunais, ano 2011. p. 35

³³⁹ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 5.ed. Rio de Janeiro – RJ – Brasil: Revista dos Tribunais, ano 2011. p. 35.

³⁴⁰ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 5.ed. Rio de Janeiro – RJ – Brasil: Revista dos Tribunais, ano 2011. p. 36.

quando opera uma lesão ou perigo de lesão a um interesse vital garantido pela norma (bem jurídico)”³⁴¹, segundo ensinamento de Prado.

A ideia de pena e seus fundamentos era muito importante para Liszt. Os questionamentos sobre os fins da pena eram reiterados. Saber se a pena era uma retribuição, uma consequência necessária do crime, ou ao revés - como forma de proteção aos bens jurídicos - uma criação e uma função da sociedade estatal consciente de suas metas, era, para ele a delimitação das ações a serem declaradas puníveis pelo Estado.

Além do mais, colocou-se Liszt contra o Estado todo poderoso, procurando encontrar uma determinação essencial do delito, na teoria do bem jurídico. A sua teoria tem como fundamento a ideia de que o direito existe pela vontade humana³⁴² e que, para tanto, o fim de todo o Direito Penal seria a proteção de interesses humanos vitais – os interesses jurídicos³⁴³.

O referido pensador sustentou, ainda, que a finalidade do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos revelados pela vida social, afirmando que “a missão do Direito Penal é a tutela de interesses humanos”³⁴⁴, acrescentando em seguida uma missão especial do Direito Penal³⁴⁵ que é a

³⁴¹ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 5.ed. Rio de Janeiro – RJ – Brasil: Revista dos Tribunais, ano 2011. p. 36.

³⁴² “Semelhantes interesses são o objeto-fim do Direito Penal. De fato, todo o direito existe em função do homem, sendo que os bens jurídicos haveriam de se dividir em bens individuais e supra-individuais. Utilizando-se de bases iluministas, Von Liszt obtém um conceito material de delito sobre as circunstâncias sociais concretas da comunidade estatal e não sobre teorias filosófico-jurídicas. Distancia-se, enfim, de Binding, ao ter por verdade que o bem jurídico não é ‘bem do direito’ ou da ordem jurídica, mas um bem do homem, que o direito reconhece e protege, numa concepção muito mais ampla do que o fazia o direito subjetivo.” SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Supra-individual – interesses difusos*. Editora Revista dos Tribunais, 2003 (Ciências do Direito Penal Contemporânea, volume 3). p. 45-46.

³⁴³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Supra-individual – interesses difusos*. Editora Revista dos Tribunais, 2003 (Ciências do Direito Penal Contemporânea, volume 3). p. 45.

³⁴⁴ LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*. trad. e comentado. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1899, t. I. p. 98

³⁴⁵ “Ao utilizar de maneira indistinta o termo ‘bem jurídico’ e ‘interesse’, o conceito resultava vago e impreciso, fato que seria mais agravado ainda em razão de Von Liszt colocar o bem jurídico dentro da lógica jurídica abstrata, o que conduziria o conceito a perder toda a sua concentração e, paradoxalmente, se desligar da realidade social, resultando na dificuldade de sua precisão e, conseqüentemente, na sua espiritualização. Não define Liszt com clareza, qual critério utilizado para identificação dos interesses a serem protegidos como bens jurídicos, confundindo a noção de bem jurídico com a de interesse. Interesse é uma forma de expectativa de um indivíduo em relação a alguma coisa, ou seja, é o que liga uma pessoa a um bem da vida, enquanto o bem jurídico significa um valor que é tutelado pela ordem jurídica”. COELHO, Yuri Carneiro. *Bem jurídico-penal*. Mandamentos, Belo Horizonte, 2003, p. 54.

“proteção de interesses, que principalmente a merecem e dela precisam, por meio da cominação e da execução da pena como mal infringido ao criminoso”³⁴⁶.

No campo da tutela da liberdade sexual, Liszt critica a incorporação da moral sexual como objeto de proteção visado pela pena. Para o autor, o bem jurídico digno de tutela seria a liberdade sexual e o sentimento moral. Sobre o assunto, escreve que “a observância dos limites traçados pelo costume de cada época ao comércio sexual, não é bem jurídico, não é interesse da coletividade juridicamente protegido”³⁴⁷.

Interessante pontuar que Natscheradetz, analisando o pensamento do autor argumenta que a moral sexual não constitui um “bem jurídico da coletividade protegido em atenção a si próprio, o Estado, mas só presta atenção à vida sexual extramatrimonial quando esta interfere de modo lesivo na esfera jurídica dos particulares”³⁴⁸, acrescenta, em seguida, que o que criticava “algumas disposições do texto positivo, nomeadamente a punição de relações sexuais *contra natura*”³⁴⁹.

Em que pese o diálogo com a moral social, Liszt contribuiu com as suas percepções de dignidade do bem jurídico e a delimitação da liberdade como bem protegido nos crimes sexuais, oxigenando a compreensão das dimensões de individualidade e autonomia das pessoas que se prostituem, bem como daquelas que usufruem de seus serviços ou que a auxiliem de qualquer modo.

2.4.1.4 Considerações sobre o bem jurídico a partir do pensamento neokantiano

É preciso destacar que, em alguns instantes na história, o conceito de bem jurídico perdeu prestígio e força no âmbito de correntes de pensamento que criticaram fortemente a sua real importância e a sua verdadeira necessidade para o Direito Penal. Especificamente, destacam-se como expoentes dessa afirmação a Escola Positivista e o pensamento neokantiano.

Na Escola Positivista, por exemplo, a partir da concepção do delito como consequência, como sintoma da periculosidade individual, houve o claro desprestígio do conceito de bem jurídico,

³⁴⁶ LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*. trad. e comentado. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1899, t. I. p. 98.

³⁴⁷ LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*. trad. e comentado. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1899, t. I. p. 98

³⁴⁸ NATSCHERADETS, Karl Prehaz. *O Direito Penal Sexual*. Coimbra – Portugal: Almedina, 1985. p. 122.

³⁴⁹ NATSCHERADETS, Karl Prehaz. *O Direito Penal Sexual*. Coimbra – Portugal: Almedina, 1985. p. 122. p. 122.

como afirma Gomes³⁵⁰. O pensamento neokantiano, por sua vez, a partir da concepção teleológico-metodológica do bem jurídico, inaugurou a perspectiva deste como um valor abstrato e destinado a procurar a *ratio essendi* da norma penal.

Assim, na segunda metade do século XX, como consequência tanto do positivismo acrítico (legalista) quanto do relativismo neokantiano, concretizou-se a instrumentalização política do conceito de bem jurídico, que não só perdeu inteiramente a sua capacidade de limitar o *ius puniendi*, como progressivamente foi se esvaziando, espiritualizando-se³⁵¹.

A partir da Revolução burguesa, as formulações positivistas começaram a ser questionadas. Diversas verdades começam a ser colocadas em desprestígio devido a ascensão de novas classes sociais. Kant e Hegel passaram, então - de maneira mais acentuada com o final do segundo Império alemão, o término do seu modelo social e o início da realidade advinda com a República de Weimar - a efetuar uma revalorização da leitura dos ideais iluministas. As mudanças ocorridas foram refletidas na certeza científica das chamadas 'leis naturais' do pensamento positivista e a consequente escalada, que vem a retomar o relativismo do pensamento de Kant, o qual se denominou Neokantismo³⁵².

Percebeu-se no âmbito do Direito Penal, o aparecimento de orientações espiritualistas que desenvolveram uma concepção metodológica ou teleometodológica de bem jurídico. Houve uma espiritualização e normatização conceitual de bem jurídico. Assim, inicia-se com Richard Honig³⁵³, em 1919, a idealização deste como *ratio* da norma, sendo de se considerar, pois, "que ela não possui existência prévia à das próprias prescrições penais, não se confundindo com os substratos da

³⁵⁰ GOMES, Luiz Flávio. *Norma e Bem Jurídico no Direito Penal*. Editora Revista dos Tribunais, Série As Ciências Criminais no Século XXI, 2002. p. 79

³⁵¹ GOMES, Luiz Flávio. *Norma e Bem Jurídico no Direito Penal*. Editora Revista dos Tribunais, Série As Ciências Criminais no Século XXI, 2002. p. 79

³⁵² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Supra-individual – interesses difusos*. Editora Revista dos Tribunais, 2003 (Ciências do Direito Penal Contemporânea, volume 3). p. 46.

³⁵³ "Na obra de Honig (Die Einwilligung des Verletzten, 1919), por exemplo, o bem jurídico passa a ser concebido como puro produto do reflexo jurídico, é dizer, tem origem normativa e se confunde com a própria *ratio* da norma. Bem jurídico é o fim que reconheceu o legislador nas prescrições penais. Logo é criação discricionária do legislador e perde assim toda a sua capacidade crítica ou dogmática, até o ponto de não servir de obstáculo aos ideais totalitários do nacional-socialismo e ser praticamente abandonado, em um primeiro momento, pela Escola de Kiel, ao considerá-lo como herança do período colonial". GOMES, Luiz Flávio. *Norma e Bem Jurídico no Direito Penal*. Editora Revista dos Tribunais, Série As Ciências Criminais no Século XXI, 2002. p. 79.

realidade em que os valores poderão assentar”³⁵⁴. Característica essencial encontrada é a referência do delito do mundo valorativo, em vez de situá-lo no campo social.

Natscheradetz faz referência a este período como uma ‘funesta evolução’. Com o pensamento neokantiano, a partir da concepção de abismo existente entre o mundo dos valores e o mundo da natureza, prosseguem no esvaziamento do conceito de bem jurídico, remetendo-o para “o universo espiritual dos valores, em que não desempenha qualquer função limitadora do poder punitivo devido ao relativismo axiológico reinante, limitando-se ao desempenho de funções sistemáticas e exegéticas”³⁵⁵. Prossegue Natscheradetz que “o bem jurídico tutelado perde totalmente a sua autonomia e passa a ser assimilado pelo fim ou ‘a *ratio*’ da norma: a chamada concepção metódico-teleológica do bem jurídico”³⁵⁶.

Cunha, ao analisar a extensão e a delimitação da função do bem jurídico e de sua natureza na concepção neokantiana, escreve que “em relação ao plano crítico é clara a sua incapacidade e nítido o deliberado afastamento dessa função. A concepção metodológica não tem, pois, uma finalidade limitadora do poder punitivo estadual”³⁵⁷. Acrescenta que apenas “aceita a onipotência do legislador e apenas interpreta os dados legais por este estabelecido”³⁵⁸. Sustenta que também não tem uma intencionalidade limitadora do âmbito das prescrições penais; “muito pelo contrário – orientou-se no sentido de uma interpretação extensiva das normas, conferindo-lhes assim, o âmbito mais lato possível de aplicação”³⁵⁹.

Uma das principais funções do bem jurídico é favorecer a limitação do poder de punir, que se constata em seu processo de concretização, pela inclusão na esfera penal de valores considerados essenciais. Não pode o Direito Penal, como direito de garantia, abdicar do conteúdo e da função do bem jurídico e permitir que correntes doutrinárias que procurem esvaziar este instituto tomem forma e ocupem um espaço de destaque dentro deste ramo do direito³⁶⁰.

Cunha sustenta que dentro do pensamento neokantiano existiram correntes, como a de Mezger, que ampliaram a compreensão da *ratio legis*, passando a vislumbrar um conjunto de

³⁵⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Supra-individual – interesses difusos*. Editora Revista dos Tribunais, 2003 (Ciências do Direito Penal Contemporânea, volume 3). p. 47.

³⁵⁵ NATSCHERADETS, Karl Prehaz. *O Direito Penal Sexual*. Coimbra – Portugal: Almedina, 1985. p. 122.

³⁵⁶ NATSCHERADETS, Karl Prehaz. *O Direito Penal Sexual*. Coimbra – Portugal: Almedina, 1985. p. 122.

³⁵⁷ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime*. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto. Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 68

³⁵⁸ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime*. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto. Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 68.

³⁵⁹ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime*. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto. Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 68.

³⁶⁰ COELHO, Yuri Carneiro. *Bem jurídico-penal*. Mandamentos, Belo Horizonte, 2003, p. 58

motivos e fins que norteiam a criação da norma penal, já que o bem jurídico representa a essência de todos os elementos que interferem na construção do tipo penal. Com esse entendimento, transforma-se o bem jurídico em um conceito absolutamente supérfluo, desprovido de capacidade dogmática ou crítica³⁶¹.

O conceito de delito se transforma para ser compreendido como uma lesão à norma ou violação de um dever. O que importa não é o bem jurídico, que está na essência da norma, senão a vigência formal da própria norma. O núcleo do delito se afasta do conceito de bem jurídico e passa a ser constituído pela violação de um dever, ou pelo desvalor de uma intenção interior, pelo rompimento da fidelidade do sujeito ou, ainda, pela violação de um valor cultural³⁶².

É só depois dos anos 1960, como lembra Gomes, que o debate sobre o bem jurídico se revitaliza, ganhando novo interesse entre os estudiosos do Direito Penal, especialmente para contrapor uma reação à visão sobremaneira conservadora e moralizante³⁶³. Entretanto, a mais destacada pretensão de reintroduzir o conceito de bem jurídico na dogmática penal ocorreu nos anos 1970, pela concepção constitucionalista, merecendo destaque também as teorias de caráter sociológico.

2.4.1.5 Teorias contemporâneas sobre o bem jurídico

Encontrar um fundamento para o bem jurídico, que sirva como base, suporte para o Direito Penal dentro do Estado Democrático de Direito, leva-nos a procurar não apenas seus fundamentos históricos, como a acompanhar as suas principais tendências contemporâneas.

Sobre este tema, Greco e Rassi argumentam que a doutrina tem procurado ajuda na construção evolutiva da dogmática do bem jurídico. Essa evolução é apresentada a partir de uma divisão em duas vertentes teóricas principais: a tradicional e a contemporânea³⁶⁴. A teoria denominada tradicional incorpora os esforços iniciais no sentido do Direito Penal se apoiar em bases mais concretas, do ponto de vista do receptor da norma, diminuindo o espaço de

³⁶¹ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime*. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto. Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 68-69.

³⁶² COELHO, Yuri Carneiro. *Bem jurídico-penal*. Mandamentos, Belo Horizonte, 2003. p. 69.

³⁶³ GOMES, Luiz Flávio. *Norma e Bem Jurídico no Direito Penal*. Editora Revista dos Tribunais, Série As Ciências Criminais no Século XXI, 2002. p. 81

³⁶⁴ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p 38.

arbitrariedade na aplicação do direito³⁶⁵. Dessa ideia tradicional, houve um aperfeiçoamento pelos teóricos contemporâneos, que passaram a construir uma abordagem na qual, em alguns momentos, predomina a análise sociológica, e em outros, constitucionalista.

Portanto, neste atual contexto, conforme explicita Prado, o perpassar evolutivo da noção de bem jurídico continua com grande número de contribuições das mais variadas facetas e caracteres, até o aparecimento das concepções modernas, estas que podem ser subdivididas em dois ramos, “principalmente as sociológicas (funcionalistas sistêmicas e internacionalistas simbólicas) e as constitucionais”³⁶⁶.

As teorias sociológicas e as constitucionalistas procuram fornecer instrumentos para determinação do conteúdo material do bem jurídico, destacando os aspectos de natureza sociológica ou traçando seus contornos a partir dos princípios e valores contidos na Constituição. Dentro dessas correntes, existem subdivisões quanto à formulação e abrangência de seus conceitos³⁶⁷. Procurar-se-á traçar, assim, um panorama dessas teorias, buscando as referências necessárias para delimitação do conteúdo material do bem jurídico.

2.4.1.5.1 Teorias sociológicas sobre o bem jurídico

As teorias sociológicas do bem jurídico situaram-no diretamente na realidade social, ressaltando a necessidade de uma vinculação maior do Direito Penal às demais ciências sociais. Estas teorias se desenvolveram e ganharam prestígio, sobretudo, na Alemanha, conforme assevera Prado³⁶⁸.

Existem, fundamentalmente, duas subdivisões na teoria sociológica, segundo Delgado: a teoria social e a teoria do conflito. A primeira constitui-se numa perspectiva proveniente das obras de Luhmann, Durkheim e Merton, e a segunda das teorias desenvolvidas pelos norte-americanos

³⁶⁵ Os autores mais influentes desta vertente teórica, fundadores de toda a tradição do pensamento acerca do bem jurídico, são Anselm von Feuerbach, Binding, Birnbaum e von Liszt, cujas concepções do bem jurídico já foram explícitas nos subitens anteriores.

³⁶⁶ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 5ª Ed. Rio de Janeiro – RJ – Brasil: Revista dos Tribunais, ano 2011. p. 39.

³⁶⁷ COELHO, Yuri Carneiro. *Bem jurídico-penal*. Mandamentos, Belo Horizonte, 2003, p. 63.

³⁶⁸ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 5.ed. Rio de Janeiro – RJ – Brasil: Revista dos Tribunais, ano 2011. p. 62.

Coser e Simmel, além de Dahrendorf e Turk.³⁶⁹ Apesar da falta de consenso nominativo, adotar-se-á, nesta tese, a divisão das teorias sociológicas do bem jurídico em teorias funcionalista-sistêmicas e em teoria do conflito.

No âmbito social, as teorias do funcionalismo sistêmico, nas palavras de Coelho, nascem das formulações teóricas de Parson e Luhmann, que descrevem o sistema social enquanto um sistema que agrega funções para sua auto-sobrevivência. Ocorrendo o fenômeno da disfuncionalidade, surge a imperiosa necessidade de se corrigir a conduta disfuncional e reorientá-la para uma condição de funcionalidade sistêmica. A forma mais grave de disfuncionalidade é aquela que implica na prática de uma conduta típica para o Direito Penal³⁷⁰.

Tavares, ao explicar a teoria funcionalista de Parson, sustenta que este concebia “a norma jurídica como instrumento de estabilização social e, conseqüentemente, da confiança na legitimidade do poder constituído, através do controle da lealdade à ordem estabelecida, de bem-estar, do mercado de trabalho e do consumo”³⁷¹. De acordo com o precitado autor, Parson afirma também que “o injusto representaria uma forma de oposição ao controle social institucionalizado, quer dizer, uma disfuncionalidade do sistema”³⁷².

Outrossim, Tavares explicita que Luhmann diferencia-se de Parson porque este não trabalha com métodos empíricos, concebendo o direito como subsistema do sistema social global, com capacidade operativa de autorreprodução, dentro do que denomina de teoria do sistema fechado de comunicações operativas³⁷³.

A teoria dos sistemas, de Luhman, é oriunda do campo sociológico propriamente dito³⁷⁴ e se mostra importantíssima para o estudo do Direito Penal Sexual, principalmente quando o seu fundamento repousa na sociologia da sexualidade, depois que estudiosos do direito se apropriaram da construção dessa ideia como forma de reagir ao exagerado formalismo do positivismo jurídico. No direito, a teoria dos sistemas é, sobretudo, utilizada pelos autores que argumentam que o sistema jurídico é um sistema aberto, sensível às influências do meio onde atua, com respostas sociais mais rápidas e efetivas.

³⁶⁹ DELGADO, Juana Del Carpio. *El delito de branqueo de bienes em el nuevo Código Penal*. Valencia: Tirant to Blanc. 1997. p. 40-41.

³⁷⁰ COELHO, Yuri Carneiro. *Bem jurídico-penal. Mandamentos*. Belo Horizonte, 2003. p. 65.

³⁷¹ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 68.

³⁷² TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 68

³⁷³ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 68 -69.

³⁷⁴ Dentre as muitas teorias de sistemas, dotadas de bases estruturalistas voltadas à organização dentro de um processo de informação, tal como a teoria funcionalista de Talcott Parsons, merece destaque a teoria funcional estruturalista de Luhman, em razão da sua influência em concepções atuais acerca da função do Direito Penal e do conteúdo material do delito.

Para desenvolver sua teoria, Luhman identificou quatro tipos de sistemas, correspondente às máquinas, aos seres vivos, aos indivíduos (sistema psíquico) e a sociedade (sistemas sociais). Observando os dois últimos sistemas, o autor aponta uma unidade de sentido a distingui-lo dos demais, seja vinculado ao pensamento, no primeiro caso, seja à comunicação, no segundo. Desta perspectiva funcional, concebe-se a sociedade como um sistema autorreferente e autopoietico, que se integra por expressões de comunicações e sentido. A esse sistema geral existem múltiplos subsistemas integrados, como o direito, a economia, a religião, a política, que se inter-relacionam, todavia, preservando as respectivas funções específicas³⁷⁵.

Greco e Rassi observam que Luhman não defende que o Direito Penal tem de receber influências externas, este fato é apenas constatado. O direito reage às outras esferas de atuação social, como a política, a economia, as demandas sociais, seguindo a lógica do direito. Ao existir uma crise econômica, o direito reage alimentando os mecanismos administrativos de fiscalização dos impostos. Por sua vez, a economia reage a essas novas normas com a racionalidade da economia, através de valorização da empresa e formas para minorar a obrigação de pagar mais impostos³⁷⁶.

Para o seu criador, os sistemas não são absolutamente abertos³⁷⁷, nem absolutamente fechados, mas reagem às demandas de outros sistemas. Parte do sistema reage à economia, sociedade etc, mas existe outra parte que não reage a nada, pois são assuntos exclusivos do direito. Acrescenta que é impossível para qualquer sistema existir isolado, por isso, argumenta que cada

³⁷⁵ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier, janeiro de 2014. p. 285.

³⁷⁶ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 26.

³⁷⁷ Como afirma Câmara “importa singularizar que Luhman inicialmente concebera os sistemas como estruturas abertas relativamente ao ambiente externo. Contudo, essa sua primeira caracterização (sistêmica) da sociedade passará por uma sensível mudança de enfoque, quíça, uma paradigmática modificação quando este autor decide-se, sob influências da teoria da autopoiese – teoria que perspectiva os sistemas vivos como sistemas cognitivos, e que vê o fenômeno interpretativo como chave central de todos os fenômenos cognitivos naturais, a realizar uma fundamental alteração em seus esquema conceitual inaugural (...) sintetizando ao extremo: a teoria de Luhman, ao descrever a realidade social a ser regulada como autêntica entidade funcional, apresenta-se livre de elementos ideológicos, axiológicos, ou até ontológicos, já que possui um escopo nitidamente simplificador, orientado à redução da complexidade. Mas o direito, mormente o direito penal, parte integrante da realidade social, melhor ainda, um dos seus mais relevantes subsistemas, não se pode conceber completamente livre de ontologia e de axiologia, e não raro também sofre forte influxos de ordem nitidamente ideológica”. CÂMARA, Guilherme Costa. *O direito penal do ambiente e a tutela de gerações futuras: contributo ao debate sobre o delito cumulativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 243-345.

sistema reage aos outros, mas renovando-se internamente conforme os estímulos externos recebidos (o que chama de autopoieses³⁷⁸).

Para Luhman o direito seleciona e estabiliza as expectativas normativas, garantindo sua manutenção para os futuros contatos. A função do direito será a de estabilizar essas normatividades das expectativas, reduzindo a complexidade das relações sociais. Assim, o dever penal encontra seu fundamento exclusivamente normativo-jurídico³⁷⁹.

Ao analisar a concepção teórica de Luhman, Bechara afirma que os sujeitos não desaparecem para deixar seu lugar ao autodesenvolvimento dos sistemas, pois “na realidade cada sistema será o sujeito de si mesmo e para si mesmo. O que esvanece é a ideia de sujeito individual como centro de todo o sistema”³⁸⁰.

Argumenta o precitado autor, em seguida, que a sociedade e seus subsistemas não se compõem de indivíduos, mas sim de comunicações. Assim, nem tudo que pertence ao indivíduo (como entidade biológica ou psicológica), pertence também ao sistema social. “Isso não significa que a sociedade poderia existir mesmo que não existissem indivíduos, esses são seus pressupostos necessários”³⁸¹. Portanto, os indivíduos não formam parte dos sistemas sociais, senão do seu meio. Apesar de nenhum indivíduo pertencer por completo, como identidade total, a um sistema, não significa a ausência de importância do homem para a sociedade, já que os sistemas não existem no vazio³⁸².

Amelung foi um dos principais pensadores do funcionalismo sistêmico no Direito Penal, tendo destacado na sua teoria o aspecto da danosidade social³⁸³ como consequência da

³⁷⁸ Para Bechara o conceito de ‘autopoieses’ do sistema social provém do campo da biologia e é incorporado por Luhman à teoria dos sistemas sociais a fim de identificar sua capacidade e idoneidade para configurar as respectivas estruturas e criar seus próprios elementos integrantes. Autopoiese significa, portanto, autocriação e autorreprodução, permitindo ao sistema social dotar-se de uma estrutura própria e, assim, de um juízo de auto-suficiência. Sob tal enfoque, logicamente o direito constitui também um sistema ‘autopoietico’, pois, ainda que não seja imune às informações exteriores do meio ambiente ou de outros setores sistêmicos (daí o seu caráter operacional aberto), cria-se e recria-se com critérios exclusivamente jurídicos. Desse modo, embora o processo de elaboração das normas se inicie fora do direito, estas apenas adquirem o status de normas jurídicas após a seleção realizada pelo sistema jurídico. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier, janeiro de 2014. p. 286.

³⁷⁹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier, janeiro de 2014. p. 288.

³⁸⁰ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier, janeiro de 2014. p. 288.

³⁸¹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier, janeiro de 2014. p. 289.

³⁸² BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier, janeiro de 2014. p. 289.

³⁸³ “Amelung propõe a substituição do conceito de bem jurídico pelo de danosidade social, razão pela qual se concebe que o direito não é tanto um fato que lesiona ou põe em perigo um bem, senão um comportamento socialmente danoso. A doutrina de Amelung é criticável porque coloca o conceito de delito no centro das O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

disfuncionalidade sistêmica³⁸⁴. Segundo Costa Andrade, para Amelung, o Direito Penal deveria estar aberto a uma teoria da sociedade, de caráter racional e transistemático, afastando-se da teoria baseada na lesão ou no perigo de lesão a um bem jurídico, que beneficiaria um Direito Penal de caráter irracional e sem controle de caráter sociológico³⁸⁵.

Segundo Prado, “Amelung entende ser a noção de bem jurídico válida como teoria sistêmica e critério de danosidade social”³⁸⁶. Ao compreender o bem jurídico como critério de danosidade social e como elemento integrante de uma teoria sistêmica, sem relevância ou destaque, Amelung afasta deste conceito a característica de categoria dogmática independente, determinando que, para aferição do caráter disfuncional de uma conduta no âmbito penal, seria necessário apenas averiguar-se sua danosidade social³⁸⁷.

teorias sistêmicas (Durkheim, Parsons e Luhmann), caracterizando-lhe como uma disfuncionalidade. Essa orientação ‘sistêmica’, ademais, causou uma profunda crise no conceito de bem jurídico, em virtude de sua grande capacidade de adaptação a qualquer modelo econômico ou político ou ideológico. O funcionalismo acrítico deve ser rejeitado precisamente porque aceita a ordem jurídica dada sem entrar em considerações valorativas do seu conteúdo”. COELHO, Yuri Carneiro. *Bem jurídico-penal*. Mandamentos, Belo Horizonte, 2003, p. 69.

³⁸⁴ “Privilegia Amelung a teoria do sistema social nas versões de Persons e Luhmann. Nesta linha, começa por definir a sociedade como um ‘sistema de interações’, que, ‘a si mesmo se mantém e que transcende a duração temporal da vida do indivíduo, se completa através da reprodução biológica e assume o encargo da socialização das novas gerações’. É essa representação da sociedade, em termos sistêmicos-funcionalistas, que permite a Amelung identificar em moldes pré-jurídicos as perturbações das condições da convivência humana. Isto é, lhe permite definir a categoria de danosidade social de que o crime constituirá apenas uma forma particular de revelação. ‘Socialmente danoso é, neste sentido, uma manifestação de disfuncionalidade, um fenómeno social que impede ou dificulta a superação pelo sistema social dos problemas da sua sobrevivência e manutenção. Tais fenómenos sociais podem revestir as formas mais diversificadas (...). O crime é apenas uma forma especial dos fenómenos disfuncionais e, em geral, raramente o mais perigoso. O crime é disfuncional enquanto violação de uma norma institucionalizada (deviance), indispensável para a solução dos problemas de subsistência da sociedade (...). O seu perigo reside fundamentalmente no facto de impedir a solução dos problemas do sistema, já que põe em questão a vigência de normas que podem contribuir de alguma forma para essa tarefa. A função do direito penal, como mecanismo de controle social é, assim, a de contrariar o crime”. COSTA ANDRADE, Manuel. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Coimbra Editora. Portugal. 2004. p. 97.

³⁸⁵ COSTA ANDRADE, Manuel. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Coimbra Editora. Portugal. 2004. p. 96.

³⁸⁶ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 5ª ed. Rio de Janeiro – RJ – Brasil: Revista dos Tribunais, ano 2011. p. 39

³⁸⁷ COELHO, Yuri Carneiro. *Bem jurídico-penal*. Mandamentos, Belo Horizonte, 2003, p. 67

O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

A teoria do funcionalismo-sistêmico de Amelung não trata da pessoa humana como centro das atenções do Direito Penal, priorizando a pretensa racionalidade do sistema de conflitos e regulação de conduta disfuncionais.³⁸⁸ Segundo Cunha, essa teoria não possui capacidade “ela própria, de proteger a pessoa humana contra a instrumentalização; o fato de encarar a pessoa como um meio, funcionalizada em ordem ao sistema social”³⁸⁹. E acrescenta que “será sempre necessário recorrer a uma outra instância, limitadora, para se evitar esse grave perigo”³⁹⁰.

No âmbito da teoria de Amelung é importante observar a sua relação com o Estado Democrático de Direito. Neste sentido, Coelho argumenta que “à medida que se constrói um arcabouço teórico voltado para a legitimação e constante reprodução de um sistema social³⁹¹ em que o delito é visto como mera disfuncionalidade”³⁹², cabendo ao legislador, levando em consideração as escolhas políticas “determinar o que fosse considerado socialmente danoso, teoricamente, essa formulação pode servir de legitimação tanto de um regime de natureza totalitária quanto democrática”³⁹³.

De fato, o conceito de danosidade social não apresenta meios claros e seguros de efetivamente limitar a atividade do Estado no processo de criminalização de condutas. Por tal razão, Costa Andrade, inclusive, afirmou que o precitado autor criou uma verdadeira “teoria da danosidade social”³⁹⁴, fomentando, com isso, o distanciamento da noção de bem jurídico.

Assim, não possui sentido dogmático o conceito de danosidade social, chegando Cunha a sustentar que “do facto danoso dá-nos apenas definição – facto disfuncional. Dependendo este do modo de organização da sociedade (o qual também não está imune a opções valorativas) e dos

³⁸⁸ COELHO, Yuri Carneiro. *Bem jurídico-penal*. Mandamentos, Belo Horizonte, 2003, p. 68.

³⁸⁹ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime*. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto. Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 93

³⁹⁰ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime*. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto. Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 93.

³⁹¹ O próprio Amelung admite que a teoria do sistema social não está apta a fornecer um conceito natural de danosidade social que defina aquilo que, em concreto, é prejudicial para a vida em comum em todas as sociedades passadas, presentes e futuras, vide COSTA ANDRADE, Manuel. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Coimbra Editora. Portugal. 2004. p. 98.

³⁹² COELHO, Yuri Carneiro. *Bem jurídico-penal*. Mandamentos. Belo Horizonte, 2003. p. 68

³⁹³ COELHO, Yuri Carneiro. *Bem jurídico-penal*. Mandamentos, Belo Horizonte, 2003. p. 68.

³⁹⁴ COSTA ANDRADE, Manuel. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Coimbra Editora. Portugal. 2004. p. 95.

valores que se pretenda preservar”³⁹⁵. Afirmar que “nada nos indica quanto a estes aspectos – quanto ao seu conteúdo ou quanto ao processo para o determinar”³⁹⁶.

O conceito de danosidade social, proposto por Amelung, não possui um conteúdo material que lhe forneça sentido. A fragilidade do conceito de danosidade social é evidente, por isso ele procura “como forma de lhe dar suporte dentro do sistema, abarcar o conceito de bem jurídico como elemento a definir o objeto que a norma protegeria, sendo, porém, que ele depositava no legislador essa função”³⁹⁷. Assim, ao conceito de danosidade social, caberia apenas “o papel de refletir sobre as condições funcionais da ordenação social como base de valoração para a determinação dos bens jurídicos”, conforme leciona Cunha³⁹⁸.

A doutrina de Amelung, segundo Gomes, é criticável porque coloca o conceito de delito no centro das teorias sistêmicas, restando evidenciada a característica da disfuncionalidade. Essa orientação ‘sistêmica’ ensejou profunda crise no conceito de bem jurídico, devido a sua grande capacidade de adaptação a qualquer modelo econômico, político ou ideológico. O funcionalismo acrítico deve ser afastado justamente porque aceita a ordem jurídica existente, sem entrar em considerações valorativas do seu conteúdo³⁹⁹.

Na esteira, ainda de Gomes, no campo funcionalista sistêmico, destaca-se a obra de Jakobs (que é o representante de maior relevância da teoria), “para quem a pena não repara bens, senão que confirma normas. O Direito Penal, para o renomado estudioso funcionalista sistêmico, não pode reagir a uma lesão ao bem jurídico, senão ao rompimento da norma. O Direito Penal protege a vigência das normas”⁴⁰⁰.

Segundo Gomes, Jakobs afirma também que “a pena tem função preventiva geral positiva, porque procura exercitar na norma, na fidelidade ao direito e na aceitação das consequências”⁴⁰¹.

³⁹⁵ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime*. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto. Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 96.

³⁹⁶ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime*. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto. Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 96.

³⁹⁷ COELHO, Yuri Carneiro. *Bem jurídico-penal*. Mandamentos, Belo Horizonte, 2003, p. 69.

³⁹⁸ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime*. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto. Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 96.

³⁹⁹ GOMES, Luiz Flávio. *Norma e Bem Jurídico no Direito Penal*. Editora Revista dos Tribunais. Série As Ciências Criminais no Século XXI, 2002. p. 83.

⁴⁰⁰ GOMES, Luiz Flávio. *Norma e Bem Jurídico no Direito Penal*. Editora Revista dos Tribunais. Série As Ciências Criminais no Século XXI, 2002. p. 83.

⁴⁰¹ GOMES, Luiz Flávio. *Norma e Bem Jurídico no Direito Penal*. Editora Revista dos Tribunais, Série As Ciências Criminais no Século XXI, 2002. p. 83.

Destaca ainda que “o delito, por conseguinte, passa a ser concebido como fato antinormativo (não necessariamente antijurídico, sobretudo em seu sentido material)”⁴⁰².

Para o normativismo de Jakobs, o crime é uma quebra das expectativas sociais. Ele entende que a função do Direito Penal é reafirmar a vigência da norma, sem a finalidade de proteção de bens jurídicos. No campo da legitimidade social do Direito Penal, “Jakobs aponta que a reafirmação da norma pelo Direito Penal determinaria a manutenção da configuração social, posta em cheque caso as expectativas sociais fossem quebradas”⁴⁰³.

Percebe-se que o autor se contrapõe à posição tradicional da doutrina de que a função do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos. De acordo com Greco, o bem jurídico por excelência, “seria a proteção das expectativas sociais da decepção determinada pelo desrespeito da norma. Jakobs aceita a existência de um Direito Penal harmonizado com a sociedade e sua evolução, não devendo estar atrelado a formas rígidas”⁴⁰⁴. “Isto por afirmar que o Direito Penal não procura evitar a lesão do bem jurídico e sim a realização de um determinado comportamento que desrespeita uma norma de direito”⁴⁰⁵.

De acordo com Zeidan, Jakobs, com a intenção de uma nova fundamentação da dogmática jurídico penal e do sistema, fundamenta-se na missão de prevenção geral sob uma perspectiva sociológica-funcionalista. Para esse modelo radical, a prática de um delito se estima socialmente disfuncional, não porque coloque em perigo ou lesione determinado bem jurídico, mas porque questiona a confiança institucional do sistema. Vale ressaltar que para a teoria sistêmica o Direito Penal não se limita a proteger bens jurídicos, mas funções. E a pena cumpre uma função integradora, ou seja, é imposta com finalidade de fomentar os mecanismos de integração e de ‘solidariedade social’ em face do infrator, devolvendo ao cidadão honesto sua ‘confiança’ no sistema⁴⁰⁶.

A proposta funcionalista de Jakobs⁴⁰⁷, de acordo com Costa Andrade, tem como “objetivo a proteção da norma, que se constitui num fim em si mesma, e isso favorece uma política criminal

⁴⁰² GOMES, Luiz Flávio. *Norma e Bem Jurídico no Direito Penal*. Editora Revista dos Tribunais, Série As Ciências Criminais no Século XXI, 2002. p. 84.

⁴⁰³ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 52

⁴⁰⁴ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 52.

⁴⁰⁵ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 52.

⁴⁰⁶ ZEIDAN, Rogério. *Direito Penal contemporâneo: fundamentos críticos das ciências penais*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 133-4

⁴⁰⁷ Costa Andrade ao analisar o pensamento de Jakobs sustenta que ele, rejeitando as teorias absolutas, “considera que o direito penal e a pena só têm sentido do ponto de vista da manutenção da ordenação social O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

antidemocrática, opressora do cidadão e meramente garantidora da potestade punitiva”⁴⁰⁸. Por outro lado, e ao observar a concepção funcional sistêmica em análise, Bechara argumenta que a norma é vigente quando determina o conteúdo de possíveis comunicações, isto é, quando a expectativa dirigida a uma pessoa é estável, sendo indiferente a verificação da produção de efeitos concretos pelo dispositivo legal⁴⁰⁹. Assim, Jakobs situa a pena e o Direito Penal num contexto teleológico, a partir do qual se reconhece como única tarefa a prevenção geral positiva por meio do exercício de reconhecimento da norma.

Na lição de Delgado a teoria do funcionalismo sistêmico alude que o fundamento de incriminação de determinadas condutas, e portanto do delito, “não é o dano social que se produz no modelo socialmente estruturado, mas que o autor do mesmo não cumpre as regras estabelecidas pelo ordenamento jurídico”⁴¹⁰. Afirma ainda “que os bens jurídicos estão constituídos como as condições de existência da vida social”⁴¹¹.

A teoria do funcionalismo sistêmico confunde a realidade fática com a realidade normativa, sem estabelecer distinções, levando Coelho a argumentar que a teoria chega a envolver o ser, o social, as condições essenciais para a sobrevivência do sistema em sua compreensão, com o dever ser e contestando categorias sobremaneira fundamentais ao Direito Penal, como o bem jurídico,

e como contributo para o seu funcionamento sem perturbações. Também para Jakobs só a donosidade pode constituir fundamento bastante para a legitimação da punibilidade. Decisivo, acentua o autor, é que a punibilidade não possa reportar-se ao que em si é contrário a valores; mas apenas à danosidade social. Só que acrescenta, não é possível determinar com rigor os contornos do socialmente danoso. Mesmo a invocação da fórmula segundo a qual só poderão ser protegidas pelo direito penal, as condições de existência da sociedade, pouco poderá contribuir para o efeito. Isto porquanto não é possível referenciar nenhuma fronteira segura do social, nem as condições de subsistência da sociedade podem pensar-se em termos de *numerus clausus*. A danosidade social acaba, pois, por constituir apenas o referente da intencionalidade última da construção de Jakobs, não assumindo qualquer relevância dogmática autônoma. Pelo contrário, são as normas – consideradas apenas na sua vigência e validade formais, e abstraindo do seu conteúdo – que aparecem no primeiro plano. São, aliás, as normas que, significativamente o autor define como os verdadeiros bens jurídico-penais”. COSTA ANDRADE, Manuel. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Coimbra Editora. Portugal. 2004.

⁴⁰⁸ ZEIDAN, Rogério. *Direito Penal contemporâneo: fundamentos críticos das ciências penais*. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 134.

⁴⁰⁹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier, janeiro de 2014. p. 213-291.

⁴¹⁰ DELGADO, Juana Del Carpio. *El delito de blanqueo de bienes em el nuevo Código Penal*. Valencia: Tirant to Blanch, 1999. p. 40.

⁴¹¹ DELGADO, Juana Del Carpio. *El delito de blanqueo de bienes em el nuevo Código Penal*. Valencia: Tirant to Blanch, 1997. p. 40.

que não é tratado como elemento de limitação do poder de punir do Estado e alicerce do referido ramo do direito dentro do Estado Democrático de Direito⁴¹².

Ao contrário das percepções funcionalistas sistêmicas, a segunda subdivisão da teoria sociológica do bem jurídico, isto é, a teoria do conflito, adota uma postura voltada para a compreensão dos conflitos sociais como elementos inerentes a uma sociedade de classes, que se estrutura, fundamentalmente, nas diferenças asseguradas pelos modelos socioeconômicos. Pode-se apontar como principais expoentes dessa vertente Ralf Dahrendorf, Lewis, A. Coser, George Simmel, Georg. D. Vold e Austin T. Turk.

Esta percepção teórica se sustenta na afirmação de que o Direito Penal é um subsistema essencial para o controle e manutenção das estruturas socioeconômicas de uma determinada sociedade, com a existência de classes e estruturada sob os pilares da divisão econômica e política.

Neste âmbito, Delgado argumenta que a “ideia que subsiste nesta postura é que o modelo econômico é essencial em uma sociedade estruturada, baseada na divisão de duas classes sociais: uma dominante e outra dominada”⁴¹³. Passando em seguida a explicar que esse domínio não “é fundado nas esferas tradicionais das relações de propriedade, da produção e da distribuição, mais bem em outra esfera: a política”⁴¹⁴. Afirma que quem ostenta o poder nesta esfera se encarrega de “implantar a ordem social que mais beneficie ou mais venha a convergir com seus interesses de classe, fazendo uso para isso do poder punitivo”⁴¹⁵.

A ordem social passa a ter como principal elemento de controle social o Direito Penal, através da política criminal exercida pelos grupos dominantes. “As teorias do conflito pressupõem a existência na sociedade de uma pluralidade de grupos e subgrupos⁴¹⁶ que, eventualmente, apresentam discrepância em sua pauta legislativa”⁴¹⁷.

Essas discrepâncias refletem as diferenças culturais que a desigualdade econômica acarreta. Para a defesa das classes sociais dominantes seria utilizado, caso necessário, o Direito Penal, que não seria compreendido nestas sociedades, como elementos de *ultima ratio*⁴¹⁸. O direito segundo

⁴¹² COELHO, Yuri Carneiro. *Bem jurídico-penal*. Mandamentos, Belo Horizonte, 2003, p. 71.

⁴¹³ DELGADO, Juana Del Carpio. *El delito de blanqueo de bienes em el nuevo Código Penal*. Valencia: Tirant to Blanch, 1997. p. 41.

⁴¹⁴ DELGADO, Juana Del Carpio. *El delito de blanqueo de bienes em el nuevo Código Penal*. Valencia: Tirant to Blanch, 1997. p. 41.

⁴¹⁵ DELGADO, Juana Del Carpio. *El delito de blanqueo de bienes em el nuevo Código Penal*. Valencia: Tirant to Blanch, 1997. p. 41.

⁴¹⁶ Diferentemente das teorias estrutural – funcionalista, ‘anômicas’ de tipo liberal, que partem, como pressuposto lógico, de uma sociedade monolítica cujos valores são produtos de um amplo consenso.

⁴¹⁷ MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de. *Criminologia*. Uma introdução a seus fundamentos teóricos. Trad. e notas por Luiz Flávio Gomes. São Paulo. RT, 1992. p. 212.

⁴¹⁸ COELHO, Yuri Carneiro. *Bem jurídico-penal*. Mandamentos, Belo Horizonte, 2003, p. 72.

pensamento de Molina “representa valores e interesses das classes ou setores sociais dominantes, não os gerais da sociedade, aplicando a justiça penal as leis de acordo com referidos interesses”⁴¹⁹.

Possui a teoria do conflito o mérito de identificar que os conflitos sociais existentes na estrutura social, levariam os grupos politicamente dominantes a utilizar a política de controle social, e, particularmente o Direito Penal para criminalizar condutas. Segundo Coelho, entretanto, ela incorreu no equívoco de não verificar que, “em um Estado Democrático de Direito, podem existir mecanismos possíveis para a limitação deste poder criminalizador, quando se tem como parâmetro de referência uma Constituição de natureza democrática.”⁴²⁰ Assim, a teoria sociológica do conflito se aceita na sua plenitude, levaria a total impossibilidade de existirem limites ao poder de punir do Estado, sendo, destarte, o bem jurídico relegado a um papel de sistematização dos tipos penais.

Apresentadas, de maneira propedêutica, as duas principais correntes sociológicas concernentes à teoria do bem jurídico⁴²¹, isto é, as teorias do funcionalismo sistêmico e a teoria do conflito, há de se concordar, em harmonia com Roxin, que “não se conseguiu precisar o conceito de ‘bem jurídico’ de modo que permitisse oferecer uma delimitação juridicamente fundada e satisfatória para o seu conceito”⁴²².

Assim, outras concepções teóricas têm sido utilizadas, enriquecendo a noção do conceito de bem jurídico para o Direito Penal a partir de um matiz sociológico. Passemos, desse modo, a compreensão da teoria da sociedade de risco e a teoria do funcionalismo teleológico.

⁴¹⁹ MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de. *Criminologia*. Uma introdução a seus fundamentos teóricos. Trad. e notas por Luiz Flávio Gomes. São Paulo. RT, 1992. p. 213

⁴²⁰ COELHO, Yuri Carneiro. *Bem jurídico-penal*. Mandamentos, Belo Horizonte, 2003, p. 74.

⁴²¹ “Uma terceira corrente também de orientação sociológica se deve a Calliess, que sustenta que as sanções penais não possuem, em primeiro lugar, a função de privação de bens, senão a de estabelecer as oportunidades de participação. Mir Puig, na mesma linha de Calliess, conclui que o conceito capaz de limitar o Estado está no terreno social. Bens jurídicos, assim, são as condições necessárias de um correto funcionamento dos sistemas sociais e sempre que tais condições se traduzam em concretas possibilidades de participação do indivíduo nos processos de interação social”. GOMES, Luiz Flávio. *Norma e Bem Jurídico no Direito Penal*. Editora Revista dos Tribunais, Série As Ciências Criminais no Século XXI, 2002. p. 83.

⁴²² ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. Tomo I. La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Lozon Penã y Garcia Conlledo e Remensal. Madrid: Civitas, 2008. p. 54.

2.4.1.5.1. Teoria da sociedade de risco

Ulrich Beck aparece como principal pensador da sociedade de risco. A sociedade de risco é conceituada, de acordo com Bechara, como sendo o estágio da modernidade em que começam a tomar corpo as ameaças produzidas até então no caminho da sociedade industrial, levando à necessidade de redefinição dos padrões de controle formal e de responsabilidade⁴²³. De acordo com a precitada autora, tais ameaças não apenas escapam à percepção sensorial, como também não podem ser determinadas pela ciência.

Consigne-se, ainda, que em consequência do desenvolvimento científico, tecnológico, industrial e econômico, realiza-se na atualidade uma pluralidade de atividades aptas a originar múltiplos novos riscos. Tais riscos são geralmente tidos como consequência ou efeito secundário não desejados, em relação aos quais, em princípio, não se pode afirmar que sejam naturais, na medida em que são decorrentes de decisões e atividades relativas à tecnologia humana. É nestes termos que Bechara afirma estar caracterizada a sociedade de risco, diferenciando-se da sociedade de épocas anteriores pela existência de riscos artificiais, aptos a atingir grande dimensões e alcançar um número indeterminado de pessoas.

Neste raciocínio há um ciclo de criação e renovação dos riscos pelo homem. Pode-se apontar como forma de tratar esse pensamento, o seguinte exemplo: identificado um aumento no número de roubos, aumenta-se as iniciativas privadas de segurança (seguranças particulares, carros blindados, câmeras de segurança etc.), e essas iniciativas quando se tornam muito aparentes, indicam que o risco de roubo é muito maior do que realmente é⁴²⁴.

Para Bauman, nesta mesma esteira de pensamento, existem os medos sociais que são consequência do aumento dos riscos. Na sociedade pós-moderna existe a presença de um medo generalizado que aumenta, inevitavelmente, a sensação de insegurança. Nesse sentido, diz Bauman “medo sempre e em toda parte”⁴²⁵.

No mesmo caminho, o pensamento do sociólogo Giddens, para quem “a noção de risco se originou com a compreensão de que resultados inesperados podem ser uma consequência de nossas próprias atividades ou decisões”⁴²⁶. Acrescenta, em seguida que “risco substitui em grande parte

⁴²³ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier, janeiro de 2014. p. 209-210.

⁴²⁴ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 27.

⁴²⁵ BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 8.

⁴²⁶ GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Unesp, 1991. p. 38.

o que antes era pensado como fortuna (fortuna ou destino) e torna-se separado das cosmologias”⁴²⁷.

Esta percepção teórica ocupa lugar de destaque na discussão sobre o desenvolvimento intervencionista do Estado na esfera jurídico-penal, no modelo de sociedade pós-industrial comumente denominada ‘sociedade de risco’. Schünemann, entretanto, surge com o pensamento contrário à caracterização da sociedade atual como sociedade de risco, defendida por Beck, sustentando que os riscos hoje são menores do que os existentes no início da idade moderna.

Segundo o crítico, o aparecimento de grandes riscos industriais dataria já do século XIX. A sociedade atual representa uma sociedade de desperdício, porém o volume de colocação em perigo de recursos é muito inferior à sua destruição. Argumenta, ainda, que uma característica da sociedade contemporânea seria a substituição de contextos de ação individual por contextos coletivos, onde o contato interpessoal é substituído por uma forma de comportamento anonimizada e padronizada⁴²⁸.

Entretanto, deve-se ponderar que na questão da condição pós-moderna, inúmeras transformações afetaram todos os campos do saber, desde o direito até à própria ideia de saber científico, que passou a valorizar novos lugares do conhecer, desconstruindo conceitos. Sobre este aspecto, Figueiredo Dias concorda⁴²⁹ e afirma que “esta ideia suscita ao Direito Penal problemas novos, ao pôr em evidência uma transformação radical da sociedade em que vivemos e que seguramente se acentuará no futuro”⁴³⁰.

De fato, ao transportar os efeitos da sociedade de risco para o Direito Penal, ocorre, necessariamente o aumento no número de leis penais incriminadoras, com a criação de novos tipos penais, bem como o agravamento das penas cominadas. Neste sentido, argumentam Greco e Rassi,

⁴²⁷ GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Unesp, 1991. p. 38.

⁴²⁸ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier, janeiro de 2014. p. 210.

⁴²⁹ Este autor, ainda, explica que a pós-modernidade anuncia o fim de uma sociedade industrial em que os riscos para a existência, individual e comunitária, ou provinham de acontecimentos naturais (para tutela dos quais o direito penal é incompetente), ou derivavam de ações humanas próximas e definidas, para a contenção das quais era bastante a tutela dispensada a clássicos bens jurídicos como a vida, o corpo, a saúde, a propriedade, o patrimônio, em suma, o catálogo próprio de um direito penal liberal e extremamente antropocêntrico. Anuncia o fim desta sociedade e a sua substituição por uma sociedade exasperadamente tecnológica, massificada e global, onde a ação humana, as mais das vezes anônima, se revela suscetível de produzir riscos globais ou tendendo para tal, suscetíveis de serem produzidos em tempo e em lugar largamente distanciado da ação que os originou ou para ele contribuiu e de poderem ter como consequência, pura e simplesmente, a extinção da via. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: parte geral*. Tomo I. 2ª. Portugal: Coimbra Editora, 2012. p. 134.

⁴³⁰ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: parte geral*. Tomo I. 2ª. Portugal: Coimbra Editora, 2012. p. 134.

que “a sociedade de risco admite um Direito Penal mais fragmentado e menos sistemático, cada vez mais permeável às demandas sociais de proteção frente aos novos riscos”⁴³¹.

Para Silva Sánchez “a sociedade pós-industrial europeia é uma sociedade que expressa a crise do modelo do Estado do bem-estar, uma sociedade competitiva com bolsões de desemprego ou marginalidade – especialmente a juvenil”⁴³². Esse novo conjunto de valores conformadores da sociedade, continua o festejado autor, oriundos da sociedade de risco crescente, traz enormes dificuldades na conciliação do Direito Penal com o que se concebe, de cunho garantista e subsidiário, com a tutela das novas necessidades.

Na percepção da sociedade de risco, o Direito Penal se afasta cada vez mais do seu caráter fragmentário, assumindo a postura de um Direito Penal do risco, sobremaneira expansivo ao reconhecer novos bens jurídicos⁴³³. Assim, observa-se o “adiantamento das fronteiras do comportamento punível e a redução das exigências de imputação, caracterizando-se, inclusive, por pretender tipificar comportamentos que não são considerados previamente como socialmente inadequados”⁴³⁴.

⁴³¹ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 28

⁴³² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. A Expansão do Direito Penal – Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3ª edição. Tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha. In: *Direito e Ciências afins*. v. 6, Coordenação Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes, William Terra de Oliveira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 39.

⁴³³ Lembra Bechara que a legislação penal produzida na América Latina e de forma específica no Brasil, representa um capítulo negro na história do direito penal. Os agentes políticos, partindo do populismo anti-garantista, tem provocado um caos legislativo, longe de ser fundamentado por um autoritarismo ideológico – como o fascista ou nazista – ou conjuntural como os regimes militares, encontra origem em discursos de natureza moral. No Brasil, a partir da década de 80 do século passado, observa-se um fenômeno de inflação legislativa em matéria penal, aparentemente relacionados ao movimento de *Law and Order*. Na verdade, parece estar-se diante do uso da legislação penal para fins políticos ou demagógicos, que nada tem a ver com as finalidades protetivas, próprias do direito penal. A disfuncionalidade da eleição de referido modelo de intervenção penal irracional e autoritário, alternando com iniciativas liberais dirigidas a modalidades delitivas muito específicas, gera efeitos negativos à concepção sistêmica do direito penal, bem como a sua legitimidade e credibilidade social. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier. 2014. p. 214.

⁴³⁴ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier, janeiro de 2014. p. 213. O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

2.4.1.5.1.2 Teoria funcionalista teleológica

No final do século passado notava-se os esforços empreendidos no sentido de desenvolver um sistema jurídico funcional. Os adeptos deste pensamento concordam na recusa às premissas sistemáticas do finalismo e em partir da ideia de que a construção sistemático-jurídico-penal não deve se orientar segundo dados prévios ontológicos, mas ser exclusivamente guiada por finalidade jurídico-penal. O funcionalismo caracterizou-se por ser um movimento no sentido de superação do finalismo e complementação do direito neoclássico⁴³⁵.

Neste sentido, o funcionalismo que se pretende fazer referência, neste ponto, não é o da tradicional teoria do funcionalismo estrutural desenvolvida nas décadas de 1940 e 1950 por Parsons, na qual a origem das ideias funcionalistas nasce da observação de estudos etnológicos e social-antropológicos, e tem como objeto de investigação as estruturas sociais originais da sociedade nos sistemas sociais. Trata-se do funcionalismo⁴³⁶ que, segundo Roxin, tornou-se necessário pela oposição aos esforços naturalistas-causais, bem como aos finalistas, por sugerir uma concepção normativa, que orientasse o sistema jurídico, em pontos de vista valorativo das políticas criminais⁴³⁷.

A referência que se pretende fazer liga-se ao funcionalismo numa perspectiva contemporânea, na qual não se busca manter as estruturas sistêmico-sociais, pois isso significaria a estagnação social, com a perpetuação da exploração. Ao contrário, para a novel percepção, o funcionalismo só alcançará legitimidade no Direito Penal se, por meio de política criminal, exercer o poder punitivo para a proteção social, desautorizando qualquer forma de dominação intolerável.

Sobre o funcionalismo, importante destacar o teleológico-funcional-valorativo, moderado ou da Escola de Munique, de Roxin, considerado por muitos, o maior expoente. Em contrapartida a ele, o funcionalismo estratégico, também conhecido por funcionalismo radical ou funcionalismo da Escola de Bonn, que é representado por Jakobs.

Roxin elaborou o seu próprio sistema propondo, inicialmente, a superação da dualidade existente entre Direito Penal e política criminal, para integrá-la em um modelo único. E essa proposta implica modificar as categorias sistemáticas existentes. Com efeito, ele substitui a vaga

⁴³⁵ TAMBURUS, Carolina Sene. Apontamentos sobre o movimento do funcionalismo em direito penal. In: *Revista dos Acadêmicos de Direito UNESP*, Franca, 8/9, p.47/62, 2005/2006. p.47.

⁴³⁶ Desse modo, frise-se, não existe apenas uma concepção funcionalista, pois, distinguem-se basicamente duas orientações teleológica-funcionalistas: a moderna ou moderada, defendida por Roxin, e a radical representada pelo funcionalismo sociológico (teoria dos sistemas) de Gunther Jakobs, apresentada no subitem 2.1.5.1.

⁴³⁷ ROXIN, Claus. *Política criminal e Sistema jurídico penal*. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro. Renovar 2012.

orientação aos valores culturais por um critério de sistematização especificamente jurídico: as bases político-criminais da moderna teoria dos fins da pena. Outra inovação central do sistema teleológico, na forma defendida por Roxin, constitui a ampliação da culpabilidade à categoria de responsabilidade⁴³⁸.

O funcionalismo inaugurado por Roxin, ao propor a integração de elementos de política criminal ao Direito Penal, apresenta uma elogiável modernização, todavia, por vezes descuida-se dos riscos que as incorporações precipitadas das demandas sociais podem trazer ao seio do Direito Penal. Na verdade, constata-se exagerada flexibilização de garantias em benefício da funcionalização do Direito Penal, que deve ser observada com cautela por todos os autores envolvidos na criação e aplicação.

Não se pode negar a importância que representa para o Direito Penal novos elementos de interpretação ao direito, tomando-se a precaução de não se afastar por completo a própria função do Direito Penal, qual seja, a de preservar e delimitar as condutas indesejadas, como forma de prevenção das arbitrariedades na incriminação e aplicação das penas. No campo sexual existe a necessidade de se afastar a punição das meras imoralidades⁴³⁹.

Observa Câmara, ao analisar o pensamento de Roxin, que a influência da política criminal vem timbrada por uma racionalidade teológica-funcional, que encontra seu fundamento de validade nos princípios informadores do Estado de Direito. Como consequência, a luta contra a criminalidade deve travar-se sempre no marco de um Estado de Direito, reclamando, sempre uma solução justa para o problema concreto⁴⁴⁰.

O que caracteriza o sistema de Roxin, nas palavras de Greco, é a sua tonalidade político-criminal. “Já em 1970, dizia esse autor ser incompreensível que a dogmática penal continua a se ater ao dogma Liszteano, segundo o qual o Direito Penal é fronteira intransponível da política criminal”⁴⁴¹. Em seguida, sustenta Greco que a política criminal e Direito Penal deviam trabalhar

⁴³⁸ DEL NERO Glauter; MARTINS, Fernanda Rocha; Maurício, Milene. Breves Notas sobre o funcionalismo de ROXIN e a teoria da imputação objetiva. In: *Revistas Liberdades*. São Paulo, nº 11, p. 121-142, set./dez., 2012, p. 12.

⁴³⁹ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 31.

⁴⁴⁰ CÂMARA, Guilherme Costa. *O direito penal do ambiente e a tutela de gerações futuras: contributo ao debate sobre o delito cumulativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 241

⁴⁴¹ GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito: em comemoração aos trinta anos de política criminal e sistema jurídico penal de Roxin. In: *Revista Brasileira de Ciências criminais*. São Paulo. v. 8, nº 32, p.120-163, out./dez. 2000. p. 135

juntos, sendo esse muito mais a forma, através da qual as valorações político-criminais podem ser transferidas para o modo da vigência jurídica⁴⁴².

Logo, o trabalho dogmático é identificar que a valoração político-criminal subjaz a cada conceito da teoria do delito, e funcionaliza-lo, afirma também que no esboço de 1970, cabia ao tipo desempenhar a função de realizar “o princípio *nullum crimen sine lege*; à antijuridicidade, resolver conflitos sociais; e à culpabilidade (que ele chama de responsabilidade), dizer se um comportamento ilícito merece ou não ser apenado, por razões de prevenção geral ou especial”⁴⁴³.

Observa Greco e Rassi que a conjugação da teoria dos sistemas e da sociedade de risco, incorporada, ainda, pela racionalidade da dogmática jurídica, permitiram ao funcionalismo o substrato sociológico e teórico às suas contribuições ao Direito Penal⁴⁴⁴. De fato, ao partir do conceito de sistemas elaborado por Luhman, foi assimilada pelo pensamento jurídico a necessidade de interligação de diversos sistemas sociais.

Positiva foi essa mudança nas construções teóricas do Direito Penal, mais precisamente no tipo penal, refletindo uma abstração teórica, justificável de maneira exclusiva pelo seu sistema interno de coerência, típico do positivismo, e passa a ter uma atenção e um interesse maior, no instante da elaboração dos tipos penais, pelas influências externas que a determinaram. Por outro lado, a mudança reflete o seu lado negativo no momento em que considera o Direito Penal um sistema aberto, amplia em demasia as fontes determinantes de construção do tipo penal.

2.4.1.5.2 Teorias constitucionalistas do bem jurídico

Grande parte da doutrina contemporânea tem defendido a Constituição como o marco para que a teoria do bem jurídico venha a cumprir uma função crítica e limitadora do *jus puniendi*. Desse modo, as teorias constitucionais do bem jurídico apareceram como forma de impor critérios mais seguros de determinação dos bens jurídicos penalmente relevantes, encontrados diretamente nos

⁴⁴² GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito: em comemoração aos trinta anos de política criminal e sistema jurídico penal de Roxin. In: *Revista Brasileira de Ciências criminais*. São Paulo. v. 8, nº 32, p.120-163, out./dez. 2000. p. 135

⁴⁴³ GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito: em comemoração aos trinta anos de política criminal e sistema jurídico penal de Roxin. In: *Revista Brasileira de Ciências criminais*. São Paulo. v. 8, nº 32, p.120-163, out./dez. 2000. p. 135

⁴⁴⁴ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 50

valores constitucionais. Estes critérios passaram a servir como meio para orientar, limitar o legislador ordinário na criação de leis penais, proporcionado uma base real de legitimação⁴⁴⁵.

Segundo Gomes, no trato dessa matéria parece existir um relativo consenso em relação as ideias de que: a) a missão principal do Direito Penal é a proteção exclusiva dos bens jurídicos; b) o princípio da exclusiva proteção do bem jurídico tem – ao menos implicitamente – embasamento constitucional; c) o conceito de bem jurídico não é idêntico ao de bem jurídico-penal (porque nem todos os bens jurídicos merecem ou necessitam da tutela penal); d) a missão principal do Direito Penal, por conseguinte, consiste na proteção fragmentária e subsidiária dos bens jurídicos; e) ainda não existe um conceito material de bem jurídico que possa cumprir de modo indiscutível o papel de garantia; f) as formulações naturalistas, positivistas, neokantianas ou funcionalistas pouco avançaram nesse sentido; g) das contribuições constitucionais se extrai ao menos um critério limitador (o bem jurídico não pode ser incompatível com o quadro axiológico-constitucional); e h) o bem jurídico deve caracterizar-se por sua relevância social, sem perder de vista sua referência individual e, ademais, ser suscetível de ataque (de ofensas)⁴⁴⁶.

Cunha faz alguns questionamentos para que se possa compreender o sentido pleno do conceito de bem jurídico. Neste sentido, a fim de não render-se a pura decisão política, “como fazer então derivar da construção abstrata de bem jurídico consequências práticas vinculativas para o legislador?”⁴⁴⁷. E continua “como transpor o conceito abstrato de bem jurídico, fundamentalmente coincidente em todos os autores, para a concretização dos diferentes bens que o legislador está autorizado a criminalizar?”⁴⁴⁸, e aponta o caminho que deve ser trilhado, ou seja, “superando as diferenças que se começam a sentir quando se passa da definição para a concreção, diferenças onde está necessariamente envolvido o subjetivismo do juízo de valor de cada autor?”⁴⁴⁹.

A partir destes questionamentos, aponta-se qual o instrumento capaz de realizar essa concretização do bem jurídico penal, ou seja, com a construção de uma teoria do bem jurídico adequada a um Estado Democrático de Direito. Esse instrumento deve possuir como características fundamentais, a legitimidade e a operativa de concretização do bem jurídico e deve emanar de suas

⁴⁴⁵ GOMES, Luiz Flávio. *Norma e Bem Jurídico no Direito Penal*. Editora Revista dos Tribunais, Série As Ciências Criminais no Século XXI, 2002. p. 108.

⁴⁴⁶ GOMES, Luiz Flávio. *Norma e Bem Jurídico no Direito Penal*. Editora Revista dos Tribunais, Série As Ciências Criminais no Século XXI, 2002. p. 108.

⁴⁴⁷ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime*. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto. Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 111

⁴⁴⁸ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime*. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto. Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 111.

⁴⁴⁹ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime*. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto. Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 111.

prescrições, verdadeira força vinculante ao legislador e ao intérprete. Dentre as características apontadas, apenas a Constituição, como instrumento normativo, possui capacidade para cumprir essa missão⁴⁵⁰.

A perspectiva normativa da Constituição é uma superação da noção de que a lei maior se constituiria, apenas, como um documento político. De acordo com Novellino, ela foi concebida por Hesse, para quem a pretensão de eficácia das normas constitucionais se associa, como elemento autônomo, às condições de sua realização. Assim, a Constituição explícita não só expressão do ser, mas do dever ser e, muito além do simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, possui uma força normativa capaz de imprimir ordem e conformação à realidade política e social⁴⁵¹.

De fato, a Constituição é o referencial mais idôneo para que a teoria do bem jurídico venha a cumprir uma função crítica e limitadora do *'jus puniendi'*, seja a partir da consideração do conceito sob um viés dogmático, seja como um conceito político-criminal. Parece fora de dúvida que a Constituição autoriza a concepção do delito como ofensa a um bem jurídico, bem como a consagração do princípio da ofensividade. O problema reside em verificar se ela estabelece algum tipo de vínculo imperativo limitador na seleção dos bens jurídicos⁴⁵² que devam ser tutelados pelo Direito Penal⁴⁵³.

O conceito de bem jurídico segundo Prado⁴⁵⁴, deve ser inferido na Constituição, operando-se uma espécie de normatização de diretivas político-constitucionais. Podem ser agrupadas em teorias de caráter geral e de fundamento constitucional estrito. A divergência entre elas é tão somente quanto à maneira de vinculação à norma constitucional⁴⁵⁵. Ishida, do mesmo modo, explícita a existência de duas correntes. Essa primeira corrente se denomina teoria constitucional do bem jurídico de caráter estrito e “só admite como bem jurídico aquilo proveniente de valores constitucionais. A segunda corrente se denomina teoria constitucional do bem jurídico de caráter amplo, onde a constituição funcionaria apenas como referencial”⁴⁵⁶.

⁴⁵⁰COELHO, Yuri Carneiro. *Bem jurídico-penal*. Mandamentos, Belo Horizonte, 2003, p. 76.

⁴⁵¹NOVELLINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Jus Podivm, 2017. p.97.

⁴⁵² De acordo com Cunha, ainda que incertos os limites da recíproca influência entre Constituição e direito penal, parece absolutamente inquestionável a tendencial correspondência entre os valores que presidem ambas as classes de ordens jurídicas. CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime*. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto. Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 118.

⁴⁵³ GOMES, Luiz Flávio. *Norma e Bem Jurídico no Direito Penal*. Editora Revista dos Tribunais, Série As Ciências Criminais no Século XXI, 2002. p. 87

⁴⁵⁴ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 5.ed. Rio de Janeiro – RJ – Brasil: Revista dos Tribunais, ano 2011. p. 62- 63

⁴⁵⁵ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 5.ed. Rio de Janeiro – RJ – Brasil: Revista dos Tribunais, ano 2011. p. 62- 63.

⁴⁵⁶ ISHIDA, Valter Kenji. *Bem jurídico penal moderno*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 66.

Dessume-se, portanto, que as teorias de caráter geral fazem referência ao texto constitucional de maneira genérica, com destaque para a forma de Estado constitucionalmente estabelecida, para os princípios que guiam a norma fundamental e servem de parâmetro para a construção do sistema penal. Já as teorias de fundamento constitucional estrito limitam ainda mais o campo de criação e liberdade do legislador ordinário, refletindo a imposição de criminalizar apenas as condutas que atinjam bens considerados fundamentais para a convivência da comunidade e que tenham suporte em valores constitucionais.

Coelho sustenta que essas teorias vêm se tornando majoritárias quanto à compreensão do suporte material do bem jurídico, inclusive por alguns adeptos da teoria funcionalista do delito, como Roxin e Rudolphi, o que demonstra a necessidade de uma análise mais detalhada dessas correntes, de maneira a possibilitar compreender a função do bem jurídico no Estado Democrático de Direito⁴⁵⁷.

As teorias constitucionais de caráter geral, como o próprio nome leva a entender, estão fundadas na Constituição no seu aspecto global, servindo de marco referencial ao legislador no momento em que pretende incriminar determinada conduta. De acordo com esta compreensão, o legislador ordinário possui uma margem grande de liberdade ao criminalizar comportamentos.

Segundo os adeptos dessa corrente doutrinária, o tipo de Estado e seus fins – os princípios que regem a Constituição – é que determinam a finalidade do Direito Penal e, como consequência direta, este ramo do direito deve se amoldar aos princípios e características essenciais desse modelo de Estado. Assim, os valores fundamentais terão referência constitucional, estando o legislador ordinário vinculado à proteção de bens jurídicos prévios ao ordenamento penal. O Estado de Direito é mais que um simples Estado de legalidade, só encontrando sua legitimação na ideia de justiça material.

De acordo com esta vertente teórica, o bem jurídico é compreendido como uma valiosa unidade de função social, necessária para a sobrevivência da sociedade, tendo como fundamento a norma constitucional⁴⁵⁸. Roxin, por exemplo, leciona que o Direito Penal possui uma dupla função, que se constituiria na proteção dos bens jurídicos e no cumprimento das prestações de caráter público. Com essa dupla função, não restam dúvidas, o Direito Penal realiza uma das mais importantes das numerosas tarefas do Estado⁴⁵⁹, assim, “bens jurídicos são realidades ou posições

⁴⁵⁷ COELHO, Yuri Carneiro. *Bem jurídico-penal*. Mandamentos, Belo Horizonte, 2003. p. 78.

⁴⁵⁸ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 5ª Ed. Rio de Janeiro – RJ – Brasil: Revista dos Tribunais, ano 2011. p. 64

⁴⁵⁹ No mesmo sentido, Roxin afirma que, na medida em que apenas a proteção dos bens jurídicos constitutivos da sociedade e a garantia das prestações públicas necessárias para a existência possibilitam ao cidadão o livre desenvolvimento da sua personalidade, que a nossa Constituição considera como pressuposto de uma O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

finais, úteis para o desenvolvimento dos indivíduos no quadro de um sistema social, ou uteis para o próprio desenvolvimento do sistema”⁴⁶⁰.

Para o estudioso, portanto, segundo Greco e Rassi, é inequívoco que o conceito de bem jurídico é anterior à lei e determina ao legislador um critério político-criminal pelo qual escolherá as condutas que devem ser punidas e aquelas que não devem passar sob o crivo do sistema repressivo. Neste âmbito, a Constituição assumiria, para Roxin, nas palavras dos referidos autores, uma função delimitadora político-criminal do conceito de bem jurídico, na medida em que estabelece o caminho que o legislador deve percorrer ao elaborar uma lei penal, o que implica, necessariamente, na limitação do poder punitivo do Estado⁴⁶¹.

Desse modo, o bem jurídico, como um juízo de valor do ordenamento positivo, deve levar em consideração as seguintes condicionantes: que o legislador não é livre em sua decisão de elevar à categoria de bem jurídico qualquer juízo de valor, estando vinculado às metas que, para o Direito Penal, são deduzidas da Constituição; que com o processo anterior somente se assinalou o ponto de vista valorativo para se determinar o conteúdo material do bem jurídico, necessitando desenvolver-se as condições e funções em que se baseiam essa sociedade dentro do marco constitucional; e que um tipo penal seja portador de um bem jurídico definido não significa já sua legitimação, sendo necessário que só seja protegido diante de ações que possam efetivamente lesioná-lo ou colocá-lo em perigo, conforme ensina Prado⁴⁶².

Pode-se constatar que para os defensores desta perspectiva teórica não existe a obrigação para o legislador seguir um catálogo de bens jurídicos estabelecidos pela Constituição, fundamentando-se em valores explícitos ou implícitos. O que importa é que o legislador, no momento em que resolve criminalizar uma conduta, não ultrapasse os princípios que regem a Constituição.

Nota-se, portanto, que o espaço aberto pela teoria constitucional de caráter geral do bem jurídico resulta em uma fundamentação sobremaneira vaga e imprecisa, pois, em seu âmbito, o legislador terá como missão apenas a obrigação de não infringir os princípios essenciais do Estado Democrático de Direito, não propriamente a obrigação de tutelar valores constitucionais de maneira específica.

condição digna. ROXIN, C. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Tradução Ana Paula dos Santos, Luis Natscheradetz. Lisboa – Portugal: Vega, 1986. p. 27-28.

⁴⁶⁰ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime*. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto. Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 82

⁴⁶¹ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 50

⁴⁶² PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 5ª Ed. Rio de Janeiro – RJ – Brasil: Revista dos Tribunais, ano 2011. P. 64

Na perspectiva de Cunha, por exemplo, as teorias constitucionais de caráter geral compreendem a Constituição como “um quadro de referência a partir de princípios muito gerais, englobantes da unidade de sentido constitucional, como é o princípio do Estado de Direito material, democrático e social”⁴⁶³. Afirmar a autora que embora a partir desta compreensão se “possam fazer derivar consequências concretas muito importantes, limitadoras da criminalização, estes conceitos são ainda vagos, sendo algo incerta a área em que o legislador está proibido de intervir”⁴⁶⁴.

Mello, em harmonia com a afirmação prévia, pondera ainda, que “é certo que os princípios constitucionais estruturantes, que instituem as diretrizes básicas de todo ordenamento jurídico, vão possuir relevância para o Direito Penal”⁴⁶⁵. Assim, a opção constitucional “pelo Estado de Direito, pela Democracia, pelo Federalismo, embora não sirvam, por si só, para resolver um caso concreto, em face do seu grau de abstração, vão interferir no modelo criminal adotado”⁴⁶⁶. Para o autor, isto seria possível “seja pela concretização através de subprincípios e normas penais, seja pela imposição de limites materiais negativos que macularão de inconstitucionalidade leis que venham violar tais princípios”⁴⁶⁷.

Visando restringir justamente esta margem de discricionariedade atribuída ao papel do legislador na criminalização de condutas, a teoria constitucional de caráter estrito defende que, apenas as condutas que violem valores constitucionais fundamentais à convivência em sociedade é que devem ser criminalizadas. A ordem dos bens jurídicos deve guardar como parâmetro a ordem dos valores constitucionais. Para isso, torna-se imprescindível a elaboração de um conceito material de delito, adequado à nova ordem constitucional.

Carvalho, por exemplo, argumenta que a Constituição contém os princípios máximos da justiça e que a imposição de ofensa a um bem jurídico protegido penalmente deve lastrear-se nos princípios constitucionais. Isto quer dizer que o bem jurídico protegido pela norma penal deve

⁴⁶³ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime*. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto. Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 129.

⁴⁶⁴ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime*. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto. Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 129.

⁴⁶⁵ MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. *Sistema Jurídico, códigos e microssistemas: crítica da legislação penal especial*. 2000. p. 120. Salvador: Faculdade de Direito da UFBA/Universidade Federal da Bahia, p. 120 (Dissertação em Mestrado em Direito Econômico).

⁴⁶⁶ MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. *Sistema Jurídico, códigos e microssistemas: crítica da legislação penal especial*. 2000. p. 120. Salvador: Faculdade de Direito da UFBA/Universidade Federal da Bahia, p. 120 (Dissertação em Mestrado em Direito Econômico).

⁴⁶⁷ MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. *Sistema Jurídico, códigos e microssistemas: crítica da legislação penal especial*. 2000. p. 120. Salvador: Faculdade de Direito da UFBA/Universidade Federal da Bahia, p. 120 (Dissertação em Mestrado em Direito Econômico).

sofrer um processo de avaliação diante dos valores constitucionais. Assim, não terá relevância penal a ofensa aos referidos bens se os princípios constitucionais não restarem atingidos⁴⁶⁸.

Ressalta Cunha que os juristas seguidores dessa corrente doutrinária chamada de restrita, não apenas respeitam todas as consequências penais decorrentes da observância dos valores do Estado de Direito, Democrático e Social, sem contestar a Constituição, plenamente considerada em seus valores e princípios, mas também concebem a possibilidade de criminalizar apenas as condutas que atinjam bens que reflitam um valor constitucional⁴⁶⁹.

Salienta, ainda, a autora que essa concepção incide sobre a relação de liberdade de opção legislativa-concretização constitucional, “restringindo aquela em favor desta e contendo, assim, potencialidades para configurar de forma específica as relações entre o poder legislativo (legislador penal) e poder judiciário (Tribunal Constitucional)”⁴⁷⁰. De fato, essa relação reflete um verdadeiro limite ao legislador penal, que terá que atender e aceitar as forças dos valores constitucionais no momento da criação da norma incriminadora, sob pena da norma penal que contrariar essa pauta de valores, incidir em inconstitucionalidade material.

Essa infiltração constitucional faz-se necessária. “Só a infiltração desses valores maiores no próprio cerne do bem jurídico, evitará o abuso do poder punitivo, em detrimento dos seus valores mais primordiais”⁴⁷¹. Assim, a ordem dos bens jurídicos tuteláveis deve guardar, “como parâmetro a ordem dos valores constitucionais. Para isso, torna-se imprescindível a elaboração de um conceito material de delito, adequado à nova ordem constitucional”⁴⁷².

Neste âmbito, tem-se compreendido, à luz da teoria constitucionalista do bem jurídico de caráter estrito, que não é qualquer bem jurídico que deve ser objeto de proteção no Direito Penal, mas somente aqueles fundamentais. Assim, é o Estado Democrático de Direito quem delinea o perfil do Direito Penal, obrigando os dispositivos legais a refletirem os princípios constitucionais. Tem-se, desse modo, um controle de compatibilidade vertical entre as normas incriminadoras e os princípios constitucionais.

⁴⁶⁸ CARVALHO, Márcia Dometila Lima. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. p. 33.34.

⁴⁶⁹ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime*. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto. Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 167.

⁴⁷⁰ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime*. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto. Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 168.

⁴⁷¹ CARVALHO, Márcia Dometila Lima. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. p. 46.

⁴⁷² CARVALHO, Márcia Dometila Lima. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. p. 46.

O sistema liberal de garantias teria sua importância diminuída, caso o legislador tivesse condições de eleger, de modo autoritário e livre de balizas, quais bens jurídicos necessitam de proteção. A Constituição é a referência para eleição desses bens, pois nela estão as diretrizes políticas, valorativas e sociais do ordenamento jurídico. A missão do Direito Penal deve emanar da Constituição e é nela que deve encontrar a sua legitimidade. Os valores protegidos pelo legislador não podem ser estranhos ao espírito constitucional, uma vez que a política criminal deve ser limitada e vinculada à direção política escolhida pelo povo⁴⁷³.

Para Tavares, inclusive, o bem jurídico apresenta um viés garantidor, capaz de delimitar o poder de punir do Estado, traçando limites claros ao que pode ser criminalizado e servindo como proteção aos direitos do ser humano e ao *ius libertatis*. Nas palavras do autor, o objetivo do Direito Penal, não é simplesmente proteger bens jurídicos, mas sim “traçar nitidamente, os limites e contornos das zonas do lícito e do ilícito, do que é proibido e do que é permitido, no sentido de legitimar a intervenção do Estado sobre a liberdade”⁴⁷⁴.

Portanto, conforme assevera Ishida, é com base neste raciocínio que se fala que os bens jurídicos estão previamente na Constituição, estes que são concretizadores dos valores constitucionais, expressos ou implícitos, ligado aos deveres e direitos fundamentais e à ordem política, econômica e social⁴⁷⁵.

Nesta perspectiva teórica, propugna-se definir, portanto, quais são os bens jurídicos, mediante critérios precisos e seguros, pois serão os únicos que irão receber proteção da esfera mais rigorosa e invasiva do ordenamento legal. É com base nesta compreensão do bem jurídico que, contemporaneamente, tem-se defendido que o Direito Penal deve procurar conciliar a necessidade de exercer o controle social com a obediência a certos princípios limitadores, princípios estes que estabeleçam restrições a invasão excessiva na esfera individual – perspectiva esta assumida nesta tese de doutoramento.

Assim, Palazzo argumenta que o bem objeto da tutela, que é concebido, obviamente, como o pré-dado relativo à norma penal, deve ser “deduzido diretamente da Constituição, instrumento capaz de ofertar um catálogo de bens merecedores da tutela e também de estabelecer uma hierarquia de valores”⁴⁷⁶. Neste sentido, Carvalho sustenta que só a infiltração constitucional desses valores maiores no próprio cerne do bem jurídico, objeto da tutela penal, modificará, quiçá, o drama do

⁴⁷³ SILVA, Igor Luis Pereira e. *Princípios Penais*. Salvador – Bahia – Brasil: Editora Juspodium, 2012. p. 239.

⁴⁷⁴ TAVARES, Juarez. *Bien Jurídico y función em Derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 70. Tradução livre.

⁴⁷⁵ ISHIDA, Valter Kenji. *Bem jurídico penal moderno*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 71.

⁴⁷⁶ PALAZZO, Francesco C. *Valores Constitucionais e Direito Penal*. (tradução Gérson Pereira dos Santos). Porto Alegre- Rio Grande do Sul - Brasil: Fabris Editor, 1989. p. 84-5.

Direito Penal de hoje, no qual uma dogmática jurídica impecável esmaga uma realidade social violenta⁴⁷⁷.

Frise-se, ainda, que esta percepção se harmoniza com a teorização do método hermenêutico-concretizador, defendida por Hesse, que sistematizou princípios interpretativos dirigentes e limitadores a serem utilizados na resolução dos problemas hermenêuticos constitucionais, evidenciando-se, assim, que a interpretação e a aplicação das normas constitucionais consistem em um processo unitário⁴⁷⁸.

Não restam dúvidas de que a percepção daqueles que defendem o bem jurídico sob o viés constitucional e, mais especificamente, a percepção de que o bem jurídico protegido pela norma penal deve sofrer um processo de avaliação diante dos valores constitucionais para, assim, ter relevância no âmbito penal constitui-se como a maneira mais satisfatória para justificar a incidência do Direito Penal do *ius libertatis*, principalmente quando concernente à esfera sexual do indivíduo.

Compreende-se, portanto, que a perspectiva constitucionalista estrita do bem jurídico é aquela que, no âmbito de um Estado Democrático de Direito melhor justifica a limitação da incidência do Direito Penal na sociedade, expressando de maneira precisa o caráter fragmentário e subsidiário inerente a este ramo jurídico pelo fato de apenas justificar a proteção, via penal, dos pressupostos imprescindíveis para a existência em comum – se estabelecidos na Constituição. Assim, por esta perspectiva tudo aquilo que não deveria estar no âmbito de proteção jurídica do comportamento sexual deve ser excluído do ordenamento jurídico.

A perspectiva constitucionalista estrita do bem jurídico e a precisão da incidência do Direito Penal na sociedade, que a partir dela se alcança, portanto, converge com o imperativo fragmentário e subsidiário de analisar a vigência de tipos a partir de sua legitimidade, mediante a avaliação de qual ou quais bens jurídicos visam tutelar e se a tutela penal é, de fato, a mais conveniente a ser utilizada. Converte, ainda, em relação ao próprio conceito material de crime, afastando sua vigência quando os tipos não ofenderem a bem jurídico nenhum, tendo como marco referencial a Constituição.

⁴⁷⁷ CARVALHO, Márcia Dometila Lima. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. p. 46

⁴⁷⁸ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

3 O BEM JURÍDICO-PENAL DO DIREITO PENAL SEXUAL

É cediço que a Constituição, como lembra Carvalho, representa a expressão dos princípios fundamentais que inspiram o ordenamento jurídico. É nela que se encontra a concepção do direito que deverá informar toda a legislação subjacente⁴⁷⁹. Assim, acrescenta a precitada autora que o “conteúdo da Constituição, expressão concentrada do direito existente em uma determinada ordem social, deve ser levado em conta pelas demais normas do sistema jurídico”⁴⁸⁰.

De fato, diante do princípio da supremacia da Constituição, todas as normas produzidas em matéria penal devem ajustar-se ao que estabelece o texto constitucional, pois a lei penal só encontra sua validade quando reflete os princípios e valores contidos na Constituição. A imbricada relação entre o Direito Penal e a Constituição expressa-se, portanto, quando se depreende que a essência do delito “se alicerça em uma infração ao direito, e o conceito do que é direito tem que ser deduzido do que se encontra concentrado como tal, como ideia de justiça, expresso no Direito Constitucional”⁴⁸¹.

A respeito deste raciocínio, explicam Zaffaroni e Pierangeli que a relação entre o Direito Constitucional⁴⁸² e o Direito Penal deve ser sempre “muito estreita, pois o estatuto político da Nação, que é a Constituição, constitui a primeira manifestação legal da política penal, dentro de cujo âmbito deve enquadrar-se a legislação propriamente dita”, apontando que isso é consequência direta do princípio da supremacia constitucional⁴⁸³.

A definição do Estado e os seus fins, bem como os direitos individuais, políticos e sociais moldam a relação do Direito Penal (bem como dos demais ramos das ciências jurídicas) com o

⁴⁷⁹ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre. Sérgio Antonio Fabris, 1992. p. 36-37

⁴⁸⁰ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre. Sérgio Antonio Fabris, 1992. p. 36-37

⁴⁸¹ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre. Sérgio Antonio Fabris, 1992. p. 36-37.

⁴⁸² “Pode parecer óbvio dizer que o Direito Constitucional é o Direito da Constituição. Como muitas das coisas óbvias, tal afirmação pode, contudo, revelar-se completa e não completamente tautológica, se aprofundarmos o sentido das suas palavras”. CUNHA, Paulo Ferreira da. *Direito Constitucional Geral: uma perspectiva luso-brasileira*. São Paulo: Método, 2007. p. 38.

⁴⁸³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro – parte geral*. 2ª edição. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1991, p. 135.

Direito Constitucional, como bem lembra Mirabete. Outrossim, afirma o precitado autor que “diante do princípio da supremacia da Constituição na hierarquia das leis, o Direito Penal deve nela enquadrar-se e, como o crime é um conflito entre os direitos do indivíduo e a sociedade, é na Carta Magna que se estabelecem normas específicas para resolvê-lo”⁴⁸⁴.

Em um sistema positivista, construído de acordo com o modelo proposto por Kelsen, constata-se que a característica principal ou preponderante em todas as relações existentes entre o Direito Penal e o Direito Constitucional é encontrada na hierarquia existente no sistema em que a norma constitucional serve de padrão de validade das normas penais. As Constituições dos Estados Democráticos de Direito positivam princípios e valores escolhidos pela sua importância, para construir e edificar um sistema penal que guarde uma perfeita coerência e harmonia com os princípios e valores selecionados⁴⁸⁵.

Sobre a escolha de valores ou princípios que irão estruturar uma sociedade livre, justa e solidária, argumenta Carvalho que esta eleição possui a sua base filosófica, “fornecendo uma certa visão do mundo, formando uma concepção do homem e da sociedade, a ser moldada pelos princípios e valores nela cristalizados”⁴⁸⁶. Acrescentando que “essa concepção resulta, sobretudo, da evolução das ideias políticas que grassaram quando da formação do novo texto constitucional, representando, pois, as teses defendidas no momento e reprodutoras das aspirações populares”⁴⁸⁷.

É preciso destacar que as funções da Constituição em relação ao Direito Penal, no âmbito da concepção de supremacia daquela em relação a este, variam conforme as perspectivas adotadas pelos doutrinadores. Alguns enxergam que o Direito Constitucional é fonte do Direito Penal, outros, que o Direito Constitucional serve como redutor do Direito Penal. Existe, ainda, quem sustente que a Constituição serve como filtro, ou ainda, como fator de evolução para este ramo do direito. Todas essas percepções amálgamam as funções constitucionais em relação ao bem jurídico, segundo a perspectiva constitucionalista estrita do bem jurídico, explícita no capítulo anterior.

A princípio, portanto, pode-se dizer que a Constituição é a fonte do Direito Penal. A palavra fonte pode ser entendida como origem, causa ou princípio de alguma coisa. A expressão fonte do direito deve ser entendida como o local de onde emanam as normas jurídicas. No caso do Direito Penal, fonte seria o local de onde provêm ou emanam as normas penais. No Direito Penal as fontes

⁴⁸⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. parte geral. 16ª edição. São Paulo. Atlas. 2000. p. 28.

⁴⁸⁵ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípios Políticos do direito penal*. 2ª edição. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1999. p. 164.

⁴⁸⁶ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre. Sérgio Antonio Fabris, 1992. p. 41.

⁴⁸⁷ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre. Sérgio Antonio Fabris, 1992. p. 41.

podem ser materiais ou formais. As materiais, também chamadas de fontes de produção, significam a forma como o Direito Penal é produzido e elaborado. As formais, também chamadas de fontes de conhecimento, significam o modo ou a forma como o Direito Penal se exterioriza.

O Estado é a única fonte de produção do Direito Penal e esta perspectiva é válida tanto para a República Portuguesa quanto para a República Federativa do Brasil. Neste último caso, por exemplo, a Constituição Federal brasileira de 1988 estabelece no seu artigo 22, inciso I, que compete privativamente à União legislar sobre Direito Penal. Já em Portugal, foi expressamente previsto na alínea “c” do nº1 do art. 165 da Constituição que “é da competência exclusiva da Assembleia da República legislar sobre as seguintes temáticas, salvo autorização ao governo: definição dos crimes, penas, medidas de segurança e respectivos pressupostos, bem como processo criminal”.

Sobre este dado, Lopes argumenta que, em matéria penal, a única fonte de produção do Direito Penal é o Estado. “A verdadeira norma penal, isto é, aquela dotada de validade no plano constitucional é sempre e exclusiva manifestação do poder soberano do Estado”⁴⁸⁸. Além do mais, “os meios de racionalização, operacionalização e limitação dos poderes do Estado, e a norma penal que se adequa à natureza desses meios, estão todos dispostos no texto ou nos princípios constitucionais adotados pelo Estado”⁴⁸⁹.

Outros autores também sustentam que a Constituição atua como um redutor do Direito Penal. Assim, a Constituição estabeleceria limites à criação das leis penais. Estes limites, previstos no texto constitucional, seriam de duas espécies: limites de natureza material e limites de natureza formal. Os primeiros impedem a elaboração de normas penais em desacordo ou contrárias à Constituição. Um exemplo seria a edição de normas penais em que a sanção correspondente seria a pena de morte, quando no artigo 5º, a Constituição da República Federativa do Brasil estabelece que o direito à vida é um direito inviolável e proíbe expressamente tal pena, situação semelhante ao disposto no nº 2 do art. 24 da Constituição Portuguesa, que estabelece que em caso algum haverá pena de morte naquele Estado.

Os limites de natureza formal dizem respeito às determinações constantes no texto constitucional no que diz respeito à criação da lei. Carvalho ao tratar do caráter limitador que a constituição exerce sobre o Direito Penal, argumenta que a Constituição traz um caráter limitador das leis penais “no momento em que regula os direitos e liberdades individuais, contemplando, implicitamente, ou mesmo de forma explícita, os limites do poder punitivo e os princípios

⁴⁸⁸ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípios Políticos do direito penal*. 2ª edição. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1999, p. 166.

⁴⁸⁹ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípios Políticos do direito penal*. 2ª edição. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1999, p. 166.

informadores do direito repressivo”⁴⁹⁰. Em seguida afirma que “as proibições penais não se podem estabelecer para fora dos limites que permite a Constituição, isto significando, também, que não podem ser afrontados os princípios éticos, norteadores da lei Maior”⁴⁹¹.

As limitações materiais decorrentes, na maioria dos casos, lembra Lopes, de disposições sobre os direitos e garantias individuais que receberam aprovação na Constituição, enquanto as limitações formais podem ser encontradas nesse capítulo, na seção atinente ao Poder Legislativo, bem como no capítulo do Poder Executivo ou até mesmo no Poder Judiciário⁴⁹².

Outros doutrinadores também enxergam que a Constituição serve como filtro para a legislação penal. Assim, as normas criminais devem corresponder aos valores e princípios estabelecidos na Lei Maior. A respeito do assunto, Lopes atenta para o fato de que a purificação do Direito Penal, “antes de ganhar autonomia há de conformar-se com o espírito da Constituição”⁴⁹³. Complementa afirmando que a *Lex Mater*, segundo tal corrente de pensamento, “serviria como filtro de possíveis condutas humanas que seriam chanceladas com a pena na exata medida em que correspondem a uma grave violação dos valores tutelados pela Constituição”⁴⁹⁴. Assim, a Constituição serviria como filtro no momento da criação dos delitos e da cominação das penas. O Direito Constitucional com sua superioridade normativa filtraria as condutas que devem ser consideradas como crime pelo Direito Penal.

Tem-se, ainda, a maneira de ver a Constituição como fator de evolução do Direito Penal. Segundo esta perspectiva a escolha das condutas que devem ser proibidas e incriminadas pelo Direito Penal é resultado direto da própria evolução dos princípios constitucionais. Neste âmbito, o Direito Constitucional estabelece as condições para a existência e o funcionamento dos poderes políticos e da própria personalidade social do indivíduo, nas suas inviolabilidades construtivas, como a igualdade, a liberdade, a segurança e a propriedade. Assim, a Constituição determina e orienta o caminho que o legislador penal deve percorrer ao incriminar determinadas ações e

⁴⁹⁰ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre. Sérgio Antonio Fabris, 1992. p. 37-38.

⁴⁹¹ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre. Sérgio Antonio Fabris, 1992. p. 37-38.

⁴⁹² LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípios Políticos do direito penal*. 2ª edição. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1999, p. 167.

⁴⁹³ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípios Políticos do direito penal*. 2ª edição. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1999, p. 168.

⁴⁹⁴ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípios Políticos do direito penal*. 2ª edição. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1999, p. 168.

estabelecer a pena correspondente. A evolução do Direito Penal está intimamente relacionada à evolução dos princípios constitucionais, nas palavras de Siqueira⁴⁹⁵.

Ora, de maneira geral, adotando-se como premissa a supremacia da Constituição em relação ao Direito Penal, a forma de enxergar a Lei Maior como fonte, como limitador da produção normativa, como filtro ou como evolução deste ramo do direito, não diverge da compreensão de que, no âmbito de um Estado Democrático de Direito, a teoria constitucionalista estrita do bem jurídico é aquela que melhor justifica a limitação da incidência do Direito Penal na sociedade, expressando de maneira precisa o caráter fragmentário e subsidiário inerente a este ramo jurídico pelo fato de apenas justificar a proteção, via penal, dos pressupostos imprescindíveis para a existência em comum, quando estes se encontram estabelecidos na Constituição.

3.1 Outras funções dos bens jurídicos em relação à Constituição

Doutrinariamente, conforme explica Lopes, é sempre proclamada como função basilar do bem jurídico a limitação da atividade punitiva do Estado, permitindo sancionar unicamente aquelas condutas que lesionem ou ponham em perigo bens jurídicos⁴⁹⁶. Pode-se sustentar, de fato, que é uma das funções mais importantes exercidas pelo bem jurídico, é a chamada função de garantia, na qual a atuação penal do Estado é limitada, como forma de proteção ao cidadão.

Somente podem ser criminalizadas as condutas que afrontem bens jurídicos, o que é proibido pelo adágio *nullum crimen sine injuria*. Esta função de caráter político-criminal limita o legislador no momento da produção de normas penais. É o sentido informador do bem jurídico na construção dos tipos penais. É um papel que o bem jurídico exerce na individualização legislativa, no momento da cominação legal. A pena criminal representa a reação mais forte da comunidade, a ela deve recorrer o legislador em último caso, não podendo ser utilizada quando outros meios bastem para inibir a conduta agressiva.

Há muita divergência, entretanto, ao apontar outras funções dos bens jurídicos em relação à Constituição, para além do caráter limitador do *jus puniendi*. Não há, portanto, uma uniformidade doutrinária no trato da questão, todavia, apontar-se-á as funções mais ressaltadas no estudo da

⁴⁹⁵ SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Konfino, 1947, 26-7.

⁴⁹⁶ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípio da insignificância no Direito Penal*. 2ª edição. Revista dos Tribunais, 2000. p. 129.

questão com o intuito de possibilitar novas inferências para as discussões abrangidas pelo objeto desta tese de doutoramento.

Neste sentido, Batista, por exemplo, aponta cinco funções do bem jurídico. Em primeiro lugar faz referência a função axiológica (indicadora das valorações que presidiram a seleção do legislador). Outra função é a sistemático-classificatória (como importante princípio fundamentador da construção de um sistema para a ciência do Direito Penal e como o mais prestigiado critério para o agrupamento de crimes, adotado por nosso código penal). A terceira função é a exegética (o bem jurídico é o elemento central do preceito, constituindo-se em importante instrumento metodológico na interpretação das normas jurídico-penais). A dogmática aparece como a quarta função (em inúmeros momentos o bem jurídico se oferece como uma cunha epistemológica para a teoria do crime: pense-se nos conceitos de resultado, tentativa, dano/perigo etc.). Tem também a função crítica, na qual a indicação dos bens jurídicos permite, para além das generalizações legais, verificar as concretas opções e finalidades do legislador⁴⁹⁷.

Prado, ao tratar do assunto, aponta quatro funções de relevância inquestionável. Inicialmente, sustenta que o bem jurídico tem a função de garantir ou de limitar o poder de punir do Estado. O bem jurídico é erigido como conceito limite na dimensão material da norma. Em seguida, faz referência à função teleológica ou interpretativa, ou seja, aparece como critério de interpretação dos tipos penais, que condiciona seu sentido e alcance à finalidade de proteção de certo bem jurídico. Depois, trata da função individualizadora, que reflete o critério de medição da pena, no momento concreto de sua fixação, levando-se em conta a gravidade de lesão ao bem jurídico. Aponta a função sistemática. O bem jurídico aparece como elemento classificatório decisivo na formação de grupos de tipos da parte especial do Código Penal⁴⁹⁸.

Observa-se que renomados autores também fazem referência à função teleológica, interpretativa ou exegética. Como função exegética, o bem jurídico se converte na chave que permite descobrir a natureza do tipo em questão, dando-lhe sentido e fundamento. Ora, como todo delito deve ameaçar ou lesar um bem jurídico, não é possível interpretar sem conhecer a lei, principalmente a Constituição. No caso em apreço, a partir de uma concepção normativa da Constituição, segundo a qual a lei maior é compreendida como a ordem geral objetiva do complexo de relações de vida em sociedade⁴⁹⁹, deve-se determinar qual é o bem jurídico específico que se pretende proteger com uma norma concreta.

⁴⁹⁷ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. Rio de Janeiro - Brasil: Revan, 2001. p. 96.

⁴⁹⁸ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 5ª Ed. Rio de Janeiro – RJ – Brasil: Revista dos Tribunais. ano 2011. p. 60-1.

⁴⁹⁹ “[...] a força normativa da Constituição não reside, tão somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

Assim, é obrigatória a análise desta para, a partir do mesmo, voltar sobre a norma iniciando o processo de sua interpretação, gerando-se com eles uma circularidade no processo interpretativo, conforme explica Lopes⁵⁰⁰. Dessa maneira, o bem jurídico assume um critério de interpretação dos tipos penais, condicionando o sentido e alcance de sua proteção. No momento em que ele revela o núcleo do tipo penal, permite descobrir sua natureza, dando-lhe sentido e fundamento.

O bem jurídico é o conceito central do tipo, em torno do qual giram os elementos objetivos e subjetivos. Portanto, por este ângulo é ele instrumento de individualização judicial. A função teleológica, interpretativa ou exegética do bem jurídico protegido poderá afastar do tipo os comportamentos que não lesem ou ponham em perigo esse bem jurídico por falta de antijuridicidade material, como preceitua Kist⁵⁰¹. Por isso, a função exegética não pode desconectar-se, ainda, da função do bem jurídico como instrumento limitador do *ius puniendi* estatal, que, como assinala Puig, converte-o em pedra angular para a interpretação da norma penal, dirigida em sua *ultima ratio* a proteger a sociedade⁵⁰².

Outra função que a doutrina aponta possuir o bem jurídico é a função sistemática. O bem jurídico funciona como elemento classificatório na formação dos grupos de tipos da parte especial do Código Penal, onde os títulos e capítulos são agrupados e divididos levando-se em consideração o bem jurídico. Assim, é no exercício da função sistemática que o bem jurídico preside a ordenação

singular do presente (Individuelle Beschaffenheit der Gegenwart). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar esta ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes na consciência geral – principalmente na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a vontade de poder (Wille zur Macht), mas também a vontade de Constituição (Wille zur Verfassung). HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. p. 19.

⁵⁰⁰ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípio da insignificância no Direito Penal*. 2ª edição. Revista dos Tribunais, 2000. p. 129.

⁵⁰¹ KIST, Dario José. Bem jurídico penal: evolução histórica, conceituação e funções. *Direito e Democracia*. In: *Revista do centro de ciências jurídicas*. Universidade luterana do Brasil, Canoas, v. 4, nº 1, p. 145-179. 2003.

⁵⁰² LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípio da insignificância no Direito Penal*. 2ª edição. Revista dos Tribunais, 2000. p. 129.

dos delitos na parte especial das legislações penais, que são agrupados em classes, levando em consideração o bem jurídico⁵⁰³.

O bem jurídico, a partir de sua definição material, leciona Bechara, passa a desempenhar diferentes funções no âmbito jurídico-penal, especificamente a dogmática. Apesar da função limitadora do bem jurídico já ter sido tratada, é interessante analisar sua relação com a respectiva função dogmática ou imanente⁵⁰⁴. Assim, para Bechara, a função dogmática advém do caráter indutivo do bem jurídico, consistente na constatação do objeto de proteção, a partir da norma penal, do objeto de tutela, e assim, passível de ofensa. Em profundidade, a limitação do poder punitivo estatal ao bem jurídico não se manifesta apenas no instante da sua criação, mas vai além desse instante, alcançando também as fases de interpretação e aplicação judicial dessa lei. É nesse momento que o bem jurídico desempenha a função dogmática. Uma vez reconhecido o interesse a ser tutelado, é esse que modela e permite avaliar, no âmbito normativo tal interesse, através dos elementos pelos quais expressa o comportamento que o ataca⁵⁰⁵.

Ainda, na esteira de Bechara⁵⁰⁶, a função dogmática do bem jurídico relaciona-se à interpretação das normas penais e a sua construção sistemática. A consequência principal desse uso intrassistemático do conceito de bem jurídico é a duplicação da antijuridicidade, compreendida no sentido (violação da norma correspondente ao tipo delitivo) e material (lesão ou colocação em perigo do interesse protegido pela norma). A função dogmática não se esgota no exame da antijuridicidade, sendo aplicável a toda estrutura do delito, desde o juízo de tipicidade até a

⁵⁰³ KIST, Dario José. *Bem jurídico penal: evolução histórica, conceituação e funções*. Direito e Democracia. In: Revista do centro de ciências jurídicas. Universidade luterana do Brasil, Canoas, v. 4, nº 1, p. 145 – 179, 2003. p. 176.

⁵⁰⁴ Sobre a função dogmática do bem jurídico, Lopes sustenta que “é importante assinalar que construções básicas da atual dogmática penal, como antijuridicidade material ou desvalor do resultado, só podem ser entendidas a partir do conceito de bem jurídico. Acertadamente, Mir Puig, uma vez determinado o bem jurídico protegido em um delito a interpretação teleológica do mesmo poderá excluir do tipo respectivo as condutas que não lesionem nem ponham em perigo esse bem jurídico. Faltaria nestes casos, a antijuridicidade material da conduta. O estudo dos bens jurídicos como critério nuclear da dogmática do delito logrou especial relevo nos fundamentos da escola neoclássica ou neokantiana do direito penal. Desde sua concepção de direito penal como ciência do espírito ou dos valores, o fundamento teleológico material das normas penais conduz a uma nova configuração dos conceitos dogmáticos básicos da teoria do delito”. LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípio da insignificância no Direito Penal*. 2ª edição. Revista dos Tribunais, 2000. p. 130.

⁵⁰⁵ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-penal*. São Paulo. Quartier Latin, janeiro de 2014. p. 143.

⁵⁰⁶ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-penal*. São Paulo. Quartier Latin, Janeiro de 2014. p. 144

culpabilidade, em seu sentido de intenção do agente no que diz respeito ao interesse tutelado pela norma.

3.2 O bem jurídico-penal

Em profundidade, a compreensão de que o bem jurídico protegido pela norma penal deve sofrer um processo de avaliação diante dos valores constitucionais para, assim, ter relevância no âmbito penal, continua ocupando um lugar de destaque nesta área do direito⁵⁰⁷. Já se viu que este conceito – o bem jurídico – compreendido a partir da teoria constitucionalista estrita involucra variadas funções, como a de limitação do *jus puniendi* estatal, a função teleológica, a função dogmática, dentre outras, expressando a racionalização de um modelo mais preciso para intervenção do estado nas relações humanas.

De fato, tem-se compreendido que, sendo o Direito Penal um ramo do direito público, a proteção dos bens jurídicos colocados sob sua tutela interessa a toda a sociedade⁵⁰⁸. Ainda que sejam, muitas vezes, individuais, dada a sua importância, a natureza e a gravidade dos ataques proibidos sob ameaça de pena criminal, a proteção desses bens é indispensável à manutenção e ao desenvolvimento da vida social.

Para Figueiredo Dias, esta categoria – o bem jurídico - não deve ser abandonada, relativizada ou despreocupada perante os problemas trazidos pela hodierna sociedade do risco, pois, o que se trata nesta seara é a proteção de bens jurídico-penais autênticos, universais e dignos de proteção da tutela penal, mesmo que com sua natureza de se apresentarem vagos e carentes de definição precisa, de duvidosa corporização ou mesmo de impossível tangibilidade, os bens jurídicos são legítimos e sua proteção se torna necessária⁵⁰⁹.

⁵⁰⁷ GOMES, Luiz Flávio; YACOBUCCI, Guillermo Jorge. *As grandes transformações do direito penal tradicional*. Tradução da 2ª parte por Lauren Paoletti Stefanini; Revisão da tradução por Alice Bianchini e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 98.

⁵⁰⁸ TELES, Ney Moura. *Direito Penal*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2001. Vol. 1. p. 29.

⁵⁰⁹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Temas básicos da doutrina penal: sobre os fundamentos da doutrina penal; sobre a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001, p. 173.

Sobre tal aspecto, Figueiredo Dias afirma que a função do Direito Penal é a tutela subsidiária de bens jurídicos que tenham dignidade penal e não a tutela da moral⁵¹⁰. Conforme Costa Andrade: “a dignidade penal assegura eficácia ao mandamento constitucional de que só os bens jurídicos de eminente dignidade de tutela (Schutzwürdigkeit) devem gozar de proteção penal”⁵¹¹. É nesta acepção que os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal devem ser considerados como concretizações dos valores constitucionais, expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais e à ordenação social, política e econômica. Por esta via, portanto, dentro desta visão, é que os bens jurídicos dignos de tutela penal ou com dignidade jurídico-penal, transformam-se em bens jurídico-penais.

Jorio, convergindo com este entendimento, afirma que não se pode recorrer ao Direito Penal senão em casos de necessidade para a preservação dos bens jurídicos dotados de dignidade constitucional, estes que, segundo sua perspectiva, seriam aqueles que encontram esteio nos direitos fundamentais assegurados pela Constituição⁵¹².

É preciso asseverar que, de acordo com Zaffaroni, a expressão bem jurídico tutelado é redundante porque bem jurídico é todo ente que goza de proteção jurídica e esta é independente da lei penal, pois não há nenhum bem jurídico que seja criado pela lei penal em consequência da função sancionatória e não constitutiva⁵¹³. Portanto, diante desse raciocínio, um ente sem tutela jurídica não é um bem jurídico. Isto significa que não há tutela penal integral de nenhum bem jurídico, e sim, apenas, o requisito de que a conduta expressamente assinalada, a conduta típica, o ofenda na forma particular que o tipo particulariza. Além disso, a afirmação de que o poder punitivo tutela ou protege penalmente o bem jurídico é um juízo fático. O único que se exige no tipo é que este seja ofendido.

É também Zaffaroni quem afirma que “o Direito Penal projeta a tutela de todos os bens jurídicos, ao passo que o poder punitivo ameaça todos eles por sua ofensividade potencial em caso de descontrole”⁵¹⁴. Assim, entende-se, que o conceito típico de bem jurídico lesado cumpre sua

⁵¹⁰FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O Direito Penal do Bem jurídico como Princípio Jurídico Constitucional (à luz da jurisprudência constitucional portuguesa). In: *Revista de Legislação e Jurisprudência*. Coimbra, mai-jun, 2016. p.34-35.

⁵¹¹ COSTA ANDRADE, Manuel da. A dignidade penal e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológico-racional do Crime. In: *RPPC* 2 (1992), p. 184.

⁵¹² JORIO, Israel Domingos. *Crimes Sexuais*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2018, p. 28.

⁵¹³ ZAFFARONI, Eugénio Raul. In: BASTOS DE PINHO, Ana Cláudia; DELUCHEY, Jean-François Y.; GOMES, Marcus Alan de Mel (coordenadores). *Tensões contemporâneas da repressão criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p.13-15.

⁵¹⁴ ZAFFARONI, Eugénio Raul. In: BASTOS DE PINHO, Ana Cláudia; DELUCHEY, Jean-François Y.; GOMES, Marcus Alan de Mel (coordenadores). *Tensões contemporâneas da repressão criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p.15.

função limitadora sem necessidade alguma do aditamento do tutelado. O Direito Penal é um projeto de jurisprudência e, como tal, programa o poder jurídico de contenção do poder punitivo, com o qual protege todos os bens jurídicos. Assim, a ciência jurídica penal cumpre função protetora de bens jurídicos e sem esse impulso de contenção, o poder punitivo descontrolado acabaria com o Estado de Direito e os bens jurídicos perderiam sua essência. Afirma-se, portanto, com base neste raciocínio que o Direito Penal tutela bens jurídico-penais.

Assim, muito embora se reconheça o caráter do conceito de bem jurídico-penal como âmago do próprio Direito Penal, autores como Gomes e Yacobucci atestam, com precisão, que não é possível esperar que a noção de bem jurídico cumpra todas as funções estabelecidas atualmente nesta área do direito. Neste sentido, muito embora o conceito, historicamente, tenha servido como limitador da expansão legislativa em matéria penal, a experiência mostra que a política criminal avançou sobre áreas nas quais não é fácil determinar com clareza o bem jurídico que se pretende proteger⁵¹⁵.

Inclusive, conforme asseveram os autores, existem normas sem bem jurídico a proteger, isso, porém é muito diferente de pretender que o conceito seja uma barreira intransponível à extensão penal a campos em que a tutela ultrapassa os direitos individuais⁵¹⁶. Sobre esta problemática, Gomes e Yacobucci, amparado por Jakobs, adverte que, apesar dos problemas e fragilidades da doutrina do bem jurídico, não existe benefício em repudiá-la totalmente.

Isto porque, com base em Jescheck, o desvalor da ação e do resultado supõe que o Direito Penal tem a missão de proteger bens jurídicos contra condutas humanas de certas características e não meras expressões naturais. O Direito Penal realiza a proteção de bens jurídicos, no entanto busca que a vontade dos cidadãos se acomode às exigências do ordenamento jurídico. O delito, portanto, conforme o raciocínio de Gomes e Yacobucci, aparece como uma lesão simultânea do bem jurídico e do dever⁵¹⁷.

Como consequência, argumentam os autores que apesar da crise do conceito em relação a experiências factuais, é consensual a opinião de que o *ius puniendi* deve ser exercido apenas com o objetivo de proteger bens jurídicos. A finalidade da legislação penal se vincula com o

⁵¹⁵ GOMES, Luiz Flávio; YACOBUCCI, Guillermo Jorge. *As grandes transformações do direito penal tradicional*. Tradução da 2ª parte por Lauren Paoletti Stefanini; Revisão da tradução por Alice Bianchini e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p.95

⁵¹⁶ GOMES, Luiz Flávio; YACOBUCCI, Guillermo Jorge. *As grandes transformações do direito penal tradicional*. Tradução da 2ª parte por Lauren Paoletti Stefanini; Revisão da tradução por Alice Bianchini e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.p. 95.

⁵¹⁷ GOMES, Luiz Flávio; YACOBUCCI, Guillermo Jorge. *As grandes transformações do direito penal tradicional*. Tradução da 2ª parte por Lauren Paoletti Stefanini; Revisão da tradução por Alice Bianchini e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 95.

asseguramento de situações, bens, valores e relações fundamentais para a vida em comum das pessoas⁵¹⁸. Assim, preservar a noção de bem jurídico implica aceitar a existência de bens coletivos e de interesses difusos, que em última instância, permitem o desenvolvimento dos indivíduos⁵¹⁹;

Atualmente, o conceito de bem jurídico cumpre funções de legitimação, interpretativas e teleológicas e deve ser acompanhada do reconhecimento de certos princípios essenciais do Direito Penal – subsidiariedade, ofensividade, proporcionalidade etc⁵²⁰. Muito embora não seja possível defender que o bem jurídico é um conceito, por si só, capaz de limitar o legislador penal em seu trabalho de política criminal, a consequência das suas funções teleológicas e interpretativas implica na valoração da decisão normativa. Assim, a característica limitativa do conceito de bem jurídico apresenta relevância e eficácia quando relacionados a princípios⁵²¹.

Desse modo, o reconhecimento de que o conceito de bem jurídico encontra limitações na explicação da realidade fática não tem o condão de reduzir sua importância no campo do estudo do Direito Penal, principalmente diante da constatação de que o conceito possibilita a ideia de restrição da discricionariedade do papel do legislador na criação de figuras típicas desassociadas do espírito constitucional e dos princípios estabelecidos em dada Lei maior.

A percepção de bem jurídico-penal, por conseguinte, ao reforçar o caráter relacional do conceito com os valores estabelecidos em determinada Constituição, adentra na teoria do tipo enquanto elemento finalístico e limitador do Direito Penal, fortalecendo o compromisso com o respeito da dignidade da pessoa humana, pedra angular do sistema jurídico estabelecido como um Estado Democrático e Constitucional de Direito.

Neste âmbito, em harmonia com raciocínio explícito por Jorio, os poderes públicos estão comprometidos com a preservação dos espaços de existência e de liberdades individuais, e com a salvaguarda da autonomia que se pressupõe que os seres humanos, enquanto seres dignos, invariavelmente possuem⁵²². Concebe-se, portanto, que é a tutela de bens jurídico-penais e não a

⁵¹⁸GOMES, Luiz Flávio; YACOBUCCI, Guillermo Jorge. *As grandes transformações do direito penal tradicional. Tradução* da 2ª parte por Lauren Paoletti Stefanini; Revisão da tradução por Alice Bianchini e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 96.

⁵¹⁹ GOMES, Luiz Flávio; YACOBUCCI, Guillermo Jorge. *As grandes transformações do direito penal tradicional. Tradução* da 2ª parte por Lauren Paoletti Stefanini; Revisão da tradução por Alice Bianchini e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 97.

⁵²⁰ GOMES, Luiz Flávio; YACOBUCCI, Guillermo Jorge. *As grandes transformações do direito penal tradicional. Tradução* da 2ª parte por Lauren Paoletti Stefanini; Revisão da tradução por Alice Bianchini e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 96.

⁵²¹ GOMES, Luiz Flávio; YACOBUCCI, Guillermo Jorge. *As grandes transformações do direito penal tradicional. Tradução* da 2ª parte por Lauren Paoletti Stefanini; Revisão da tradução por Alice Bianchini e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 97.

⁵²² JORIO, Israel Domingos. *Crimes Sexuais*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2018, p. 26.

tutela de determinada moral ou de costumes que deve se voltar o Direito Penal Sexual – conjunto que abrange os chamados “Crimes de Lenocínio” - desse modo, qual seria o bem jurídico digno de proteção penal no Direito Penal Sexual nas realidades jurídicas portuguesa e brasileira?

3.3 O bem jurídico-penal do Direito Penal Sexual

Hodiernamente, do ponto de vista doutrinário, parece haver certo consenso de que o bem jurídico-penal do Direito Penal Sexual é a liberdade do indivíduo, existindo discordâncias, entretanto, quanto a precisão deste em relação a determinados seguimentos de pessoas, como aquelas consideradas incapazes ou vulneráveis. De maneira geral, há de se destacar, entretanto, que os pesquisadores mais sérios, hoje, rechaçam veementemente a proteção de valores morais pelo Direito Penal, buscando afastar da tutela deste ramo do direito os tipos penais que acobertem certa moralidade social.

Como já se repisou nesta tese de doutoramento, não há dúvidas de que houve uma imbricação histórica entre a moralidade social e o Direito Penal, situação expressa na própria teoria dos bens jurídicos, eis que já se atribuiu a moralidade pública, os bons costumes, a honestidade e o pudor como bem jurídico-penal do Direito Penal Sexual. Aliás, o pensamento tradicional, por exemplo, ainda tem defendido a proteção da moral sexual social, os valores ético-sociais, a pureza e a saúde da vida sexual.

Silveira, entretanto, explicita que o pensamento atual sobre a questão, que permeia o Direito Penal, não mais se fundamenta nas teses tradicionais, pois, compreende-o como limitado a *ultima ratio*, não mais admitindo a sua indistinta aplicação, dominada, pois, por aspectos morais⁵²³. Nesse sentido, o referido autor afirma que as teses mais recentes caminham no sentido de fazer clara separação entre direito e moral. O Direito Penal, na atualidade, tem sido compreendido tendo como missão fundamental a defesa de bens jurídicos dos cidadãos e da comunidade, demonstrando uma convergência na defesa dos direitos individuais e coletivos.

Segundo Silveira, deveria o Direito Penal, também, combater o conceito de nocividade social, restringindo-se a um mínimo indispensável e garantindo a esfera íntima individual onde não cabe a intromissão do Estado. Tem-se compreendido, portanto, que não deve o Estado intrometer-

⁵²³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Por um novo direito penal sexual: a moral e a questão da honestidade. In: *Revista Brasileira de ciências Criminais*. São Paulo, nº 33, p.133-158, jan./mar. 2001. p 154

se entre relações de adultos dotados de plena capacidade de autodeterminação, vez que os indivíduos capazes são responsáveis por seus próprios atos⁵²⁴.

Já se arguiu que a Constituição é o referencial mais idôneo para que a teoria do bem jurídico venha a cumprir uma função crítica e limitadora do *'jus puniendi'*, de modo a restringir a discricionariedade do legislador na criação de figuras típicas concernentes ao Direito Penal Sexual e possibilitar que os bens jurídicos tenha como parâmetro a ordem dos valores constitucionais, sobrelevando-se, neste raciocínio, o conceito de bem jurídico-penal.

O cerne da questão, portanto, é identificar, na Lei Maior, os valores constitucionais fundamentais à convivência em sociedade, estes que, somente no caso de gravemente violados, impliquem punição. É, pois a dignidade da pessoa humana que lastreia os ordenamentos jurídicos português e brasileiro. Fundamento da República Federativa do Brasil, insculpida em seu artigo 1º, inciso I da Constituição Federal de 1988 e base da República Portuguesa, expressamente prevista no art. 1º da Constituição lusa, o fato é que, em ambos os casos a dignidade da pessoa humana lastreia o próprio ordenamento jurídico.

Constitui-se, de fato, como um princípio reitor, como uma norma de hierarquia superior destinada a orientar todo o sistema normativo⁵²⁵. Não há dúvidas, portanto, que o Direito Penal recebe uma forte influência do princípio da dignidade humana, pois, trata-se de ramo do direito que invade de forma mais severa a liberdade do indivíduo, tendo a possibilidade de aplicar as sanções mais rígidas que o ornamento jurídico contempla.

Desse modo, não é possível pensar o Direito Penal nem o próprio sistema penal, observa Lima, sem ter como ponto de partida o princípio constitucional da dignidade humana, entendida tanto como fundamento dos limites do *jus puniendi* quanto como alicerce das possibilidades de criminalização e como fundamento constitucional da própria pena.⁵²⁶

Identificar a origem do princípio da dignidade da pessoa humana, como valor a ser respeitado por todos, não é tarefa das mais fáceis. Greco depois de passar os olhos pela história,

⁵²⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Por um novo direito penal sexual: a moral e a questão da honestidade. In: *Revista Brasileira de ciências Criminais*. São Paulo, nº 33, p.133-158, jan./mar. 2001. p. 154.

⁵²⁵ Sobre a impossibilidade de o princípio da dignidade ser reduzido a um princípio específico de um ramo do direito, explica Pacelli que “a dignidade humana não pode ser reduzida a nenhum princípio específico de quaisquer ramos de nosso ordenamento. Mais que um princípio de natureza jurídica, a dignidade humana se situa na base de todo o sistema político, social e econômico brasileiro, instituindo-se como o mais importante núcleo de regulação do Estado. Toda atividade e todos os esforços de intervenção estatal deveriam se orientar pela realização dos direitos humanos, positivados na ordem constitucional em diversos dispositivos, todos eles centralizados no princípio da dignidade humana”. PACELLI, Eugênio. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2015. P. 104).

⁵²⁶ LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. *Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais*– São Paulo : Saraiva, 2012.

acrescenta que suas raízes estão no cristianismo, porém, aponta os séculos XVII e XVIII como fundamentais não somente ao seu efetivo reconhecimento, mas também para a consolidação da dignidade da pessoa como valor a ser respeitado por todos. Mesmo reconhecendo a sua existência, lembra que persiste o enorme desafio em encontrar o preciso conceito de dignidade da pessoa humana, este que, pela sua abrangência, passa por um contínuo processo de construção.⁵²⁷

Encontrar a precisa conceituação do termo dignidade humana⁵²⁸, devido a ampla dimensão valorativa, é tarefa que enseja uma dificuldade conceitual. Esta realidade é bem subsumida a partir da maneira como Ishida descreve a dignidade humana. Para o precitado autor, a dignidade é definida como qualidade moral que infunde respeito, consciência do próprio valor, honra, autoridade, nobreza, qualidade do que é grande, nobre elevado, modo de alguém proceder ou se apresentar que inspira respeito⁵²⁹. Em suma, “a dignidade é a qualidade moral, que possuída por alguém, serve de base ao próprio respeito em que é tida”⁵³⁰.

Novelino afirma, de maneira mais refinada, que não é ontologicamente um direito, mas uma qualidade intrínseca a todo ser humano, independente de sua origem, sexo, idade, condição social ou qualquer outro requisito⁵³¹. Na verdade, observa Carvalho, trata-se de um conceito que se contrapõe a todo tipo de violação do direito do homem⁵³². Sarlet, a seu modo, sustenta que a qualidade intrínseca e definitiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, “como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma

⁵²⁷ GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 6º edição, Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 67.

⁵²⁸ Procurando encontrar o sentido o alcance da expressão dignidade humana, indaga Lima “Mas o que é dignidade humana? O vocábulo dignidade, do latim dignitas significa, etimologicamente, tudo aquilo que mereça respeito, estima, consideração. Dignidade humana não é outra coisa senão uma categoria moral, que, antes de mais nada, relaciona-se, como quer Rabenhorst, “com a própria representação que fazemos da condição humana”, por outras palavras, dignidade “é a qualidade particular que atribuímos aos seres humanos em função da posição que eles ocupam na escala dos seres”. A dignidade, assim, somente pode ser concebida como um valor que pertença de forma irrevogável aos seres humanos, independentemente de suas qualidades singulares”. LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. *Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais*– São Paulo : Saraiva, 2012.

⁵²⁹ ISHIDA, Valter Kenji. *Bem jurídico penal moderno*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 77.

⁵³⁰ ISHIDA, Valter Kenji. *Bem jurídico penal moderno*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 77.

⁵³¹ NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 262.

⁵³² CARVALHO, João Paulo Gavazza de Mello. Princípio Constitucional Penal da Dignidade da Pessoa Humana. In: *Princípios Penais Constitucionais – Direito e Processo Penal à luz da Constituição Federal*, organização Ricardo Augusto Schimitt, Ed. Podivm, Bahia, 2007. p. 283-284.

vida saudável, além de propiciar e promover a sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”⁵³³.

Em sentido semelhante, depois de sustentar que o conceito de dignidade da pessoa humana é de difícil tradução, Greco arrisca a construir o entendimento de que o conceito de dignidade da pessoa reflete a compreensão de que essa é uma qualidade que integra a própria condição humana, sendo, em muitas situações, considerado, ainda, como irrenunciável e inalienável⁵³⁴.

É, portanto, algo inerente ao ser humano, um valor que não pode ser suprimido, em virtude da sua própria natureza. O reconhecimento da dignidade da pessoa humana como valor inerente a todo ser humano foi um largo passo para a sua solidificação normativa. Pode-se destacar que, de todos os princípios fundamentais que foram sendo conquistados na evolução do ordenamento jurídico, através dos anos, aparece o princípio da dignidade da pessoa humana. Trata-se de um dos princípios mais fluidos, mais amplos, mais abertos que podem ser trabalhados por todos os ramos do direito, inclusive o Direito Penal. Assim, este princípio serve como princípio reitor de muitos outros que buscam nele o seu fundamento de validade.⁵³⁵

O conceito de dignidade da pessoa humana, por possuir expressões vagas ou termos que necessitam a realização de uma integração valorativa, enseja o que em doutrina se denomina conceito jurídico indeterminado. A atividade integrativa realizada pelo operador do direito viabiliza uma adequação mais precisa e clara do conceito indeterminado aos valores subjacentes à sociedade no momento histórico do exercício de integração, consentindo, dessa maneira, que a concepção formulada acerca da dignidade da pessoa humana, pelo operador do direito, se desenvolva através de um juízo de valor temporal e conexo com o espaço territorial de sua aplicação.⁵³⁶

A dignidade da pessoa humana como fundamento constitucional, deve ser entendida como norma de hierarquia superior destinada a orientar todo o sistema normativo: “o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta seu amplo sentido normativo-constitucional”.⁵³⁷ Assim, norteia a elaboração legislativa, bem como propicia a

⁵³³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: livraria do advogado, 2001, p.60.

⁵³⁴ GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 6º edição, Rio de Janeiro: Impetus, 2011. P. 68 - 71.

⁵³⁵ GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 6º edição, Rio de Janeiro: Impetus, 2011. P. 68 - 71.

⁵³⁶ CARVALHO, João Paulo Gavazza de Mello. Princípio Constitucional Penal da Dignidade da Pessoa Humana. In: *Princípios Penais Constitucionais – Direito e Processo Penal à luz da Constituição Federal*, organização Ricardo Augusto Schimitt, Ed. Podivm, Bahia, 2007. p. 283-284.

⁵³⁷ MOREIRA, Vital; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1984, v. 1, p. 70.

avaliação, por comparação, da validade das normas infraconstitucionais – aqui reside, portanto, sua importância para o Direito Penal e, por conseguinte, para o Direito Penal Sexual.

Há, ainda, questões a serem pontuadas a este respeito. Dessume-se deste fundamento, de acordo com Novellino, o chamado “dever de respeito”, o “dever de proteção” e o “dever de promoção” que implica na obrigação de ações comissivas e omissivas por parte de particulares e do Estado⁵³⁸. Para o precitado autor, o “dever de respeito” em relação a dignidade da pessoa humana relaciona-se com a denominada “fórmula do objeto”. Assim, considera-se violada a dignidade nos casos em que o ser humano é tratado não como um fim em si mesmo, mas como mero instrumento para se atingir determinados objetivos.

Neste sentido, pode-se compreender que há a violação da dignidade humana quando o tratamento como objeto constitui uma expressão do desprezo pela pessoa ou para com a pessoa. Esta percepção, segundo Novellino, relaciona-se com o valor liberdade e veda a prática de condutas violadoras deste valor, seja pelo Poder público, seja por particulares: em resumo, o dever de respeito à dignidade “impede que uma pessoa seja tratada como um meio para se atingir um determinado fim (aspecto objetivo), quando este tratamento for fruto de uma expressão do desprezo pela pessoa em razão de sua condição (aspecto subjetivo)”⁵³⁹.

O “dever de proteção”, por outro lado, exige uma ação positiva dos poderes públicos na defesa da dignidade contra qualquer espécie de violação, inclusive por parte de terceiros. É neste contexto, segundo Novellino, que se compreende a legitimidade do Poder Legislativo para criminalizar condutas que causem graves violações ao bem jurídico. De igual modo, no âmbito da aplicação judicial do direito, o dever de proteção à dignidade atua como diretriz hermenêutica a orientar a interpretação e aplicação de outras normas⁵⁴⁰.

Finalmente, o dever de promoção impõe a adoção de medidas que possibilite o acesso aos bens e utilidades indispensáveis a uma vida digna. Relaciona-se, neste aspecto, com a igualdade material, exigindo uma atuação positiva dos poderes públicos⁵⁴¹.

Importante a digressão a respeito dos deveres que se dessemem da dignidade da pessoa humana, mais especificamente do “dever de respeito” e do “dever de proteção” porque, com base nestes dois imperativos que impõem, por um lado um dever de abstenção e, por outro, de ação por parte do Estado, encontrar-se-á o equilíbrio no qual deve o Direito Penal incidir para proteger os valores mais caros, mais elementares para o indivíduo e para vida em comunidade. Ou seja, o problema que se coloca é que, sendo a dignidade da pessoa humana fundamento/base do Estado brasileiro e português, norma de hierarquia superior destinada a orientar todo o sistema normativo,

⁵³⁸ NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 261.

⁵³⁹ NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 263.

⁵⁴⁰ NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2017. pp. 263-264.

⁵⁴¹ NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2017. p.264

incluindo-se o penal, que medida de sua ampla dimensão serve para justificar a incidência do Direito Penal? Em outras palavras, é a dignidade humana um bem jurídico-penal?

É preciso pontuar, primeiramente, com base em Souza, que muito embora a dignidade humana seja originariamente um valor moral, isso não significa dizer, contudo, que contenha uma mera declaração ética, pois constitui-se muito mais como uma norma jurídico-positiva, reconhecida atualmente em várias constituições⁵⁴². Outrossim, a dificuldade para determinar o conteúdo e o significado do seu conceito, entretanto, não lhe retira a possibilidade de se constituir como um bem jurídico-penal.

Neste sentido, segundo as lições de Costa Andrade, a dignidade configura, assim, a matriz e o étimo diretamente fundante “dos bens jurídicos de índole pessoal (...) é a verdadeira realidade numenal protegida pelo Direito Penal sob a forma e sub nomine dos bens jurídico-penais de índole pessoal”⁵⁴³, asseverando o professor de Coimbra que não admira, por isso, que seja perenemente “em nome de exigências diretamente decorrentes da dignidade humana que toda uma nova pletera de bens jurídicos pessoais vem reivindicando e logrando o reconhecimento positivado por parte da generalidade dos ordenamentos jurídico-penais contemporâneos”⁵⁴⁴.

Concebe-se a dignidade humana nos precitados termos. Sua importância para o Direito Penal Sexual radica não somente no âmbito metanormativo, mas também enquanto étimo fundante dos bens jurídico-penais de índole pessoal tutelado por este ramo do Direito Penal, garantindo-se que a “pessoa não será objeto de ofensas ou humilhações” e tenha a garantia da “afirmação positiva de pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo”⁵⁴⁵.

Jório explica que é a dignidade sexual, constituinte de um dos aspectos que compõem a dignidade da pessoa humana, um bem tutelado pelo Direito Penal. Sobre esta especificidade, questiona sobre se seria adequado cindir a dignidade em várias ‘partes’, criando várias ‘dignidades’ específicas, quando em verdade a dignidade é una e indivisível⁵⁴⁶. Alude, em seguida a uma dignidade que abrange um aspecto inegavelmente relevante para a existência e o desenvolvimento do ser humano em padrões de qualidade aceitáveis – a sexualidade. “A conservação de um espaço

⁵⁴² SOUZA, Paulo Vinicius Sporlder de. *Bem jurídico penal e engenharia genética humana: contribuição para compreensão dos bens jurídicos supra-individuais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 247.

⁵⁴³ COSTA ANDRADE, Manuel. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal. Uma perspectiva jurídico-criminal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1996. p. 13.

⁵⁴⁴ COSTA ANDRADE, Manuel. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal. Uma perspectiva jurídico-criminal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1996. p. 13.

⁵⁴⁵ DELGADO, Lucrecio Rebollo. *Derechos fundamentales y protección de datos*. Madrid: Dykinson, 2004, p. 18.

⁵⁴⁶ JORIO, Israel Domingos. *Crimes Sexuais*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2018, p. 28.

inviolável dentro do qual se pode expressar e exercer a sexualidade é condição *sine qua non* para que se possa falar em dignidade da pessoa humana”⁵⁴⁷.

Para o precitado autor, a dignidade sexual, enquanto bem jurídico-penal, deve ser conceituada negativamente em função do alto grau de indeterminação de seu conteúdo pelo que chama de “tipo ideal de lesão”. Neste sentido, no âmbito dos crimes sexuais, haveria, para Jorio, um “tipo ideal de lesão” quando uma pessoa vulnerável, como alguém menor de idade, fosse usada como objeto sexual por outrem⁵⁴⁸.

Consigne-se, inclusive, que o próprio Figueiredo Dias já alertou que o pior serviço que pode prestar-se ao primeiro e mais elevado princípio de toda a ordem jurídica e democrática, ou seja, o respeito intocável pela eminente dignidade da pessoa, é, em matéria penal, invocá-lo como princípio prescritivo dotado de um conteúdo fixo, imutável e apto à subsunção, imediatamente aplicável a concretas situações de vida⁵⁴⁹. Segundo o renomado doutrinador, a natureza da dignidade humana enquanto princípio (e em matéria de Direito Penal) constitui-se como a de se erguer como um veto inultrapassável a qualquer atividade do Estado que não respeite aquela dignidade, impondo assim um limite absoluto à intervenção estatal⁵⁵⁰.

Esta concepção deve ser aqui pontuada porque ainda que se compreenda, por exemplo, que seja indigno servir como objeto posto a disposição dos caprichos e necessidades sexuais de outrem - já que o ser humano, seja ou não vulnerável, é um fim em si mesmo, não podendo ser tratado como meio para o alcance de fins e utilidades quaisquer, ou seja, ser coisificado, transformado em objeto posto à disposição do arbítrio de outrem – não pode haver interferência do Estado, de maneira paternalista, nas relações sexuais consentidas entre adultos capazes.

A opção pela conceituação negativa da dignidade sexual, utilizando-se a percepção de “tipo ideal de lesão”, como explica referido pesquisador, muito embora reconheça que o “ser humano não possui preço, mas dignidade, já que ele é, ele mesmo, fim de todas as coisas”⁵⁵¹ limita a tutela desse bem jurídico-penal quando se está diante de pessoas capazes de compreender e de tomar decisões sobre suas práticas sexuais, já que, diante destes, não se justifica amplo espaço para a intervenção estatal.

⁵⁴⁷ JORIO, Israel Domingos. *Crimes Sexuais*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2018, p. 28.

⁵⁴⁸ JORIO, Israel Domingos. *Crimes Sexuais*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2018, pp. 30-31.

⁵⁴⁹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *O direito penal do bem jurídico como princípio jurídico-constitucional*. Da doutrina penal, da jurisprudência constitucional portuguesa e das suas relações. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 41.

⁵⁵⁰ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *O direito penal do bem jurídico como princípio jurídico-constitucional*. Da doutrina penal, da jurisprudência constitucional portuguesa e das suas relações. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 41.

⁵⁵¹ JORIO, Israel Domingos. *Crimes Sexuais*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2018, p. 31.

Portanto, segundo Jorio, não podem os poderes públicos, a pretexto de defender os interesses dos indivíduos, controlar paternalisticamente seu comportamento, restringindo o âmbito de expressão e exercício da sexualidade de pessoas adultas e mentalmente sadias, ainda que a relação sexual identificada entre duas pessoas adultas e plenamente capazes para consentir seja considerada, sob uma perspectiva majoritária, aviltante para uma ou todas as partes envolvidas⁵⁵².

Neste âmbito, portanto, a dignidade sexual, enquanto elemento constituinte da dignidade humana, fundamento dos Estados brasileiro e português, muito embora alicerçada na Constituição destes países, não se presta, de *per si*, à criminalização de condutas sexuais, sendo antes limitadora da própria interveniência dos Estados nesta seara. Neste sentido, se todos são capazes de se entregarem a tais práticas de modo livre e consciente fica o Estado desautorizado a interferir, “de modo que não cabe à sociedade ou ao Estado simplesmente impor uma concepção de indignidade sexual e obstar relações e atividades sexuais”⁵⁵³.

O fato é, segundo Jorio, que o controle das orientações, preferências, expressões e exercícios da sexualidade é extremamente problemático porque pode ser guiado por preconceitos e tabus, tendo potencial para ser extremamente arbitrário⁵⁵⁴. Dessa maneira, para o precitado autor, qualquer intervenção estatal deve estar inexoravelmente condicionada à existência de uma lesão concreta a um bem jurídico⁵⁵⁵. Com este raciocínio reforça-se, assim, a percepção da proteção da dignidade sexual segundo o “tipo ideal de lesão”

Assim, com base em Jorio, pode-se afirmar que uma lesão - no caso das relações sexuais consentidas, mantidas entre pessoas adultas e capazes e detentoras de suas dignidades sexuais - não deve ser presumida, como se passaria com os vulneráveis. O divisor de águas entre as tutelas penais das dignidades sexuais dos vulneráveis e dos não vulneráveis é um só: a liberdade de escolha⁵⁵⁶.

Portanto, para o precitado autor, o que diferencia a proteção, pelo Estado dos bens jurídico-penais da dignidade sexual e da liberdade, é o raciocínio segundo o qual muito embora todos sejam titulares da dignidade sexual, nos episódios em que o sujeito passivo seja uma pessoa não vulnerável, a incidência das normas penais incriminadoras só terá lugar quando houver lesão à liberdade de escolha referente à vida sexual, vale dizer, quando houver constrangimento, mediante violência ou grave ameaça, ou emprego de fraude⁵⁵⁷. “Nesses casos, ou não há o consentimento, de

⁵⁵² JORIO, Israel Domingos. *Crimes Sexuais*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2018, p. 32.

⁵⁵³ JORIO, Israel Domingos. *Crimes Sexuais*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2018, p. 32.

⁵⁵⁴ JORIO, Israel Domingos. *Crimes Sexuais*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2018, p. 32.

⁵⁵⁵ JORIO, Israel Domingos. *Crimes Sexuais*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2018, p. 32.

⁵⁵⁶ JORIO, Israel Domingos. *Crimes Sexuais*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2018, p. 32.

⁵⁵⁷ JORIO, Israel Domingos. *Crimes Sexuais*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2018, p. 33.

modo que jamais se pode falar em escolha, ou pelo menos, se ele existe está viciado, e a escolha não é livre e consciente”⁵⁵⁸.

3.4 Liberdade sexual como um bem jurídico-penal

Já se afirmou que toda lesão à liberdade sexual compromete a dignidade sexual, pois esta última exige um espaço de liberdade para a expressão e o exercício da sexualidade, sem embargo, o contrário não é verdadeiro, pois, nem sempre que existir uma violação da dignidade sexual será possível supor “um dano à liberdade sexual, já que esse segundo objeto jurídico, diferentemente do primeiro, não se faz presente em toda e qualquer pessoa, mas somente nas consideradas não vulneráveis”⁵⁵⁹.

Muito embora esta posição aqui assumida nesta tese de doutoramento não seja majoritária, importa destacar que a doutrina penalista tem se indagado sobre o que se pretende proteger no âmbito do Direito Penal Sexual e, mais especificamente, nos chamados “Crimes de Lenocínio”. No Brasil, por exemplo, há autores que sustentam que o bem jurídico protegido nos crimes sexuais é a dignidade humana, unicamente considerada, recrudescendo o seu caráter fundante dos bens jurídicos de índole pessoal.

Essa percepção tem sido recrudescida, principalmente depois das alterações promovidas pela Lei nº 12.015/2009⁵⁶⁰, operando a substituição do título VI do Código Penal que era designado como “Dos crimes contra os costumes”⁵⁶¹ pela denominação “Dos crimes contra a dignidade

⁵⁵⁸ JORIO, Israel Domingos. *Crimes Sexuais*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2018, p. 33.

⁵⁵⁹ JORIO, Israel Domingos. *Crimes Sexuais*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2018, p. 33.

⁵⁶⁰ “Em relação ao Direito Penal Sexual, este se volta também obrigatoriamente a proteger determinados bens jurídicos. Nosso ordenamento penal estabelece um bem jurídico de extrema relevância a ser protegido, que é a dignidade sexual. Apesar da alteração do nome de um crime, ou de um capítulo do Código Penal, por si só não representa uma mudança sensível, não é o que se pode dizer da colocação da dignidade sexual em lugar dos antigos costumes tutelados pelo Código Penal. Isso porque a colocação da dignidade sexual como bem jurídico tutelado nos crimes sexuais pressupõe o abandono de um molde voltado a aspectos morais para dar lugar à proteção do ser humano na, talvez, vertente mais importante em nosso ordenamento jurídico, que é a dignidade da pessoa humana”. D’ELIA, Fábio Suardi. *Tutela Penal da Dignidade Sexual e vulnerabilidade*. 1ª edição, São Paulo, Editora Letras Jurídicas, 2014. p. 56.

⁵⁶¹ Sobre a evolução legislativa em Portugal, que partiu nos crimes sexuais também da concepção da tutela dos costumes até a liberdade sexual, Ana Rita Alfaiate escreve: “Pelo fato de se estar presente perante O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

sexual.” Para Pierangeli e Souza, inclusive, a atualização atendeu a um anseio da doutrina penal, que há muito “criticava a expressão anterior por entendê-la vinculada a uma moral ultrapassada. Com a nova redação, o enfoque direciona-se à liberdade, à segurança e a incolumidade física relacionadas à sexualidade humana”⁵⁶², de modo a expressar que a dignidade humana é, em profundidade, o nome dado a um bem jurídico complexo, sobre o qual incidem vários valores a serem protegidos⁵⁶³.

De fato – e não há como pensar contrariamente - a dignidade da pessoa humana constitui princípio regente do ordenamento jurídico, inclusive do Direito Penal. “Sob o prisma subjetivo implica no sentimento de respeitabilidade e autoestima do ser humano, constituindo presença marcante na formação da sua personalidade”⁵⁶⁴. Ao afirmar que a dignidade sexual liga-se à sexualidade humana diz que “associa-se a respeitabilidade e autoestima à intimidade e à vida privada, permitindo-se deduzir que o ser humano pode realizar-se, sexualmente, satisfazendo a lascívia e a sensualidade como bem lhe aprouver”⁵⁶⁵.

Para Greco e Rassi, defensores do posicionamento de que o bem jurídico-penal dos crimes sexuais é a dignidade humana, essa alteração resulta na aproximação do Direito Penal aos padrões contemporâneos de moralidade política vigentes nas democracias liberais “cuja normatividade se baseia em dois pontos principais: a ampliação das esferas de autonomia e de liberdade individuais, por um lado, e o aumento da tolerância entre os diversos grupos de convivência social, por outro”⁵⁶⁶.

Martinelli, em percepção superficial sobre o tema, sustenta que “a violência sexual é um atentado à dignidade da vítima, pois esta fica impedida de desenvolver sua autodeterminação em

incriminações relativas a um específico pudor e moral, paulatinamente se foi substituindo o conceito de crime contra a honestidade e contra os costumes pelo designativo de crimes sexuais. A mudança de paradigma do bem jurídico protegido, porém, não acompanhou essa evolução na denominação dos tipos e só depois da revisão de 1995 pode efetivamente falar-se numa alteração de concepção de bem jurídico”. ALFAIATE, Ana Rita. *A relevância penal da sexualidade dos menores*. Coimbra. Coimbra Editora, 2009, p. 69.

⁵⁶² PIERANGELI, José Henrique; SOUZA, Carmo Antônio de. *Crimes Sexuais*. Belo Horizonte, Del Rey, 2010, p. 01.

⁵⁶³ Neste sentido, encontram-se autores que sustentam que muitos dos crimes previstos no título VI do Código Penal brasileiro, tem como bem jurídico a dignidade, a liberdade e o desenvolvimento sexual.

⁵⁶⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual*. 4ª edição. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 40.

⁵⁶⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual*. 4ª edição. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 40.

⁵⁶⁶ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 59

O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

relação à prática do sexo da maneira como deseja”⁵⁶⁷. Afirma também que “acima da imoralidade, tal comportamento criminoso é lesivo à dignidade da pessoa humana”⁵⁶⁸.

Para Greco e Rassi⁵⁶⁹, a dignidade sexual, especificidade da dignidade da pessoa humana, deve ser identificável em dois planos distintos. No primeiro “a dignidade individual, ligada ao exercício de sua autodeterminação de vontade sobre a manifestação de sua própria sexualidade”⁵⁷⁰. No segundo plano “numa dignidade social (sexual), no sentido do direito ao exercício da coexistência que implica no regime em que há na sociedade um consenso sobre a publicidade da conduta social”⁵⁷¹.

O Direito Penal forneceria, então, os parâmetros e limites para o exercício da liberdade e tolerância. Levando-se em consideração esses parâmetros, encontra-se o fundamento contemporâneo de despenalização de condutas sexuais ocorridas entre adultos, em espaço privado e consentidas, acompanhando o fenômeno da privatização da sexualidade. Porém, o mesmo tratamento ou grau de aceitação não é destinado às manifestações sexuais ocorridas em espaço público, e não existe contradição em admitir a tutela dessas moralidades substanciais, com a afirmação de que a normatividade retrata o alargamento das esferas de autonomia e de liberdade do indivíduo⁵⁷².

É de importância fundamental a identificação precisa do bem jurídico-penal protegido em determinadas condutas, pois em consequência desta identificação ter-se-á a compreensão do tipo penal e efeitos como o conflito aparente de normas, bem como a classificação sistemática do crime. Não se pode negar que o bem jurídico-penal escolhido no plano legislativo é uma indicação interpretativa relevante, “porque provoca repercussões sistemáticas e os efeitos nos tipos penais dos capítulos em que estão inseridos os tipos. Mas ele não esgota ou encerra o debate sobre sua identificação”⁵⁷³.

⁵⁶⁷ MARTINELLI, João Paulo. Moralidade, vulnerabilidade e dignidade sexual. In: *Revista Síntese do direito Penal e Processual Penal*. São Paulo, nº 68, v. 11, 2011. p. 08.

⁵⁶⁸ MARTINELLI, João Paulo. Moralidade, vulnerabilidade e dignidade sexual. In: *Revista Síntese do direito Penal e Processual Penal*. São Paulo, nº 68, v. 11, 2011. p. 08.

⁵⁶⁹ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 61

⁵⁷⁰ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 61.

⁵⁷¹ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 61.

⁵⁷² GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 60.

⁵⁷³ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 63.

Acrescentam Greco e Rassi que toda classificação sobre o bem jurídico passa por dois obstáculos: “o primeiro de que há um inter-relacionamento dos bens jurídicos e, o segundo, no caso de crimes pluriofensivos, optar pelo bem jurídico preponderante”⁵⁷⁴. Assim, foi importante a opção terminológica utilizada pela Lei nº 12.015/2009, pois permitiu, no Brasil, encontrar o significado de outros bens jurídicos.

No primeiro aspecto os bens jurídicos se interrelacionam, agrupando-se em círculos concêntricos, podendo também existir bens jurídicos nucleares, com bens jurídicos menos valiosos gravitando ao redor, servindo de escudo ao bem jurídico central⁵⁷⁵. Portanto, esses bens jurídicos, funcionam como escudo e participam do “sistema solar de outro bem jurídico, os bens jurídicos periféricos que se entrelaçam a outro, em círculos secantes. É o que acontece, nos crimes sexuais, com a intimidade, a honra individual etc.”⁵⁷⁶ Com relação ao segundo obstáculo e tratando-se de crimes pluriofensivos, “deve-se optar pelo bem jurídico predominante, caso em que, sem dúvidas, haverá influência ideológica ou de política criminal⁵⁷⁷.

Ora, como já se explicitou, o bem jurídico protegido pela norma penal deve sofrer um processo de avaliação diante dos valores constitucionais para, assim, ter relevância no âmbito penal. Isto implica no afastamento da punição de meras imoralidades, que, sob o prisma sexual, apresentem-se dissociadas do arcabouço protetivo de ordem constitucional, constituindo-se como de questionável importância para o direito.

Autores denunciaram, através de reiteradas críticas, a tendência moralizadora da prefalada seara do Direito Penal. O que se questiona a esse respeito é a legitimidade da criminalização de condutas ofensivas à moral social sexual⁵⁷⁸. O bem jurídico nos crimes sexuais vêm sendo, então, cercado por profundas e reiteradas discussões. Os debates sobre a criminalização e descriminalização de alguns comportamentos refletem a influência moral existente no Direito Penal, de modo que a proteção do bem jurídico implica no afastamento da punição de meras imoralidades.

⁵⁷⁴ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 63.

⁵⁷⁵ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 63.

⁵⁷⁶ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 63.

⁵⁷⁷ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 63.

⁵⁷⁸ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 25.

Corroborando esta afirmação Roxin assevera que “a proteção de normas morais, religiosas ou ideológicas, cuja violação não tenha repercussões sociais, não pertence, em absoluto, aos limites do Estado Democrático de Direito”⁵⁷⁹. Em sentido semelhante, leciona Figueiredo Dias, para quem “puras violações morais não conformam como tais a lesão de um autêntico bem jurídico e não podem, por isso, integrar o conceito de crime”⁵⁸⁰.

Natscheradetz lembra que a doutrina espanhola mais recentemente tem salientado o princípio da intervenção mínima do Direito Penal e a necessidade de uma separação nítida entre a moral e o direito, de modo que a lei penal não constitua um código moral de conduta e o Estado não imponha, mediante a coação, uma determinada moral. Em seguida afirma que o Direito Penal só deve intervir na esfera de atividade sexual do indivíduo quando através da conduta, o comportamento sexual acarrete um prejuízo real e injusto a outra pessoa ou à comunidade⁵⁸¹.

De fato, é na Constituição que o legislador penal vai encontrar os critérios para materializar os bens com dignidade penal e que necessitam de proteção. Assim, a doutrina tem sustentado que a liberdade sexual é o único bem jurídico digno de proteção nos crimes sexuais, pois esta não possui qualquer conotação moral. Esse pensamento tem recebido a acolhida dos estudiosos do Direito Penal em Portugal e na Espanha. No Brasil, esse pensamento começa a ganhar adeptos.

Neste sentido, seguindo a percepção já formulada por Greco e Rassi, é de se notar que Natscheradetz procurou estabelecer as relações entre o Direito Penal e a moral social, de modo a fixar os limites do Direito Penal Sexual, excluindo do seu âmbito de proteção os valores éticos-sociais, em particular, a moral social sexual para, em seguida, definir o seu ponto de vista sobre qual deva ser o bem jurídico protegido comum a todos os tipos penais desse ramo do direito⁵⁸².

Natscheradetz, depois de assumir no seu trabalho uma postura nitidamente constitucionalista, sustenta que é na Constituição que os critérios para a apreciação do legislador penal, na concretização dos bens com dignidade penal e que necessitam de tutela penal, são

⁵⁷⁹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. Tomo I. La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Lozon Penã y Garcia Conlledo e Remensal. Madrid: Civitas, 2008. p. 63.

⁵⁸⁰ Continua Figueiredo Dias no mesmo sentido ao afirmar que a evolução do direito penal sexual constitui exemplo paradigmático desta asserção: àquela luz ele tem por força de deixar de ser um direito tutelar da honestidade, dos costumes ou dos bons costumes – e onde por isso caberia a punibilidade de práticas sexuais que, à luz dos sentimentos gerais de moralidade sexual deveriam ser consideradas desviadas, anormais, viciosas ou contra a natureza: numa palavra, imorais. Para se tornar um direito tutelar de um bem jurídico perfeitamente definido e que reentra, de pleno direito, no capítulo dos crimes contra a pessoa: o bem jurídico da liberdade e autodeterminação da pessoa na esfera sexual. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: parte geral*. Tomo I. 2ª. Ed. Coimbra - Portugal: Coimbra Editora, 2012. p. 124.

⁵⁸¹ NATSCHERADETS, Karl Prelhaz. *O Direito Penal Sexual*. Coimbra – Portugal: Almedina, 1985. p.132.

⁵⁸² GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 53.

encontrados. Esses critérios não são apresentados de forma fechada, permitindo, destarte, certa liberdade. Além do mais, para que um conceito de dano não se torne vazio e seja manipulado no sentido de sua identificação com qualquer outra norma jurídico-penal, esse conceito deve ser estabelecido a partir da Constituição⁵⁸³.

Procurando definir o objeto de proteção do Direito Penal Sexual, Natscheradetz parte dos seguintes pressupostos: a) para que exista a intervenção do Direito Penal é necessária a ocorrência de um dano social, que não pode ser confundido com a mera imoralidade, com a ofensa a valores éticos-sociais, nem que o comportamento se afaste do padrão dominante; b) o dano jurídico penalmente relevante consiste apenas na diminuição de valor do bem jurídico;⁵⁸⁴ c) não existe um consenso suficientemente alargado de quais são os comportamentos valiosos no âmbito da sexualidade, pelo contrário, trata-se de um campo em que existe uma grande variedade de comportamentos e de atitudes e valorações perante ele;⁵⁸⁵ d) não existe qualquer risco à convivência social numa sociedade tolerante e pluralista a inexistência de uma valoração global unitária da sexualidade, socialmente compartilhada, constituindo a sexualidade humana “devido à sua importância vital e às virtualidades que reveste para o desenvolvimento das potencialidades do homem e a sua autorrealização, um dos domínios em que a liberdade individual melhor se pode manifestar”⁵⁸⁶.

O Direito Penal Sexual tem como objetivo garantir a maior liberdade possível nos comportamentos sexuais. Apenas as condutas sexuais que mais gravemente atentem contra a liberdade pessoal do indivíduo, vale ressaltar, a sua liberdade sexual, são passíveis de incriminação. A liberdade individual possui dignidade constitucional, de modo que a sua tutela representa um pressuposto necessário para a convivência social, nas várias facetas e nos múltiplos domínios em que a liberdade individual se manifeste, entre os quais a esfera sexual. Resta saber o que pode ser entendido como liberdade sexual, que é vista pelo autor a partir de uma tríplice perspectiva: positiva-dinâmica; negativa-estática e mista⁵⁸⁷.

No sentido positivo ou dinâmico, a liberdade sexual é definida como a “livre disposição do sexo e do próprio corpo para fins sexuais, ou seja, a liberdade de opção e de atuação de cada um no domínio da sexualidade, de acordo com os seus desejos”⁵⁸⁸. Natscheradetz acrescenta, em seguida, que essa liberdade deve ser compreendida “quer no que diz respeito a forma de manifestação da

⁵⁸³ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 53.

⁵⁸⁴ NATSCHERADETS, Karl Prelhaz. *O Direito Penal Sexual*. Coimbra – Portugal: Almedina, 1985. p. 139.

⁵⁸⁵ NATSCHERADETS, Karl Prelhaz. *O Direito Penal Sexual*. Coimbra – Portugal: Almedina, 1985. p. 139.

⁵⁸⁶ NATSCHERADETS, Karl Prelhaz. *O Direito Penal Sexual*. Coimbra – Portugal: Almedina, 1985. p. 139.

⁵⁸⁷ NATSCHERADETS, Karl Prelhaz. *O Direito Penal Sexual*. Coimbra – Portugal: Almedina, 1985. p. 141.

⁵⁸⁸ NATSCHERADETS, Karl Prelhaz. *O Direito Penal Sexual*. Coimbra – Portugal: Almedina, 1985. p. 141.

sexualidade, quer quanto ao destinatário da mesma dentro dos limites implicados pela tolerância e o respeito da liberdade sexual⁵⁸⁹ alheia.”⁵⁹⁰

No sentido inverso o referido autor ressalta o caráter estático ou passivo da liberdade sexual, que “consiste na proteção do aspecto defensivo de tal liberdade, no direito de não sofrer qualquer espécie de intromissão física ou moral dirigida para a realização de atos sexuais”⁵⁹¹. Assim, a liberdade sexual reflete o direito que cada pessoa possui de não suportar de um terceiro, contra sua vontade, a realização de atos sexuais, “qualquer que seja a forma que eles revistam, embora o entendimento do Direito Penal como *ultima ratio* implique que apenas seja tutelada a liberdade sexual contra ações que revistam certa gravidade”⁵⁹².

A denominada concepção mista ou eclética em que a liberdade sexual pode ser vista tanto pela perspectiva dinâmico-positivo, como estática-passiva, próprias de tal liberdade, consiste na “faculdade de fazer ou não uso do próprio corpo que assiste a cada pessoa, assim como a liberdade de acionar os meios protetores da função sexual pessoal face às condutas alheias da mesma natureza”⁵⁹³.

Depois de analisar as diferentes aceções sobre o conceito de liberdade sexual, Natscheradetz afirma que tanto a vertente positiva quanto a negativa retratam tendências conciliáveis. Além do mais, esses pensamentos não se repelem nem se excluem, muito pelo contrário, eles se complementam⁵⁹⁴.

Procurando delimitar melhor o conceito de liberdade sexual, Natscheradetz passa a fazer algumas análises sobre o conteúdo do Direito Penal Sexual. Contrário àqueles que reduzem o conceito de liberdade de disposição do próprio corpo para fins sexuais a um aspecto dos bons costumes, sustenta que aceitar essa limitação implica em admitir a tutela da ordem ético-social efetivamente vigente na sociedade, ignorando que em uma sociedade pluralista e tolerante com as

⁵⁸⁹ “Define-se assim a liberdade sexual no seu sentido positivo, não em termos puramente naturalistas, mas apontando uma característica normativa, considerada como seu limite implícito e delimitando-se um conceito com relevância jurídico-penal, tal como fiz em relação ao sentido negativo da liberdade sexual, ao referir que este apenas era tutelado contra ações sexuais que revestissem uma certa gravidade devido ao entendimento do direito penal como *ultima ratio*”. NATSCHERADETS, Karl Prehaz. *O Direito Penal Sexual*. Coimbra – Portugal: Almedina, 1985. p. 143.

⁵⁹⁰ NATSCHERADETS, Karl Prehaz. *O Direito Penal Sexual*. Coimbra – Portugal: Almedina, 1985. p. 141.

⁵⁹¹ NATSCHERADETS, Karl Prehaz. *O Direito Penal Sexual*. Coimbra – Portugal: Almedina, 1985. p. 141

⁵⁹² NATSCHERADETS, Karl Prehaz. *O Direito Penal Sexual*. Coimbra – Portugal: Almedina, 1985. p. 142.

⁵⁹³ NATSCHERADETS, Karl Prehaz. *O Direito Penal Sexual*. Coimbra – Portugal: Almedina, 1985. p. 142.

⁵⁹⁴ Em suas palavras: “A faculdade de utilizar ou não do próprio corpo para fins sexuais, o reconhecimento de uma esfera de autonomia da vida sexual implica como consequência necessária a existência de um sistema de garantias legais que tutelem tal autonomia, como, aliás, sucede em relação à generalidade das liberdades”. NATSCHERADETS, Karl Prehaz. *O Direito Penal Sexual*. Coimbra – Portugal: Almedina, 1985. p. 143.

minorias, decorrem múltiplas alternativas de autorrealização sexual do indivíduo. Além do mais, costumes sexuais não representam uma análise racional acerca das necessidades de proteção da sociedade⁵⁹⁵.

Em seguida, argumenta que ao introduzir o requisito da gravidade no conceito de liberdade sexual, procura evitar a punição de comportamentos insignificantes, o que não representa admitir cientificamente as condutas sexuais que atingem gravemente a liberdade, muito menos aceitar do intérprete e do juiz uma construção racional de danos para a liberdade sexual. Igualmente não admite juízos de valor para a determinação da gravidade da conduta em relação ao bem jurídico protegido, o que resultaria em uma forma de proteger a moral sexual social, ou que constitua uma limitação à liberdade sexual individual. Entende que não existe critério científico para a determinação de condutas danosas para a liberdade sexual, já que em uma sociedade pluralista a escolha dos bens jurídicos encontra várias opções⁵⁹⁶.

Destarte, pode-se apontar as seguintes conclusões de Natscheradetz: a liberdade sexual é o único bem jurídico digno de proteção nos crimes sexuais⁵⁹⁷; o Direito Penal Sexual protege bens individuais, ou seja, a liberdade sexual individual e não bens coletivos como a ordem social da vida

⁵⁹⁵ NATSCHERADETZ, Karl Prelhaz. *O Direito Penal Sexual*. Coimbra – Portugal: Almedina, 1985. p. 145.

⁵⁹⁶ NATSCHERADETZ, Karl Prelhaz. *O Direito Penal Sexual*. Coimbra – Portugal: Almedina, 1985. p. 146.

⁵⁹⁷ “De considerar a liberdade sexual como o único bem digno e carecido de tutela penal nos crimes sexuais, confinando assim a ilicitude material do direito penal sexual a um atentado à liberdade sexual e construindo os diversos tipos legais de crimes a partir das diferentes formas de conduta sexual que provoquem um dano relevante a livre autodeterminação sexual, uma consequência que poderá ser extraída, atendendo a natureza do bem jurídico protegido e ao fato de ele se encontrar na titularidade exclusiva de um indivíduo, aponta inequivocamente no sentido de classificar os crimes sexuais como crimes contra o indivíduo e, concretamente, crimes contra um bem pessoal”. NATSCHERADETS, Karl Prelhaz. *O Direito Penal Sexual*. Coimbra – Portugal: Almedina, 1985. p. 155.

sexual ou a moral sexual pública⁵⁹⁸; por ser a liberdade sexual o bem jurídico protegido, deve ser tratada, com suas especificidades, no seio dos crimes contra a liberdade geral⁵⁹⁹.

Para Ripolles, a liberdade sexual tem se consolidado como sendo o objeto de proteção que justifica a intervenção penal na prática sexual dos cidadãos, ressaltam Greco e Rassi, ao analisarem o seu pensamento. Com a sua tutela se pretende mais do que o exercício pleno da capacidade de autodeterminação sexual, ou seja, a real pretensão é que o comportamento sexual na sociedade seja exercido com liberdade individual dos participantes⁶⁰⁰.

A liberdade sexual também é violada naqueles indivíduos que não estão momentaneamente em condições de exercê-las, pois o que se protege são relações da realidade social e não meras faculdades subjetivas da vítima, apesar desse pensamento não possuir a unanimidade da doutrina. Assim, passa a ser objeto de atenção do Direito Penal todas aquelas condutas que envolvem outras pessoas em ações sexuais sem a sua vontade⁶⁰¹.

Greco e Rassi continuam a análise e sustentam que, para Ripolles, a escolha da liberdade sexual como objeto de tutela do Direito Penal Sexual existe na medida em que há um entendimento do que supõe a dimensão sexual na vida humana e a missão que corresponde julgar o Direito Penal nesse campo. No primeiro sentido aparece a aceitação de que para o ser humano a sexualidade é

⁵⁹⁸ “O centro de gravidade da proteção legal deve ser constituído pelos interesses individuais, em cada um dos crimes sexuais o ofendido deve ser um sujeito individual, cuja liberdade sexual foi gravemente lesada pela conduta do agente; discordo assim, frontalmente, de grande parte da doutrina, que atribui ao direito penal sexual a tutela quer de bens individuais, quer de bens coletivos – como a ordem social da vida sexual ou a moral sexual pública – como decorre da posição defendida ao longo das páginas precedentes, e dos seus pressupostos. A sistematização legal dos crimes sexuais vigente na nossa ordem jurídica está longe desta perspectiva individualista, incluindo os crimes sexuais dentro da categoria dos crimes contra os fundamentos ético-sociais da vida social, refletindo a concepção que o bem jurídico tutelado é a ética social e não apenas um bem pessoal, e que se protegem interesses de ordem social”. NATSCHERADETS, Karl Prelhaz. *O Direito Penal Sexual*. Coimbra – Portugal: Almedina, 1985. p. 156.

⁵⁹⁹ “Independentemente das dificuldades da construção de um conceito de ação sexual, a distribuição dos tipos legais segundo os bens jurídicos protegidos parece ser o critério mais praticável e aquele que melhor apreende as relações de semelhança e de diferença entre os tipos legais, revelando o fim de proteção da norma, pelo que discordo da autonomia sistemática dos crimes sexuais em ralação aos crimes contra a liberdade. Penso que a melhor solução seria criar dentro do capítulo dos crimes contra a liberdade uma seção específica intitulada crimes contra a liberdade sexual ou contra a autodeterminação sexual”. NATSCHERADETZ, Karl Prelhaz. *O Direito Penal Sexual*. Coimbra – Portugal: Almedina, 1985. p. 157.

⁶⁰⁰ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 58

⁶⁰¹ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 58

uma manifestação positiva. Como consequência da revolução sexual e de uma sociedade mais permissiva, houve uma real e verdadeira transformação nos valores ligados ao comportamento sexual. A sexualidade passou a ser compreendida como uma das diversas possibilidades de manifestação de realização pessoal do ser humano. Partindo dessa valoração positiva, o Direito Penal tem como missão, além de proteger os bens jurídicos fundamentais, o objetivo de punir aquelas condutas que visam limitar ou suprimir dos cidadãos o livre exercício de sua sexualidade, dessa forma protegendo a liberdade sexual⁶⁰².

Costa Andrade ao tratar dos crimes sexuais sustenta que o bem jurídico protegido “assume a natureza de uma forma concreta de liberdade, por vezes referida como autodeterminação sexual e que talvez, com igual propriedade, nomear-se como liberdade e autenticidade da expressão sexual”⁶⁰³. Em seguida, de forma mais clara e direta, argumenta que “só a liberdade e autodeterminação da expressão sexual pode valer como bem jurídico digno da tutela penal⁶⁰⁴.”

A noção de liberdade sexual que se apresenta, propicia determinar a atenção do Direito Penal no campo da sexualidade entre adultos, porque toda lesão à liberdade sexual encontra seu núcleo na falta de consensualidade. Fora daí não há conduta sexual que deva ser objeto de consideração na área penal.

Como forma de finalizar esse pensamento, resta a ideia de que a liberdade sexual deve, necessariamente, constituir o *nomen iuris* que venha a ser destinado à tutela dos crimes sexuais, uma vez que a liberdade no campo da sexualidade não pode se afastar das ofensas que venham a se realizar contra a liberdade do ser humano, o que significa dizer, a tutela penal da liberdade sexual como um bem jurídico individual da pessoa humana⁶⁰⁵.

⁶⁰² GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 58

⁶⁰³ COSTA ANDRADE, Manuel. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Coimbra Editora. Portugal. 2004. p. 382.

⁶⁰⁴ “A definição dessa concreta forma de liberdade como bem jurídico penalmente protegido postula naturalmente o reconhecimento de que a mesma liberdade configura, em si e por si, um valor ou um bem a promover e proteger. Tanto quanto se exprime de forma negativa (resistindo a imposição não queridas), como quando se expressa positivamente pelo comprometimento livre e autêntico em formas de comunicação intersubjetiva”. COSTA ANDRADE, Manuel. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Coimbra Editora. Portugal. 2004. p. 395.

⁶⁰⁵ SILVA, Tadeu Antônio Dix. *Crimes Sexuais: Reflexões sobre a nova lei nº 11.106/2005*. Leme: J. H. Mizuno, 2006, p. 73.

3.4.1 A liberdade sexual e a tolerância

O respeito aos atos de liberdade individual, que não afetam a livre autodeterminação de terceiros é o postulado central contido na ideia de tolerância. Conforme explica Siqueira Júnior, a tolerância deve ser consequência ética da diversidade, de modo que o bom senso se constitua como a atenuação da absolutização do dogma e a cidadania consequência da participação nos assuntos coletivos. De fato, essa percepção reafirma a dignidade da pessoa humana⁶⁰⁶.

É cediço que, “tolerar é preservar o diferente, que pensa e age diferente. A tolerância importa na disposição em dialogar, ouvir, de apreciar a outra versão dos fatos e a possibilidade de conhecer a outro lado. A tolerância implica diálogo”⁶⁰⁷. A tolerância é o traço típico das sociedades pluralistas e democráticas, sem a qual a convivência se tornaria desarmoniosa. Ela aparece, portanto, como postulado válido de definição do Direito Penal, conforme explica Guimarães⁶⁰⁸ e é, inclusive, no paralelo tolerância-diversidade que se encontra o principal aspecto do direito do século XXI.

Assim, na esteira dessas premissas, é cediço que o respeito aos atos de liberdade individual, que não afetam a esfera de livre autodeterminação de terceiros, constitui-se como o divisor de águas entre o antigo e o moderno Direito Penal Sexual. O tema sexual, como já se afirmou no decorrer desta tese de doutoramento, é objeto de grande inquietação humana e, no referido campo da experiência, sempre existiram regras de conduta, apresentando estreita relação com preceitos religiosos e morais.

O direito, ao centralizar a regulação de condutas humanas, inevitavelmente incorporou regras religiosas e morais, valendo-se o Estado, muitas vezes, do seu poder punitivo para impor padrões dominantes no campo sexual. De fato, a história do Direito Penal Sexual é marcada profundamente pela tentativa de imposição de condutas moralmente aceitas, com a extensão do

⁶⁰⁶ SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. A dignidade da pessoa humana no contexto da pós-modernidade. O direito do século XXI é tolerância, bom senso e cidadania. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antônio Marques da (Coord.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. 2ª edição. São Paulo. Quartier Latin, 2009. p. 251-276).

⁶⁰⁷ SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. A dignidade da pessoa humana no contexto da pós-modernidade. O direito do século XXI é tolerância, bom senso e cidadania. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antônio Marques da (Coord.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. 2ª edição. São Paulo. Quartier Latin, 2009. p. 251-276).

⁶⁰⁸ GUIMARÃES, Isaac Sabbá. *Tolerância: elemento de intercorrência na redefinição do direito penal*. Revista Jurídica da UNISUL. p. 69-84.

poder punitivo para alcançar aqueles comportamentos tidos como contrários à moral sexual dominante⁶⁰⁹.

No século XIX, lembra Silveira, a sexualidade era completamente reprimida, podendo ser recriminada em vários aspectos, diferentemente dos dias atuais. Nesta área, hodiernamente, concebe-se a proteção do bem jurídico da liberdade sexual, exercida por pessoas capazes (com idade para o discernimento de suas tendências e preferências sexuais, com suficiente formação intelectual e ética e com amadurecimento físico-psíquico), desse modo, deve-se ter como norte o respeito ao exercício individual da sexualidade humana⁶¹⁰.

O acordo normativo inverte a concepção de bem jurídico-penal tutelado. O antes injustificado agora passa a ser aceito, até porque os limites dados são o da liberdade sexual. Deve ela servir para inspirar todos os membros, a fim de evitar o irregular uso pessoal. O mundo atual não mais pode suportar imposições estranhas à liberdade e à dignidade do homem como fatores de criminalização.

Reafirma-se, portanto, que os novos caminhos trilhados pelo Direito Penal Sexual devem revelar um forte distanciamento do conteúdo moral, mais especificamente de sua influência no momento da elaboração dos tipos penais pelo legislador. É neste contexto, sobretudo que o construtor dos tipos penais deve pautar-se por uma inegável tolerância. Desse modo, a ideia da tolerância deve representar o último obstáculo que prende o legislador, dificultando a criação de novas leis envolvendo comportamentos sexuais, bem como a sua aplicação.

Por este imperativo, a liberdade deve ser o critério reitor de todo o Direito Penal Sexual, constituindo a sua limitação, exceção à correta aplicação do princípio da tolerância⁶¹¹. Portanto, a

⁶⁰⁹ MARINHO, Renato Silvestre. Princípio da Autorresponsabilidade e crimes sexuais. In: PASCOAL, Janaina Conceição; SILVEIRA, Renato Jorge de Mello (Coord.) *Livro em homenagem a Miguel Reale Junior*. Rio de Janeiro: G/Z, 2014, p. 587-614. p. 601.

⁶¹⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes Sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 184.

⁶¹¹ “O direito no século XXI é tolerância, bom senso e cidadania. A tolerância deve ser a consequência ética da diversidade. O bom senso é a atenuação da absolutização do dogma. A cidadania é fruto da exigência da participação nos assuntos coletivos. Essa visão reafirma a dignidade da pessoa humana. A velocidade tecnológica da vida contemporânea gera intolerância. O isolamento do indivíduo na tela de um computador esperando uma resposta rápida provoca, sem dúvida, a perda da sociabilidade. A convivência gera a tolerância. A tolerância é o respeito à diversidade – Esse paralelo tolerância – diversidade é o principal aspecto do direito do século XXI. Precisamos, desenvolver a solidariedade, além da técnica. A solidariedade é o caminho para a cidadania. A tolerância reafirma o preceito constitucional da dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana passa pela dignificação do outro, do diferente, do antagonico. Tolerar é preservar o diferente, que pensa e age diferente. A tolerância importa na disposição em dialogar, ouvir, de apreciar a outra versão dos fatos e a possibilidade de conhecer a outro lado. A tolerância implica em diálogo. O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

criação de uma lei penal sexual deve ter como um dos seus alicerces, não o único, as limitações morais que permeiam toda a sociedade. Cabe ao legislador, neste contexto, analisar cuidadosamente as virtudes e problemas da criação dos tipos penais⁶¹².

De fato, é comum encontrarmos condutas que aparentem pertencer ao contexto do Direito Penal Sexual, todavia, a realidade atual impede essa inserção, principalmente no âmbito de uma sociedade pluralista como a portuguesa e a brasileira, contemporaneamente, alimentada pelas mais diferentes perspectivas e exigências. Assim, a pessoa adulta, capaz e que livremente se autodetermina, pode praticar ações que provoquem repulsa em alguns membros da sociedade, entretanto, a questão que é colocada diante deste fato, é se a legislação penal pode interferir, limitando tais procedimentos, como, por exemplo, em uma relação sexual sadomasoquista ou levada a cabo mediante contraprestação pecuniária.

Há que se ponderar, portanto, se pode a lei regular condutas livres entre adultos livres. A resposta a este questionamento deve ser negativa. A negação das teses tradicionais do bem jurídico sexual, segundo os costumes, o pudor, a honestidade, a moral ou seus conteúdos morais, leva a tal interpretação e conseqüente compreensão⁶¹³.

Em uma sociedade pluralista encontram-se as várias faces contraditórias do humano. As diferenças existem e devem ser respeitadas, propiciando uma convivência pacífica e harmoniosa na sociedade. Para que a convivência exista realmente, a tolerância exerce papel fundamental nesse espaço dos contrários, no qual a liberdade encontra sua mais perfeita expressão. Essa tolerância que serve para conciliar os opostos, para permitir uma convivência entre os contrários, para expressar a liberdade plena como valor almejado, representa o fundamento, o alicerce, o pilar que deve sustentar e orientar o Direito Penal Sexual.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. A dignidade da pessoa humana no contexto da pós-modernidade. O direito do século XXI é tolerância, bom senso e cidadania. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antônio Marques da (Coord.) *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. 2ª edição. São Paulo. Quartier Latin, 2009. p. 251-276.

⁶¹² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes Sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 182.

⁶¹³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes Sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 183.

3.4.2 A Liberdade sexual como bem jurídico-penal na legislação criminal portuguesa

A passagem do tempo é valioso instrumento de transformação, modificam-se costumes, atitudes e pensamentos, modificam-se normas criminais. Assim, é possível perceber, ao longo da história, como o Direito Penal Sexual, em Portugal, tem paulatinamente se desvinculado de aspectos concernentes à moralidade pública, aos bons costumes, à honestidade e ao pudor para assumir uma faceta, ao menos nominalmente, protetiva da liberdade sexual do indivíduo.

Se retomarmos o percurso histórico, há de se destacar que 1852, por exemplo, como observou Silveira, o Código Penal português assinalou a necessidade de se proteger a “honestidade”, o que foi repetido pelo Código Penal português de 1886 e que, com posteriores modificações, vigorou durante o período do governo de Salazar. Em 1982, entretanto, nasceu o novo Código Penal, expressando, então a proteção aos “crimes sexuais”⁶¹⁴.

O processo de desvinculação de aspectos morais em relação ao Direito Penal Sexual não parou por aí, podendo ser observado na revisão de 1995. Em seguida, constatam-se modificações esparsas, introduzidas pela Lei nº 65/98 e pela Lei nº 99/2001. A primeira igualou, no critério de violação, a conjunção carnal, os coitos anal e oral, bem como a possibilidade de sujeitos passivos serem homem ou mulher. A segunda, além de dar outras disposições a algumas das previsões da própria reforma de 1998, ateve-se aos crimes de coação sexual (art. 163), em que se constata a figura criada em 1998, e agora modificada do assédio sexual, tráfico de pessoas (art. 167) Lenocínio (art. 170), bem como do abuso sexual de crianças (art. 172).

Pôde-se verificar, com tais modificações, segundo Silveira, as diversificações do bem jurídico penal tutelado. Abandonou-se a concepção moralista anteriormente cuidada quanto aos ‘sentimentos gerais da moralidade’ para tratar especificamente do conceito de “crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”⁶¹⁵. De fato, os novos tipos penais, em Portugal, impuseram algumas conclusões de ordem político-criminal.⁶¹⁶

⁶¹⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes Sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual*. São Paulo: *Quartier Latin*, 2008. p. 51.

⁶¹⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes Sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual*. São Paulo: *Quartier Latin*, 2008. p. 51.

⁶¹⁶ Em Portugal segundo Natscheradetz “a seleção dos comportamentos puníveis na esfera sexual tem sido um dos pontos fundamentais da discussão dos critérios de legitimidade da criminalização, constituindo um ‘locus classicus’ na problemática das relações entre o direito penal e a moral, e ponto de referência obrigatório em toda a doutrina dos bens jurídico-penais”. NATSCHERADETS, Karl Prehaz. *O Direito Penal Sexual*. Coimbra – Portugal: Almedina, 1985. p. 10.

É cediço que as infrações penais escolhidas pelo legislador como merecedoras de punição estão espalhadas pelos vários títulos e capítulos da parte especial do Código Penal. Interessante observar que essa divisão é feita levando em consideração a importância do bem jurídico tutelado. Quanto mais importante para a existência da sociedade, mais próximo ele estará do início da parte especial.

No caso específico dos crimes sexuais, portanto, o hodierno Código Penal português agrupou os crimes sexuais no Livro II (Parte Especial), Título I (Crimes contra as pessoas) e Capítulo V (dos Crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual), estando o Lenocínio inserido na Seção I (Crimes contra a liberdade). Não há dúvidas que, com o passar do tempo, procurou afastar-se a criminalização da moralidade sexual, sendo clara, para Silveira, a vontade do legislador na adequação da normatividade penal à realidade trazida pelos tempos modernos⁶¹⁷.

Neste sentido, conforme explica Silveira, pode-se afirmar, diante do fato observado, que os atos sexuais livremente consentidos entre adultos não mereceram, de regra, consideração penal. Ressalte-se, também, a exclusão do segmento ‘sexista’ outrora existente no Código Penal, que passou a dispensar proteção idêntica a homens e mulheres, afastando os tipos penais reservados exclusivamente a estas. Mereceu aplausos, ainda, a ampliação normativa do conceito de violação (considerando-se em seu âmbito a cópula vagínica e o coito anal ou oral).

Há de se ressaltar, entretanto, que muito embora sejam observadas essas especificidades, no conjunto dos crimes sexuais que o Código Penal português explicita como possuindo a liberdade como bem jurídico-penal tutelado⁶¹⁸, é controversa, doutrinariamente, a afirmação de que o tipo insculpido no art. 169, nº1 volte-se a proteção da liberdade, buscando-se compreender a ínsita finalidade da criminalização da conduta de quem “profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa de prostituição” em relação aos imperativos da Constituição portuguesa.

Parte relevante da doutrina inclina-se no sentido de compreender que o crime de Lenocínio praticado sem violência física ou moral, não devia ser criminalizado. Torrão, por exemplo, em harmonia com a revisão operada no Código Penal Português, afirma que o bem jurídico protegido nos crimes sexuais não deve ser outro que não a liberdade sexual ou a liberdade de autodeterminação sexual, explicitando, em relação à prostituição que a estigmatização de uma prática sexual como crime “só é admissível quando um dos intervenientes não consentir,

⁶¹⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes Sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual*. São Paulo: *Quartier Latin*, 2008. p. 52.

⁶¹⁸ São eles o art. 163º (Coacção sexual); art.164º (Violação); art. 165º (Abuso sexual de pessoa incapaz de resistência); art. 166º (Abuso sexual de pessoa internada); Art. 167º (Fraude sexual); art. 168º (Procriação artificial não consentida); art.169º (Lenocínio) e art. 170º (Importunação sexual).

abrangendo, ainda, quem, em função da idade ou saúde não esteja em condições de demonstrar esse consentimento”⁶¹⁹.

Outrossim, segundo Costa Andrade, a excessiva intervenção do Direito Penal nesta vertente pode originar efeitos perversos, nomeadamente, a limitação da liberdade sexual da suposta vítima, explicitando que, com a incriminação acaba-se por violar o próprio bem jurídico-penal que se afirma proteger⁶²⁰. Neste sentido, o fato é que, segundo o precitado autor, ao pretenderem maximizar, pela via negativa, a tutela do bem jurídico, acaba-se por impor limitações ou sacrifícios particularmente drásticos na sua vertente positiva, demonstrando-se que “a coacção jurídica, e sobretudo a coacção penal, só é legítima quando cria mais liberdades do que destrói”⁶²¹.

3.4.3 A Liberdade sexual como bem jurídico-penal na legislação criminal brasileira

Como lembram Greco e Rassi, é inegável que, no Brasil, tem havido um distanciamento das moralidades religiosas, recebendo a sexualidade uma autonomia individual e subjetiva. De acordo com o precitado doutrinador, este processo foi iniciado com as modificações implementadas pelas Leis 6.416/77, 6.578/78 e 7.209/84 no Código Penal de 1940⁶²².

Outrossim, vale destacar que a Lei nº 11.106/2005 atendeu às demandas de *lege ferenda* de consideráveis setores doutrinários e jurisprudenciais que se orientavam pela reforma dos crimes contra os costumes. Esta lei, publicada aos 28 de março de 2005 excluiu do rol dos crimes sexuais o adultério, até então previsto no art. 240 do Código Penal brasileiro e que punia com reprimenda de detenção de quinze dias a seis meses o agente, bem como o corrêu.

Com o caráter de reforma pontual que apresentou (incidindo em elementares de tipos, majoração de penas e criação de novas figuras típicas), não veio a trazer as ansiadas e importantes

⁶¹⁹ TORRÃO, Fernando. A propósito do bem jurídico protegido nos crimes sexuais: Mudança de Paradigma no novo Código Penal. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXI. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1995. p. 557.

⁶²⁰ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal: Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 395.

⁶²¹ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal: Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 395.

⁶²² GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 21.

reformulações no âmbito dos delitos sexuais, mas apenas atendeu essas postulações de maneira parcial. A tibieza das modificações introduzidas por este diploma legal é realçada pelo fato de vir a permitir a manutenção de tipos penais que pouco ou nada possuem em comum com a liberdade sexual do indivíduo, mas, pelo contrário, afrontam nitidamente esse bem jurídico.

Já foi explicitado no recorrido histórico sobre a prostituição, no capítulo preambular, que o Código Penal brasileiro, promulgado em 1940, inseriu os crimes sexuais na Parte Especial, dentro do Título VI (dos crimes contra os costumes). Esta compreensão de proteção aos costumes pelo Direito Penal foi alterada em 2009, com a promulgação da Lei 12.015, que renomeou o Título VI para “Dos crimes contra a dignidade sexual”, abrangendo os tipos previstos do art. 213 ao art. 234. Especificamente no que concerne aos “Crimes de Lenocínio”, observa-se que estão agrupados no Capítulo V, intitulado como “Do Lenocínio e do Tráfico de pessoa para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual”.

Frise-se que a Lei nº 12.015/2009, ao alterar o Título VI da parte especial do Código Penal teve como objetivo principal modernizar o tratamento penal dispensado aos crimes contra os costumes, terminologia que segundo a doutrina majoritária no Brasil, era ultrapassada e inadequada para tratar as espécies de infração penal nele agrupadas. Com as alterações referidas, o Título VI passou a ser designado como “crimes contra a dignidade sexual”, tendo sido modificada também algumas elementares dos tipos penais ali constantes⁶²³.

Segundo Jorio, desde a modificação advinda com a publicação da lei 12.015/2009, não se fala mais genericamente em “costumes”, mas em “dignidade sexual”. Para este autor, a decisão legislativa teria sido acertada, primeiramente pela dificuldade na conceituação do termo “costumes”, principalmente diante do fato de que sua abrangência conceitual, enquanto bem jurídico, permitia inferências seletivas e arbitrárias sobre quais “costumes” seriam adequados e quais seriam nocivos⁶²⁴.

Conforme explica o referido autor, os costumes estão ligados às concepções pessoais de vida, à filosofia existencial de um indivíduo ou um grupo, às opções comportamentais ligadas à intimidade. Assim, a opção pelas práticas e costumes se situa no campo da autodeterminação, de modo que o Estado não pode desrespeitar esse limite, não pode “detrair essa liberdade, apenas com o fim de controlar o modo de ser e de se expressar das pessoas”⁶²⁵.

⁶²³ Em profundidade, as modificações neste Título têm sido recorrentes. Pode-se citar, neste sentido, as leis 11.101/2005; a lei 13.344/2016 e a lei 13.445/2017, sem que em nenhuma delas tenha sido atendido o apelo de parte significativa dos doutrinadores que ainda enxergam a presença de tipos penais imiscuídos com a proteção de moralidades sexuais, a exemplo dos crimes de Lenocínio, previstos nos artigos 227 a 230 do Código Penal brasileiro, quando praticados em sua forma simples.

⁶²⁴ JORIO, Israel Domingos. *Crimes Sexuais*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2018. p. 26.

⁶²⁵ JORIO, Israel Domingos. *Crimes Sexuais*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2018. p. 26.

Um outro ponto importante destacado por Jorio, refere-se também à noção de indignidade do costume. Para ele, a sexualidade (em sentido amplo, ou seja, referente a orientação, a determinação, as preferências e as atividades sexuais das pessoas) está ligada à personalidade e, como tal, está posta a salvo do controle do Estado, de modo que não lhe é dado controlar os costumes sexuais, limitando sem razão a liberdade de ser e de agir e impondo comportamentos sexuais arbitrariamente, mas somente quando as práticas e atividades sexuais se revelarem lesivas a bens jurídicos concretos⁶²⁶.

O que se apresenta com a modificação explicitada pela Lei 12.015/2009, portanto, é que o legislador objetivou indicar que o bem jurídico-penal dos tipos elencados no Título VI seria a dignidade sexual, restringindo a liberdade sexual apenas para os crimes previstos no Capítulo I, ou seja: Estupro, Violação sexual mediante fraude, Importunação sexual e Assédio Sexual. Os Crimes de Lenocínio, estes sobre os quais nos debruçamos nesta tese de doutoramento, previstos nos artigos 227 a 230 do Código Penal, pela lógica sistêmica do Código Penal brasileiro, voltar-se-iam à proteção da dignidade sexual, que se manifestaria no Capítulo V: “Do lenocínio e do tráfico de pessoa para fim de exploração sexual”.

Como já se expôs aqui as particularidades entre a dignidade sexual e a liberdade enquanto bens jurídico-penais, ou seja, o raciocínio segundo o qual muito embora todos sejam titulares da dignidade sexual, nos episódios em que o sujeito passivo seja uma pessoa não vulnerável, a incidência das normas penais incriminadoras só terá lugar quando houver lesão à liberdade de escolha referente à vida sexual, vale dizer, quando houver constrangimento, mediante violência ou grave ameaça, ou emprego de fraude; defende-se como sendo esta acepção a mais adequada para principiar a aferição dos artigos 227 a 230 do Código Penal brasileiro à luz da teoria constitucionalista estrita do bem jurídico, sobrevalorizando a liberdade sexual em face do desenvolvimento e autorealização do ser humano, valor contido implícitamente na Constituição da República Federativa do Brasil.

Assim, de forma geral, pode-se afirmar que em matéria de sexualidade, enquanto componente inafastável do ser humano, “não se cuida de sexo digno ou indigno, mas tão somente de sexo realizado com liberdade ou sexo posto em prática mediante violência ou coação, ou seja, com um nível mais ou menos de ofensa à autodeterminação sexual do parceiro”⁶²⁷. Desse modo, é a liberdade sexual o bem jurídico-penal que, inequivocamente, merece ser protegido no Direito Penal Sexual.

Destarte, um crime sexual - como os Crimes de Lenocínio - se é levado a cabo por pessoas adultas e capazes, sem violência física ou moral, possui que bem jurídico-penal? Este

⁶²⁶ JORIO, Israel Domingos. *Crimes Sexuais*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2018. Pp. 26-27.

⁶²⁷ FRANCO, Alberto Silva *et al.* *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo - Brasil: Revista dos Tribunais, 2002.

questionamento norteia a análise de elemento incidental na análise dos crimes que têm ou deveriam ter a liberdade sexual como bem jurídico-penal protegido: o consentimento. Passemos, pois à investigação deste elemento incidente na antijuridicidade dos crimes sexuais, a fim de averiguar como o Direito Penal Sexual tem lidado com os casos nos quais a vítima consente com a ofensa de terceiro ao bem jurídico-penal protegido, em tese, pelos tipos.

4 O PAPEL DO CONSENTIMENTO NOS CRIMES SEXUAIS

O vocábulo consentimento origina-se do latim *consentire*. A palavra, no seu sentido originário, exprime a concordância entre as partes ou uniformidade de opiniões, assumindo, na língua portuguesa, significado equivalente a permitir, sofrer, tolerar, deixar, dar lugar, admitir, anuir, concordar. No âmbito do Direito Penal, consentimento expressa a manifestação de vontade do ofendido no sentido de submeter a risco ou sacrifício um bem jurídico de que é titular.

Durante muito tempo, os penalistas se utilizaram da máxima de Ulpiano *nulla injuria est quae volentem fiat*⁶²⁸ para justificar a não punibilidade da conduta criminosa em que houvesse o consentimento do ofendido. Embora o Código Penal brasileiro não tenha incluído o consentimento do ofendido, explicitamente, nos seus artigos, a fonte de inspiração dessa matéria foi a legislação italiana, que estatui no seu artigo 50 do Código Penal italiano que: “Não é punível quem ofende ou põe em perigo um direito, com o consentimento da pessoa que dele pode validamente dispor”⁶²⁹.

Por outro lado, o Código Penal português estabelece em seu artigo 31º que “não é ilícito o fato praticado com o consentimento do titular do interesse jurídico lesado”⁶³⁰. Outrossim, preceitua em seu artigo 38º que “além dos casos previstos na lei, o consentimento exclui a ilicitude do fato quando se referir a interesses jurídicos livremente disponíveis e o fato não ofender os bons costumes”⁶³¹. Explicita, ainda que “o consentimento pode ser expresso por qualquer meio que traduza uma vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido, e pode

⁶²⁸ A conhecida frase do jurista romano Ulpiano (aproximadamente 170-228 D.C.), contida no livro 47 do digesto *nulla iniuria est, quae in volentem fiat*, ou seja, o que se realiza com a vontade do lesionado, não constitui injusto, essa frase logo foi cristalizada na abreviada versão de *volenti no fit inuria*, que representa o reconhecimento da capacidade de disposição que o titular do bem jurídico tem sobre a sanção de uma lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico. PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. 3ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 72.

⁶²⁹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. Volume I: parte geral, 6ª edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 399.

⁶³⁰ PORTUGAL, Diário da República Eletrônico. *Código Penal*. Decreto Lei nº 48/95. Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/107981223/201708230500/indice>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

⁶³¹ PORTUGAL, Diário da República Eletrônico. *Código Penal*. Decreto Lei nº 48/95. Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/107981223/201708230500/indice>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

ser livremente revogado até a execução do fato”⁶³². Sobre a eficácia do consentimento, o legislador exigiu para isso que seja “prestado por quem tem mais de 16 anos e possua o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta”⁶³³.

Em profundidade, o tema do consentimento⁶³⁴, segundo Capez, tem na gênese de todas as concepções a questão filosófico-político-ideológica do conflito entre a liberdade do indivíduo de dispor de um bem jurídico e a imposição estatal, proibindo tal disposição por razões de ordem pública. Deste conflito entre o individual e o coletivo surge, de acordo com o regime vigente, a

⁶³² PORTUGAL, Diário da República Eletrônico. *Código Penal*. Decreto Lei nº 48/95. Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/107981223/201708230500/indice>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

⁶³³ Levando-se em consideração a dicção dos artigos em questão e conforme doutrina de Alberto, a verificação do consentimento na legislação criminal portuguesa obedece a um conjunto de requisitos diretamente relacionados com o bem jurídico: a disponibilidade deste, a questão da atualidade, e que a conduta não seja ofensiva dos bons costumes. ALBERTO, José. *Crimes Sexuais: Do crime de Lenocínio em especial. A tutela jurídica da prostituição*. Lisboa: Chiado Editora, 2017.

⁶³⁴ Pierangeli ao iniciar o tratamento doutrinário dispensado ao consentimento faz referência a uma série de pensamentos doutrinários sobre o assunto. Inicialmente lembra a teoria do negócio jurídico criada por Zitelmann e retomada por Frank, construída a partir dos §§ do artigo 182 do Código Civil alemão e transportada para o Direito Penal, essa teoria funciona em tudo e por tudo, como um negócio jurídico privado. Consequentemente, a sua essência está em garantir ao consenciente o cumprimento da conduta, o que lhe dá uma certa natureza negocial ao consentimento. Ressalta Zitelmann que uma vez admitida a natureza de negócio jurídico ao consentimento, pode-se explicar a sua eficácia como causa de exclusão da antijuridicidade. A teoria do negócio jurídico parte do pressuposto da existência de direitos ínsitos da própria pessoa, direitos estes que lhe garantem o uso e gozo de tais direitos. Esses direitos recebem na doutrina a nomenclatura variada: direitos de personalidade, direitos decorrentes da própria personalidade, direitos individuais. A não aceitação da teoria do negócio jurídico resulta da natureza não negocial do consentimento. Não se trata de um verdadeiro e próprio negócio jurídico, porque nem todas as manifestações de vontade são negócios jurídicos, e, de qualquer maneira, o negócio jurídico é manifestação de vontade destinada a produzir efeitos em harmonia com o ordenamento jurídico, posto que nele se apresenta um poder de vontade dirigido à satisfação de um interesse em consonância com o direito normativo. Outra teoria existente é a da ação jurídica, defendida particularmente por Bierling, os bens são juridicamente tutelados enquanto o seu titular os considera e os trata como bens de valor. Se o titular de dito bem consente na sua perda, na sua diminuição ou exposição a perigo é de ser considerada lícita a conduta. A ilicitude de tal conduta resulta não porque o titular renunciou à tutela jurídica, mas sim, contrariamente, porque ele permitiu a ofensa ao seu próprio bem, que assim deixou de ser juridicamente tutelado. Essa teoria tem-se revelado extremamente útil no campo do direito privado. PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. 3ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 74-80.

maior ou menor influência do assunto na dogmática penal⁶³⁵. As posições mais ou menos condescendentes com a amplitude dos efeitos do consentimento variam segundo o entendimento de que o indivíduo tem mais ou menos poder de disposição sobre seus bens e até sobre seu corpo, de acordo com o momento político e histórico de determinada sociedade⁶³⁶.

De fato, o consentimento do ofendido continua a ser uma das questões mais controvertidas e um dos institutos mais palpitante do Direito Penal⁶³⁷, a começar pela sua colocação dentro da teoria do delito. Greco, neste sentido, pontua que o consentimento pode ser entendido como concordância, aceitação manifestação da vontade, ou seja, em termos penais, traduz a ideia de que a vítima permite a conduta do agente⁶³⁸.

Já se afirmou que uma das principais missões do Direito Penal é prevenir a ocorrência de lesões aos bens jurídico-penais. Consequência dessa opção é aceitar o conceito de bem jurídico diretamente atrelado à ideia de autodeterminação da personalidade, decorrente do fundamento constitucional de respeito à dignidade humana. Com isso se quer dizer que o conceito de bem

⁶³⁵ CAPEZ, Fernando. *Consentimento do Ofendido e Violência Desportiva: Reflexos à luz da teoria da imputação objetiva*. Editora Saraiva. 2003. p. 127.

⁶³⁶ CAPEZ, Fernando. *Consentimento do Ofendido e Violência Desportiva: Reflexos à luz da teoria da imputação objetiva*. Editora Saraiva. 2003. p. 127.

⁶³⁷ No direito penal mostra apenas uma das faces que o instituto apresenta. Em seguida passa a expor sobre o critério de Mezger, lembrando que ele apesar de se posicionar bem próximo da teoria da ação jurídica, dá a esta uma outra conotação, pois, segundo ele, a exclusão do injusto funda-se na falta de interesses do titular do bem jurídico tutelado. Pressupõe, portanto o abandono consciente dos interesses por parte daquele que, legitimamente, tem a faculdade de disposição sobre o bem jurídico. O pensamento do autor alemão é de que existem duas normas reguladoras dentro das quais se pode encontrar as causas de justificação: a) a falta de interesses, do que resulta a ausência do injusto ou a ausência de necessidade de proteção; b) a determinação do interesse. A eficácia do consentimento deverá ser resolvida segundo o titular do objeto da ação seja ou não também do objeto de proteção. Em seguida, passa a apresentar o pensamento de Welzel, afirmando que este segue a teoria da ação jurídica, pois se a conduta estiver em conformidade com o consentimento, este a torna lícita. O consentimento deve ser sério e corresponder à verdadeira vontade do consentimento, com o que ele afasta o consentimento dado por um ébrio e obtido mediante engano ou ameaça. Dá o penalista germânico um grande enfoque ao direito consuetudinário como critério limitador da validade do consentimento. O fato, diz ele, apesar do consentimento, não deve ser contrário aos bons costumes, é perfeitamente possível que o consentimento como tal seja relevante, mas, apesar disso, seja contrário aos bons costumes, tornando-se ilícito. Exemplifica como o caso da mulher que consente na prática de lesões sádicas praticadas pelo seu empregador para não perder o seu trabalho. O consentimento, conquanto válido, por ser contrário aos bons costumes, não fica justificado. PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*, 3ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 74-80.

⁶³⁸ GRECO, Alessandra Orceni Pedro. *A autocolocação da vítima em risco*. São Paulo. *Revistas dos Tribunais*, 2004, p. 84-85.

jurídico-penal serve a melhor expressão da personalidade que cada um pretende obter a partir de sua autonomia de vontade. Desse modo, no instante em que o conceito de bem jurídico-penal impede ou dificulta o exercício da autonomia da vontade, o Direito Penal perde a sua legitimidade punitiva⁶³⁹.

Bruno leciona que “um bem jurídico recebe a proteção do Direito Penal quando a sua defesa se apresenta como de interesse primordial para o Estado”⁶⁴⁰. É com esse caráter de valor para a comunidade que a lei estende sobre ele a cobertura da sanção penal. Sem embargo, em muitos desses bens coincide com o interesse público um interesse privado. E em alguns casos, esse interesse privado é preponderante e o Estado só tem na defesa do bem jurídico um interesse indireto ou mediato.

Neste âmbito, o Estado entrega o juízo da conveniência da defesa da situação atual do bem à livre deliberação do seu titular. Se ele consente na sua perda, o Estado não interfere para mantê-lo inatacado. Esta posição do Estado em face do bem se declara mesmo na lei, quando esta põe a ausência do consentimento como condição da incriminação. Mas fora desses casos, há bens jurídicos que o Estado deixa à livre disposição do titular - pelo menos até certos limites e dentro de determinadas circunstâncias. É este raciocínio que explica o poder discriminante do consentimento do ofendido.

O consentimento se caracteriza pela renúncia à tutela que a norma penal outorga ao bem jurídico, como argumenta Pierangeli, assim, torna-se indispensável buscar-se um critério diferenciador entre os bens que se pode validamente dispor, e aqueles em que a disponibilidade é de todo impossível⁶⁴¹. Tal tarefa apresenta notáveis dificuldades, ainda quando a lei penal faz expressa referência à validade do consentimento, como se observa no caso português.

Isto porque, ao legislador, não é conveniente estabelecer um rol dos bens disponíveis, ainda que a título exemplificativo, ou mesmo criar uma categoria de bens renunciáveis, posto que inexistente uma categoria de crimes em que se apresente a disponibilidade com uma característica comum a todos eles. Para a doutrina prevalente, a distinção entre bens disponíveis e indisponíveis deve ser feita a partir de um critério chamado de “balanceamento de interesses”, ou “equivalência dos interesses”⁶⁴².

É preciso destacar, ainda, que nem todos os bens jurídicos podem ser objeto do

⁶³⁹GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010, p.72

⁶⁴⁰ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal (parte geral)*. Vol. I, t. I. Rio, forense, 1959, p. 18 e 19.

⁶⁴¹ PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*, 3ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 116.

⁶⁴²PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*, 3ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 116.

consentimento. O consentimento restará excluído quando se tratar de bens jurídicos cuja lesão se dirige contra a comunidade. Mesmo nos casos em que é uma pessoa individual a que resulta ofendida pelo fato criminoso, não poderá ela consentir na lesão, porque o bem jurídico não está ao seu dispor⁶⁴³.

Sobre esta questão, Mir Puig assevera que o consentimento é prescindido quando está em causa a violação de bens jurídicos coletivos, eis que estes protegem valores independentes da vontade de determinado indivíduo, a exemplo dos delitos contra autoridade pública. Portanto, é nos crimes contra particulares que deve ser reconhecida a eficácia do consentimento, já que o interesse protegido perpassa pela natureza privada e, portanto, disponível⁶⁴⁴.

Serão objeto de consentimento, dessa forma, os bens jurídicos individuais, excluídos, portando, aqueles coletivos ou difusos, porque não estão à disposição de qualquer titular específico que possa exteriorizar a sua vontade⁶⁴⁵. A afirmação poderá encontrar dificuldades quando o bem jurídico protegido é discutível ou quando o tipo penal protege tanto bens da coletividade como do particular. Mas é necessário consignar que a dificuldade não reside somente na teoria do consentimento, mas sobretudo na identificação do bem jurídico protegido nesses crimes específicos da parte especial do Código⁶⁴⁶.

Portanto, não é sempre que o consentimento do portador do bem jurídico exclui, em todos os casos, a realização do tipo. Roxin, por exemplo, sustenta que o consentimento não irá excluir a tipicidade nas seguintes hipóteses: a) crimes sexuais em que o legislador denega desde o princípio, como uma presunção, a faculdade para uma livre e responsável decisão da vítima, seja pela sua inexperiência, debilidade mental etc. Nestes casos o legislador já declara no tipo a ineficácia do

⁶⁴³ ROXIN cita vários exemplos que com a devida adaptação, podem ser apontados como o crime de falsificação de documento em que, mesmo diante do consentimento do “prejudicado”, haverá o crime porque o bem jurídico é a fé pública. Da mesma forma o crime de bigamia em que se protege a comunidade (o status jurídico familiar no âmbito público e do ordenamento matrimonial estatal etc.). ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*, t. I. trad. Diego–Manuel Luzón Peña, Miguel Dias y Garcia Conlledo e de Vicente Remesal. 2. Ed. Madrid. 1997. p. 526.

⁶⁴⁴ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Reimpresión de la 3ª Edición. Barcelona: PPU, 1990. p. 562.

⁶⁴⁵ ROXIN cita como exemplo o crime de denúncia caluniosa e autoacusação falsa (§ 164, StGB), em que o bem jurídico protegido é a administração da justiça intraestadual, que visa proteger que se dirija indevidamente a fase de instrução contra alguém, de modo que o consentimento do acusado falsamente é inócuo. Cita também como exemplo o crime de direção perigosa. ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*, t. I. trad. Diego –Manuel Luzón Peña, Miguel Dias y Garcia Conlledo e de Vicente Remesal. 2. Ed. Madrid. 1997. p. 527.

⁶⁴⁶ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p 94.

consentimento; b) no caso de bem jurídico individual vida humana, tendo em vista que uma decisão precipitada ou influenciadas por alterações psíquicas desconhecidas podem causar danos irreparáveis, de modo que a vítima também tem que ser protegida de si mesma; c) no caso de lesão, salvo quando o consentimento não atente contra os bons costumes⁶⁴⁷. Entretanto, com base em Greco, não se pode extrair disso um salvo-conduto para restrições da faculdade de disposição por motivos puramente morais⁶⁴⁸.

Nas lesões sadomasoquistas o consentimento será eficaz por duas razões: em primeiro lugar, em tais práticas, falta referência ao dano social e, em segundo lugar, não há manifestação do legislador na reprovação de condutas dessa natureza. Ainda na esteira de Roxin, o consentimento é eficaz na causação de cicatrizes no duelo com sabre; no consentimento em uma esterilização e numa extração de órgãos para transplante; em cirurgias plásticas e nas cirurgias de mudança de sexo⁶⁴⁹.

É importante ressaltar a polêmica doutrinária existente na Alemanha no que diz respeito aos crimes de lesões corporais. A problemática desta espécie de infração penal depende do tratamento legislativo dispensado ao tema que, naquele país considera eficaz o consentimento, desde que a conduta de lesão⁶⁵⁰ não atente contra os bons costumes⁶⁵¹.

Outrossim, a relevância do estudo do consentimento do ofendido, nos crimes sexuais,

⁶⁴⁷ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*, t. I. trad. Diego –Manuel Luzón Peña, Miguel Dias y Garcia Conlledo e de Vicente Remesal. 2ª Ed. Madrid. 1997, p. 528-529.

⁶⁴⁸ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p 95.

⁶⁴⁹ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p 95.

⁶⁵⁰ Para interpretar a referida cláusula da norma, a doutrina se manifesta em várias opiniões distintas, mencionadas por Roxin. Uns consideram puníveis aquelas lesões praticadas para o fim de preparar, cometer, ocultar ou simular um crime. Outros consideram a gravidade da intervenção como referencial, só castigando as lesões consideráveis ou graves, excetuando as hipóteses de esterilização e a cirurgia de mudança de sexo a pedido do paciente. Há por fim, quem negue valor ao consentimento quando há lesão considerável, sem causa compreensível ou que atente contra a dignidade humana, argumentos em relação aos quais Roxin não concorda já que o conceito incompreensível é pouco explícito e estende em muito a punibilidade, assim como a própria dignidade humana deve assegurar a liberdade autônoma do particular. Para o referido autor o decisivo é a imoralidade da conduta. Cita como exemplo o caso daquele que doa sangue mediante uma gratificação, caso em que sua conduta pode ser imoral, mas a extração de sangue não será porque sua finalidade social é útil e o fim que se dê a gratificação em nada interessa ao médico. GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p 95-96.

⁶⁵¹ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p 95.

apresenta seu real valor, quando o dissenso da vítima representa a estrutura na qual se fundamenta e se inicia a construção de todo o injusto típico. De acordo com D'Elia, a teoria do consentimento desponta como tema central do estudo dos crimes sexuais, pois é por meio dele e da sua validade que se tem a real dimensão da necessidade de criminalização e de especial proteção de determinadas vítimas no contexto da sexualidade humana⁶⁵².

Silveira argumenta que a dimensão do consentimento no Direito Penal Sexual deve ser entendida em consonância com a própria noção de bem jurídico que se está a tratar⁶⁵³. Aliás, o próprio Feuerbach, a seu tempo, já alertava sobre a validade do consentimento estar em dependência da capacidade de disposição do bem jurídico a ser tratado⁶⁵⁴.

Assim, para desenvolver o pensamento de como a liberdade sexual do ofendido pode ser violada, Natscheradetz adota o critério utilizado por Binding, segundo o qual, ao se proteger a liberdade sexual, o que se protege propriamente é a vontade, distinguindo entre: atentados contra a capacidade de formação da vontade; atentados contra a capacidade de realizar a vontade própria em casos concretos; atentados contra a liberdade de resolução segundo motivos próprios, e atentados que supõem uma ilegítima desconsideração da vontade alheia⁶⁵⁵.

Por sua vez, Greco e Rassi apontam como consequência da tutela da liberdade sexual, a criminalização das condutas realizadas por meio da indução a erro, acarretando uma representação inexata ou ignorância sobre uma circunstância e por meio de coação física ou moral, onde existe o dissenso da vítima, sendo violentamente desrespeitada a sua liberdade de decisão; quando a vontade da vítima é desrespeitada, pois se apresenta contrária a ingerência de terceiro em sua esfera

⁶⁵² D'ELIA, Fábio Suardi. *Tutela Penal da Dignidade sexual e vulnerabilidade*. 1ª Edição. São Paulo. Letras Jurídicas, 2014, p.63.

⁶⁵³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes Sexuais*. Bases Críticas para a Reforma do Direito Penal Sexual. Quartier Latin. 2008. p. 231.

⁶⁵⁴ De acordo com Feuerbach, se é dada a uma pessoa a possibilidade de renunciar direitos mediante um ato voluntário, a permissão para a realização do fato, concedida pelo lesionado, exclui o conceito de crime (qual o aforisma latino *volenti non fit injuria*). De toda sorte, adverte, caso esteja o titular do bem jurídico privado do livre-arbítrio, ou sendo ele incapaz de dispor livremente do mesmo, tal permissão carecerá de eficácia jurídica. FEURBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal común vigente en alemania*. Código penal para el reino de Baviera. Parte general. Traducción al castellano por Eugenio Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hamurabi, 1989. p71.

⁶⁵⁵ NATSCHERADETS, Karl Prelhaz. *O Direito Penal Sexual*. Coimbra – Portugal: Almedina, 1985. p. 151. O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

sexual⁶⁵⁶. Nesses casos, segundo os autores, deve haver a punição de condutas sexuais apesar de existir o consentimento, pois este não é considerado válido⁶⁵⁷.

Como se destacou, existem múltiplas formas de atentado contra a liberdade sexual da vítima. O atentado pode assumir a forma de violência ou grave ameaça, presente o dissenso da vítima no que diz respeito ao ato sexual. Pode também aparecer diante de um consentimento viciado, em consequência de um engano ou em virtude de a vítima encontrar-se em situação de vulnerabilidade, ou mesmo com o consentimento inválido quando a vítima não tem a capacidade de compreender o sentido da sua decisão.

Subsome-se desta reflexão descritiva que, em um primeiro momento, deve-se investigar, no caso concreto, se ocorreu ou não o consentimento e, em um segundo, se outros elementos, positivos ou negativos, se apresentam. Resta, pois, saber inicialmente quais os bens disponibilizados pelos seus titulares e quais não, ou seja, quais deles estariam disponíveis e quais não⁶⁵⁸. Nos crimes sexuais, como já vimos, a segunda avaliação ponderará sobre a disponibilidade da liberdade sexual, esta que, segundo Costa Andrade, é por vezes referida como autodeterminação sexual e que talvez pudesse, com igual propriedade nomear-se como liberdade de autodeterminação sexual⁶⁵⁹.

4.1 Percepções teóricas sobre o consentimento no Direito Penal

Pois bem, reconhecendo-se a importância da questão para o estudo proposto, principalmente pelo fato de, nos crimes sexuais, o dissenso da vítima representar a base sobre a qual se inicia a construção de todo injusto penal, há de se destacar alguns posicionamentos doutrinários em torno do consentimento.

⁶⁵⁶ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. Crimes contra a dignidade sexual. São Paulo: Atlas, 2010. p. 70.

⁶⁵⁷ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. Crimes contra a dignidade sexual. São Paulo: Atlas, 2010. p. 70.

⁶⁵⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes Sexuais*. Bases Críticas para a Reforma do Direito Penal Sexual. Quartier Latin. 2008. p. 231.

⁶⁵⁹ COSTA ANDRADE, Manuel. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Coimbra Editora. Portugal. 2004. p. 383.

Neste sentido, a doutrina tem construído algumas teorias em torno da questão do consentimento, que podem ser agrupadas em três posições: a teoria dualista, que distingue acordo de consentimento, considerando que o primeiro é causa de atipicidade e o segundo como causa de justificação; a teoria unitária ou da atipicidade, que entende que é supérflua a distinção entre acordo e consentimento, compreendendo que todo consentimento exclui o tipo; e a teoria diferenciadora, que representa a corrente que distingue acordo (causa de atipicidade) de consentimento excludente de tipo e consentimento excludente de antijuridicidade.

Diante das várias divergências doutrinárias que o consentimento gera no Direito Penal faz-se necessário apresentar alguns argumentos e distinções e, fundamentado neles, elaborar uma análise crítica da interpretação dos crimes sexuais em cada uma das manifestações do consentimento, de forma a delimitar o bem jurídico, afastando a moral social sexual da subsunção típica⁶⁶⁰.

Sobre o acordo e o consentimento na teoria dualista⁶⁶¹ há pontos importantes a considerar. Para os adeptos dessa teoria, que há mais de meio século é a doutrina dominante na Alemanha, existe diferença teórica entre “acordo” e “consentimento”. Essa delimitação doutrinária tem base em Geerds, que alertou para a necessidade de distinguir os institutos jurídicos, reconhecendo que ambas as figuras compartilham a mesma característica comum de admitir que o lesionado aceita um fato que a ele de algum modo afeta; ele permite, configura, aceita; não tem nada contra, e não obstante, juridicamente essa vontade aprovadora do lesionado opera em ambos os casos, de maneira muito diferente, por isso ambas as figuras, segundo seu entendimento, devem ser delimitadas para

⁶⁶⁰ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p.83

⁶⁶¹ Carvalho inclina-se para a tese dualista, escrevendo que “uma coisa é o consentimento – acordo relativo a ações que não são desvaliosas, nem na perspectiva individual nem na social (casos de entrada em domicílio ou de vários atos sexuais), ações essas que só se tornam desvaliosas quando praticadas contra a vontade do titular do respectivo bem jurídico protegido. Nestas, a oposição ou dissentimento é elemento do próprio tipo legal; logo, havendo consentimento ou acordo, aquele elemento típico falta e, conseqüentemente, a ação é típica. Situação diferente é a dos casos em que a ação consentida é desvaliosa não apenas na perspectiva social como até na perspectiva individual do titular do bem jurídico em cuja lesão consente (exemplos do consentimento na danificação de coisa ou de simples lesão da integridade física). Nestes casos, pode dizer-se que há uma situação de conflito de interesses jurídicos: o interesse ou bem jurídico lesado e o interesse ou bem jurídico da autodeterminação individual. E como a lei penal (art. 38º) faz prevalecer o interesse da autonomia individual, a ação típica praticada deixa de ser ilícita. Logo, o consentimento funciona e assume uma causa de exclusão da ilicitude”. CARVALHO, Américo A Taipa de. *Direito Penal*. Parte geral, vol. II, Teoria Geral do Crime. Publicações Universidade Católica. Porto 2004, p. 279.

que não sejam confundidas como sendo o mesmo instituto⁶⁶².

O acordo, segundo esta perspectiva doutrinária, atua excluindo a tipicidade e se caracteriza porque o atuar contra ou sem a vontade do sujeito passivo é elemento da descrição típica, inerente aos tipos penais em que a ação típica pressupõe já conceitualmente essa manifestação de vontade. Dessa forma, seu assentimento ou vontade determina a ausência de um elemento essencialmente integrante do tipo, operando a atipicidade da conduta. Como exemplo, na legislação brasileira pode-se citar os crimes de violação de correspondência (art. 151 do Código Penal brasileiro)⁶⁶³ e inviolabilidade de segredos (art. 153 do Código Penal brasileiro)⁶⁶⁴, além de alguns delitos patrimoniais.

Ao contrário, quando o consentimento é manifestado pelo titular do bem jurídico ou seu representante, só tem efeito de justificação, mas não exclui a tipicidade: a lesão existe e subsiste ao consentimento, só que tais casos resultam penalmente justificados. Exemplo clássico é o crime de dano. Se o proprietário permite que um terceiro danifique objeto de sua propriedade, segundo a doutrina majoritária, o consentimento não evita que a coisa seja danificada. O consentimento significaria uma renúncia ao bem jurídico que teria força justificante do ponto de vista jurídico-consuetudinário como consequência do direito de autodeterminação individual⁶⁶⁵.

Já a teoria unitária, ou da atipicidade, compreende como irrelevante a distinção entre acordo e consentimento, afirmando que este exclui a tipicidade. Neste sentido, segundo Polaino-Orts, a diferenciação entre acordo e consentimento é incorreta e dogmaticamente improdutivo porque, primeiramente, a aprovação interna é irrelevante, ou seja, a satisfação interna não é consentimento, de modo que para o Direito Penal, os pensamentos não podem ser fundamento da imputação penal, tão pouco podem ser causa de exoneração de responsabilidade. Em ambos os casos (acordo e consentimento) demanda-se uma manifestação exterior: o titular do bem jurídico deve exteriorizar sua vontade de acordo com a realização de uma ação típica e todo o sujeito ativo deve atuar sobre

⁶⁶² GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p.83.

⁶⁶³ “Violação de correspondência. Art. 151. Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem. Penal – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa”. BRASIL, Planalto. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 jan. 2019.

⁶⁶⁴ “Divulgação de segredo. Art. 153. Divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem. Pena – detenção, de 1(um) a 6 (seis) meses, ou multa”. BRASIL, Planalto. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 jan. 2019.

⁶⁶⁵ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p 85-86.

a base de existência da dita aprovação⁶⁶⁶.

Em segundo lugar, de acordo com o precitado autor, não existe razão dogmática coerente para conceder um tratamento diferencial entre acordo e consentimento, sendo suficiente a vontade “natural” para o primeiro e a capacidade de compreensão para esse último⁶⁶⁷. Outrossim, deve se considerar a eficácia dos vícios de vontade que condicionam a liberdade de autonomia do sujeito passivo, o que torna indiferente a distinção entre acordo e consentimento.

Finalmente, é problemático o atentado contra os bons costumes porque este preceito, além de ser discutível quanto a sua constitucionalidade, apresenta abrangência conceitual que o torna etéreo, deixando indefinido se o que é contrário aos bons costumes é o consentimento ou o acordo em si ou a ação consentida ou acordada.

Vários são os argumentos utilizados para considerar o consentimento como causa de exclusão da tipicidade e não como causa de justificação. Um exame dos diferentes tipos contidos na parte especial do Código Penal – de qualquer Código Penal –, lembra Pierangeli, conduz ao raciocínio de que há numerosas figuras penais nas quais o consentimento forma parte da estrutura típica como uma característica negativa sua, que ora se apresenta como elemento expresso, ora como elemento tácito de descrição. Nestas hipóteses, a tipicidade do fato resta excluída.

Quando um dos elementos do tipo é o não consentimento do titular do bem jurídico, se este consente, o tipo não se configura e não existe crime. Serve como exemplo o delito brasileiro de violação de domicílio, (art. 150), quando o titular do bem jurídico consente no ingresso ou na permanência do agente em sua casa ou em suas dependências. Exemplo, também, quando o titular consente na violação de correspondência (art. 151) e na inviolabilidade de segredos (art. 154) e alguns delitos patrimoniais⁶⁶⁸.

Causiño Mac Iver adverte que “en todos estos tipos hay una referencia expresa a la voluntad del presuntamente ofendido, de tal manera que su consentimiento en el caso de la vida real hace desaparecer la tipicidad (...)”⁶⁶⁹. Em caso de equivocada suposição, utiliza-se o erro de tipo, e na hipótese de ignorar o consentimento existente, a doutrina inclina-se no sentido de tratar como caso

⁶⁶⁶ POLAINO-ORTS, Miguel. Volenti non fit inuria? Sobre la discutible distinción entre acuerdo y consentimiento em Derecho Penal. La reforma del derecho penal militar. In: *Anuario de Derecho Penal 2001-2002*, agosto, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú, fondo editorial. p. 238.

⁶⁶⁷ POLAINO-ORTS, Miguel. Volenti non fit inuria? Sobre la discutible distinción entre acuerdo y consentimiento em Derecho Penal. La reforma del derecho penal militar. In: *Anuario de Derecho Penal 2001-2002*, agosto, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú, fondo editorial. p. 241.

⁶⁶⁸ PIERANGELI, José Henrique, *O consentimento do Ofendido na teoria do delito*. 3ª Edição. Editora Revista dos Tribunais, 2001. p 97.

⁶⁶⁹ CAUSIÑO MAC IVER, Luis. *Derecho Penal Chileno*. T. I. Santiago. Edição Jurídica de Chile, 1975. p. 513.

de tentativa inidônea. Diferente é quando o consentimento constitui elemento do tipo, como no caso do crime de aborto com o consentimento da gestante⁶⁷⁰. O dissenso, então, passa a se constituir em elemento essencial do tipo.

Roxin, sobre este aspecto, argumenta que todo consentimento eficaz é causa de exclusão da tipicidade. Segundo esta percepção, os bens jurídicos servem para o livre desenvolvimento de cada indivíduo no contexto social. Assim, jamais poderá existir qualquer tipo de lesão quando uma ação se baseia em uma disposição do portador do bem jurídico que não reduz o seu desenvolvimento, senão, pelo contrário, constitui sua expressão. Em termos semelhantes, Rassi, ao discorrer sobre o consentimento da vítima no Direito Penal sexual, afirma que o consentimento, quando exercido dentro das condições de validade e sem qualquer vício, produz a exclusão típica⁶⁷¹.

O efeito excludente do tipo reside imediatamente na liberdade de ação garantida constitucionalmente, cujo exercício por parte de quem consente impossibilita a lesão simultânea de um bem jurídico que a ele corresponde e conseqüentemente a realização típica. Por ser garantia constitucional, a liberdade de ação por quem consente é o fundamento da exclusão do tipo⁶⁷².

A exclusão do tipo se dá com a ocorrência do consentimento eficaz. Inexiste desvalor do resultado e da ação. Na maioria das vezes, o titular do bem se beneficia com a ação consentida, que comumente, é socialmente normal e aceita pela sociedade. Ainda que a ação consentida não provoque um bem-estar no titular do bem jurídico, ou não esteja no âmbito do que geralmente é aceito, não se pode falar em desvalor do resultado.

Em sede de bem jurídico, o que tem importância é a vontade do seu titular e não o “bem-estar real” do portador do bem. A natureza jurídica do consentimento não é a mesma das causas de justificação. A própria lei normatizada pode trazer a necessidade do consentimento ou do dissentimento explícita ou implícita no próprio tipo, como característica negativa colocada de maneira expressa ou mesmo tácita.

Nos primeiros casos, em que se verifica um prévio acordo entre os sujeitos, a ação pode se manifestar diretamente contrária à vontade da vítima. Essa contrariedade apresenta-se como circunstância fundamentadora do injusto. Caso o ofendido seja favorável à atuação do agressor, a ação torna-se explicitamente aceitável fora do âmbito de atuação do Direito Penal. Assim, se a

⁶⁷⁰ “Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento. Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: pena – detenção, de 1(um) a 3(três) anos”. BRASIL, Planalto. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 jan. 2019.

⁶⁷¹ RASSI, João Daniel. *A questão da vulnerabilidade no Direito Penal Sexual brasileiro*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 19, nº 92, set.-out. 2011, p. 63.

⁶⁷² ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte generale*, t. I. trad. Diego –Manuel Luzón Peña, Miguel Dias y Garcia Conlledo e de Vicente Remesal. 2. Ed. Madrid. 1997. p. 517.

vítima concorda em sua abdução, descaracterizado estaria o sequestro, como também não poderia se falar em estupro se a vítima concorda com o congresso carnal⁶⁷³.

Finalmente, há de se destacar que a teoria diferenciadora distingue acordo (causa de atipicidade) de consentimento enquanto causa de atipicidade ou causa de exclusão da antijuridicidade. Bacigalupo, por exemplo, ao tratar do âmbito em que deve operar o consentimento, sustenta que um setor da teoria distingue entre o consentimento que exclui a tipicidade e o que exclui a antijuridicidade, estabelecendo diversos pressupostos para a eficácia de ambos⁶⁷⁴.

Neste sentido, o consentimento excluiria a tipicidade quando o tipo descrevesse uma ação cujo caráter ilícito reside em atuar contra a vontade do sujeito passivo. O consentimento excluiria, por outro lado, a antijuridicidade quando o comportamento do autor importasse já uma lesão ao bem jurídico⁶⁷⁵.

FIGUEIREDO DIAS argumenta que existem casos em que o consentimento constitui uma causa de atipicidade. É o que sucede sempre que a autodeterminação do atingido constitui o único objeto de proteção, na generalidade dos atos sexuais praticados por adultos, e exemplifica: se A pratica atos sexuais de relevo com B, mas os atos são realizados de pleno acordo, não pode afirmar-se, *ab initio*, que o comportamento de A preenche o tipo objetivo de ilícito da coação sexual (art. 163º); e o mesmo se diga com relação à cópula ou ao coito anal ou oral para efeitos do tipo objetivo de violação (art. 164º)⁶⁷⁶.

Casos há na verdade em que o acordo do interessado faz com que a realização do comportamento corra no mesmo sentido da tutela do bem jurídico e faça com que a ação, antes que lesar o bem jurídico, contribua para uma mais perfeita realização; como exemplo tem-se o tipo de “introdução em casa alheia”, quando existir o consentimento do morador. Em casos dessa natureza não existe lesão do bem jurídico, mas representa condição de realização plena daquele mesmo bem jurídico⁶⁷⁷. Nestas hipóteses, o acordo do titular do bem jurídico empresta à conduta o signo

⁶⁷³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes Sexuais*. Bases Críticas para a Reforma do Direito Penal Sexual. Quartier Latin. 2008. p. 227.

⁶⁷⁴ BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho penal*. Bogotá: Temis 1994. p. 132.

⁶⁷⁵ BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho penal*. Bogotá: Temis 1994. p. 132.

⁶⁷⁶ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: parte geral*. Tomo I. 2ª. Ed. Coimbra - Portugal: Coimbra Editora, 2012. p. 474.

⁶⁷⁷ “O mesmo não sucede, porém, em muitos outros casos: aqueles em que a lei se depara com um autêntico conflito – que nas hipóteses do parágrafo anterior verdadeiramente não existe – entre o valor da auto-realização pessoal e uma perda efetiva ao nível do bem jurídico efetivamente lesado: com um conflito entre, nas expressões de Costa Andrade, pedidas a Luhmann, o sistema pessoal e o sistema social; sistema, esse último, que na verdade entra em certos casos em colisão incontornável com o sistema pessoal. É o caso de A consentir que B lhe dê uma pancada, ou de C consentir que D destrua uma joia sua. Nestas hipóteses pode O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

indisfarçável da atipicidade⁶⁷⁸.

O consentimento do ofendido, segundo Toledo, deve ser reputado como uma causa supralegal de justificação (o *Einwilligung* do direito alemão) de fatos lesivos a bens plenamente disponíveis por parte de seus respectivos titulares. É preciso não esquecer que o consentimento do titular do direito desempenha mais de uma função na área penal. Casos há em que se apresenta como elemento essencial do tipo. Outros há em que sua presença ou ausência é totalmente irrelevante (ex. homicídio). Outros há em que anula a própria tipicidade por excluir o dissenso da vítima que constitui elemento essencial do tipo (ex. apropriação indébita, introdução de animais em propriedade alheia). Outros há em que atua como verdadeira causa de justificação, como nos exemplos de dano e de cárcere privado⁶⁷⁹.

Pierangeli, por outro lado, argumenta que o consentimento do ofendido pode se constituir em causa de exclusão da antijuridicidade unicamente nos delitos em que o único titular do bem ou interesse juridicamente protegido é a pessoa que aquiesce (acordo ou consentimento) e que pode dele dispor livremente. Em seguida, aponta os grupos que esses delitos podem ser incluídos: delitos contra bens patrimoniais; delitos contra a integridade física; delitos contra a honra; delitos contra a liberdade individual⁶⁸⁰.

Como já vimos, o legislador português estabeleceu no Código Penal, de maneira expressa, o consentimento como causa excludente da ilicitude⁶⁸¹. A menção expressa em lei, contudo, é objeto

ser que a lei acabe por conceder prevalência à auto-realização de A e de C; mas se o faz, fá-lo em detrimento da perda (ao nível de sistema social) de bens jurídicos que efetivamente lhe competia proteger: a integridade corporal de A na primeira hipótese, a propriedade de C na segunda. Não pode nestas situações afirmar-se (como nas anteriores) que o consentimento corre parilha com a tutela do bem jurídico e concorre para uma mais plena realização da tutela. Pelo contrário, aqui o conflito é inarredável e a sua solução depende de qual bem jurídico conflitante a que a lei entende dar prevalência, no caso, à auto-realização de A e de C. Por isso aqui, não o simples acordo, mas verdadeiramente - o consentimento funciona como uma autêntica causa justificativa. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: parte geral*. Tomo I. 2ª Ed. Coimbra - Portugal: Coimbra Editora, 2012. p. 474/475.

⁶⁷⁸FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: parte geral*. Tomo I. 2ª Ed. Coimbra - Portugal: Coimbra Editora, 2012. p. 474.

⁶⁷⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos do Direito Penal*. São Paulo – Brasil: Saraiva, 1998. p. 214-215.

⁶⁸⁰ PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do Ofendido na teoria do delito*. 3ª Edição. Editora Revista dos Tribunais, 2001. p 98

⁶⁸¹ Art. 38º consentimento: “I – além dos casos especialmente previstos em lei, o consentimento exclui a ilicitude do facto quando se referir a interesses jurídicos livremente disponíveis e o facto não ofender aos bons costumes”. Logo, sustenta Américo Taipa de Carvalho, é necessário, em primeiro lugar, que o bem jurídico seja disponível e que, sendo-o, é ainda necessário, em segundo lugar, que o fato lesivo do bem O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

de divergência doutrinária. Segundo Albuquerque, o consentimento assenta num modelo dualista, podendo relevar ao nível da tipicidade, nos casos em que existe acordo, e ao nível da ilicitude como causa de justificação, tendo como requisitos e pressupostos, dependendo deles a sua eficácia, o facto de o bem jurídico em causa ser disponível e consistir numa vontade séria, livre e esclarecida⁶⁸².

Do mesmo modo, Mir Puig assevera que o consentimento da vítima pode determinar a exclusão da responsabilidade criminal e, nos casos em que existe acordo entre a vítima e o agente, o consentimento exclui a tipicidade⁶⁸³. Nos restantes casos, que o autor apelida de consentimento em sentido estrito, representa apenas uma causa de justificação⁶⁸⁴.

Já o Código Penal brasileiro, como se sabe, foi omissivo ao tratar do assunto, deixando a cargo da doutrina e da jurisprudência o seu estudo e delineamento⁶⁸⁵. Calhau, por exemplo, afirma

jurídico disponível não ofenda os bons costumes. Que há bens jurídicos que são disponíveis e outros que são indisponíveis pelo seu titular, eis o que parece evidente e que é pressuposto por este nº 1 do artigo 38. Mas a verdade é que não há um critério seguro ou taxativo que nos diga quais são os bens jurídicos de que seu titular pode livremente dispor e quais os bens jurídicos de que o seu titular não pode dispor. CARVALHO, Américo A. Taipa de. *Direito Penal*. Parte Geral, vol. II, Teoria Geral do Crime, Publicações Universidade Católica, Porto 2004. p. 281.

⁶⁸² ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal: à Luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2011. p. 170.

⁶⁸³ Essa distinção doutrinária é, inequivocamente, a mais adequada para compreender a prostituição e a criminalização de suas atividades acessórias. Sabe-se que este fenómeno conta, na maior parte dos casos, com o consentimento da pessoa prostituída, a qual acaba por servir-se das estruturas criminosas para, dessa forma, entrar e/ou progredir na prostituição. Neste âmbito, Alberto, explica que o consentimento é tido como eventual – e implícito – “elemento do tipo e não como causa de exclusão da ilicitude”. ALBERTO, José. *Crimes Sexuais: Do crime de Lenocínio em especial. A tutela jurídica da prostituição*. Lisboa: Chiado Editora, 2017.

⁶⁸⁴ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal*. Parte General. Reimpresión de la 3ª Edición. Barcelona: PPU, 1990. p. 562.

⁶⁸⁵ “Apesar de não integrar uma norma penal permissiva justificante, discute-se acerca de o consentimento do ofendido poder ou não excluir a ilicitude de certos fatos típicos. Para responder à indagação, é preciso ver duas questões básicas. Quanto ao consentimento da vítima, há duas espécies de tipos legais de crimes: aqueles que contêm como elemento o dissenso do ofendido e aqueles em que essa divergência não é elementar. Segunda: há duas espécies de bens jurídicos - os disponíveis e os indisponíveis. Com base nessas duas constatações, pode-se chegar a uma conclusão acerca do consentimento do ofendido. Nos tipos legais em que o dissenso do ofendido constitui um de seus elementos, o consentimento exclui da tipicidade. O tipo de estupro, do artigo 213, contém, como elementar, tácita, a falta de consentimento, seu dissenso, de modo que só se configura o estupro quando a vítima não consente, se opõe, rejeita a conjunção carnal ou o ato libidinoso. O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

que a lei penal adjetiva deste país não incluiu o consentimento do ofendido como causa de exclusão do crime. Mesmo assim, deve o mesmo ser reputado como uma causa supralegal, haja vista que o legislador não poderia prever todas as mutações das condições materiais de exclusão, sendo que a criação de novas causas de justificação, ainda não elevadas ao direito positivo, corrobora para a aplicação da justiça material⁶⁸⁶.

Portanto, a ausência de uma regra explícita, no caso brasileiro, não impede o reconhecimento de causas excludentes de ilicitude fora do rol geral. Neste sentido, tem-se o pensamento de Dotti, argumentando que o legislador não tem como prever todas as mutações das condições materiais e dos valores ético-sociais, a criação de novas causas de justificação, ainda que não traduzidas em lei, torna-se uma imperiosa necessidade para a correta e justa aplicação da lei penal⁶⁸⁷.

De maneira mais prudente e prática, os doutrinadores que se alinham às mais recentes decisões jurisprudenciais se orientam no sentido de admitir a existência de hipóteses em que, apesar de o consentimento não se encontrar previsto expressamente no rol das excludentes de ilicitude indicadas pela referida lei adjetiva, devem ser reconhecidas, mas gerando consequências distintas, dependendo do tipo penal que se analisa – o que demonstra inclinação para a vertente teórica diferenciadora.

Desse modo, no caso dos delitos contra a dignidade sexual, se a mulher consente na relação sexual, não se poderá cogitar em tipicidade da conduta daquele que com ela manteve conjunção carnal ou quaisquer outros atos libidinosos. Contudo, existem situações em que o fato é típico, mas não será antijurídico em virtude do consentimento do ofendido, exemplo que enseja uma fácil compreensão é o crime de dano. Há que se ressaltar que o consentimento do ofendido, seja como causa que afaste a tipicidade, seja como excludente de ilicitude, por não encontrar amparo no Código Penal brasileiro, é considerado por muitos, uma causa supralegal⁶⁸⁸.

(...) Nos demais tipos, em que o dissenso não é elementar, como no homicídio, no roubo, na calúnia, na violação do direito do autor, o consentimento do ofendido poderá excluir a ilicitude se presentes duas condições indispensáveis: a) a disponibilidade do bem jurídico; b) a capacidade de consentir do ofendido. TELES, Ney Moura. *Direito Penal*, parte geral. 2ª edição. Atlas editora, 2006, p. 239.

⁶⁸⁶ CALHAU, Lélío Braga. *Vítima e direito penal*. Belo Horizonte, Mandamentos, 2002. p 81.

⁶⁸⁷ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: Parte Geral* – Rio de Janeiro – Editora Forense. 2003. p. 405.

⁶⁸⁸ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. parte geral. Vol. 1, 8º edição. Editora Impetus, 2007. p. 377.

4.2 Condições de validade do consentimento

Alguns aspectos precisam ser pontuados antes de adentrarmos nas condições de validade do consentimento. Primeiramente, frise-se que a doutrina utiliza expressões como “agente” referindo-se a “pessoa que cumpre o fato justificado” ou ainda como o “destinatário do consentimento”, para individualizar a pessoa que desenvolve a conduta que o consentimento justifica.

Outrossim, o fato consentido só pode ser cumprido por pessoa física. A pessoa jurídica é incapaz de conduta. A maior parte da nossa doutrina se inclina no sentido de que a pessoa que cumpre o fato justificado, deve possuir uma capacidade delituosa, ou seja, um ser juridicamente e naturalmente capaz de cometer um delito.

Os que pensam de forma contrária argumentam que a validade do consentimento do ofendido prescinde da capacidade de entender e querer daquele que cumpre o fato consentido⁶⁸⁹. Assim, não se exige que a pessoa que cumpre o fato consentido seja imputável, pois a validade do consentimento do ofendido prescinde, justamente, dos elementos citados anteriormente.

Quando duas ou mais pessoas concorrem para a prática do fato consentido, a justificação aproveita todos eles. Porém, quando o consentimento for dado só a uma delas, para que esta cumpra o fato consentido, a solução não é tão simples. Como regra geral, quando se tratar de circunstâncias comunicáveis, o consentimento aproveita autores, co-autores e partícipes. Porém, diversa é a solução quando a conduta só pode ser cumprida por determinada pessoa, quando não se pode invocar a comunicabilidade⁶⁹⁰.

Portanto, ao procurar estabelecer as condições e formas de manifestação do consentimento, analisar-se-á esta questão sob três aspectos, como forma de tornar mais claro o entendimento, mostrando, inclusive, as divergências doutrinárias existentes. Inicialmente, analisar-se-á a manifestação como requisito de validade do consentimento, em seguida, será tratada a ação e o resultado como objeto do consentimento, e na sequência, o momento e a revogação do consentimento.

No que diz respeito à manifestação do consentimento, Roxin adota a teoria intermediária ou mediadora⁶⁹¹, na qual o consentimento não precisa ser expresso, mas deve ser manifestado

⁶⁸⁹ PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. 3ª Edição. Editora Revista dos Tribunais, 2001. P. 130.

⁶⁹⁰ PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. 3ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2001. P. 265.

⁶⁹¹ “Neste sentido, ao adotar a teoria intermediária ou mediadora, Roxin rechaça as duas outras teorias: a da declaração da vontade ou do negócio jurídico (fundada por Zitelmann), cuja concepção tratava o crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

através de uma ação do agente que consente e, como consequência, possa ser compreendido ou apreendido.

De acordo com Greco, não é necessário que o consentimento seja declarado frente a quem atua, e nem sequer que seja reconhecido por este. Caso o agente que atua pratique a ação sem saber que existe um consentimento do titular do bem jurídico, estará excluído o tipo objetivo da mesma forma que se soubesse, de modo que sua conduta caracterizaria crime impossível. Exige-se, entretanto, segundo os autores, que o consentimento seja demonstrado de qualquer forma conclusiva, ou seja, uma manifestação que se exteriorize de forma objetiva⁶⁹².

Para Carvalho “a forma de manifestação do consentimento é irrelevante. Assim, pode ser dado por escrito, como oral ou gestualmente. Isto mesmo o afirma o nº 2 do artigo 38º luso: o consentimento pode ser expresso por qualquer meio”⁶⁹³.

O consentimento ainda que tácito ou não expresso, deve ser claro, sério, livre e determinado. Uma inércia momentânea ou hesitação silenciosa, não pode ser compreendida como consentimento⁶⁹⁴. No mesmo sentido, a falta de um dissentimento claro não é equivalente a um consentimento tácito ou não expresso, e, para o reconhecimento de uma justificativa reclama-se a existência de um consentimento válido⁶⁹⁵.

consentimento como negócio jurídico privado, mediante o qual era outorgado ao agente um direito de intervenção revogável; e a teoria da direção da vontade, oposta a primeira, que considera o consentimento um mero processo anímico de renúncia, sem que seja necessário manifestar-se no mundo exterior. Roxin rejeita a primeira teoria pelo fato de que o consentimento não se trata de uma obrigação do portador do bem jurídico, pelo contrário, trata-se de um exercício da liberdade geral de ação. Da mesma forma e de outro motivo, não adota a teoria da direção da verdade porque muito embora o consentimento se expresse como manifestação interna da vontade, se o pensamento não for manifestado não será expressão de vontade, e pela dificuldade de comprovação, não é adequado para vincular consequências jurídicas”. GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p 96.

⁶⁹² GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p 97.

⁶⁹³ CARVALHO, Américo A. Taipa de. *Direito Penal*. Parte Geral. vol. II, Teoria Geral do Crime. Publicações Universidade Católica. Porto 2004. p. 286

⁶⁹⁴ Por exemplo, quando um ladrão ingressa em uma residência, e começa a recolher bens valiosos existentes no local, e o proprietário com receio de sofrer uma violência, permanece inerte e silencioso, por medo de uma agressão, não significa que ao suportar o prejuízo, tenha consentido no furto, pois no caso, falta a vontade de renunciar à tutela penal.

⁶⁹⁵ A Suprema Corte italiana decidiu sobre o assunto: “uma pessoa depois de ter conseguido a direção de uma motocicleta, com o proprietário passando a viajar na parte posterior, num momento de descanso, retomou a direção do veículo, subtraindo-o, ficando o proprietário a pé. É irrelevante para a caracterização do furto, a falta de um claro dissentimento do sujeito passivo ao apossamento da motocicleta. Porque para a subtração, O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

Pierangeli argumenta que apesar da admissibilidade do consentimento tácito, que pode até se constituir em silêncio, não exclui a exigibilidade de que seja ele reconhecível. E acrescenta o festejado autor que a adoção de entendimento que torna dispensável o reconhecimento externo do consentimento é de todo incompatível com o posicionamento de que toda excludente, e, portanto, também o consentimento do ofendido, reclama um contingente subjetivo⁶⁹⁶. O agente deve atuar acreditando que realiza o fato com o assentimento do titular do bem jurídico⁶⁹⁷.

Caso o agente consinta, por medo do agressor, que alguém interfira nos seus bens, danificando ou subtraindo, essa decisão não será livre e não terá validade. Deve o consentimento ter como lastro uma opinião interna própria, expressa em conformidade com a conduta alheia. Se houver o assentimento interno, sem qualquer expressividade objetiva, deve o autor ser punido por crime consumado. No crime de estupro uma eventual “anuência interna” da mulher não manifestada expressamente no mundo fenomênico, nem por palavras, gestos ou de qualquer outra maneira de modo a ser reconhecível por parte de quem pratica agressão sexual, não afasta o crime. Pensar de maneira diferente, ou seja, renunciar a manifestação externa para atender só pensamentos íntimos da mulher, no caso, contraditórios com suas atitudes, perderia a segurança jurídica de modo a possibilitar um campo excessivamente amplo de erros de tipo do autor⁶⁹⁸.

O consentimento é válido mesmo quando feito de maneira genérica, não individualizada. A exemplo do consentimento do proprietário que permite a qualquer pessoa, inclusive àquelas que lhes são desconhecidas, colher as frutas produzidas em seu pomar, ou mesmo permitir a colheita do restante da produção, cuja obtenção se torna economicamente inviável.

Não só a ação do autor, mas também o resultado deve ser tido como objeto do consentimento. Como parte essencial do tipo, ação e resultado devem ser objeto do consentimento. Figueiredo Dias ao tratar sobre o assunto sustenta que há “duas teses: a dominante, segundo a qual o consentimento deve abranger, nos crimes de resultado, tanto a ação, como o resultado típicos; a

e, portanto, furto, basta que o agente pratique o fato sem o consentimento do titular do direito”. (Giustizia Penale, II, nota, 1995). PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. 3ª Edição. Editora Revista dos Tribunais. 2001. p. 153.

⁶⁹⁶ PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. 3ª Edição. Editora Revista dos Tribunais. 2001.

⁶⁹⁷ Existe divergência doutrinária sobre o assunto. Alguns autores entendem ser desnecessário que o consentimento seja reconhecível e nem se exige que o agente tenha ciência de que ele foi concedido. A outra parte, porém, entende que o consentimento deve se apresentar como um fato exteriormente reconhecível, que não admite contradições.

⁶⁹⁸ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p 97.

O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

minoritária, para qual o consentimento tem por verdadeiro objeto apenas a ação”⁶⁹⁹.

O consentimento somente é válido se for manifestado antes da execução do ato. Diante desta afirmação podemos afirmar que o consentimento é revogável até o momento em que o agente executa o fato consentido. Uma vez que o consentimento não “constitui nenhuma espécie de proposta negocial e dado que o ato lesivo deve corresponder à vontade livre do titular do bem em causa, compreende-se que ele possa ser livremente revogado até à execução do fato”⁷⁰⁰.

O consentimento é eficaz até o momento em que a revogação pode intervir validamente na paralisação do fato, ou seja, antes que se complete a realização do evento consentido. Consequentemente, se a revogação ocorre durante a realização do fato consentido, não pode o agente prosseguir na sua execução. Os fatos anteriores restam justificados, enquanto os atos posteriores à revogação são atingidos pela antijuridicidade⁷⁰¹.

Por outro lado, se a revogação ocorrer depois da realização do ato, mas antes que o resultado se produza, falar-se-á em tentativa, como, por exemplo, no estupro, o caso da mulher que depois de sofrer a violência ou ameaça em uma manifestação de vontade livre, consente na penetração. Como o consentimento só se deu depois do emprego da violência ou grave ameaça, e não como consequência delas, e ocorreu antes da penetração, restara por configurado o crime de tentativa de estupro diante da impossibilidade de consumação do fato⁷⁰².

A revogação do consentimento pode ocorrer de forma expressa ou tácita. A doutrina estabelece que a revogação deve se processar da mesma maneira pela qual o consentimento foi prestado. Apesar de ser a regra, comporta exceções. O consentimento tácito pode ser revogado de modo expresso, mas, também, em certas situações, o consentimento expresso pode ser revogado tacitamente, desde que a revogação seja perceptível.

Pierangeli ao tratar da revogação implícita, argumenta que podem ocorrer hipóteses em que o titular do bem jurídico, após renunciar expressamente, volta a utilizar o bem, tornando incompatível a renúncia à tutela jurídica com a sua utilização, quando, então, o ato de disposição

⁶⁹⁹ A questão assumiu um relevo até há pouco insuspeitado pela circunstância de se pensar decisiva para determinação prático-normativo das ações (de massa) que se verificam em campos tão diversos como os das lesões da integridade física ou da morte ocorridas por via de intervenção médico-cirúrgica (perigosas, mas indispensáveis em último recurso) ainda não cobertas pelas *leges artis*, de experimentações clínicas, de transplantes entre vivos, de transmissão do vírus da SIDA, de práticas desportivas, etc. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal*: parte geral. Tomo I. 2ª Ed. Coimbra - Portugal: Coimbra Editora, 2012. p. 477.

⁷⁰⁰ CARVALHO, Américo A Taipa de. *Direito Penal*. Parte geral. vol. II, Teoria Geral do Crime, Publicações Universidade Católica, Porto 2004. p. 287.

⁷⁰¹ PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. 3ª Edição. Editora Revista dos Tribunais. 2001.p. 158.

⁷⁰² GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p 98.

possui idêntico efeito ao de revogação expressa⁷⁰³.

Uma questão interessante da revogação implícita é a que se apresenta quando o consentimento for dado durante determinadas circunstâncias fáticas, as quais, uma vez modificadas, conduzem à revogação implícita do consentimento, desde que nitidamente transpareça essa nova situação, ainda quando o consenciente não tenha de modo expreso ou tácito revogado o consentimento. O consentimento encontra aqui, o seu limite temporal e a modificação das circunstâncias de fato significa uma revogação implícita do consentimento⁷⁰⁴.

4.2.1 Capacidade de compreensão do consenciente

Roxin aponta como pressuposto de validade a existência, por parte do consenciente, da capacidade de compreensão, pois o consentimento deve sempre ser visto como expressão da liberdade de ação em geral, que se torna eficaz somente quando houver o entendimento suficiente do sentido e das consequências da sua expressão⁷⁰⁵.

Construindo a ideia de capacidade de compreensão para o consentimento eficaz, Roxin argumenta que essa ideia deve ficar numa zona tênue entre o da vontade natural e o da capacidade de celebrar negócios jurídicos. Assim, a concreta compreensão e juízo é uma questão de fato, o que não depende do limite de idade. Exemplifica, com o fato de alguns menores de 17 anos terem a capacidade de compreensão menor que outros de 14, mais amadurecidos. No caso de adultos, a regra será a capacidade de compreensão⁷⁰⁶.

Portugal estabeleceu no seu Código Penal que o consentimento só é eficaz se prestado por quem tem mais de 16 anos e possua o necessário discernimento⁷⁰⁷. Ao lecionar sobre o assunto,

⁷⁰³ PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. 3ª Edição. Editora Revista dos Tribunais. 2001.p. 158.

⁷⁰⁴ PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. 3ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 159.

⁷⁰⁵ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte generale*, t. I. trad. Diego –Manuel Luzón Peña, Miguel Dias y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2ª Ed. Madrid. 1997. p. 537.

⁷⁰⁶ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte generale*, t. I. trad. Diego –Manuel Luzón Peña, Miguel Dias y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2ª Ed. Madrid. 1997.p. 538.

⁷⁰⁷ “Art. 38º consentimento. [...] 3. o consentimento só é eficaz se prestado por quem tenha mais de 16 anos e possua discernimento necessário para avaliar o seu sentido de alcance no momento em que o presta”. PORTUGAL, Diário da República Eletrônico. *Código Penal*. Decreto Lei nº 48/95. Disponível O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

Figueiredo Dias defende a necessidade de quem consente seja capaz, para que o consentimento reflita um ato de autorrealização⁷⁰⁸.

O Código Penal português entendeu que essa capacidade não pode ser pelas normas jurídico-civis relativas a capacidade. Antes se torna necessário garantir que quem consente é capaz de avaliar o significado do consentimento e o sentido da ação típica; o que supõe a maturidade que é conferida em princípio por uma certa idade e o discernimento que é produto de uma certa normalidade psíquica⁷⁰⁹.

Faria Costa sustenta que a capacidade de consentir é de fundamental importância para a eficácia do consentimento. Apenas pode consentir quem tiver mais de 16 anos e possuir discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta. O consentimento deve refletir uma vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido. De outro modo, apenas se considera relevante – para efeitos de justificação do fato – a vontade daquele que tenha capacidade para consentir⁷¹⁰.

Por sua vez, Pierangeli entende que diante da ausência de disposição legal no ordenamento jurídico brasileiro, fica claro que o critério a ser seguido é o da inimputabilidade, ou seja, 18 anos, até porque os menores dessa idade ficam sujeitos a normas estabelecidas na legislação especial⁷¹¹.

Esta é uma posição doutrinária, porque, legalmente, no Brasil, é a idade de 14 anos completos que marca a capacidade de consentir a respeito de uma interação sexual com outrem⁷¹². Esta idade marca, pois, a capacidade de consentir livremente na relação sexual, afastando qualquer vício que lhe diminua a validade.

em:<<https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/107981223/201708230500/indice>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

⁷⁰⁸FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: parte geral*. Tomo I. 2ª Ed. Coimbra - Portugal: Coimbra Editora, 2012. p 483.

⁷⁰⁹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: parte geral*. Tomo I. 2ª Ed. Coimbra - Portugal: Coimbra Editora, 2012. p 483.

⁷¹⁰ FARIA COSTA, José. *Noções fundamentais de Direito Penal*. 4ª Ed. Coimbra Editora, 2015. p. 305 e 306.

⁷¹¹ PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. 3ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 137.

⁷¹² Pierangeli critica esta realidade. Segundo o precitado autor, não se pode aceitar a idade de 14 anos como a mínima que possibilite a validade do consentimento do ofendido para fins de justificação. Adquire o indivíduo a sua capacidade penal aos 18 anos. Mas, não adquire tão-somente o imputado, mas, também, o consenciente, portanto seria inadmissível que em um mesmo Código se estabelecesse duas idades para uma mesma capacidade penal, ou por outras palavras, uma para a prática do fato e outra para consentir sobre determinado fato que a justifica. PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. 3ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 137.

4.2.2 A questão da vulnerabilidade na capacidade de consentir

A validade do consentimento depende dos seguintes fatores: autonomia para dispor do bem jurídico; consciência das prováveis consequências do ato para o qual se consente e disponibilidade do bem jurídico. Entretanto, diversos fatores podem contribuir para um consentimento forçado, contrário à vontade real do indivíduo, a vulnerabilidade é um destes fatores, explicitando a falta de capacidade de compreensão das consequências do consentimento e implicando na sua invalidade⁷¹³.

Assim, da ausência de consciência das prováveis consequências do ato para o qual consente, surge a figura do vulnerável, de modo que para este o consentimento será considerado inválido. Sobre este instituto, Martinelli argumenta que, para a tutela do bem jurídico, pode-se dividir os vulneráveis em quatro grandes grupos: crianças e adolescentes; adultos com problemas mentais; adultos temporariamente perturbados e grupos especiais de vulneráveis. Acrescenta que a vulnerabilidade das pessoas não é absoluta e irrestrita, pois incide apenas em alguns atos da vida. E justamente tais atos, que podem trazer prejuízos, devem ser evitados pela norma penal⁷¹⁴.

Discussão interessante surge sobre tal aspecto. Atendendo ao compromisso internacional firmado no Aditivo do Protocolo de Palermo, o Brasil passou a considerar inválido o consentimento de vítimas em caso de tráfico de pessoas. Frise-se que, no precitado delito, é irrelevante o consentimento da vítima para ser objeto do tráfico, caso essa se encontre em situação de vulnerabilidade.

Rassi, entretanto, questiona o sentido da vulnerabilidade da vítima que consente com o tráfico, sendo ela maior e capaz, de modo que o conceito, neste âmbito, é considerado vago e de difícil delimitação⁷¹⁵. Greco, do mesmo modo, questiona a legitimidade do Direito Penal em incriminar condutas em face do poder de autodeterminação de cada um e em face da disponibilidade dos direitos individuais, principalmente que se a pessoa que consente é maior e capaz⁷¹⁶.

A vulnerabilidade também é apresentada como sendo a situação de quem é menor de 14 anos no caso do ato sexual, ou de 18 anos, no caso de exploração sexual; de quem em razão de enfermidade ou doença mental não tem discernimento para consentir ou de quem é enfermo ou

⁷¹³ MARTINELLI, João Paulo. Moralidade, vulnerabilidade e dignidade sexual. In: *Revista Síntese do direito Penal e Processual Penal*. São Paulo, nº 68, v. 11, 2011. p. 14.

⁷¹⁴ MARTINELLI, João Paulo. Moralidade, vulnerabilidade e dignidade sexual. In: *Revista Síntese do direito Penal e Processual Penal*. São Paulo, nº 68, v. 11, 2011. p. 18

⁷¹⁵ RASSI, João Daniel. A questão da vulnerabilidade no Direito Penal sexual brasileiro. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 19, nº 92, set/out. 2011. p.61-93.

⁷¹⁶ GRECO, Alessandra Orcesi. *Da autocolocação da vítima em risco e o tráfico de pessoas*. São Paulo. Revista dos Tribunais. p. 29.

doente mental em razão disso não possui discernimento para prática do ato.

No que diz respeito aos menores de idade, primeiramente, há de se destacar a grande polêmica no meio doutrinário, pois, além das questões envolvendo a liberdade sexual o tema permeia a necessária maturidade para consentir. Neste âmbito, Greco e Rassi⁷¹⁷ identificam dois elementos complicadores quando o crime tem como vítima uma pessoa menor de dezoito anos: o primeiro é que, “é em relação ao menor que a moral social apresenta forte incidência”⁷¹⁸. O segundo elemento é “a possibilidade de se considerar ou não o consentimento da vítima menor como válido, portanto, descaracterizando o crime”⁷¹⁹.

Natscheradetz argumenta que a proteção da juventude como objeto de proteção do Direito Penal Sexual, não tem como objetivo a interiorização de certos valores morais da conduta sexual, mas sim proteger os jovens de certos estímulos sexuais, até que a maturidade permita que decidam por si próprios a respeito da sua sexualidade. Não existe uma maturidade que se estabeleça em determinado tempo/momento da vida de um menor. A análise tem revelado que a variação do tempo reflete e retrata que cada menor tem um desenvolvimento diferente, como diferente é a capacidade de consentir validamente para a prática do ato sexual⁷²⁰.

Para o precitado autor “a maturidade do menor não é uma fase do seu desenvolvimento que possa ser medida e avaliada, como qualquer aspecto do seu desenvolvimento físico”⁷²¹, mas levando em consideração o princípio da legalidade, as exigências de segurança conduzem ao raciocínio de que “em lugar da característica material determinante constituída pela imaturidade sexual, nos tipos legais de crimes de proteção da juventude⁷²² se coloque um limite geral fornecido pela idade do jovem”⁷²³.

⁷¹⁷ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 64

⁷¹⁸ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 64

⁷¹⁹ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 64.

⁷²⁰ NATSCHERADETS, Karl Prelhaz. *O Direito Penal Sexual*. Coimbra – Portugal: Almedina, 1985. p. 154.

⁷²¹ NATSCHERADETS, Karl Prelhaz. *O Direito Penal Sexual*. Coimbra – Portugal: Almedina, 1985. p. 154.

⁷²² “Não podendo os contatos sexuais entre jovens ser qualificados como casos de exploração ou abuso e sabendo-se que as experiências sexuais entre jovens são benéficas para o seu desenvolvimento sexual (...) e, para concluir, salientar que, como a imaturidade dos menores não se limita a sua esfera sexual, penso que a proteção penal da juventude deveria ser sistematicamente autônoma dos crimes sexuais, incluindo além das condutas sexuais outro tipo de atuações que mais gravemente explorassem a imaturidade dos jovens”. NATSCHERADETS, Karl Prelhaz. *O Direito Penal Sexual*. Coimbra – Portugal: Almedina, 1985. p. 154.

⁷²³ NATSCHERADETS, Karl Prelhaz. *O Direito Penal Sexual*. Coimbra – Portugal: Almedina, 1985. p. 154. O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

Greco e Rassi apontam os pontos principais do pensamento de Ripollés no que diz respeito a prática sexual por menor, argumentando que esta pode provocar prejuízos no normal e regular desenvolvimento de sua formação sexual, ou mesmo, causar desequilíbrio psíquico em consequência da incompreensão dessa espécie de comportamento. Por outro lado, ao tratar dos incapazes e doentes mentais, ressalta as consequências negativas que a prática sexual acarreta, podendo dificultar o processo de socialização e interferir na capacidade de controlar os instintos, além da facilidade real em se transformarem em objeto sexual de terceiros⁷²⁴.

Sobre o bem jurídico protegido nos vários crimes sexuais envolvendo menores, encontra-se os ensinamentos de Figueiredo Dias que afirma que se protege a autodeterminação sexual, “mas de maneira particular: não em face de condutas que representem a extorsão de contatos sexuais por forma coativa ou análoga (sem que todavia, se possa ou deva em nossa opinião, falar de ato ou prática consensual”⁷²⁵. E continua com seus argumentos lecionando que “em consideração da pouca idade da vítima, podem, mesmo sem coação, prejudicar gravemente o livre desenvolvimento da sua personalidade, em particular na esfera sexual”⁷²⁶.

Figueiredo Dias afirma que a lei presume que “a prática de atos sexuais com menor, em menor ou por menor de certa idade prejudica o desenvolvimento global do próprio menor, no fundo, um interesse de proteção da juventude”⁷²⁷. Para Lopes existe “o direito à proteção da sexualidade numa fase inicial ou em desenvolvimento, que, pelas suas características, é carecida de tutela jurídica”⁷²⁸. Com algumas diferenças em outras legislações, mas o limite de 14 anos⁷²⁹ deve ser compreendido como instante de passagem ou fronteira entre a infância e a adolescência. Além do

⁷²⁴ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 65.

⁷²⁵FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Comentários Conimbrincense do Código Penal: parte especial*. Tomo I. Coimbra – Portugal: Coimbra Editora, 2012. p. 834.

⁷²⁶ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Comentários Conimbrincense do Código Penal: parte especial*. Tomo I. Coimbra – Portugal: Coimbra Editora, 2012. p. 834.

⁷²⁷ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Comentários Conimbrincense do Código Penal: parte especial*. Tomo I. Coimbra – Portugal: Coimbra Editora, 2012. p. 834.

⁷²⁸ LOPES, José Mouraz. *Os Crimes Contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual no Código Penal*. 4. ed. Coimbra – Portugal: Coimbra Editora, 2008. p. 115.

⁷²⁹ “Os tipos de experiências sexuais que uma pessoa tem, especialmente durante a adolescência, são importantes na direção ou reforço do fluxo de sua preferência sexual, sendo por isso importante que nesta fase de formação da personalidade se procure de sobremaneira um desenvolvimento adequado da sexualidade, no sentido de proteger a liberdade do menor no futuro, para que decida, em liberdade, o seu comportamento sexual”. LOPES, José Mouraz. *Os Crimes Contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual no Código Penal*. 4ª Ed. Coimbra – Portugal: Coimbra Editora, 2008. p. 115.

mais, estamos diante de crimes de perigo abstrato com o objetivo de proteger a infância e a juventude.

Um despertar da sexualidade precoce (seja ou não violento ou consentido), pode provocar perturbações fisiológicas e psicológicas marcantes, o que autoriza de imediato a existência da proteção do direito. Segundo Beleza “já não é o pudor da jovem ou da criança (artigos 172º e 173º), ou da pessoa adulta vulnerável (artigos 165º e 166º) que está em causa”. Deve ser levado em consideração a convicção “de que abaixo de uma certa idade ou privada de uma certa dose de autodeterminação a pessoa não é livre de se decidir em termos de relacionamento sexual”⁷³⁰.

Costa Andrade argumenta que “até atingir um certo grau de desenvolvimento, indiciado por certos limites etários, o menor deve ser preservado dos perigos relacionados com o desenvolvimento prematuro em atividades sexuais”⁷³¹. Assim, encontram-se critérios objetivos inseridos no Código Penal, objetivando proteger o menor presumivelmente imaturo.

Esse tempo estabelecido na lei penal, não deve ser compreendido como uma porta estreita, onde ingressa o menor imaturo e com um passo apenas, transforma-se em um jovem experiente, inclusive, para as práticas sexuais. O que se tem é um critério objetivo em vários tipos penais, onde o legislador presume a imaturidade e os danos que a prática sexual pode acarretar a criança e ao adolescente. Esse marco de transformação tem consequências diretas no consentimento do adolescente, pois se não foi atingido aquele tempo mínimo que o legislador estabeleceu, torna-se irrelevante a anuência para a prática de relações sexuais.

4.2.3 A presunção do consentimento

O artigo 39 do Código Penal Português trata do consentimento presumido⁷³². Inicialmente

⁷³⁰ BELEZA, Teresa Pizarro. O conceito legal de violação. In: *Revista do Ministério Público*. ano 15º, nº 59, julho/setembro 1994, p. 56.

⁷³¹ COSTA ANDRADE, Manuel. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Coimbra Editora. Portugal. 2004. p. 396.

⁷³² “Artigo 39º Consentimento presumido. 1 – Ao consentimento efetivo é equiparado o consentimento presumido; 2 – há consentimento presumido quando a situação em que o agente atua permite razoavelmente supor que o titular do interesse juridicamente protegido teria eficazmente consentido no facto, se conhecesse as circunstâncias em que este é praticado”. PORTUGAL, Diário da República Eletrónico. *Código Penal*. Decreto Lei nº 48/95. Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/107981223/201708230500/indice>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

equiparou o consentimento efetivo ao presumido, ou seja, a presunção do consentimento passa a ser tratada como causa de justificação. O principal problema que apresenta o consentimento presumido se coloca no pressuposto de que nele não existe um consentimento real do ofendido, mas se pressupõe a sua existência diante das circunstâncias.

Essas dificuldades são aparentemente superadas através de duas teorias: uma objetiva e outra subjetiva⁷³³. Ambas partem de um ponto comum, pois ambas reclamam do agente a prática de fato não só no interesse do titular do bem jurídico, mas também em face de uma presunção de consentimento diante de uma situação fática, de acordo com Pierangeli⁷³⁴.

Para que exista o consentimento presumido é necessário que a situação em que o agente atua, permita razoavelmente supor, que o titular do interesse juridicamente protegido teria eficazmente consentido no fato, caso fosse do seu conhecimento as circunstâncias em que esse é praticado.

Outrossim, como leciona Pierangeli, o consentimento putativo distingue-se do presumido. No primeiro, o agente incide em grave erro ao acreditar na existência de um consentimento que não existe, enquanto no segundo, não existe erro, pois, o agente tem pleno conhecimento da inexistência do consentimento⁷³⁵. Desse modo, no consentimento putativo inexistente consentimento, mas o agente acredita que ele existe, pois, se verdadeiramente aquele tivesse ocorrido, se constituiria em uma causa de justificação.

O consentimento putativo é um estado intelectual do agente, que falsamente ou por equívoco, acredita que lhe foi prestado um consentimento válido que o autoriza a atuar, quando na verdade ele inexistente. Daí que, no consentimento putativo, a não punibilidade do fato decorre de uma causa subjetiva, ou seja, de erro, enquanto o consentimento real e o presumido derivam de

⁷³³ “Para a teoria objetiva, a eficácia do consentimento presumido encontra seu fundamento em três fatores objetivos: 1- presença de todos os pressupostos objetivos requeridos para um consentimento válido e operante; 2- ausência de um consentimento real; 3- contraposição entre dois (ou mais) bens jurídicos pertencentes a um único titular do direito. Para a teoria subjetiva, além dos pressupostos objetivos, reclama-se da parte do agente que cumpra o fato não só no interesse prevalente do titular do bem jurídico, mas se conscientize também de que está diante da presunção de que, se o titular do direito tivesse conhecimento da realidade da situação, teria consentido, e, ainda, faz-se necessário que o agente atue com consciência e vontade de agir no interesse do titular do direito”. PIERANGELI, José Henrique, *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. 3ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2001. p 162-163.

⁷³⁴ PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. 3ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2001. p 162.

⁷³⁵ PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. 3ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 165.

uma causa objetiva de justificação⁷³⁶.

O erro quanto à existência ou não do consentimento pode apresentar-se de duas maneiras: na primeira, aquele que age atingindo a esfera jurídica alheia por acreditar na existência de um consentimento; na segunda, pode o agente desconhecê-lo, ainda quando exista objetivamente. A crença errônea na existência de um consentimento será tratada como erro de tipo. Na segunda hipótese, o agente desconhece a existência do consentimento, não se podendo falar no tipo objetivo, caso em que haverá tentativa impossível⁷³⁷.

Faria Costa leciona que o legislador ao equiparar o consentimento presumido ao efetivo, baseia-se na ideia de que a vontade do titular do bem jurídico protegido seria respeitada caso conhecesse a situação concreta⁷³⁸. Apenas esse fundamento pode justificar a equiparação entre as duas formas de consentimento. Naturalmente o consentimento presumido só pode ser eficaz quando não possa ser obtido o consentimento efetivo. Devido a equiparação entre o consentimento presumido e o consentimento efetivo, para o primeiro devem ser válidos os mesmos pressupostos⁷³⁹ enunciados em relação a este último⁷⁴⁰.

Figueiredo Dias, ao escrever sobre o consentimento presumido sustenta a existência de uma espécie de “estado de necessidade da decisão” (sem querer com isso fazer do consentimento presumido uma subespécie da causa de justificação do estado de necessidade). Sustenta o autor, também, que há o caráter subsidiário do consentimento presumido, no sentido que esse somente é admissível quando não for possível obter a manifestação expressa da vontade ou houver perigo sério na demora. Em seguida, passa a exemplificar o consentimento presumido, citando o caso das intervenções médico-cirúrgicas, quando o paciente não se encontra em condições de prestar eficazmente o seu consentimento, por se encontrar inconsciente, mas é premente a necessidade da intervenção médica⁷⁴¹.

Outro exemplo referido pelo doutrinador seria quando alguém se introduz na casa de um

⁷³⁶ PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. 3ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 165.

⁷³⁷ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte generale*, t. I. trad. Diego –Manuel Luzón Peña, Miguel Dias y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2. Ed. Madrid. 1997, p. 553.

⁷³⁸ FARIA COSTA, José. *Noções fundamentais de Direito Penal*. 4 Ed. Coimbra Editora, 2015. p. 307.

⁷³⁹ “Uma vez que o consentimento presumido se equipara ao consentimento efetivo, naquele hão-de em princípio concorrer os mesmos requisitos da eficácia. Antes de tudo, por conseguinte, que o consentimento (presumido) diga respeito a interesses jurídicos livremente disponíveis e que o facto não ofenda aos bons costumes”. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: parte geral*. Tomo I. 2ª Ed. Coimbra - Portugal: Coimbra Editora, 2012. p. 492.

⁷⁴⁰ FARIA COSTA, José. *Noções fundamentais de Direito Penal*. 4 Ed. Coimbra Editora, 2015. p. 307.

⁷⁴¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: parte geral*. Tomo I. 2ª Ed. Coimbra - Portugal: Coimbra Editora, 2012. p. 489 e 490.

vizinho sem autorização para fechar uma torneira que foi deixada aberta e está a causar uma inundação ou quando alguém abre uma carta dirigida a pessoa ausente, mas que parece ser de conhecimento urgente, uma comunicação judicial ou do serviço de finanças⁷⁴².

Ainda na esteira de Figueiredo Dias, a doutrina oferece duas respostas ao procurar o fundamento do consentimento presumido. Uma dessas respostas sustenta que a razão estaria na correspondência do facto ao bem ou interesse do lesado, servindo à correspondência à sua vontade como limite do âmbito de intromissões na vida alheia. Outra resposta ofertada pela doutrina, o fundamento residiria em uma presunção não do interesse do lesado, mas da direção de sua vontade. Assim, teríamos na verdade uma equiparação ao consentimento, real e eficazmente praticado, de um facto no qual o lesado teria presumivelmente consentido se tivesse conhecido a situação⁷⁴³.

O Código Penal Português no seu artigo 39º-1, manda equiparar o consentimento presumido ao consentimento efetivo, e o nº 2 reporta a eficácia do consentimento presumido a suposição razoável de que ele verdadeiramente teria existido, e que essa seria a sua vontade se o agente conhecesse as circunstâncias em que o fato é praticado⁷⁴⁴.

Carvalho explicita os pressupostos de relevância ou validade do consentimento presumido. São eles: “a necessidade urgente de praticar o fato, a impossibilidade de o titular do interesse ou bem jurídico declarar o seu consentimento e a presunção de que este, se pudesse, consentia efetivamente no fato”⁷⁴⁵. Em seguida, o autor afirma que o legislador, ao equiparar o consentimento presumido ao consentimento efetivo, está a dizer que o que releva, “em definitivo, é a vontade (o que, segundo o juízo *ex ante*, é suposto correspondente à vontade) e não o interesse. Portanto, o interesse apenas constituirá um indício de vontade, mas não o seu critério definitivo”⁷⁴⁶.

O pensamento fundamental da eficácia do consentimento presumido reside, por conseguinte em que a autodeterminação do lesado não é ofendida quando o agente, numa consideração *objetiva e ex ante*, pratica solidariamente o facto numa situação em que uma decisão não pode ser retardada. Assim, o interesse do lesado não constitui mais do que um indício daquela

⁷⁴² FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: parte geral*. Tomo I. 2ª Ed. Coimbra - Portugal: Coimbra Editora, 2012. p. 489 e 490.

⁷⁴³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: parte geral*. Tomo I. 2ª Ed. Coimbra - Portugal: Coimbra Editora, 2012. p. 490.

⁷⁴⁴ PORTUGAL, Diário da República Eletrónico. *Código Penal*. Decreto Lei nº 48/95. Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/107981223/201708230500/indice>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

⁷⁴⁵ CARVALHO, Américo Taipa. *Direito Penal, Parte geral*, vol. II, Teoria Geral do Crime, Publicações Universidade Católica, Porto 2004. p. 2287-288.

⁷⁴⁶ CARVALHO, Américo Taipa. *Direito Penal. Parte geral*, vol. II, Teoria Geral do Crime, Publicações Universidade Católica, Porto 2004. p. 287-288.

que teria sido a sua vontade⁷⁴⁷.

Puig argumenta que muitas vezes, o titular de um bem jurídico não consegue manifestar seu consentimento, todavia, caso pudesse prestar, não resta dúvida que prestaria. Isto pode ocorrer quando o titular esteja ausente ou inconsciente. Caso outra pessoa venha a intervir em seus direitos na certeza de que seu titular o consentiria se pudesse, atua amparado no que a doutrina chama de consentimento presumido⁷⁴⁸.

4.2.4 Vício de vontade no consentimento: erro, fraude, ameaça e violência

Ao levar em consideração a teoria intermediária ou mediadora do consentimento, de Roxin, acredita-se que o tratamento dispensado ao consentimento não pode ser realizado da mesma forma que ocorre com relação aos vícios existentes no âmbito jurídico civil. Ao observar o Direito Penal e o Direito Civil constata-se que eles têm fundamentação teleológica diversa e por essa razão é necessário que também tenham tratamentos diferentes no que diz respeito ao consentimento⁷⁴⁹.

Para que o consentimento seja eficaz, é necessário que ele não apresente nenhum vício de vontade. Leciona Costa Andrade que o “consentimento fraudulentamente obtido ou inquinado por qualquer outro vício da vontade é tão carecido de significado jurídico-penal como o consentimento de um inimputável”⁷⁵⁰. Em sentido convergente, Costa Andrade ainda cita o exemplo de Stratenwerth, para quem “o consentimento só é expressão de autodeterminação quando o ofendido representa efetivamente o seu alcance e não há qualquer influência exterior a roubar-lhe a liberdade de decisão”⁷⁵¹.

Costa Andrade afirma também que E. Correia explica que: “qualquer erro em que o agente faça cair aquele que consente exclui o consentimento”⁷⁵², em posicionamento similar ao de

⁷⁴⁷ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: parte geral*. Tomo I. 2ª Ed. Coimbra - Portugal: Coimbra Editora, 2012.p. 493.

⁷⁴⁸ PUIG, Santiago Mir. *Derecho penal: parte general*. 8ª edição, Montevideo-Buenos Aires: B. de F, 2008, p. 521.

⁷⁴⁹ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p 105.

⁷⁵⁰ COSTA ANDRADE, Manuel. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Coimbra Editora. 2004. p. 574.

⁷⁵¹ COSTA ANDRADE, Manuel. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Coimbra Editora. 2004. p. 574.

⁷⁵² COSTA ANDRADE, Manuel. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Coimbra Editora. 2004. p. 574.

Baumann, autor que, por princípio, afasta a relevância do erro sobre os motivos e, mesmo aqui, sob ressalva de não estar em causa um motivo de significado decisivo para o conteúdo do consentimento⁷⁵³.

Costa Andrade explica o entendimento de Roxin sobre o tema. Argumenta que o referido pensador afirma que o consentimento somente pode ser eficaz na medida em que o fato se apresenta como expressão de autonomia do portador do bem jurídico, como realização de sua vontade livre⁷⁵⁴. É exatamente o que falta no erro em relação ao bem jurídico. Ainda seguindo o raciocínio de Roxin, será irrelevante o erro que não se refere à contraprestação, senão a outras circunstâncias que acompanham o fato, desde que não se refiram ao bem jurídico.

Numa opinião mais restritiva, Costa Andrade argumenta que Arzt desenvolveu uma teoria segundo a qual o engano converte em ineficaz o consentimento apenas quando conduz a um erro referido ao bem jurídico, ou seja, quando aquele que consente erra sobre o modo, periculosidade ou dimensão da renúncia ao bem jurídico⁷⁵⁵.

A fraude, da mesma forma, faz com que o consentimento da vítima seja viciado, pois, se tivesse conhecimento da realidade não cederia aos apelos do agente. Por meio da fraude, o agente induz ou mantém a vítima em erro, fazendo com que tenha um conhecimento equivocado da realidade⁷⁵⁶.

De acordo com grande parte dos autores de Direito Penal, a legitimidade da incriminação reside na liberdade sexual atingida pela fraude, não se podendo afirmar livre o consentimento captado por uma falsa representação dos fatos. A fraude por sua vez não se limita a meras sugestões verbais, devendo consistir em artifícios que tornam insuperável o erro da vítima que se engana sobre a identidade pessoal⁷⁵⁷ do agente ou a legitimidade da liberdade sexual a que se presta.

Leciona Hungria que a fraude deve ser entendida como a maliciosa provocação ou

⁷⁵³ COSTA ANDRADE, Manuel. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Coimbra Editora. 2004. p. 574.

⁷⁵⁴ COSTA ANDRADE, Manuel. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Coimbra Editora. 2004. p. 574.

⁷⁵⁵ COSTA ANDRADE, Manuel. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Coimbra Editora. 2004. p. 575.

⁷⁵⁶ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. parte especial, volume III, 12ª edição, 20015, editora IMPETUS, p. 516.

⁷⁵⁷ Exemplo clássico é o indivíduo que sabe que um marido chega em casa sempre tarde e àquela hora a esposa está dormindo. Então, penetra na casa. Chega ao leito conjugal e se aproxima da mulher. Ela sabe também que o marido costuma chegar àquela hora, e, assim, é possuída meio adormecida. Mas, quando acorda percebe que aquele que recebeu, não se trata do seu marido. Neste caso a liberdade sexual da mulher não foi exercida com autonomia, na medida em que ela foi enganada em relação àquele com quem manteve contato sexual. O erro quanto à identidade pessoal do parceiro elimina manifestação de liberdade consciente de escolha sexual, direito subjetivo assegurado constitucionalmente. Assim, ao emprego da fraude sobre a sua identidade pessoal, tornou ineficaz o consentimento da mulher. GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p 109.

aproveitamento do erro ou engano de outrem, para consecução de um fim ilícito. Assim, nem toda fraude constitui material da entidade criminal em questão. Não bastam meras sugestões verbais: é necessária a utilização de artifícios, de estratégias que torne insuperável o erro. Não é de confundir-se o engano obtido pela sedução com o engano a que, na espécie, é induzida a vítima⁷⁵⁸. Assim, a fraude tanto se apresenta quando o agente tem a iniciativa de provocação do erro, como quando se aproveita do erro provocado por terceiro ou de erro espontâneo da vítima⁷⁵⁹.

Silveira ao contrariar o que foi exposto, critica a criminalização das condutas referidas. Afirma que Roxin chegou a ser radical na defesa dessa questão, revelando que, mesmo em tipos nos quais a violência ou grave ameaça se fazem presentes, havendo o consentimento, não haverá crimes. Isto chega a um ponto tal que, ainda tendo esse consentimento obtido mediante engano, não se poderia falar em conduta penalmente reprovável⁷⁶⁰.

A legislação brasileira prevê o crime de violação sexual mediante fraude, ou seja, é típica a conduta de abuso sexual mediante fraude, o que impediria a incidência do consentimento. Não se pode permitir que uma conduta que não importe em nítida violência seja hoje criminalizada. O teor protetivo do início do século passado, cuja proteção era o de proteção à honestidade das famílias, do pudor geral, não mais se faz presente ou é justificável. Melhor seria o banimento de tais figuras do horizonte legal. Entretanto, apesar das reiteradas críticas aos dispositivos previstos nas legislações portuguesa e brasileira, o tipo de “fraude sexual” e de “violação sexual mediante fraude” encontra-se em vigor.

Quanto à ameaça e à coação, elas devem conduzir à ineficácia do consentimento por meio delas obtido, pelo menos sempre que a conduta tendente a obter o consentimento integre os tipos de ameaça ou de coação. Maior atenção merece o consentimento quando resulta de engano (erro provocado) ou de erro em sentido estrito (não provocado)⁷⁶¹.

A violência, por outro lado, enquanto vício de manifestação de vontade é toda iniciativa que procura exercer coação sobre a liberdade de alguém, que lhe tenta impedir a liberdade de reflexão, de julgamento e de decisão; é, sobretudo, a força que é o seu meio de manifestação, seu instrumento. A violência agrava o impulso natural dos seres vivos, é a coação que atua corporalmente visando remover uma oposição esperada. É a coerção sobre a vontade, servindo-se

⁷⁵⁸ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1981, volume VIII, p 517.

⁷⁵⁹ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1981, volume VIII, p 518.

⁷⁶⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes Sexuais*. Bases Críticas para a Reforma do Direito Penal Sexual. Quartier Latin. 2008. p. 233

⁷⁶¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: parte geral*. Tomo I. 2.ed. Coimbra - Portugal: Coimbra Editora, 2012. p. 487.

de força física sobre a pessoa para vencer uma resistência oposta⁷⁶².

A violência efetiva distingue-se em física e moral, mas seus aspectos às vezes se confundem. Deve-se acolher a regra geral que nem toda ameaça exclui a eficácia do consentimento. Apenas aquela que afeta seriamente a liberdade de decisão do titular do bem jurídico, de modo que sua atitude não seja expressão de sua liberdade de ação. O limite encontra-se nas situações em que a ameaça seria punida como crime autônomo, pois foi esse o parâmetro que o legislador considerou à liberdade de decisão da vítima ofendida jurídico-penalmente relevante. E, em relação à violência, a regra seria aqueles crimes previstos no Código Penal contra a vida e a integridade corporal.

A violência ou ameaça assumem um papel fundamental na estrutura dos tipos penais de ofensa à liberdade sexual na medida em que sua presença se faz depender de um ulterior fundamental requisito do tipo penal: a ineficácia do consentimento do sujeito passivo.⁷⁶³

Assim, no que diz respeito à esfera sexual, costuma-se dizer que a força física coagente – violência – deve se dar para a superação da resistência da vítima. Considerando-se que ela é o meio comissivo direto de um atentado à liberdade, contra a autodeterminação sexual de um indivíduo, deve ser inconstitucional. O ato sexual em si já guarda, intrinsecamente, uma violência. A se ter a criminalização, imprescindível é o dissenso no ato, e a particular relatividade deste ato não consentido. A violência, desta maneira, passa a reger o próprio cerne do Direito Penal sexual, devendo ser o meio⁷⁶⁴ para a prática sexual, de acordo com Silveira⁷⁶⁵.

Por outro lado, a violência moral se integraliza quando se aplicam meios atuantes tais, que se logra anular, vencer ou submeter a vontade da vítima, que procura reagir de forma séria e constante: o agente neste caso não tolhe os movimentos da vítima, emprega meios que atuam sobre o moral, paralisando-lhe a resistência. A sua forma mais típica é a ameaça, que pode ser de mal físico ou moral atingindo direta ou imediatamente a própria vítima ou pessoa que lhe esteja próxima. Não deixa traços palpáveis, como na generalidade dos casos de violência física⁷⁶⁶.

A doutrina tem apresentado duas teorias com origem no direito romano sobre violência,

⁷⁶² SZNICK, Valdir. *Assédio Sexual e crimes sexuais violentos*. São Paulo, Editora Ícone, 2001. p 73.

⁷⁶³ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 111.

⁷⁶⁴ “Com ela, não deve se confundir a presença da violência – conteúdo (típica do sadomasoquismo) ou da violência – sádica (onde a lesão é independente do crime sexual). A violência, entendida como a externalização de energia física em prejuízo físico de outrem, talvez se finque com maior importância do que tantas outras situações”. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes Sexuais*. Bases Críticas para a Reforma do Direito Penal Sexual. Quartier Latin. 2008. p. 213.

⁷⁶⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes Sexuais*. Bases Críticas para a Reforma do Direito Penal Sexual. Quartier Latin. 2008. p. 212.

⁷⁶⁶ GUSMÃO, Chrysolito de. *Dos Crimes Sexuais*. 6ª edição, Rio de Janeiro, Editora Freitas Bastos, 2001. p. 97.

uma que denominou força física e a outra de teoria da constrição da vontade. Para a teoria da força física o conceito de violência é aquele tido imediatamente pela consciência social. A violência foi definida como sendo a força física, sustentando-se que esta compreende tanto a energia corpórea do agente, como aquela animal ou mecânica de que se valha. No que diz respeito aos crimes sexuais, ela se traduziria como sendo a energia física que age sobre a força física do ofendido não consistindo apenas na simples energia física ocorrente pela união dos sexos, mas a força física para coagir essa união⁷⁶⁷.

Por outro lado, e adotando um conceito mais amplo de violência, surge a teoria de constrição da vontade⁷⁶⁸. Discerne a violência não mais como um meio físico adotado contra a autodeterminação da vontade, mas procura suas raízes diretamente na própria coação da vontade. É ínsita na violência uma ideia de finalidade. Distinguem-se três momentos: capacidade de formação de um querer racional, capacidade de formação no caso concreto, capacidade de sua atuação, sendo certo que qualquer meio que prive o sujeito dessa capacidade integra a violência. Assim, vai ser violência tudo aquilo que é idôneo ao constrangimento e que não tem a qualidade de ameaça, tudo aquilo que opera como violência física, qualquer violência que prive o agente da capacidade de formação da vontade e de atuação do querer⁷⁶⁹.

Greco e Rassi argumentam que pouco foi discutido no Brasil sobre o conceito de violência. Nos crimes sexuais, em que a violência como a grave ameaça faz parte da descrição típica, a doutrina identifica o elemento típico como sendo violência física, e a ameaça como violência moral, aparentemente adotou a teoria restritiva. O dissenso da vítima diante da violência física ou moral deve ser sincero e positivo, manifestado de forma inequívoca. A resistência da vítima passa a ser a contraprova da violência do estupro. A ameaça, por sua vez, deve ser grave, entendendo-se como

⁷⁶⁷ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 112.

⁷⁶⁸ “A capacidade de formação da vontade pode ser removida mediante o causamento da perda da consciência e, até mesmo, mediante hipnose ou uma forte dor, sendo absolutamente indiferente se a perda da consciência é produzida mediante um golpe na cabeça da vítima ou com clorofórmio, e, neste último caso, é irrelevante se o agente aperta o nariz da vítima com um pano impregnado de clorofórmio ou se determina com engano a respirar o narcótico. O que conta para a teoria da constrição é o resultado a que se chega através da violência ou da ameaça: a coação da livre vontade do sujeito a ter um comportamento que de outra maneira não teria. Sua diferença, portanto, em relação a teoria da chamada força física, é o fim, o resultado final, e não a qualidade exterior do meio que possibilite determinar uma conduta violenta. A modalidade da ação termina por caracterizar-se em função do resultado. A violência e a ameaça são tais apenas na medida em que realizam o efeito coação independentemente de sua característica objetiva”. GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 113.

⁷⁶⁹ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 112- 113.

tal a ameaça de determinado dano material ou moral considerável, devendo-se tratar de um mal maior que o da conjunção carnal, e posto que não seja evitável de outro modo⁷⁷⁰.

4.3 Os bons costumes como limite do consentimento

Uma questão que merece ser discutida é a relação entre o consentimento e os “bons costumes”. Já se sabe que para a conceituação de todo delito, é necessário um exame capaz de determinar o bem jurídico-penal que a proibição protege. Com isso, o bem jurídico limita o dever de punir estatal e dá, na realidade criminal portuguesa, à antijuridicidade, o seu fundamento e o seu conteúdo.

Partindo da importância creditada ao bem jurídico e dentro deste contexto é que se há de examinar aquilo que se convencionou chamar de bons costumes, principalmente porque o n° 1 do artigo 38 do Código Penal português prevê expressamente que “o consentimento exclui a ilicitude do facto quando se referir a interesses jurídicos livremente disponíveis e o facto não ofender os bons costumes”.

Este conceito tem sido visto como um princípio garantidor de carácter cognoscitivo, tal como ocorre com todos os demais bens jurídicos. Os bons costumes no Direito Penal são comumente considerados em um campo de atuação bem mais restrito do que no Direito Civil. Neste último, os bons costumes são vistos como um princípio equivalente a própria moral social. No Direito Penal, por outro lado, de uma maneira geral, a doutrina limita a sua esfera de atuação à decência e à moral sexual⁷⁷¹.

Neste aspecto, deve-se tentar estabelecer até que ponto os costumes podem influir na esfera de disponibilidade do bem jurídico, procurando, ainda, estabelecer se eles devem ser examinados unicamente em referência à moral sexual⁷⁷². Assim, para se estabelecer a validade do

⁷⁷⁰ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 115.

⁷⁷¹ PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do Ofendido na teoria do delito*. 3° edição, Editora Revista dos Tribunais, 2001. p.122.

⁷⁷² “A segunda solução parece-nos ser a mais adequada, pois, um entendimento em contrário poderia conduzir à conclusão de que um mesmo ato de renúncia a um bem jurídico pode ser considerado contrário aos bons costumes para os efeitos civis, e ser considerado como conforme aos bons costumes para efeitos penais. Consequentemente se teria criado duas hipóteses diversas de antijuridicidade, negando-se, destarte, o assente O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

consentimento, entende-se ser indispensável constatar se o ato de disposição do titular do direito não se encontra em conflito com os bons costumes.

O ordenamento jurídico não considera contrário aos bons costumes o consentimento daquele que livremente quer dispor de um bem tutelado, gozando de sua liberdade de disposição, ainda quando se sujeita a atos imorais⁷⁷³. Toda pessoa pode livremente usar e gozar de sua liberdade de disposição de um bem renunciável e os bons costumes só encontram limite quando o consenciente viola os princípios e exigências éticas da consciência moral de uma sociedade, como ocorre, por exemplo, no consentimento para sevícias sexuais que acarretam lesões corporais de natureza grave⁷⁷⁴.

Sobre a não contrariedade do fato aos bons costumes, leciona Figueiredo Dias que “de acordo com o disposto na parte final do art. 38º - 1, é pressuposto de relevância justificadora do consentimento que o fato consentido (não o consentimento, anote-se bem) não ofenda os bons costumes”⁷⁷⁵. Figueiredo Dias diz também “com ela, se não quer remeter para a contrariedade à

princípio da existência de uma única ilicitude em todo o ordenamento jurídico. E não se diga que, querendo dar-se maior amplitude ao conceito de bons costumes, para abranger a todos os princípios pertencentes ao patrimônio ético de uma sociedade, quase que se chegaria à absoluta negação da liberdade de consentir, ou seja, a uma exagerada limitação da possibilidade de individualizar os interesses disponíveis. Parece ser aceitável concluir-se que, a partir da conduta do agente, serão contrários aos costumes da sociedade quase todos os fatos tipificados. Assim não o é, porém, quando a indagação se faz diretamente ao consentimento do titular do direito, ou, por outras palavras, ao ato de disposição que permite considerar lícita uma condita típica”. PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do Ofendido na teoria do delito*. 3ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2001. 123.

⁷⁷³ “A disponibilidade sexual representa um direito e em algumas situações, um dever (entre cônjuges, v.g.) não se pode, pois, falar que na conjunção carnal validamente consentida, a mulher se apresenta como vítima de lesão de um bem jurídico, pois em tal situação ela não renuncia a um direito, mas o usa (v Enrico Altavilla, verbete “consenso dell’ avente diritto” Novissimo Digesto Italiano, t. 4/116).

⁷⁷⁴ PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do Ofendido na teoria do delito*. 3ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2001. p.124.

⁷⁷⁵ Com isso traduziu a lei uma condição jurisprudencial e doutrinariamente exigida na Alemanha, de forma mais ou menos consensual, há muito tempo. Mas criou assim uma grave dificuldade – ainda hoje não totalmente superada – de entendimento do âmbito e do significado de tal cláusula: qualquer que seja a solução que neste campo se repute preferível, o critério é altamente impreciso e, na sua expressão contextual, mesmo imaterial. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: parte geral*. Tomo I. 2ª Ed. Coimbra - Portugal: Coimbra Editora, 2012. p. 481.

O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

moral nem do facto consentido nem – ainda menos – do consentimento⁷⁷⁶ como tal⁷⁷⁷.

Já Costa Andrade, ao tratar da questão da ofensa aos bons costumes diante da liberdade sexual⁷⁷⁸, escreve que a colisão somente faria sentido à luz do dogma da existência de um modelo de conduta sexual, de matriz moralista e susceptível de imposição coactiva através de reações criminais⁷⁷⁹, hipótese não existente na realidade portuguesa, país que se funda sobre as bases de um Estado Democrático de Direito.

⁷⁷⁶ Neste sentido, assegura que: “Pode acreditar-se que na origem da exigência tenha estado a oposição do sentimento comunitário dominante a certas práticas sexuais, nomeadamente a práticas sadomasoquistas e análogas, bem como a intervenções do tipo de esterilização ou da interrupção consentida da gravidez. Mas, perante a função própria da intervenção penal no contexto social democrático, laico e pluralista, não pode mais ser esse o seu entendimento. Este só pode ser, à luz do fundamento justificante do consentimento, o de que o facto consentido constitui ofensa aos bons costumes sempre que (mas só quando) ele possui uma gravidade e (sobretudo) uma irreversibilidade tais que fazem com que, nesses casos, apesar da disponibilidade do bem jurídico, a lei valora a sua lesão mais altamente do que a auto-realização do seu titular. Afirmada com autonomia, como tem que o ser face o art. 38º- 1, a disponibilidade do bem jurídico, tem de concluir-se – porquanto, no que toca à vida, trata-se aí como dissemos no §14, de um bem jurídico indisponível perante ataques dolosos de terceiros – ser relativamente às ofensas à integridade física que a cláusula dos bons costumes assume (e praticamente esgota) o seu relevo”. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: parte geral*. Tomo I. 2ª Ed. Coimbra - Portugal: Coimbra Editora, 2012. p. 481-482.

⁷⁷⁷ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: parte geral*. Tomo I. 2ª. Ed. Coimbra - Portugal: Coimbra Editora, 2012. p. 481-482.

⁷⁷⁸ “Uma crença a que parece prestar homenagem um acórdão da Relação do Porto (17-1-1978) em que, a propósito de um caso de estupro, pode ler-se: ‘invoca o réu, para afastar a ilicitude de sua conduta, o consentimento da ofendida. Mas sem razão (...) as relações sexuais de uma menor fora do âmbito matrimonial são, sem dúvida, contrárias aos bons costumes.’ Contra esse entendimento das coisas, e na linha do que se está a sugerir, crê-se no que Natscheradetz observa “permitir o exercício da liberdade sexual, dentro de parâmetros mais ou menos estreitos, fixados antecipadamente pelas instâncias sociais, que refletem uma determinada concepção acerca do conteúdo da sexualidade, entre outras legitimamente possíveis, sob a capa de proteção dos bons costumes, da corrupção sexual ou da decadência sexual, supõe precisamente para conceber uma sociedade pluralista e tolerante, em que coexistem diferentes comportamentos, atitudes e valorações face à sexualidade, bem como uma profunda desconfiança pelo cidadão adulto, enquanto ser crítico e responsável e por uma ordem social baseada na liberdade e autonomia dos cidadãos”. COSTA ANDRADE, Manuel. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Coimbra Editora. Portugal. 2004. p. 561:

⁷⁷⁹ COSTA ANDRADE, Manuel. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Coimbra Editora. Portugal. 2004. p. 561

5 O LENOCÍNIO EM PORTUGAL E NO BRASIL

Como já vem sendo repisado ao longo dos capítulos anteriores, não se pode abandonar a necessidade de o Direito Penal proteger as lesões aos bens jurídicos. Entretanto, não é qualquer lesão a bens jurídicos que acarretará a atuação do Direito Penal, mas apenas aquelas lesões consideradas relevantes e justificadoras da sanção penal. Assim, a noção de bem jurídico⁷⁸⁰ passou a ser compreendida como aquela espécie de bem cuja importância fosse considerada imprescindível para a manutenção do convívio social⁷⁸¹.

Com o descumprimento das regras sociais normatizadas, ou mesmo a indiferença diante das proibições ou imposições estabelecidas pelo ordenamento jurídico-penal, editadas com o objetivo de preservar uma convivência tranquila entre os cidadãos, nasce a ideia de censura que vem corporificada por meio de pena. É ela, inclusive, que irá refletir a gravidade do mal praticado. A forma como essa mensuração deve ser feita, ou seja, a correspondência da consequência penal em relação à gravidade do comportamento, são questões colocadas para encontrar a melhor resposta na doutrina.⁷⁸²

Encontrar a espécie de pena mais apropriada, bem como a exata medida da sua aplicação, é tarefa que leva necessariamente a uma série de indagações. Encontrar e selecionar os bens jurídicos mercedores de proteção, além do mais, depois de encontrados e escolhidos os bens jurídicos, questionar-se sobre como essa proteção deve ser feita, com que tipo de pena a tutela penal deve ser exercida, conduz a uma análise mais demorada da matéria.

Ao considerar uma hierarquia de bens, necessária ao raciocínio da proporcionalidade, teríamos que começar, alerta Greco, pelo estudo daqueles que em consequência da sua importância,

⁷⁸⁰ “Essa noção de bem jurídico é verdadeiramente limitadora do poder estatal de aplicar sanção penal e é uma das garantias fundamentais dos cidadãos, que não poderá ser abandonada em um Estado Democrático de Direito (...) a conduta praticada pela pessoa para acarretar a sanção penal deve lesionar ou ameaçar bens jurídico-penais, ou melhor dizendo, de relevância penal. Essa relevância revela-se através da carência da tutela, ou seja, da necessidade da proteção penal do bem jurídico. (SMANIO, Gianpaolo Poggio. A tutela constitucional. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v. 10, nº 39, p. 125-147, jul./set. 2002. p. 131).

⁷⁸¹ SMANIO, Gianpaolo Poggio. A tutela constitucional. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v. 10, nº 39, p. 125-147, jul./set. 2002.

⁷⁸² GRECO, Rogério. Direito Penal do Equilíbrio. Uma visão minimalista do direito penal. 6ª edição. IMPETUS, Rio de Janeiro, 2011. p. 78.

ganham foros constitucionais⁷⁸³. Porém, existem outros bens que merecem ser protegidos sem que possuam status constitucional. A tarefa de selecionar os bens parte, primeiramente, de sua valoração. A seleção de bens jurídicos varia de sociedade para sociedade. Existe uma zona de consenso, comum a todas as sociedades, no sentido de proteção de determinados bens jurídicos, todavia, existem zonas de conflito, nas quais condutas que são incriminadas em determinada sociedade não são em outras⁷⁸⁴.

Sobre o assunto, esclarecem Figueiredo Dias e Costa Andrade⁷⁸⁵ que “há crimes – e não cabe aqui enumerá-los – que exprimem um inequívoco consenso de toda a coletividade e que despertam nela sentimentos de coesão e solidariedade”⁷⁸⁶. Para além dos múltiplos entendimentos de como encontrar, selecionar e proteger os bens jurídicos pelo Direito Penal deve-se assegurar a real importância exigida por esse ramo do ordenamento jurídico.

Na tarefa de proteger os bens imprescindíveis ao convívio em sociedade, o legislador deve levar em consideração, como norte e fundamento, as disposições constitucionais. Por outro lado, mesmo que o bem jurídico seja considerado importante para a convivência pacífica e harmoniosa da sociedade, ressaltada a sua relevância e merecendo proteção do nosso ordenamento jurídico, não deve o Direito Penal se adiantar na defesa desse bem jurídico, caso outros ramos do direito possam exercer essa proteção com sucesso – incidência dos postulados da fragmentariedade e da subsidiariedade no Direito Penal.

Além do mais, o legislador somente poderá proibir condutas que ultrapassem a pessoa do agente e que venham atingir bens pertencentes a terceiros. Assim, para Greco, ao seguir esse raciocínio da lesividade do comportamento, apenas condutas que venham atingir bens pertencentes a terceiros podem ser incriminadas, afastando, portanto, a possibilidade de haver proibição de

⁷⁸³ GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio. Uma visão minimalista do direito penal*. 6ª edição. IMPETUS, Rio de Janeiro, 2011. p. 78.

⁷⁸⁴ GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio. Uma visão minimalista do direito penal*. 6ª edição. IMPETUS, Rio de Janeiro, 2011. p. 79

⁷⁸⁵ “Afirmam ainda que se trata, além disso, de crimes comuns à generalidade das sociedades e tendencialmente constantes ao longo da história. Não faltam, porém, crimes ‘criados’ para emprestar eficácia a uma particular moralidade ou a um arquétipo de organização econômica, social ou política. Tais crimes constituem sempre, de forma mais ou menos imediata, afloramentos de uma determinada conflitualidade, porquanto a criminalidade nesta área pressupõe o exercício do poder no interesse de uns, mas impondo-se a todos. Como facilmente se intui, é aqui que o problema da definição do crime se converte num problema eminentemente político”. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da. *Criminologia – o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra Editora. 1ª edição (reimpressão). 2013. p. 89.

⁷⁸⁶ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da. *Criminologia – o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra Editora. 1ª edição (reimpressão). 2013. p. 89.

pensamentos, de formas particulares de ser, devendo o Direito Penal ser tolerante com as diferenças existentes entre os seres humanos.

Acrescenta o referido autor, ainda, que o comportamento proibido deverá merecer a reprovação da sociedade no momento da criação do tipo penal, pois se a conduta que se pretende proibir já se encontra assimilada e aceita pelo meio social, querer transformá-la em crime no instante em que a sociedade já se encontra acostumada com a prática de determinado comportamento, estaria na verdade, fomentando a prática de crimes⁷⁸⁷.

Gomes destaca que a margem de liberdade do legislador no exercício da sua atribuição de selecionar os bens jurídicos é derivada da Constituição e da legitimidade democrática, ou seja, essa margem, compreendida como liberdade, está vinculada à Constituição e aos princípios político-criminais que emanam dela⁷⁸⁸.

Existem autores que, ao tratarem da escolha dos bens jurídicos pelo legislador, sustentam que eles devem ser de fundamental importância para a vida em sociedade. Resta saber porque esse bem jurídico é necessário e de fundamental importância para a convivência social. Assim, na seleção dos bens jurídicos “depara-se com outro problema, vale dizer, o da afirmação da própria importância, que depende do período histórico porque passa a sociedade”⁷⁸⁹.

Há teorias constitucionais, já explicitadas nesta tese de doutoramento, que apenas autorizam a criação de infrações penais, caso exista amparo constitucional para o bem ser tutelado pelo Direito Penal. Compreendem, na verdade - lembra Greco - a Constituição como limite positivo do Direito Penal, podendo ser divisada duas vertentes desse pensamento: o Direito Penal como potencial espelho da Constituição e o Direito Penal como instrumento de tutela dos direitos fundamentais⁷⁹⁰.

Para a vertente que compreende o Direito Penal como espelho da Constituição somente poderia existir a proteção de bens jurídicos que tivessem previsão na Lei maior, que por sua vez, seria o limite positivo do legislador, no sentido de permitir a proteção dos bens constitucionalmente previstos. Para a segunda vertente, ou seja, o Direito Penal como instrumento de tutela dos direitos fundamentais, somente permitiria a proteção de bens jurídicos constitucionais se estivessem inseridos no rol dos direitos fundamentais, afastando-se a possibilidade de proteção penal dos

⁷⁸⁷ GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio. Uma visão minimalista do direito penal*. 6ª edição. IMPETUS, Rio de Janeiro, 2011. p. 81.

⁷⁸⁸ GOMES, Luiz Flávio, *Norma e Bem Jurídico no Direito Penal*, Editora Revista dos Tribunais, Série As Ciências Criminais no Século XXI, 2002. p. 69.

⁷⁸⁹ GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio. Uma visão minimalista do direito penal*. 6ª edição. IMPETUS, Rio de Janeiro, 2011. p. 82.

⁷⁹⁰ GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio. Uma visão minimalista do direito penal*. 6ª edição. IMPETUS, Rio de Janeiro, 2011. p. 82.

demais, mesmo que possuíssem assento constitucional. Ocorre que, em profundidade, não há como negar que existem bens que não estão previstos na Constituição, mas que gozam da importância exigida pelo Direito Penal⁷⁹¹.

Conforme observam Busato e Huapaya “o critério de seleção ou hierarquização dos valores e interesses que o Direito Penal é chamado a proteger, de lesões ou colocações em perigo, não tem uma regra geral imutável, e sim depende da estrutura social determinada em um momento histórico”⁷⁹². Acrescentam, ainda que a “Constituição só constitui uma fonte de referência, mas tampouco estabelece os limites à seletividade ou hierarquização, já que a sociedade evolui de maneira vertiginosa”⁷⁹³. Com isso, alertam que a presença de “novos riscos e suas valorações jurídicas e apreciações de índole ideológicas, éticas políticas determinam mudanças no campo jurídico-penal que não vão, necessariamente, decorrer de alterações valorativas do campo constitucional”⁷⁹⁴.

A Constituição brasileira, em algumas situações especiais, indica de maneira direta a necessidade de criminalização de algumas condutas que atingem, por exemplo, o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade. Para além dessa exemplificação de bens que necessitam de uma imediata proteção do ordenamento jurídico, pela sua importância fundamental, o texto constitucional é claro quando diz que a lei punirá qualquer discriminação atentatória aos direitos fundamentais.

Por outro lado, determina a Constituição Federal brasileira a incriminação de determinados comportamentos por entendê-los fortemente lesivos a bens jurídicos de relevo, exemplo claro se apresenta quando estabelece que a prática do racismo constitui crime inafiançável, prosseguindo nos exemplos temos o tratamento dispensado ao tráfico de drogas, tortura, terrorismo e os crimes definidos como hediondos⁷⁹⁵.

A Constituição da República Portuguesa, por sua vez, dispõe no seu artigo 18, n° 2 que “a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos nesta

⁷⁹¹ GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio. Uma visão minimalista do direito penal*. 6ª edição. IMPETUS, Rio de Janeiro, 2011. p. 83.

⁷⁹² BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao direito penal – fundamentos para um sistema penal democrático*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2003. p. 92.

⁷⁹³ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao direito penal – fundamentos para um sistema penal democrático*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2003. p. 92.

⁷⁹⁴ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao direito penal – fundamentos para um sistema penal democrático*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2003. p. 92.

⁷⁹⁵ GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio. Uma visão minimalista do direito penal*. 6ª edição. IMPETUS, Rio de Janeiro, 2011. p. 84

Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.

Ora, é cediço que um Estado Democrático de Direito deve proteger os bens considerados fundamentais para a existência do indivíduo e da sociedade. Conforme argumenta Bianchini, “a dificuldade “encontra-se, exatamente, na identificação dessa classe de bens. A determinação do que seria digno de tutela penal representa uma decisão política do Estado, que, entretanto, não é arbitrária, mas condicionada à sua própria estrutura”⁷⁹⁶. Acrescenta, em seguida, “em um Estado Social e Democrático de Direito, a eleição dos bens jurídicos haverá de ser realizada levando em consideração os indivíduos e suas necessidades no interior da sociedade em que vivem”⁷⁹⁷.

Pelo que foi exposto, constata-se que existe liberdade política na seleção e escolha dos bens jurídicos que irão receber a proteção do Direito Penal, todavia, essa liberdade na seleção encontra-se limitada pela Constituição, compreendida em seu caráter unitário. Não pode o legislador, portanto, seguir caminho diferente do comando contido nos princípios constitucionais, sob pena de criar uma infração penal que já nasce com a sombra inafastável da inconstitucionalidade. Pontuados estes aspectos, necessário se faz adentrar nas particularidades doutrinárias do Lenocínio na República Portuguesa e na República Federativa do Brasil.

5.1 O crime de Lenocínio

Feitas estas considerações, passemos, pois, ao estudo da descrição típica dos crimes de Lenocínio previstos nos artigos 169 do Código Penal português, por um lado, e artigos 227, 228, 229 e 230 do Código Penal brasileiro, por outro, demonstrando como tais delitos vem sendo compreendidos, doutrinariamente, em Portugal e no Brasil

Neste âmbito, explicita-se, especificamente, o bem jurídico dos tipos, os sujeitos do delito, o tipo subjetivo, o momento em que cada infração penal chega ao momento consumativo, bem como a figura da tentativa e a forma qualificada dos referidos delitos.

⁷⁹⁶ BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2002. p. 41.

⁷⁹⁷ BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2002. p. 41.

É a partir deste mergulho que, em seguida, amparando-se no raciocínio desenvolvido nos capítulos anteriores, responde-se ao questionamento acerca de qual é o bem jurídico com dignidade penal e amparo constitucional tutelado no crime de Lenocínio em Portugal e no Brasil.

5.1.1 O crime de Lenocínio na República Portuguesa

É cediço que o Direito Penal possui a missão de defender os bens jurídicos mais relevantes, não podendo, destarte, incluir neste âmbito valorações estritamente morais. Sustentou-se, ainda, que o Direito Penal Sexual tem como um dos objetos a liberdade individual em matéria sexual – a capacidade de autodeterminação sexual de cada pessoa, o que justifica o fato da prostituição, ontologicamente, não ser criminalizada na República Portuguesa, embora o sejam os fatos que gravitam em torno do meretrício, como a exploração e o seu fomento⁷⁹⁸.

Neste âmbito, o artigo 169, nº1 do Código Penal português, trata do crime de Lenocínio e tem a seguinte redação: quem, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa da prostituição é punido com uma pena de prisão de seis meses a cinco anos.

Se o agente comete o referido crime: por meio de violência ou grave ameaça; através de ardis ou manobra fraudulenta; com abuso de autoridade resultante de uma relação familiar, de tutela ou curatela, ou de dependência hierárquica, ou económica ou de trabalho; ou aproveitando-se de incapacidade psíquica ou de situação de especial vulnerabilidade da vítima; é punido com uma pena de prisão de um a oito.

Nos últimos anos, como já foi demonstrado no capítulo preambular, muitas foram as transformações sofridas pelo tipo penal que trata do Lenocínio⁷⁹⁹. Alterações que modificaram

⁷⁹⁸ DAOUN, Alexandre Jean. *Tráfico de pessoas para fim de exploração sexual*. comentários pontuais e análise da nova redação do artigo 231 do Código Penal/ Coordenado Laerte I. Marzagão Júnior. Tráfico de Pessoas. Editora Quartier Latin. São Paulo. 2010. p. 35.

⁷⁹⁹ “Este artigo, tipifica condutas que já integravam o crime de Lenocínio e Lenocínio agravado a que aludiam os artigos 215º e 216º do Código Penal de 1982 (versão originária). Foi objeto de alteração, pela reforma de 1995, pela reforma de 1998 (Lei nº 65/98 de 2 de setembro), pela reforma de 2001 (Lei nº 99/2001, de 25 de agosto), no nº 2, e finalmente com a reforma de 2007, retirando do nº 1 do tipo a referência à prática de atos sexuais de relevo e alargando o tipo abrangendo agora, na alínea c), o abuso de autoridade resultante de uma relação familiar, de tutela ou curatela”. LOPES, José Mouraz. *Os Crimes Contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual no Código Penal*. 4. ed. Coimbra – Portugal: Coimbra Editora, 2008. p. 84.

profundamente a redação do artigo, todavia, sem afastar a incriminação da conduta⁸⁰⁰. Assim, para que ocorra a prática do crime de Lenocínio, não basta simplesmente que o agente favoreça ou de alguma forma facilite o exercício da prostituição. É necessário, para cometer o delito, que o agente profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomenta, favoreça ou facilite o exercício, por outra pessoa, da prostituição.

Pode-se sustentar que uma das matérias mais controvertidas nesta espécie de crime diz respeito ao bem jurídico protegido. Neste âmbito, e procurando identificar a vontade do legislador ao prever e, principalmente, manter no Código Penal português a criminalização do Lenocínio, há de se considerar, primeiramente, que “não pune a prostituição, que consiste na prestação de um serviço sexual mediante o pagamento de um preço, mas quem não sendo prostituto(a), desta atividade e das receitas geradas com essa atividade, sendo profissional ou não, vive”⁸⁰¹. Aliás, como vimos, a República Portuguesa, por essa realidade legislativa, adota o sistema abolicionista em relação a prostituição.

No que concerne ao bem jurídico protegido pelo tipo, a doutrina diverge. Neste sentido, Alves sustenta que o bem jurídico tutelado no crime de Lenocínio não deve ser a liberdade e a autodeterminação sexual da pessoa, mas o interesse geral da sociedade na preservação da moralidade e do ganho honesto⁸⁰². Patto, por outro lado, argumenta que a punição para quem explora a prostituição de outrem, radica no princípio da dignidade humana, e afirma que “o bem jurídico protegido não é o da moralidade sexual, nem estamos perante um crime sem vítima. O bem jurídico protegido é a dignidade da pessoa que se prostitui e é esta a vítima do crime em questão”⁸⁰³.

Rodrigues e Fidalgo, ao comentarem o número 1 do artigo 169 do Código Penal, argumentam que o bem jurídico protegido não é a liberdade de expressão sexual da pessoa, persistindo a ideia de defesa do sentimento geral de pudor e de moralidade, que não é encarada hoje

⁸⁰⁰ “A reforma de 1998 alterou profundamente a redação do tipo de crime, deixando a partir de então de se exigir o elemento ‘explorando a sua situação de abandono ou de necessidade’. Alargou-se o âmbito de punição das situações até então abrangidas pelo tipo de crime, configurando-se uma solução de neo criminalização de condutas até àquela data não criminalizadas”. LOPES, José Mouraz. *Os Crimes Contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual no Código Penal*. 4. ed. Coimbra – Portugal: Coimbra Editora, 2008. p. 84.

⁸⁰¹ MALAFIA, Joaquim. A inconstitucionalidade do nº 1 do artigo 169 no código penal. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra, v. 19, p. 39-57, jan/mar. 2009. p. 46.

⁸⁰² ALVES, Sénio Manuel Reis. *Crimes Sexuais: Notas e Comentários aos artigos 163º a 179 do Código Penal*. Livraria Almedina, Coimbra, 1995. p. 68.

⁸⁰³ PATTO, Pedro Vaz. Direito Penal e Ética Sexual. In: *Direito e Justiça*. Vol. XV. Tomo 2. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2001. p. 138.

como função do Direito Penal⁸⁰⁴. Com essa criminalização, para as referidas doutrinadoras, o que se está protegendo são bens jurídicos transpersonalistas de étimo moralista por via do Direito Penal, o que leva ao entendimento de que essa proteção é ilegítima.

No mesmo sentido, Lopes afirma que o n° 1 do artigo 169 não tutela a liberdade sexual de quem pratica a prostituição. De acordo com o autor, como bem jurídico, o que é protegido é uma determinada concepção de vida que não se compadece com a aceitação do exercício profissional ou com a intenção lucrativa de fomentar, favorecer ou facilitar a prostituição. Pune-se o proxenetismo, atividade eticamente censurável, mas em visível expansão, todavia, de duvidosa possibilidade de criminalização⁸⁰⁵.

Explicita, ainda que propedeuticamente, a dimensão relativa ao bem jurídico, cumpre-nos asseverar, no que concerne a elemento do tipo que, com as sucessivas revisões ocorridas nos últimos anos no Código Penal português, ficou claro que apenas a facilitação à prostituição como atividade não é suficiente para caracterizar o delito. Constitui elemento da conduta criminosa: ser ela desenvolvida profissionalmente ou com intenção lucrativa. Exigência do tipo penal que conduz ao entendimento de que se a conduta não for desenvolvida com os elementos referidos, não se teria infração penal, pois não se teria a tipicidade esperada pelo artigo.

O crime de Lenocínio é um crime comum, qualquer pessoa pode praticar essa infração penal. Rodrigues e Fidalgo sustentam que o agente de um crime de Lenocínio é um intermediário, um mediano – fomenta, favorece, facilita o exercício da prostituição - que atua com vista a satisfazer interesses de terceiros⁸⁰⁶. A atuação do agente, portanto, não é no sentido de obter a sua própria satisfação, mas se dirige a satisfazer os desejos libidinosos de um terceiro.

As autoras acrescentam descrição de prostituição para melhor compreensão dos elementos contidos no número 1 do artigo 169 do Código Penal: “a prostituição se caracteriza pela habitualidade de prestações carnis a um número indeterminado de pessoas, com o de fim de lucro”⁸⁰⁷. Esta seria uma percepção abrangente que, em interpretação declarativa lata, pode abarcar tudo que é imoral, indecente ou degradante concernente aos atos sexuais de relevo praticados

⁸⁰⁴ RODRIGUES, Anabela Miranda; FIDALGO, Sónia. In: *Comentários Conimbrincense do Código Penal: parte especial*. (dir J. de Figueiredo Dias). Vol. 1. 2ª Edição. Coimbra – Portugal: Coimbra Editora, 2012. p. 803.

⁸⁰⁵ LOPES, José Mouraz. *Os Crimes Contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual no Código Penal*. 4. ed. Coimbra – Portugal: Coimbra Editora, 2008. p. 85

⁸⁰⁶ RODRIGUES, Anabela Miranda; FIDALGO, Sónia. In: *Comentários Conimbrincense do Código Penal: parte especial*. (dir J. de Figueiredo Dias). Vol. 1. 2ª Edição. Coimbra – Portugal: Coimbra Editora, 2012. p. 803.

⁸⁰⁷ RODRIGUES, Anabela Miranda; FIDALGO, Sónia. In: *Comentários Conimbrincense do Código Penal: parte especial*. (dir J. de Figueiredo Dias). Vol. 1. 2ª Edição. Coimbra – Portugal: Coimbra Editora, 2012. p. 803.

ilicitamente⁸⁰⁸. Frise-se que a doutrina tem sustentado a necessidade da pessoa que se entrega a prostituição receber uma contrapartida patrimonial, ou mesmo alguma vantagem pessoal.

Há de se destacar, entretanto, que esta é uma compreensão tacanha do fenômeno, eis que, contemporaneamente, como já se demonstrou, a prostituição é uma atividade organizada e passível de atingir várias dimensões, já que resulta, como explicou Fontinha, de um conjunto de causas de natureza econômica, social, cultural e política, e que se traduz na efetivação de práticas sexuais, hetero ou homossexuais, com diversos indivíduos a troco de remuneração e dentro de um sistema organizado⁸⁰⁹.

O mérito desta percepção consiste em enxergar a prostituição apenas como um ato individual de alguém que dispõe o seu sexo a terceiro em troca de contraprestação pecuniária, mas como uma rede complexa que explicita uma organização com dimensão local, nacional, internacional ou transnacional, contemplando três elementos integrantes: pessoas prostituídas, proxenetas e clientes.

Assim, a vítima do crime de Lenocínio – se é que há vítima quando esta figura típica é levada a cabo por adultos capazes - pode ser qualquer pessoa, homem ou mulher, com mais de 18 anos de idade. Caso a vítima tenha menos de 18 anos de idade, o agente não deverá responder por esse tipo penal, mas, pelo crime de Lenocínio de menores previsto no artigo 175 do mesmo diploma legal.

É comum fazer-se, doutrinariamente, a distinção entre Lenocínio principal e acessório⁸¹⁰. O Lenocínio principal reflete a conduta do agente em fazer nascer no espírito da vítima a ideia do exercício da prostituição, enquanto no acessório, o agente auxilia no seu exercício. Em qualquer dos casos o agente não afasta a vontade da vítima. Os elementos contidos no n° 1 do artigo 169 não permitem essa interferência na vontade, todavia, no n° 2 encontramos uma série de condutas que retiram a livre manifestação da vontade da vítima.

⁸⁰⁸ RODRIGUES, Anabela Miranda; FIDALGO, Sónia. In: *Comentários Conimbricense do Código Penal: parte especial*. (dir J. de Figueiredo Dias). Vol. 1. 2ª Edição. Coimbra – Portugal: Coimbra Editora, 2012. p. 803.

⁸⁰⁹ FONTINHA, Maria Inês. *Para a Compreensão (Social) da Prostituição*. Seara Nova, n.º 1965, Lisboa, 2006, pp. 30 e 31.

⁸¹⁰ “Fomentar significa promover, excitar, provocar. Favorecer significa auxiliar, proteger, apoiar. Facilitar significa pôr à disposição, proporcionar, coadjuvar. Temos, assim, que neste preceito se preveem e punem dois tipos de condutas: por um lado, a colaboração no processo de decisão (quem fomenta é quem insinua, incentiva, aconselha); por outro, a colaboração no processo de execução (quem favorece e facilita o que se pode concretizar por atos ou omissões). ALVES, Sénio Manuel Reis. *Crimes Sexuais: Notas e Comentários aos artigos 163º a 179 do Código Penal*. Livraria Almedina, Coimbra, 1995, p. 68.

Com relação ao elemento subjetivo, apenas o dolo deve existir alcançando a totalidade dos elementos constitutivos do tipo objetivo de ilícito.

Apesar das respeitáveis opiniões que sustentam que o crime de Lenocínio é um crime formal, compreendendo que para a sua consumação é necessário apenas que o agente favoreça, de alguma forma a prostituição, independentemente do seu efetivo exercício, entende-se, em concordância com as professoras Rodrigues e Fidalgo, tratar-se de crime material. Assim, “o crime só pode ser entendido como crime de resultado, pretendendo proteger-se – como se pretende apesar de tudo – o bem jurídico e a autodeterminação sexual da pessoa”⁸¹¹.

Por se estar diante de um crime de resultado, a consumação do delito depende do efetivo exercício da prostituição. Deve se considerar que o tipo legal está “preenchido desde que se pratique um único ato sexual de relevo a troco de uma contrapartida, pois, essencial ao conceito de prostituição é esta contrapartida, normalmente traduzida em dinheiro”.⁸¹² Caso não exista o efetivo exercício da prostituição por parte da vítima, apesar de o agente favorecer ou facilitar o seu exercício, teremos a figura delituosa na modalidade tentada, pois está-se diante de um crime material.

O nº 2 do artigo 169 do Código Penal português estabelece uma pena de prisão até oito anos, se o agente comete o crime de Lenocínio por meio de violência ou grave ameaça; através de ardil ou manobra fraudulenta; com abuso de autoridade resultante de uma relação familiar, de tutela ou curatela, ou de dependência hierárquica, ou económica ou de trabalho; ou aproveitando-se de incapacidade psíquica ou de situação de especial vulnerabilidade da vítima.

Não há dúvidas que o Lenocínio agravado tutela de forma clara o bem jurídico da liberdade sexual. Neste sentido, a liberdade sexual da vítima está presente em todos os pressupostos daquela disposição. Contudo, há vozes que afirmam que a referida norma visa, igualmente, proteger a integridade física e moral da vítima, consubstanciando a tutela de um bem jurídico complexo, de modo que os pressupostos qualificadores do tipo integram valores que vão além da própria liberdade na vertente sexual, não resultando dúvidas quanto à carência de dignidade penal dos valores em causa ⁸¹³.

⁸¹¹ RODRIGUES, Anabela Miranda; FIDALGO, Sónia. In: *Comentários Conimbrincense do Código Penal: parte especial*. (dir J. de Figueiredo Dias). Vol. 1. 2ª Edição. Coimbra – Portugal: Coimbra Editora, 2012. p. 813.

⁸¹² RODRIGUES, Anabela Miranda; FIDALGO, Sónia. In: *Comentários Conimbrincense do Código Penal: parte especial*. (dir J. de Figueiredo Dias). Vol. 1. 2ª Edição. Coimbra – Portugal: Coimbra Editora, 2012. p. 814

⁸¹³ ALBERTO, José. *Crimes Sexuais: Do crime de Lenocínio em especial. A tutela jurídica da prostituição*. Lisboa: Chiado Editora, 2017.

De fato, a incriminação contida no nº 2 é verdadeiramente merecedora de tutela penal, pois, o bem jurídico tutelado é a liberdade sexual e, nos casos referidos, ela seria frontalmente atingida⁸¹⁴. Lopes sustenta que as situações previstas no nº 2, atingem de maneira grave a liberdade e a autodeterminação sexual das vítimas, pois, em todas as formas elencadas, a livre vontade da vítima é afastada pela violência ou grave ameaça, por manobras enganosas ou abuso de uma situação de autoridade ou pelo aproveitamento da situação de incapacidade ou vulnerabilidade. Assim, tem-se uma maior gravidade da conduta do agente para a prática do crime⁸¹⁵. Outrossim, destaca-se que se avulta, na incriminação contida no nº 2 do art. 169, a incidência do consentimento e dos vícios de vontade no consentimento, que maculariam a possibilidade do detentor do bem jurídico liberdade sexual consentir em transigi-lo com terceiro.

Ponto bastante controvertido na doutrina e em decisões dos Tribunais, diz respeito à unidade ou pluralidade de infrações, quando o crime de Lenocínio se consuma com a exploração de várias prostitutas. Duarte, depois de citar vários acórdãos divergentes, além do pensamento doutrinário sobre o assunto, argumenta que o crime de Lenocínio tutela a liberdade sexual da pessoa, homem ou mulher, cujo exercício da prática da prostituição, ou atos sexuais de relevo, é fomentado, favorecido ou facilitado por outrem, nas condições descritas segundo a redação do Lenocínio no artigo 170º do Código Penal, hodierno artigo 169º.

De acordo com o precitado autor, tal bem jurídico não pode deixar de ser considerado como um bem jurídico eminentemente pessoal. Consequentemente, o agente do crime de Lenocínio incorrerá, em concurso efetivo, na prática de tantos crimes quantas as pessoas vítimas da sua conduta, ainda que sua conduta seja animada de um único desígnio criminoso de cometer atos subsumíveis à previsão típica daquele normativo do Código Penal⁸¹⁶.

⁸¹⁴ “O que se torna evidente quando se verifica que os meios utilizados para levar outra pessoa ao exercício da prostituição são agora a ‘violência ou grave ameaça’ (al. a), ‘ardil ou manobra fraudulenta’ (al. b), ‘abuso de autoridade resultante de uma relação familiar, de tutela ou curatela, ou de dependência hierárquica, econômica ou de trabalho’ (al. c), ou aproveitando-se de ‘incapacidade psíquica ou de situação especial de vulnerabilidade da vítima (al. d). a referência, no nº 2 ao ‘abuso de autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, econômica ou de trabalho’, bem como ao aproveitamento de qualquer ‘situação especial de vulnerabilidade’ foi introduzida pela Lei 99/2001. Já a referência ao ‘abuso de autoridade resultante de uma relação familiar, de tutela ou curatela’ foi introduzida pela Lei 59/2007”. RODRIGUES, Anabela Miranda; FIDALGO, Sónia. In: *Comentários Conimbrincense do Código Penal*: parte especial. (dir J. de Figueiredo Dias). Vol. 1. 2ª Edição. Coimbra – Portugal: Coimbra Editora, 2012.. p. 802.

⁸¹⁵ LOPES, José Mouraz. *Os Crimes Contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual no Código Penal*. 4. ed. Coimbra – Portugal: Coimbra Editora, 2008. p. 92.

⁸¹⁶ DUARTE, Jorge Dias. Crime de Lenocínio: unidade ou pluralidade de infrações. In: _____. *Sub judice justiça e sociedade*. Vol. 26. [s.l.]: [s.n.], 2003. p. 35.

Por outro lado, depois de 2007, foi estabelecida a responsabilização das pessoas coletivas e entidades equiparadas pelo crime de Lenocínio, quando praticados; a) em seu nome e no interesse coletivo por pessoas que nela ocupem uma posição de liderança; b) por quem aja sob a autoridade das pessoas referidas na alínea anterior em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem. Na condenação pelo crime de Lenocínio pode ser acrescentada a condenação em pena acessória a proibição do exercício de funções e a inibição do poder paternal.

O artigo 175 do Código Penal Português também trata do crime de Lenocínio, mas visando a proteção dos menores. Possui a seguinte disposição: quem fomentar, favorecer ou facilitar o exercício da prostituição de menor é punido com pena de prisão de um a cinco anos. Se o agente comete o crime previsto no número anterior: por meio de violência ou grave ameaça; através de ardil ou manobra fraudulenta; com abuso de autoridade resultante de uma relação familiar, de tutela ou curatela, ou de dependência hierárquica, econômica ou de trabalho; atuando profissionalmente ou com intenção lucrativa; ou aproveitando-se de incapacidade psíquica ou situação de especial vulnerabilidade da vítima; é punido com pena de prisão de dois a dez anos.

A incriminação da conduta de fomentar, favorecer ou facilitar o exercício da prostituição por menores, reflete a preocupação do legislador com o exercício da prostituição por quem ainda, presumivelmente, não alcançou a maturidade. O argumento principal para essa espécie de criminalização, reside nas marcas devastadoras e definitivas que o comércio carnal pode deixar na personalidade da pessoa com idade inferior a 18 anos. O mundo da prostituição, repleto de espaços negros e caminhos nebulosos, impede que a personalidade do menor se desenvolva de forma adequada e normal, alcançando a maturidade sexual sem qualquer tipo de exploração.

Esse artigo foi criado com a reforma de 1995, apesar de algumas condutas serem encontradas, anteriormente, no artigo 216º do Código Penal de 1982. A reforma de 2007 retirou todas as condutas relacionadas ao tráfico de pessoas, que passou a integrar o artigo 160º. A referência a atos sexuais de relevo também foi suprimida com a nova reforma. Além do mais, o campo de aplicação do tipo às situações de abuso de autoridade resultante de uma relação familiar, tutela ou curatela foram alargados⁸¹⁷.

Ao procurar identificar o bem jurídico tutelado pela conduta do agente que fomenta, favorece ou facilita o exercício da prostituição de menor de certa idade, Antunes sustenta que o bem jurídico que “se pretende tutelar é o do livre desenvolvimento da personalidade do menor na esfera sexual, criando as condições para que esse desenvolvimento se processe de uma forma adequada e sem perturbações”⁸¹⁸.

⁸¹⁷ LOPES, José Mouraz. *Os Crimes Contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual no Código Penal*. 4. ed. Coimbra – Portugal: Coimbra Editora, 2008. p. 148.

⁸¹⁸ ANTUNES, Maria João. *Comentários Conimbrincense do Código Penal: parte especial*. Tomo I. Coimbra – Portugal: Coimbra Editora, 2012. p. 873.

Desta forma, fica afastada a proteção da moralidade sexual, além do mais, o tipo penal ao proteger o bem jurídico, diferentemente do Lenocínio previsto no nº1 do artigo 169, não exige que o agente atue profissionalmente ou com intenção lucrativa.⁸¹⁹ No mesmo sentido Lopes argumenta que esse artigo protege o livre desenvolvimento do menor, no domínio da sua sexualidade, impedindo, destarte, a exploração a qualquer tipo através do estímulo ou auxílio ao exercício da prostituição, ou seja, do relacionamento sexual mediante remuneração⁸²⁰.

Leite observa que a maioria dos autores nega que o bem jurídico seja a liberdade sexual dos menores, ou associa-o à proteção do livre desenvolvimento da personalidade do menor, ou da sua dignidade, porém o doutrinador entende que não existem motivos para não ser também a liberdade sexual do menor o bem jurídico tutelado no crime de Lenocínio de menores⁸²¹.

Sobre esta discussão, já se explicitou que o que diferencia a proteção, pelo Estado, dos bens jurídico-penais da dignidade sexual e da liberdade, é o raciocínio segundo o qual muito embora todos sejam titulares da dignidade sexual, nos episódios em que o sujeito passivo seja uma pessoa não vulnerável, a incidência das normas penais incriminadoras só terá lugar quando houver lesão à liberdade de escolha referente à vida sexual, vale dizer, quando houver constrangimento, mediante violência ou grave ameaça, ou emprego de fraude⁸²². No caso dos menores, que não possuem capacidade para consentir com a transigência da liberdade sexual, protege-se a sua dignidade em sua especificidade sexual.

Outrossim, vale frisar que este crime é praticado através de umas das três ações contidas no tipo penal, ou seja, fomentar, favorecer ou facilitar o exercício da prostituição⁸²³. “Quem

⁸¹⁹ REIS ALVES, Sénio Manuel. *Crimes Sexuais: Notas e Comentários aos artigos 163º a 179º do Código Penal*. Coimbra – Portugal: Almedina, 1995. p. 107.

⁸²⁰ LOPES, José Mouraz. *Os Crimes contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual no Código Penal*. 4. ed. Coimbra – Portugal: Coimbra Editora, 2008. p. 148.

⁸²¹ LEITE, Inês Ferreira. *Pedofilia, Repercussões das Novas Formas de Criminalização na Teoria Geral da Infração*. Almedina, Coimbra, 2004. p. 45.

⁸²² JORIO, Israel Domingos. *Crimes Sexuais*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2018, p. 33.

⁸²³ “Quem fomentar, favorecer ou facilitar a prática de atos contrários ao pudor ou à moralidade sexual entre terceiros, servindo de intermediário (...) – os arts. 169º e 175º não preveem expressamente que o agente seja um terceiro relativamente aos intervenientes no ato sexual; o que não invalida, no entanto, que assim se tenha que entender. Por um lado, a aceção tradicional do termo lenocínio aponta indiscutivelmente nesse sentido; por outro lado, quando o agente intervém no ato sexual a tutela do bem jurídico em causa já está assegurada noutros tipos legais de crimes ou, pura e simplesmente, não há necessidade de tutela. Assim, se o agente pratica atos sexuais de relevo, mediante pagamento ou outra contrapartida, com um menor de 14 anos de idade comete o crime de abuso sexual de criança (art. 171º); se praticar atos sexuais de relevo, mediante pagamento ou outra contrapartida, com um menor entre 14 e 18 anos de idade comete o crime de recurso à prostituição de menores (art. 174º), comportamento que passou a ser criminalizado”. ANTUNES, Maria João. O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

favorece ou facilita, auxilia no processo de execução; quem fomenta colabora no processo de decisão, incentivando, insinuando, aconselhando”⁸²⁴. O agente que comete o crime de Lenocínio de menor pode ser qualquer pessoa, homem ou mulher, estamos diante de um crime comum. Por outro lado, a vítima desse crime deve ser necessariamente pessoa com menos de 18 anos de idade.

Por se tratar de crime de resultado, a consumação ocorre com o efetivo exercício da prostituição, não exigindo o tipo penal a repetição do comportamento. Assim, a prática de um único ato sexual de relevo, mediante pagamento, considera-se plenamente caracterizada a infração penal. Perfeitamente possível é a existência da tentativa no crime de Lenocínio de menores, quando apesar da conduta do agente, não chegou a vítima ao exercício efetivo da prostituição. O elemento subjetivo desse crime é o dolo com relação a todos os elementos objetivos do tipo.

No nº 2 o legislador tipificou o Lenocínio de menores qualificado em razão dos meios usados, das relações com a vítima, do objetivo e das condições da vítima, aumentando sensivelmente a pena cominada. Assim, os meios para a prática deste delito, por parte do agente, foram especificados: violência, ameaça grave, ardil ou manobra fraudulenta. Ainda, no que concerne às relações com a vítima, a qualificação deste crime ocorre diante do agente que incorre na conduta tipificada com abuso de autoridade resultante de uma relação especial com o ofendido, aproveitando-se da incapacidade psíquica do menor ou de situação especial de vulnerabilidade⁸²⁵.

A reforma ocorrida em 1998 estendeu a este crime, a exceção ao princípio da territorialidade aos fatos praticados no território português, a que se refere o artigo 4º do Código Penal, permitindo que a lei alcance fatos cometidos fora do território nacional, independente da nacionalidade da vítima e de o fato ser punível no lugar onde foi praticado, desde que o agente seja encontrado em Portugal e não possa ser extraditado.

Comentários Conimbrincense do Código Penal: parte especial. Tomo I. Coimbra – Portugal: Coimbra Editora, 2012. p. 874).

⁸²⁴ REIS ALVES, Sénio Manuel. *Crimes Sexuais: Notas e Comentários aos artigos 163º a 179º do Código Penal. Coimbra – Portugal: Almedina, 1995. p. 108.*

⁸²⁵ “Quanto aos meios, o legislador especifica o uso por parte do agente de violência, ameaça grave, ardil ou manobra fraudulenta (...). No que se refere às relações com a vítima, a qualificação do Lenocínio de menores ocorre quando o agente atue com abuso de autoridade, resultante da existência de uma especial relação entre este e a vítima: relação familiar, tutela ou curatela, ou relação de dependência hierárquica, econômica ou de trabalho (...). No que diz respeito aos objetivos, o Lenocínio de menores é qualificado quando o agente atue profissionalmente ou com intenção lucrativa ao fomentar, favorecer ou facilitar o exercício da prostituição (...). Considerando-se expressamente as condições da vítima, o Lenocínio de menores é qualificado quando o agente se aproveita da incapacidade psíquica do menor ou de situação de especial vulnerabilidade desta”. ANTUNES, Maria João. *Comentários Conimbrincense do Código Penal: parte especial. Tomo I. Coimbra – Portugal: Coimbra Editora, 2012. p. 875.*

O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

A reforma de 2007, alargou essa hipótese quando o agente não possa ser entregue em resultado de execução de mandado de detenção europeu ou de outro instrumento de cooperação internacional que vincule o Estado Português - artigo 5º do Código Penal português. A referida reforma estabeleceu ainda a responsabilidade das pessoas coletivas e entidades equiparadas pelo crime previsto neste artigo, quando praticados: em seu nome e no interesse coletivo por pessoa que nelas ocupem posição de liderança; ou por quem aja sob autoridade das pessoas referidas na alínea anterior em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem⁸²⁶.

A noção de proteção integral aos menores apesar de representar questão tormentosa, consolidado na presunção de violência nos crimes sexuais, precisa harmonizar-se com o princípio do estado de inocência e o princípio da dignidade da pessoa humana. Além disso, necessita encontrar uma visão realista sobre crianças e adolescentes, afastando o processo natural de vitimização nessa espécie de infração penal.

Em um Estado Democrático de Direito, a efetiva proteção aos menores deve ser ampla e inquestionável, todavia, amplo e inquestionável também deve ser o direito do acusado ao devido processo legal, sem condenações precipitadas ou antecipadas. Não podemos negar que existe aparente razoabilidade em se manter o absolutismo na presunção de violência no tratamento de abuso sexual concretizado contra crianças. No entanto, para os adolescentes não seria legalmente inviável reservar a relativa presunção de violência nos delitos sexuais contra eles praticados.

Trata-se do efetivo reconhecimento dessa possibilidade de autodeterminação sexual do jovem, mormente quando se considera a realidade dos centros urbanos mais desenvolvidos que torna premente e fundamental a análise específica⁸²⁷. Antunes, sobre esta questão, inclusive, afirma que as modificações observadas na legislação penal, incidentes neste delito, explicita que o Direito Penal Sexual evoluiu no sentido de deixar de ser um direito tutelar da honestidade, dos costumes ou dos “bons costumes” para se tornar num direito tutelar de um bem jurídico perfeitamente definido e que reentra, perfeitamente, no capítulo do Código Penal português em que o tipo se encontra hoje inserido: no título dos crimes contra as pessoas, protegendo o bem jurídico da liberdade e da autodeterminação das pessoas na esfera sexual⁸²⁸.

⁸²⁶ LOPES, José Mouraz. *Os Crimes Contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual no Código Penal*. 4. ed. Coimbra – Portugal: Coimbra Editora, 2008. p. 149.

⁸²⁷ BARRETO, Kizz de Brito. *Sexualidade infanto-juvenil: a proteção jurídica da dignidade sexual das crianças e dos adolescentes*. Curitiba. Juruá, 2015. p. 201-203.

⁸²⁸ ANTUNES, Maria João. Crimes contra a Liberdade e a Autodeterminação Sexual dos menores. In: *JULGAR*. Crimes no seio da família e sobre menores. nº 12, Setembro-Dezembro. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, pp. 154-155.

5.1.2 O crime de Lenocínio na República Federativa do Brasil

Os crimes contra a dignidade sexual⁸²⁹, como já explicitado, estão previstos no título VI do Código Penal brasileiro, composto por sete capítulos, dos quais se destaca o capítulo V cuja redação é a seguinte: “Do Lenocínio e Do Tráfico de Pessoas para o fim de Prostituição ou Outra Forma de Exploração Sexual”⁸³⁰. O precitado capítulo abrange os crimes de Mediação para servir a lascívia de outrem, Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual, Casa de Prostituição e Rufianismo, quatro delitos, previstos nos artigos 227 a 230 do Código Penal brasileiro que expressam o que no Código Penal português restou descrito no artigo 169°.

Tal como na República Portuguesa, não se incrimina, no Brasil, a conduta da pessoa que exerce a prostituição ou aquela que por outra forma é explorada sexualmente. Adota-se, portanto, o sistema jurídico abolicionista em relação à prostituição: tipificam-se somente as condutas parasitárias ou acessórias, que estimulam e fomentam a prostituição e outras formas de exploração sexual. Não prevê a lei, em dispositivo específico, a punição dos beneficiários dos serviços sexuais prestados pelos sujeitos passivos desses delitos.

Outrossim, com as alterações introduzidas pela Lei nº 12.015/09, não mais se tutela, no Capítulo V do título VI do Código Penal, os bons costumes ou a moralidade pública. Protege-se, em sentido abrangente, a dignidade sexual da pessoa⁸³¹. Proteger, respeitar a dignidade sexual, entende Nucci, significa “tolerar a realização da sensualidade da pessoa adulta, maior de 18 anos, sem obstáculos ou entraves, desde que se faça sem violência ou grave ameaça a terceiros”⁸³². Explica que, sob tal enfoque, em tese, “torna-se vítima de crime contra a dignidade sexual aquele

⁸²⁹ Nos termos do artigo 234-B do Código Penal brasileiro, os crimes contra a dignidade sexual correrão em segredo justiça. Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que a agravante do motivo torpe, prevista do artigo 61, II do CP, não agrava genericamente a pena de nenhum dos crimes contra a dignidade sexual.

⁸³⁰ “Lenocínio significa prestar assistência ou auxiliar à vida libertina de outrem, ou dela tirar proveito. Em um sentido mais abrangente, lenocínio abarca o proxenetismo (mediação para satisfazer a lascívia de outrem), o favorecimento à prostituição e o rufianismo e, inclusive, o tráfico de pessoas para o fim de exploração sexual. O lenocínio, enfim, é um dos crimes mais degradantes, que acompanha a civilização ao longo de toda a sua história ao longo dos séculos”. BITENCOURT, Cesar Roberto. Código Penal comentado. 7ª edição, Editora Saraiva, 2012, p. 982.

⁸³¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. volume II, 30ª edição, Editora Atlas, 2013, p. 447.

⁸³² NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual*. 4ª edição. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 41.

que foi coagido, física ou moralmente, a participar da satisfação da lascívia do agente, sem apresentar concordância com o ato”⁸³³.

Estes quatro delitos constituem-se como crimes de ação penal pública incondicionada. De acordo com Pacelli, a ação penal pública é incondicionada quando existe dever estatal de persecução criminal, de modo que o responsável pela ação penal, o Ministério Público, é obrigado a promover a ação penal se diante de fato que, a seu juízo, configure o ilícito penal⁸³⁴. Nestes casos, do mesmo modo, o delegado de polícia, sabendo da ocorrência de um crime, é obrigado a instaurar o inquérito policial – decorrência da oficiosidade deste procedimento administrativo⁸³⁵. Pois bem, feitas estas propedêuticas considerações, passemos ao aprofundamento nos demais aspectos concernentes a ontologia dos crimes de Lenocínio na República Federativa do Brasil.

5.1.2.1 Mediação para servir a lascívia de outrem

No artigo 227 do Código Penal brasileiro, está previsto o crime de Mediação para servir a lascívia de outrem que tem a seguinte disposição: induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem: pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. § 1º Se a vítima é maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos, ou se o agente é seu ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro, irmão, tutor ou curador ou pessoa a quem esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda: pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos. Se o crime é cometido com emprego de violência, grave ameaça ou fraude: pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, além da pena correspondente à violência. Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também a multa.

Fuhrer lembra que a origem deste crime está na tentativa de coibir uma antiquíssima espécie de prostituição infociosa, praticada por maridos e pais, que colocavam as esposas e filhas para prestarem serviços sexuais a terceiros, geralmente um visitante. Consta que na Idade Média o Lenocínio era apenado com a morte. Inclusive, como já se demonstrou, havia uma menção clara dessa espécie penal no título XXXI, do livro V das Ordenações Filipinas: ‘Dos alcoviteiros e dos que em suas casas consentem a mulheres fazerem mal a seus corpos’, no qual são arroladas várias

⁸³³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual*. 4ª edição. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 41.

⁸³⁴ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 132.

⁸³⁵ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 132.

modalidades de Lenocínio. A conduta de alcovitar freiras, por exemplo, era punida com o degredo eterno para o Brasil⁸³⁶.

O referido artigo 227 do Código Penal brasileiro trata, portanto, da conduta do “alcoviteiro”, aquele que induz alguém a manter algum tipo de relacionamento sexual com um terceiro determinado. A conduta do induzido, que aqui figura como vítima, não precisa envolver necessariamente efetivo contato corporal (masturbação, ato sexual, ato libidinoso). A satisfação da lascívia pode ocorrer a distância como na dança erótica e no *strip-tease*⁸³⁷.

A leitura do artigo leva ao entendimento de que o legislador criminalizou o ato de convencer, ou seja, induzir a vítima a satisfazer a lascívia de determinada pessoa ou mesmo um grupo de pessoas determinadas. Importante frisar que se o sujeito induzir a vítima a satisfazer a lascívia de pessoas indeterminadas, ter-se-á o crime do artigo 228 do Código Penal brasileiro, tratado no seguinte subitem.

Da expressão “satisfazer a lascívia de outrem”, extrai-se qualquer comportamento de natureza sexual, que seja utilizado para satisfazer os desejos libidinosos de alguém. Greco ao tratar da nota característica desse crime, sustenta que o proxeneta não atua no sentido de satisfazer a sua libido, mas no sentido de satisfazer a lascívia de terceira pessoa. Além disso, a vítima não obtém nenhuma contraprestação do agente ou de terceiro pela prática do ato, pois, caso isso venha a ocorrer estaria caracterizada a prostituição, e se teria a desclassificação para o crime previsto no artigo 228 do Código Penal Brasileiro⁸³⁸.

Qualquer pessoa pode cometer o delito em análise, mas o destinatário da conduta do agente responderá, eventualmente, por outro crime, pois, não está ele satisfazendo a lascívia alheia. Não existe restrição na lei à inclusão de qualquer pessoa como sujeito passivo. Podem ser sujeitos passivos deste crime tanto o homem quanto a mulher, uma vez que ambos podem satisfazer desejos eróticos de terceiro.

Para Mirabete, tratando-se de prostitutas não existe crime a punir, pois a meretriz não pode ser havida como vítima do delito previsto no artigo 227 do Código Penal, já que não é induzida, mas se presta a satisfazer, voluntariamente, à lascívia de outrem⁸³⁹. Para Manzini as qualidades morais do sujeito passivo não possuem relevância, podendo figurar como sujeito passivo a pessoa

⁸³⁶ FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. *Novos crimes sexuais com a feição instituída pela Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p.194.

⁸³⁷ FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. *Novos crimes sexuais com a feição instituída pela Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p.195.

⁸³⁸ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. parte especial, volume III, Editora Impetus. 12ª Edição. 2015. p. 595.

⁸³⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. volume II, 30ª edição, Editora Atlas. 2013, p. 449. O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

corrompida ou já prostituída⁸⁴⁰. Ao contrariar o pensamento do ilustre professor de Pádua, a doutrina italiana tem entendido que prostitutas e pederastas, os quais, prazerosamente, por profissão ou por vício, sacrificam a liberdade sexual não são sujeitos passivos do delito, sendo absurdo que venha a lei a interferir para protegê-los.

Nessa esteira de pensamento, Nucci chega a falar em crime impossível quando a vítima já for corrompida sexualmente ou prostituída, entendendo tratar-se de objeto absolutamente impróprio para a prática deste delito⁸⁴¹. Caso a vítima já seja prostituída não haveria necessidade de induzimento, violência ou fraude para que se preste a satisfazer à lascívia de outrem. Há posições em sentido contrário, como demonstrado, considerando irrelevante a situação da pretensa vítima.

Procurando identificar o bem jurídico protegido, Greco argumenta que são bens juridicamente protegidos pelo tipo em análise: a moral sexual e, num sentido mais abrangente, a dignidade sexual⁸⁴². Jesus afirma que é protegida a disciplina da vida sexual, de acordo com os bons costumes, a moralidade pública e a organização da família⁸⁴³. Para Bittencourt o bem jurídico protegido é a moralidade pública sexual, objetivando, particularmente, evitar o incremento e o desenvolvimento da prostituição⁸⁴⁴.

O núcleo induzir pressupõe um comportamento comissivo. No entanto, tratando-se de agente garantidor, não se descarta a possibilidade de ser responsabilizado em virtude de sua omissão imprópria. Consigna-se que o mero induzimento não é suficiente para consumir o delito, exigindo o tipo penal que o terceiro venha a obter a satisfação dos seus desejos sexuais.

Por outro lado, não é necessário que o agente venha a atingir o orgasmo, sendo suficiente que venha a praticar com a vítima atos de natureza sexual. Para Fragoso, o crime se consuma com a efetiva “prática de qualquer ato que importe na satisfação da lascívia de terceiro, a quem a mediação favoreça. Não se exclui, portanto, que se trate de ato praticado pelo próprio agente, limitando-se o terceiro a presenciá-lo”⁸⁴⁵. Por tratar-se de crime material a figura da tentativa é perfeitamente possível, mas de difícil constatação teórica. Exige-se cautela para não incriminar qualquer palavra como tipificadora do delito tentado.

⁸⁴⁰ MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Penale italiano*. Vol. 7. [s.l.]: Ediar, 1957. p. 464.

⁸⁴¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 15 edição. Rio de Janeiro, Forense, 2015. 1124.

⁸⁴² GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. parte especial, volume III, Editora Impetus, 12ª Edição. 2015. p. 596.

⁸⁴³ JESUS, Damásio de. *Código Penal Anotado*. 21. ed. São Paulo - Brasil: Saraiva, 2012. p. 908.

⁸⁴⁴ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Vol. 04. 3ª Ed. São Paulo - Brasil: Saraiva, 2008. p. 59

⁸⁴⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. Parte Especial. Volume II. 4ª edição. Forense, 1984, p. 55.

O parágrafo 1º qualifica o Lenocínio em dois casos: se a vítima é maior de 14 e menor de 18 anos, ou se o agente é seu ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro, irmão, tutor ou curador ou pessoa a quem esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda.

Percebe-se o maior juízo de censura, de reprovação, sobre quem pratica o delito em estudo em uma dessas situações. Vale lembrar que o rol apresentado é taxativo, não podendo ser ampliado por analogia *in malam partem*. Nucci lembra que, no caso da vítima menor de 14 anos, induzida à satisfação da lascívia de outrem, por não apresentar consentimento válido, configura-se o delito previsto no artigo 218 do Código Penal⁸⁴⁶. Eventualmente, pode concretizar, também, hipótese de estupro de vulnerável, desde que o indutor tenha ciência de que encaminha menor de 14 anos a uma específica relação sexual com outra pessoa⁸⁴⁷.

No parágrafo 2º o Lenocínio é qualificado quando cometido com emprego de violência, grave ameaça ou fraude. Nesta hipótese a vítima é forçada mediante o emprego de violência ou grave ameaça, a satisfazer a lascívia de outrem, ou pratica esse comportamento em virtude de um vício de vontade a que foi induzido pela fraude utilizada pelo agente.

Greco adverte que nos casos de violência ou grave ameaça, a conduta do agente estaria mais próxima daquela prevista no crime de estupro. “A diferença fundamental entre essas figuras típicas é que a vítima, no delito em estudo, é induzida mesmo que à força, à satisfação da lascívia de outrem”⁸⁴⁸. Acrescenta o autor que no caso do crime de estupro a vítima é compelida ao ato sexual, “não havendo qualquer consentimento de sua parte”. Na figura típica do art. 227, ao contrário, mesmo que induzida à força ao ato que tenha por finalidade satisfazer a lascívia de outrem, ainda há resquício de sua vontade”⁸⁴⁹.

No parágrafo 3º tem-se o chamado “Lenocínio questuário” (ambicioso ou interesseiro), ou seja, aquele em que o sujeito ativo age com finalidade de lucro. Não se trata de uma qualificadora, mas apenas do acréscimo da pena pecuniária ao tipo secundário.

O delito de Lenocínio previsto no artigo 227 do Código Penal, não se encontra no rol daquelas infrações penais reconhecidas como habituais. Basta que a conduta do agente seja dirigida

⁸⁴⁶ “Corrupção de menores. Art. 218. Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos”. BRASIL, Planalto. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 jan. 2019.

⁸⁴⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 15 edição. Rio de Janeiro, Forense, 2015. 1124.

⁸⁴⁸ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. parte especial, volume III, Editora Impetus. 12ª Edição. 2015. p. 598.

⁸⁴⁹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. parte especial, volume III, Editora Impetus. 12ª Edição. 2015. p. 598.

finalisticamente a fazer com que a vítima atue no sentido de satisfazer a lascívia de outrem para que o crime se consuma.

A habitualidade pode acarretar o reconhecimento do crime continuado, permitindo, assim, a aplicação da regra prevista no artigo 71 do Código Penal brasileiro⁸⁵⁰. Por outro lado, aquele que vê satisfeita sua lascívia em virtude do comportamento praticado pelo proxeneta não pratica o delito tipificado no artigo 227 do Código Penal, que exige que o sujeito atue no sentido de satisfazer a lascívia de outrem e não a própria. Em tal caso, poderá ser autor de outro crime sexual⁸⁵¹.

5.1.2.2 Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual

O legislador penal estabeleceu no art. 228 do Código Penal, o crime de Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual. Ora, sabe-se que a prostituição é uma prática tão antiga quanto à própria humanidade. Através dos tempos, os legisladores se curvaram à impossibilidade de extinção completa do meretrício. Apoiados nas lições de Santo Agostinho, os Estados passaram a encarar a atividade como um mal menor, uma necessária válvula de escape da sexualidade. Desta maneira os Códigos acabaram se fixando na proibição de algumas de suas atividades acessórias⁸⁵².

Como já se afirmou, o exercício da prostituição não configura infração penal, posto que não mereceu a atenção do legislador, constituindo-se em fato atípico. Apesar de a prostituição não ser crime, a lei penal reprime o comportamento de quem favorece o seu exercício ou explora o comércio carnal, independentemente da obtenção de lucro com esta ação.

⁸⁵⁰ “Crime continuado. Art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços”. BRASIL, Planalto. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 jan. 2019.

⁸⁵¹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. parte especial, volume III, Editora Impetus. 12ª Edição. 2015. p. 600.

⁸⁵² FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. *Novos crimes sexuais com a feição instituída pela Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p.197.

O crime de Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual, portanto, é semelhante ao de Lenocínio, tratado no subitem anterior. A diferença encontra-se no fato de que no art. 228 do Código Penal brasileiro o agente procura inserir a vítima na prostituição ou outro tipo de exploração sexual, ou impede ou dificulta que ela abandone o meretrício, ao invés de induzi-la a satisfazer os desejos sexuais de alguém específico. Frise-se que a palavra prostituição é tomada no sentido amplo, da atividade de mercancia sexual, sem destinatários definidos⁸⁵³ - muito embora encontre-se conceitualmente imbricada a noção de “exploração sexual”, como se destaca pelo *nomem juris* do tipo.

Para Greco, o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual é a moralidade sexual e, num sentido mais amplo, a dignidade sexual⁸⁵⁴. Bitencourt aponta como bem jurídico a moralidade pública sexual,⁸⁵⁵ objetivando, particularmente, evitar o incremento e o desenvolvimento da prostituição⁸⁵⁶. Por sua vez, Delmanto afirma que são bens jurídicos a dignidade e a liberdade sexual⁸⁵⁷.

Encontram-se no tipo penal as condutas de “induzir” (persuadir, mover) ou “atrair” (induzir de forma menos direta) alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, como também as condutas de “facilitar” (prestar auxílio), “impedir” (impossibilitar) ou “dificultar” (tornar difícil) que alguém abandone a prostituição ou alguma outra atividade de exploração sexual.

As condutas previstas no tipo penal em análise podem ter por finalidade outra forma de exploração sexual além da prostituição. Na realidade, a prostituição, o turismo sexual, a pornografia e o tráfico para fins sexuais poderiam ser vistas como espécies do gênero exploração sexual.

Para Berenguer a prostituição, neste conjunto, pode ser conceituada como a “satisfação sexual que uma pessoa dá a outra em troca de um preço. Dois são, pois, os ingredientes desta

⁸⁵³ FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. *Novos crimes sexuais com a feição instituída pela Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p.198.

⁸⁵⁴ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. parte especial, volume III, Editora Impetus. 12ª Edição. 2015. p. 608.

⁸⁵⁵ “A pretexto de proteger, o legislador invade a liberdade sexual do cidadão assegurada constitucionalmente, e, pretendendo regular o exercício dessa liberdade, confunde moral com direito, esquecendo-se do processo secularizador implantado no final do século XVIII, que separou crime e pecado, moral e direito. Nesse sentido é absolutamente procedente a advertência de Nucci, nos seguintes termos: espera-se do judiciário a posição de guardião dos ditames constitucionais, particularmente o direito à intimidade e à vida privada, não se podendo invalidar o cenário de relacionamento sexual entre adultos”. BITENCOURT, Cesar Roberto. *Reforma penal material de 2009: crimes sexuais, sequestro relâmpago, celulares nas prisões*- Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 145.

⁸⁵⁶ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Código Penal comentado*. 7ª edição. Editora Saraiva, 2012.p. 986.

⁸⁵⁷ DELMANTO, Celso *et al.* *Código Penal Comentado*. São Paulo – Brasil: Saraiva, 2010. p. 713.

atividade”⁸⁵⁸. O precitado autor aponta, então, os elementos necessários à caracterização da prática: “uma prestação de natureza sexual, entendida essa em sentido amplo, compreensivo de qualquer variante que possa ser solicitada; e a percepção de um preço de uns honorários em contraprestação ao serviço prestado”⁸⁵⁹.

Prostituição seria o comércio habitual de atividade sexual. Não se pode considerar prostituída a pessoa que obteve vantagem econômica uma única vez, em troca de favores sexuais. Note-se que induzir, atrair, facilitar, dificultar ou impedir não são condutas caracterizadoras da habitualidade, mas o termo prostituição é. Assim, para configurar a conduta do agente, depende-se da habitualidade da conduta da vítima⁸⁶⁰.

Segue-se o entendimento de que é necessária uma conduta que reflita a habitualidade, para se falar em prostituição. É necessário o comércio do corpo, e para que exista esse comércio, deve existir quem o venda e quem pague para dele usufruir. Como se observa, a ausência de um conceito específico para a prática da prostituição acaba por associá-la a estereótipos de cariz moralista ou perspectivas dissociadas da sua ontológica complexidade contemporânea.

Vale destacar que o tipo penal do art. 228 do Código Penal brasileiro, entretanto, não fica restrito à prostituição, podendo a conduta ter por finalidade outra forma de exploração sexual, ou seja, não existe a necessidade de que exista o comércio do corpo, mas que a vítima seja explorada sexualmente, muitas vezes nada recebendo em troca disso.

Como se disse, a prostituição, doutrinariamente, no Brasil, tem sido compreendida uma modalidade de exploração sexual. Esta seria o gênero, sendo aquela uma das suas espécies, ao lado do turismo sexual, da pornografia e do tráfico para os fins sexuais⁸⁶¹. Esta concepção, entretanto, associa-se com a conclusão de que a exploração sexual faz parte do mercado do sexo, que funciona, conforme adverte Faleiros, “como um ramo de negócios no qual há a produção e a comercialização da mercadoria – serviços e produtos sexuais. Trata-se de um produto subjetivo – o prazer, altamente vendável que tem valor de uso”⁸⁶².

⁸⁵⁸ BERENGER, Enrique Orts. *Derecho penal*. Comentários al código penal de 1995. Valencia. Tirant lo Blanch, 1996, vol. I, p. 967.

⁸⁵⁹ BERENGER, Enrique Orts. *Derecho penal*. Comentários al código penal de 1995. Valencia. Tirant lo Blanch, 1996, vol. I, p. 967.

⁸⁶⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 15 edição. Rio de Janeiro, Forense, 2015. p. 1126.

⁸⁶¹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. parte especial, volume III, Editora Impetus, 12ª Edição. 2015. p. 606.

⁸⁶² FALEIROS, Eva T. Silveira. *A exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil. Reflexões teóricas, relatos de pesquisas e intervenções psicossociais*. Organizadoras: Renata Maria Coimbra Libório e Sônia M. Gomes Sousa. Casa do Psicólogo. Editora da ACG, 2004. p. 83.

A oferta de serviços sexuais era restrita a prostituição, todavia, com as transformações ocorridas, o desenvolvimento da tecnologia, dos meios de comunicação e da internet, a indústria do sexo se desenvolveu rapidamente. Encontra-se no mercado do sexo uma enorme variedade de produtos, prontos para comercialização. “Corpos, pessoas, shows eróticos, fotos, revistas, objetos, vídeos, filmes pornográficos. Existe um enorme mercado consumidor de serviços sexuais, sendo o sexo uma mercadoria vendável e valorizada”⁸⁶³.

O sujeito ativo e passivo do crime pode ser de ambos os sexos, sem quaisquer requisitos especiais. Nucci entende que a pessoa prostituída não pode ser sujeito passivo deste crime, por total atipicidade. Como punir aquele que induz alguém à prostituição se esta pessoa já está prostituída? A disciplina sexual, objeto jurídico do tipo penal, está nitidamente comprometida com essa hipótese.⁸⁶⁴ Para Mirabete, por outro lado, pouco importa que o sujeito passivo seja pessoa de má reputação ou corrupta, quem o induz ou atrai ao estado de exploração sexual pratica o delito⁸⁶⁵.

As três primeiras espécies delitivas (induzir, atrair e facilitar a prostituição) se consumam com o início da vida de prostituição, quando o sujeito passivo coloca-se à disposição dos clientes, mesmo que não tenha chegado a receber nenhum deles. A última modalidade consiste em impedir que a meretriz retorne ao caminho da decência, consuma-se com o prosseguimento da prostituição⁸⁶⁶. As condutas inseridas no tipo penal pressupõem um comportamento ativo por parte do sujeito, vale dizer, o proxeneta faz alguma coisa no sentido de iniciar a vítima na prostituição ou em qualquer outra forma de exploração sexual, mantê-la nessa atividade ou, mesmo, impedi-la de abandonar essa atividade⁸⁶⁷.

Ressalta-se que apesar do tipo penal exigir uma conduta por parte do sujeito ativo, o crime pode ser praticado se o agente tem a função de garantidor. Outrossim, apesar das respeitáveis opiniões em contrário, entende-se, por se tratar de crime plurissubsistente no qual se pode fracionar o *iter criminis*, a possibilidade da figura da tentativa.

Nos parágrafos 1º e 2º, têm-se formas qualificadas do crime em razão da condição do agente e do uso de violência, grave ameaça ou fraude, respectivamente. A primeira forma

⁸⁶³ FALEIROS, Eva T. Silveira. *A exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil. Reflexões teóricas, relatos de pesquisas e intervenções psicossociais*. Organizadoras: Renata Maria Coimbra Libório e Sônia M. Gomes Sousa. Casa do Psicólogo. Editora da ACG, 2004. p. 83.

⁸⁶⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 15 edição. Rio de Janeiro, Forense, 2015. p. 1126.

⁸⁶⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. volume II, 30ª edição, Editora Atlas, 2013. p. 452.

⁸⁶⁶ COSTA JR., Paulo José. *Comentários ao Código Penal*. São Paulo - Brasil: Saraiva, 2000. p. 743

⁸⁶⁷ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. parte especial, volume III, Editora Impetus, 12ª Edição. 2015. p. 609.

qualificada considera-se o delito mais grave, quando o agente tem nítida ascendência moral sobre a vítima, pois há uma relação de confiança e respeito, como regra.

A segunda forma qualificada cuida dos meios empregados pelo agente para induzir, atrair a vítima, ou impedi-la de deixar a prostituição. Quando se utiliza da violência, grave ameaça ou fraude, a pena será de quatro a dez anos. Por violência deve-se entender as lesões leves e graves, bem como as vias de fato. Grave ameaça é a promessa de causar um mal importante. Fraude é o engodo, o meio que o agente emprega para manter a vítima em erro ou levá-la a apreciar mal a realidade.

Na terceira forma qualificada, previsto no parágrafo 3º do mencionado artigo, tem-se a ressalva de que se o crime é cometido com o fim de lucro, aplicando-se, cumulativamente, a pena de multa.

A doutrina tem questionado a necessidade do contato físico para o reconhecimento da prostituição. Greco, por exemplo, questiona se essas atividades sexuais devem ser entendidas necessariamente no sentido do contato físico com o agente que paga pelos serviços sexuais, ou poderiam ser entendidas como prostituição aquelas atividades nas quais alguém, mesmo não tocando naquele que paga pelos seus serviços, ou não permitindo que seja tocado, também prestasse atividades ligadas aos prazeres sexuais⁸⁶⁸.

Para Jiménez, professor da Universidade de Valência, o contato físico é necessário⁸⁶⁹ para se caracterizar a prostituição⁸⁷⁰. Greco, ao contrário, sintonizado com as modalidades de exploração sexual contemporâneas, entende que esse contato físico não é necessário e argumenta que entende o exercício da prostituição como “aquela atividade ligada à prestação de um serviço de natureza sexual em troca de um preço, não importando se há ou não possibilidade de contato físico”⁸⁷¹.

Complementa o referido doutrinador em seguida que “o que o comprador deseja é a realização de seus prazeres sexuais, que lhe são oferecidos pela(o) prostituta(o), haja ou não contato

⁸⁶⁸ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Parte especial. volume III. Editora Impetus, 12ª Edição. 2015. p. 612.

⁸⁶⁹ “Ainda que o Dicionário da Real Academia defina esse conceito como atividade sexual que presta uma pessoa em troca de dinheiro, creio que o termo legal é mais limitado. Se circunscreveria ao marco das relações sexuais que exigem contato físico entre o agente e seu cliente, em troca de dinheiro. A isso haveria de somar as notas de brevidade no tempo e de diversidade a respeito dos sujeitos da oferta sexual. Assim ficam excluídas prestações de conteúdo sexual em troca de dinheiro nas que não existe contato físico entre trabalhador e cliente, como nas hipóteses de streap-tease, hipóteses de dança erótica com proibição de contatos por parte do cliente, espetáculos em cabines eróticas, telefones eróticos e ofertas similares”. JIMÉNEZ, Emiliano Borja. *Curso de Política Criminal*. Valência: Tirant lo Blanch, 2003. p. 612.

⁸⁷⁰ JIMÉNEZ, Emiliano Borja. *Curso de Política Criminal*. Valência: Tirant lo Blanch, 2003. p. 612.

⁸⁷¹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. parte especial, volume III, Editora Impetus. 12ª Edição. 2015. p. 612.

corporal”.⁸⁷² Entende-se ser essa a melhor posição. Difícil aceitar o argumento de que não existe prostituição em determinados comportamentos tomados de sexualidade, com o prazer sexual vivenciado e o pagamento do preço ajustado, apenas porque não existiu o contato físico.

Ressalta-se que, para que se reconheça a prostituição ou mesmo qualquer outra forma de exploração sexual, é necessário que o comércio da atividade sexual ou exploração sexual a que se submete a vítima seja habitual, não bastando a prática de um congresso carnal com finalidade lucrativa, ou de um ato que se configure em exploração sexual. Assim, sem a habitualidade não se pode falar no crime de favorecimento à prostituição ou outra forma de exploração sexual.

5.1.2.3 Casa de Prostituição

O artigo 229 do Código Penal, que tem o nome jurídico de “Casa de Prostituição”, está disposto da seguinte forma: manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente. Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Na antiguidade, como já foi explicitado, o Estado chegou até a manter, ou pelo menos regulamentar, os lupanares, hospedarias ou banhos públicos onde se instalava a prostituição⁸⁷³. Em quase todos os lugares e épocas tolerou-se a atividade da prostituta, embora sob a pecha de falha moral ou pecado. É o modo milenar de permitir proibindo, e que, na prática permanece até os dias atuais. Mais contemporaneamente, nos países que adotam o sistema regulamentarista, a prostituição foi formalmente delimitada a zonas nas quais haviam espaços destinados a tal prática.

Como se tem afirmado, a lei penal brasileira não incrimina a conduta da prostituta, existindo um silêncio diante da prostituição, todavia, é pródiga em criar tipos penais onde são incriminados a manutenção de estabelecimento em que ocorra exploração sexual e a atividade do rufião. A origem nacional próxima do presente dispositivo é a chamada “Lei Mello Franco, de 1915, que incriminava a conduta de manter ou explorar casas de tolerância”⁸⁷⁴.

Para que determinado espaço possa ser caracterizado como local destinado à prostituição ou exploração sexual, dois aspectos são necessários: a natureza do local e a sua finalidade exclusiva

⁸⁷² GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. parte especial, volume III, Editora Impetus. 12ª Edição. 2015. p. 612.

⁸⁷³ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. volume II, 30ª edição, Editora Atlas. 2013. p.457.

⁸⁷⁴FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. *Novos crimes sexuais com a feição instituída pela Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p.200.

ou preponderante. Ora, a prostituição existe desde os primórdios da civilização humana, carregando o estigma da clandestinidade, razão porque suas instalações nunca primaram pela transparência, legalidade e oficialidade. Marginalizadas, eram obrigadas a buscar locais afastados e insalubres.

Com a evolução dos tempos e o crescimento das cidades, esses prostíbulos se aproximaram das cidades, principalmente na zona urbana, ganhando em qualidade e higiene. Esses ambientes, independentemente da denominação que se lhe atribuem – casa de prostituição ou estabelecimento de exploração sexual – serão sempre o local de encontro de pessoas em busca do prazer e da satisfação sexual. Essa é sua natureza⁸⁷⁵.

A Lei 12.015/09 trouxe considerável modificação neste artigo, substituiu-se a expressão casa de prostituição para estabelecimento onde ocorra exploração sexual⁸⁷⁶. Com isso, várias e antigas interpretações foram modificadas, afastando alguns equívocos praticados pelos operadores do direito.

Pela leitura do artigo 229 do Código Penal brasileiro, com a nova redação feita pelo legislador, pode-se destacar os seguintes elementos que compõem a mencionada figura típica: a conduta de manter por conta própria ou de terceiro; estabelecimento em que ocorra a exploração sexual; haja ou não intuito de lucro; ou a mediação direta do proprietário ou gerente.

Constata-se que o núcleo ‘manter’ dá a ideia de habitualidade, de permanência. Manter exige um comportamento que se prolongue no tempo. Como explica Greco “não se trata de um

⁸⁷⁵ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Código Penal comentado*. 7ª edição, Editora Saraiva. 2012, p. 994.

⁸⁷⁶ “A lei 12.015/2009 corrigiu uma distorção decorrente de tabus e preconceitos do começo do século passado e passou a considerar crime apenas ‘estabelecimento em que ocorra exploração sexual’, o que foi um grande acerto. Crime é manter pessoa em condição de explorada, sacrificada, obrigada a fazer o que não quer. Explorar é colocar em situação análoga à escravidão, impor a prática de sexo contra vontade ou, no mínimo, induzir a isso, sob as piores condições, sem remuneração nem liberdade de escolha. A prostituição forçada é exploração sexual, um delito escabroso, merecedor de punição severa, ainda mais se praticado contra crianças. O resto não merece a atenção do Direito Penal. A profissional do sexo, por opção própria, maior de 18 anos, deve ser deixada em paz, regulamentando-se a atividade. Nossa lei nunca puniu a prostituta ou o seu cliente, mas criou regras que dificultam a atividade. Partindo do princípio de que a sociedade não pode prescindir do comércio sexual, haja vista a falência de todas as medidas adotadas, para coibir tal prática em todos os tempos, impedir essas (es) profissionais de ter um lugar para trabalhar gera uma situação injusta e perversa, cria constrangimentos na rua e as (os) expõe a variados tipos de riscos. Diante disso a casa é uma solução, não um problema”. ELUF, Luiza Nagib. Casa de Prostituição. In: Folha de São Paulo, edição de 1.10.2009 *apud* DELMANTO, Celso *et al.* *Código Penal Comentado*. São Paulo – Brasil: Saraiva, 2010. p. 716.

comportamento praticado em um só instante, mas com a finalidade de continuar a acontecer durante determinado prazo, que pode ser longo ou mesmo de curta duração”⁸⁷⁷.

A manutenção pode ocorrer por conta própria ou de terceiros, isso significa que o próprio agente é quem pode arcar com as despesas de manutenção do local (estabelecimento em que ocorra a exploração sexual) ou que terceira pessoa, mesmo sabendo da finalidade do lugar, contribua para sua manutenção.

A lei penal faz menção a estabelecimento em que ocorra a exploração sexual⁸⁷⁸. A exploração sexual pode ser lucrativa ou não. Pode ser um local destinado ao comércio do corpo como as casas de prostituição, os bordéis, boates de *strip-teases* etc., ou qualquer outro, mesmo que não exista a finalidade lucrativa para as pessoas que se deixam explorar sexualmente⁸⁷⁹.

O tipo penal também fala em mediação direta. Para Nucci, trata-se de um alerta feito pelo “tipo penal para demonstrar que o proprietário da casa pode entregar a administração do local a terceira pessoa e, ainda assim, estará incurso no tipo penal do artigo 229”⁸⁸⁰.

O bem juridicamente protegido, aparentemente, é a moralidade pública sexual, e, num sentido mais amplo, a dignidade sexual⁸⁸¹. Para Mirabete o objeto jurídico do delito em estudo é a dignidade sexual da pessoa. Com a incriminação das condutas procura-se coibir uma forma

⁸⁷⁷ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. parte especial, volume III. Editora Impetus. 12ª Edição. 2015. p. 613.

⁸⁷⁸ “A existência de tipos penais como o do art. 229 somente traz descrédito e desmoralização para a justiça penal (polícia, Ministério Público, Magistratura etc.), pois, embora sendo do conhecimento da população em geral que essas atividades são contrárias à lei, ainda assim o seu exercício é levado a efeito com propaganda em jornais, revistas, outdoors, até mesmo em televisão, e nada se faz para tentar coibi-lo. Nas poucas oportunidades em que se resolve investir contra os empresários da prostituição, em geral, percebe-se, por parte das autoridades responsáveis, atitudes de retaliação, vingança, enfim, o fundamento não é o cumprimento rígido da lei penal, mas algum outro motivo, muitas vezes escuso, que impulsiona as chamadas blitz em bordéis, casa de massagem e similares. Nessas poucas vezes em que ocorrem essas batidas policiais, também o que se procura, como regra, é a descoberta de menores que se prostituem, demonstrando, assim, que não é o local em si que está a merecer a repressão do Estado, mas, sim, o fato de ali se encontrarem pessoas que exigem a sua proteção”. GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. parte especial, volume III, Editora Impetus, 12ª Edição. 2015. p. 614-615.

⁸⁷⁹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. parte especial, volume III, Editora Impetus, 12ª Edição. 2015. p. 614

⁸⁸⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 15 edição. Rio de Janeiro, Forense, 2015. p. 1135.

⁸⁸¹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. parte especial. volume III, Editora Impetus, 12ª Edição. 2015. p. 615.

específica de favorecimento da prostituição e demais formas de exploração sexual, consistente em propiciar um local próprio para o exercício dessa atividade⁸⁸².

Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo deste crime. O tipo não exige qualquer condição ou qualidade especial do agente⁸⁸³. A doutrina tem apontado como sujeito passivo deste delito a coletividade, “haja vista ser a moralidade pública sexual o bem por ele juridicamente protegido”⁸⁸⁴. Prado aponta também como sujeito passivo a pessoa que exerce a prostituição nesses lugares⁸⁸⁵.

Bitencourt, admitindo um posicionamento mais crítico, não admite a sociedade como sujeito passivo desta infração penal, uma vez que nem sequer se sente incomodada, ignorando praticamente esse tipo de conduta. Admitir a coletividade como sujeito passivo dessa infração penal constitui uma posição arbitrária que impõe um estado ou situação não assumida espontaneamente pela própria sociedade⁸⁸⁶.

Para Franco trata-se de mais um crime sem vítima, uma vez que a mera manutenção do local que seja destinado para encontros que visem à prática de atos sexuais não afeta nenhum bem jurídico penalmente relevante, mas tão somente pode vir a ocasionar desconforto em determinadas pessoas, que nutrem forte moralismo, afastado da vivência da sociedade contemporânea⁸⁸⁷.

Importante destacar que o artigo não mais exige que a atividade do estabelecimento seja a exploração sexual⁸⁸⁸, bastando que ocorra no estabelecimento este fato. Mirabete alerta que sendo

⁸⁸² MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. volume II, 30ª edição, Editora Atlas, 2013. p. 458.

⁸⁸³ A própria prostituta ou artista que se estabelece em uma casa para seu uso profissional exclusivo, não comete este crime, pois a prostituição em si é atípica. O mesmo se diga da associação ou cooperativas de prostitutas, que se instalam em determinado local para trabalhar. Como o artigo se refere exclusivamente à conduta de ‘manter estabelecimento’, ficam excluídos os empregados, camareiros, porteiros.

⁸⁸⁴ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. parte especial, volume III, Editora Impetus, 12ª Edição. 2015. p. 616.

⁸⁸⁵ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*. São Paulo, Editora revista dos Tribunais, volume III, p. 281.

⁸⁸⁶ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Código Penal comentado*. 7ª edição, Editora Saraiva, 2012. p. 992.

⁸⁸⁷⁸⁸⁷ FRANCO, Alberto Silva *et al.* *Código Penal e sua interpretação – Doutrina e jurisprudência*. 8ª. Ed. São Paulo - Brasil: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1131.

⁸⁸⁸“O nosso legislador tratou do lenocínio em tipos autônomos, e esses, conquanto guardem uma clara lógica, possuem aspectos distintos. A proximidade se apresenta muito maior nos tipos constantes dos artigos 228 e 229 do CP. Mas, é evidente que não se confundem, uma vez que no primeiro existe induzimento e condução de alguém à prostituição, enquanto no segundo há manutenção de local para satisfação da lascívia. Não se ignora, todavia, que podem ocorrer os dois delitos quando aquele que induz, atrai ou facilita a prostituição, ou impede o abandono da atividade, também mantém o prostíbulo. Júlio Fabbrini Mirabete, para essa situação, opta pelo concurso material dos dois crimes. Mas a jurisprudência entende haver um crime único, O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

a prostituição uma forma de exploração sexual, a conduta de manter casa na qual se pratica o exercício do meretrício permanece típica após a vigência da Lei nº 12.015/09.

Tornou-se atípica, porém, diante da nova redação do dispositivo a conduta de manter ‘lugar destinado a encontros para fins libidinosos’, previsto na lei anterior. Na hipótese de motéis e hotéis de alta rotatividade, saunas, casas de banhos e outros locais comumente destinados a encontros libidinosos, encontra-se afastada a tipicidade, porque se destinam a toda espécie de hóspedes e frequentadores, diante da nova redação do dispositivo, somente se configura o crime de casa de prostituição se nesses ou em outros locais ocorrer a prostituição ou outra forma de exploração sexual. Exige-se, para a configuração do delito, que o agente tenha conhecimento de sua ocorrência⁸⁸⁹.

Jesus ao tratar do momento consumativo, sustenta que este ocorre quando o sujeito já iniciou a manutenção de estabelecimento destinado à exploração sexual. Exige-se, portanto, a habitualidade na manutenção do local, sendo que não se requer, para a caracterização do momento consumativo, a reiteração de atos sexuais praticados no local⁸⁹⁰.

Greco afirma que o crime se consuma com a simples inauguração da casa⁸⁹¹ em que ocorra a exploração sexual, independentemente da prática de algum ato sexual⁸⁹². Para Mirabete consuma-se o delito com a manutenção da casa ou local. Embora se exija habitualidade, um só ato basta para a caracterização do ilícito quando indicar que há instalação para o fim de exploração sexual⁸⁹³. Para

ora pendendo para o artigo 228, ora para o 229, com prevalência da segunda hipótese”. PIERANGELI, José Henrique; SOUZA, Carmo Antônio. *Crimes Sexuais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 137.

⁸⁸⁹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. volume II, 30ª edição, Editora Atlas, 2013, p. 459.

⁸⁹⁰ JESUS, Damásio de. *Código Penal Anotado*. 21. ed. São Paulo - Brasil: Saraiva, 2012. p. 917.

⁸⁹¹ “Imagine-se a hipótese em que a polícia, informada sobre a inauguração de uma luxuosa casa de prostituição, dirija-se até o local, no exato instante em que é aberta por seu proprietário, que havia levado a efeito o convite de inúmeras autoridades para que conhecessem o seu novo local de exploração sexual. Embora existam posições em contrário, não entendemos que o fato de ser reconhecido como um delito habitual, seria uma barreira para a prisão em flagrante do mencionado proprietário (...) imagine-se agora, a hipótese daquele que, depois de inaugurar sua luxuosa casa de prostituição, ainda não tenha conseguido angariar nenhum cliente, poderíamos afastar a elementar típica manter, simplesmente pelo fato de que os aposentos ainda não haviam sido utilizados para a prática de atos libidinosos? O prostíbulo já não se encontrava aberto com a finalidade de acolher pessoas que ali desejassem explorar sexualmente as garotas de programa que ali aguardavam seus clientes”. GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. parte especial, volume III, Editora Impetus, 12ª Edição. 2015. p. 616-617.

⁸⁹² GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. parte especial, volume III, Editora Impetus, 12ª Edição. 2015. p. 616.

⁸⁹³ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. volume II, 30ª edição, Editora Atlas, 2013, p. 460. O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

Bitencourt trata-se de crime habitual, cuja tipificação exige a prática repetida de condutas que, isoladamente, constituem um indifferente penal⁸⁹⁴.

Existe controvérsia no que diz respeito à possibilidade de tentativa no delito em estudo. O pensamento majoritário na doutrina é que não é possível a tentativa, tendo em vista a natureza habitual do delito. Isto porque o núcleo manter exige um comportamento comissivo por parte do agente, todavia, nada impede que este delito seja praticado através de omissão imprópria, nas hipóteses em que o agente, possuindo a função de garantidor, de maneira intencional, nada faz para impedir a continuidade do estabelecimento destinado à exploração sexual.

O delito em análise é reconhecido pela doutrina como habitual. O crime habitual é aquele que somente é punido em face do estilo de vida ou do comportamento reiterado do agente, compondo um quadro pernicioso à vida social. Existe intensa discussão sobre a possibilidade ou não da prisão em flagrante nessa modalidade de delito. Compreende-se que é incompatível, apesar das respeitáveis opiniões em contrário⁸⁹⁵. Ora, não pode o agente ser preso por um único ato, mas a habitualidade exige a prova do conjunto de atos, sem a prova desse conjunto de atos, não teremos a prova da existência do crime, o que torna impossível a prisão em flagrante delito.

Aquele que mantém local destinado à prostituição infantil não incorre no crime do artigo 229 do Código Penal brasileiro. A conduta encontrará adequação típica no crime de favorecimento à exploração sexual de vulnerável, previsto no artigo 218-B do precitado diploma legal⁸⁹⁶.

⁸⁹⁴ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Código Penal comentado*. 7ª edição, Editora Saraiva. 2012, p. 996

⁸⁹⁵ Entendendo e defendendo ser possível a prisão em flagrante no crime de Casa de Prostituição, temos o pensamento de Greco que leciona: “Entendemos ser perfeitamente possível a prisão em flagrante daquele que mantinha, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorria exploração sexual, com ou sem intenção de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente”. GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. parte especial, volume III, Editora Impetus, 12ª Edição. 2015. p. 619.

⁸⁹⁶ “Favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável. Art. 218-B. Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone: Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos. § 1º Se o crime é praticado com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa. § 2º Incorre nas mesmas penas: I - quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação descrita no caput deste artigo; II - o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifiquem as práticas referidas no caput deste artigo. § 3º Na hipótese do inciso II do § 2º, constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento”. BRASIL, Planalto. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 jan. 2019.

A manutenção de local destinado a realização de sexo com menores de 18 anos enquadra-se nesse dispositivo, inclusive por força da equiparação contida no § 2º, II (incorre nas penas do crime o proprietário, o gerente, ou o responsável pelo local em que se verifiquem as práticas referidas no *caput* deste artigo, ou seja, a prostituição ou exploração sexual de menor de 18 anos). O cliente que realiza o ato libidinoso com o adolescente pratica o ilícito penal referido, também por expressa equiparação⁸⁹⁷.

5.1.2.4 Rufianismo

O artigo 230 do Código Penal trata do crime de Rufianismo. O delito de Rufianismo, segundo abalizados doutrinadores, somente no começo do século XX passou a fazer parte dos códigos penais. No final do século XIX, alguns países o incriminaram por meio de leis esparsas, como a Áustria (1875), a França (1885), a Bélgica (1891) e a Alemanha (1900). As ordenações portuguesas não o previram, o mesmo ocorrendo com os Códigos brasileiros de 1830 e 1890. Nosso primeiro estatuto que o trouxe foi o de 1940⁸⁹⁸.

Para Bitencourt o legislador procurou compensar, neste dispositivo, o abandono dos prostituídos, dispensando-lhe certa atenção, buscando protegê-los daqueles que os exploram direta ou indiretamente, conhecidos como rufiões⁸⁹⁹. Conceituando o Rufianismo, pode-se dizer que é uma modalidade de Lenocínio que consiste em viver à custa da prostituição alheia. “É a atividade exercida por aquele que explora prostitutas e, conseqüentemente, incentiva o comércio sexual”⁹⁰⁰.

O Rufianismo – ativo e passivo – está previsto no artigo 230 do Código Penal.⁹⁰¹ A redação típica aponta os seguintes elementos: a conduta de tirar proveito da prostituição alheia; seja

⁸⁹⁷ ESTEFAM, André. *Crimes Sexuais – comentários à lei nº 12.015/09*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 124.

⁸⁹⁸ PIERANGELI, José Henrique; SOUZA, Carmo Antônio. *Crimes Sexuais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 140

⁸⁹⁹ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Código Penal comentado*. 7ª edição, Editora Saraiva, 2012, p. 997.

⁹⁰⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 15 edição. Rio de Janeiro, Forense, 2015. p. 1140.

⁹⁰¹ Distingue-se duas espécies de rufião: o ativo e o passivo. O primeiro recebe dinheiro ou vantagem da pessoa prostituída, em face de esta lhe devotar afeição. O último acha-se no direito de receber um pagamento, a título de proteção que presta, ou extorque do indivíduo aviltado o dinheiro ou a vantagem por intermédio de coação.

participando diretamente dos seus lucros; seja fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça.

Pierangeli e Souza⁹⁰², ao tratarem do bem jurídico no crime de Rufianismo, sustentam que a lei penal busca proteger a sociedade da desprezível atividade do rufião, que explora economicamente o exercício da prostituição. Outros acrescentam ser direito da sociedade não suportar a maléfica e despidorada ação de aproveitar-se da prostituição alheia. Para terceiros, a tutela jurídico-penal não pode recair sobre a liberdade sexual e a integridade moral, porque a meretriz já entregou o seu corpo e o seu espírito à prostituição, pelo que não existe mais a ideia de integridade física sexual⁹⁰³.

O bem juridicamente protegido no crime de Rufianismo, segundo o magistério de Greco, é a moralidade pública e, num sentido mais amplo, a dignidade sexual⁹⁰⁴. Capez argumenta que se tutela o regular desenvolvimento das atividades sexuais, de acordo com a moral e os bons costumes. Protege-se também a prostituta contra a exploração do rufião, ou seja, aquele que procura tirar proveito da prostituição alheia⁹⁰⁵. Para Bitencourt, o bem jurídico protegido é a moralidade sexual na medida em que o Rufianismo é modalidade do Lenocínio, consistente em viver à custa da prostituição alheia, e genericamente é a dignidade sexual do ser humano, como parte integrante da personalidade do indivíduo⁹⁰⁶.

Sobre o agente do delito, o rufião, o proxeneta, o alcoviteiro, Hungria⁹⁰⁷ escreveu: “todos corvejam em torno da libidinagem de outrem, ora como mediadores, fomentadores ou auxiliares,

⁹⁰² PIERANGELI, José Henrique; SOUZA, Carmo Antônio. *Crimes Sexuais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 142.

⁹⁰³ PIERANGELI, José Henrique; SOUZA, Carmo Antônio. *Crimes Sexuais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 142.

⁹⁰⁴ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. parte especial, volume III, Editora Impetus, 12ª Edição. 2015. p. 623.

⁹⁰⁵ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. Vol. 03. São Paulo – Brasil: Saraiva, 2004. p. 95.

⁹⁰⁶ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Código Penal comentado*. 7ª edição, Editora Saraiva, 2012, p. 998.

⁹⁰⁷ “No extremo ponto da escala da indignidade, porém, estão, por certo, os que agem *lucri faciendo causa*: o proxeneta de ofício, o rufião habitual, o marchand de mulheres para as feiras de vênus libertina. De tais indivíduos se pode dizer que são os espécimes mais abjetos do gênero humano. São as ténias da prostituição, os parasitas do vil mercado dos prazeres sexuais. Figuras típicas da malavita. Constituem como diz Viazzi, um peso morto na luta solidária para a consecução dos fins coletivos. As meretrizes (segundo o tropo de padre Vieira) ‘comem do próprio corpo’, e essa ignóbil caterva de profiteurs disputa bocados e nacos no prato de tal infâmia”. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. volume 08. Rio de Janeiro – RJ – Brasil: Forense, 1981. p. 267.

ora como especuladores parasitários. São moscas da mesma cloaca, vermes da mesma podridão”⁹⁰⁸. O Rufianismo é um crime comum que pode ser praticado por pessoa indeterminada, de qualquer sexo, desde que atue profissionalmente ou com intuito de explorar economicamente pessoa que se prostitui. Pode figurar como vítima qualquer pessoa que se dedique à prostituição, independentemente de ser homem ou mulher. Alguns autores vislumbram como sujeito passivo secundário a coletividade.

O tipo penal incrimina a conduta de tirar proveito da prostituição alheia, o que pode ocorrer de duas formas: participando diretamente dos seus lucros; fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça. No primeiro caso o sujeito é uma espécie de sócio da meretriz, não afastando o crime se ele possui outra fonte de renda. Na segunda modalidade o agente se faz sustentar pela prostituta, vive à sua custa, ainda que parcialmente.

O núcleo do tipo faz referência ao comportamento de tirar proveito da prostituição alheia. Somente existirá o crime de Rufianismo se a pessoa de quem o agente tira proveito exerce a prostituição. Caso o agente tire proveito de alguém, que não exerce a prostituição, recebendo dinheiro e presentes, poderá ser considerado um aproveitador, jamais rufião. A expressão tirar proveito possui natureza econômica, e não sexual.

A participação nos lucros deve ser direta, não configurando a venda de bebidas ou o recebimento de aluguéis. Há crime quando o agente tem outras fontes de renda, desde que participe do lucro auferido pela prostituta. Destaca-se, ainda, que existirá Rufianismo ainda que a oferta seja espontânea da prostituta. A passividade do rufião, que se limita a auferir proveitos da prostituição, não desfigura o crime. Igualmente, não afasta o crime o fato de o agente não colaborar, facilitar ou incentivar a prostituição da vítima. Nesse caso, o fato pode constituir ilícito mais grave como o de Favorecimento da prostituição.

O Rufianismo é crime habitual, que indica um sistema de vida antissocial, tornando-se necessário reiteradas entregas de lucro ou o sustento por algum tempo. Não é rufião aquele que, gratuitamente, recebe as complacências amorosas de uma prostituta, dela recebendo, também, empréstimos em dinheiro e presentes. Por essa razão, não se considerou como prova do crime a autuação em flagrante. Embora a lei faça referência a participar, é evidente, em interpretação extensiva, que abrange o fato do agente ficar com todo o lucro da prostituta. Outrossim, referindo-se a lei especificamente à prostituição, não existirá crime se o agente se faz sustentar pela mulher, com o que esta recebe de um ou vários amantes. Também não se reconhece o delito no fato de residir o agente no cômodo alugado pela meretriz, sua amante⁹⁰⁹.

⁹⁰⁸ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. volume 08. Rio de Janeiro – RJ – Brasil: Forense, 1981. p. 267.

⁹⁰⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. volume II. 30ª edição. Editora Atlas. 2013. p. 461-462.

O Código Penal utiliza expressões ‘participando diretamente dos seus lucros ou fazendo-se sustentar’, que nos dão a nítida ideia da necessidade da habitualidade para caracterização do tipo. Neste sentido, como sustenta Franco em ambas as modalidades, é imprescindível a habitualidade para que o crime venha a ser reconhecido. Assim, não se caracteriza o delito quando se tratar de ato ocasional, sendo necessário que o agente venha a participar de modo rotineiro nos ganhos da pessoa que se dedica a prostituição ou que se faça sustentar pela mesma, no todo ou em parte, de forma reiterada⁹¹⁰. Outrossim, constata-se que o crime de Rufianismo não admite a figura da tentativa, por se tratar de crime habitual, pela impossibilidade de fracionamento dos atos de execução.

Jesus, corroborando com este entendimento, também argumenta que é imprescindível a habitualidade, tanto na modalidade ‘participar diretamente dos seus lucros’ como na ‘fazendo-se sustentar, no todo ou em parte’. Por isso, o flagrante não prova o crime. Não há delito se o agente aufere, ocasionalmente, proveito da prostituição da vítima, como presentes, ou dela recebe dinheiro em empréstimo⁹¹¹.

Consuma-se o crime com a prática reiterada, com habitualidade, de uma das condutas descritas no tipo penal, isto é, quando o agente (rufião) passa a participar dos lucros, ou a ser sustentado por quem exerce a prostituição⁹¹². Para Greco ocorre a consumação com o efetivo aproveitamento, pelo agente, da prostituição alheia, a exemplo de quando recebe o primeiro pagamento, os primeiros presentes, desde que seja com uma característica duradoura, vale dizer, não eventual⁹¹³. Jesus sustenta que o momento consumativo ocorre quando o sujeito se entrega ao gênero de vida próprio do rufião. É necessário que se caracterize a habitualidade. Um só ato próprio do sistema de vida do rufião não caracteriza o delito⁹¹⁴.

Prado discorda dos conceitos apresentados e sustenta que o crime se “consoma com o início da atividade do rufião, participando dos lucros da prostituta ou fazendo-se manter por ela”⁹¹⁵. E acrescenta que “embora exija-se a habitualidade, não há necessidade da prova da reiteração de atos,

⁹¹⁰ FRANCO, Alberto Silva *et al.* *Código Penal e sua interpretação – Doutrina e jurisprudência*. 8ª ed. São Paulo - Brasil: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1135.

⁹¹¹ JESUS, Damásio de. *Código Penal Anotado*. 21. ed. São Paulo - Brasil: Saraiva, 2012. p. 919.

⁹¹² BITENCOURT, Cesar Roberto. *Código Penal comentado*. 7ª edição, Editora Saraiva. 2012. p. 999.

⁹¹³ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. parte especial, volume III, Editora Impetus, 12ª Edição. 2015. p. 623.

⁹¹⁴ JESUS, Damásio de. *Código Penal Anotado*. 21ª Ed. São Paulo. Brasil: Saraiva. 2012. p. 920.

⁹¹⁵ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. V. 03. Rio de Janeiro – RJ – Brasil: Revista dos Tribunais, 2004. p. 287.

bastando que se demonstre que o agente já ingressara nesse estilo de vida antissocial reprimido pelo legislador”⁹¹⁶.

Bitencourt sustenta que quando se encontra no tipo penal a expressão ‘prostituição alheia’, significa, em primeiro lugar, que se trata de prostituição exercida por outrem, e não pelo sujeito ativo do Rufianismo; e, em segundo lugar, que deve tratar-se efetivamente de prostituta, e não de simples mulher que vive a expensas de amantes determinados, eventuais ou temporários, ou seja, um número determinado de parceiros. Assim, exigência fundamental para a caracterização do delito do artigo 230 do Código Penal é a demonstração da condição de prostituta da vítima, isto é, de que se trata de mulher que comercializa o sexo como meio de vida, da qual o rufião se aproveita⁹¹⁷.

Distingue-se o Rufianismo do delito previsto no artigo 228 por existir neste a atividade do agente no sentido de facilitar a atividade de quem exerce a prostituição ou se sujeita a outra forma de exploração sexual, o que não se exige daquele. Não se confunde o Rufianismo qualificado pela violência, grave ameaça ou fraude com o crime de extorsão. Este é um crime complexo, sendo a força física ou moral elemento do tipo, enquanto aquele é um delito qualificado pela violência ou grave ameaça⁹¹⁸.

O parágrafo 1º do artigo em análise qualifica o crime em virtude da idade da vítima, ou devido a uma qualidade específica do agente. Assim, considera-se o delito mais grave, merecendo uma reprimenda maior, quando a vítima tem mais de 14 e menos de 18 anos, o que é compreensível devido a imaturidade da pessoa prostituída.

Por outro lado, igualmente merece uma pena mais elevada quando o agente tem ascendência moral sobre o ofendido, pois, existe no caso uma relação de confiança, respeito e temor reverencial, como regra. O legislador menciona que a pena deve ser qualificada se o sujeito for ascendente, o padrasto, a madrasta, o irmão, o enteado, cônjuge ou companheiro, tutor, curador e preceptor ou empregador da vítima.

O parágrafo 2º do artigo em estudo também qualifica o crime de Rufianismo, aumentando significativamente a pena quando o sujeito pratica o crime mediante violência, grave ameaça, fraude ou outro meio que dificulte a vontade da vítima. Trata-se de correta qualificadora, pois a conduta é nitidamente ofensiva à liberdade sexual. Não é aceitável que alguém tire proveito da prostituição alheia empregando os métodos referidos. Além do mais, utiliza-se o legislador do sistema da acumulação material, determinando a aplicação concomitante da pena resultante do crime violento.

Não é necessário, para a caracterização do crime previsto no artigo 230 do Código Penal brasileiro, que o sujeito ativo coopere, auxilie ou proteja a pessoa prostituta. Pode-se afirmar que o

⁹¹⁶ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. V. 03. Rio de Janeiro – RJ – Brasil: Revista dos Tribunais, 2004. p. 287.

⁹¹⁷ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Código Penal comentado*. 7ª edição, Editora Saraiva, 2012. p. 999.

⁹¹⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. volume II, 30ª edição, Editora Atlas, 2013. p. 463. O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

crime se caracteriza quando o agente tira proveito da prostituição ou se faz sustentar ainda que parcialmente pelo sujeito passivo - dinheiro, alimentação, moradia, etc. Inexiste crime se o agente é sustentado com rendimentos de outra fonte que não a prostituição. Outrossim, não desnatura o delito o fato de o agente não colaborar, facilitar ou incentivar a prostituição da vítima. A lei se refere à prostituição, de modo que, não há crime se o agente se faz sustentar pela mulher ou pelo homem que recebe dinheiro de um ou vários amantes.

Finalmente, é interessante destacar, conforme explicam Cunha et al, que com a vigência da Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público (alterada pelas disposições da Resolução 183, de 24 de janeiro de 2018), os crimes de Lenocínio, previstos nos artigos 227 a 230 do Código Penal brasileiro (ou seja, a Mediação para servir a lascívia de outrem, o Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual, a Casa de Prostituição e o Rufianismo), em sua forma simples – quando não cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa – por cominarem penas mínimas inferiores a quatro anos, passaram a ser abrangidos pela novel possibilidade jurídica a disposição do Representante do Ministério Público⁹¹⁹: o acordo de não persecução penal⁹²⁰.

Conforme explicam os precitados autores, o acordo de não persecução penal é, essencialmente, um arquivamento condicionado ao cumprimento de obrigações não penais (de fazer, de não fazer ou de dar). Nestes casos, a falta de interesse de agir, pelo Estado, resulta da suficiência da solução empregada no caso concreto, mediante ajuste⁹²¹. Assim, uma vez cumprido o acordado, a persecução penal torna-se desnecessária em função do melhor resultado alcançável, na perspectiva do investigado, do Ministério Público e da vítima, já que foi obtido mediante consenso, sendo inútil movimentar a máquina jurisdicional para o mesmo fim.

Hodiernamente, portanto, nas situações específicas em relação aos crimes de Lenocínio (muito embora constituam-se como crimes de ação penal pública incondicionada), não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando ele tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as

⁹¹⁹ CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renée do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

⁹²⁰ A Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017 do Conselho Nacional do Ministério Público brasileiro (alterada pelas disposições da Resolução 183, de 24 de janeiro de 2018), conforme asseveram Cunha et al, preceitua que o investigado, para aceitar o acordo de não persecução penal, dependente de homologação judicial, deve sempre ser assistido por seu advogado ou defensor público. CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renée do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p.308.

⁹²¹ CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renée do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p.304.

seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente: I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo; II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público; IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; V – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada.

Interessante pontuar que a possibilidade dada ao Representante Ministerial, no acordo de não persecução penal, para determinar ao investigado que pague prestação pecuniária, a ser estipulada, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito, faz exsurgir, no caso dos crimes de Lenocínio constantes no Código Penal brasileiro, as discussões sobre o que estes delitos estão, de fato, a proteger. Passemos, portanto, a adentrar nessa problemática.

6 A AUSÊNCIA DE BEM JURÍDICO-PENAL NOS CRIMES DE LENOCÍNIO EM PORTUGAL E NO BRASIL

Já foi abordado, na presente tese de doutoramento, que o Direito Penal, e, por consequência, o Direito Penal Sexual, possui cariz fragmentário e subsidiário. Fragmentário porque somente agressões de relevo a bens jurídicos devem se constituir como objeto deste ramo do direito. Subsidiário porque é ínsito ao Direito Penal a sua utilização como *ultima ratio*.

Neste âmbito, por conseguinte, depreende-se que o Direito Penal Sexual não se deve prestar à proteção de todos os bens jurídicos, contra quaisquer ataques, mas apenas àqueles imprescindíveis à vida em sociedade, estabelecida no âmbito do Estado Democrático de Direito, devendo haver a correspondência do bem jurídico penalmente protegido na lei penal com o disposto na lei maior – esta compreendida unitariamente.

Destarte, com base nesta compreensão, defende-se a perspectiva de que o Direito Penal é instrumento inidôneo para resguardar a moral social a respeito do comportamento sexual humano. Com base nesta premissa, desenvolve-se a presente digressão teórica, apreciando os crimes de Lenocínio nas legislações portuguesa e brasileira, mais especificamente, o delito previsto, hodiernamente, no artigo 169, nº1 do Código Penal português e no *caput* dos artigos 227 a 230 do Código Penal brasileiro, a fim de demonstrar a ausência de bem jurídico-penal.

A Constituição, mais precisamente a Constituição da República Portuguesa e a Constituição da República Federativa do Brasil, são os referenciais idôneos para que a teoria do bem jurídico venha a cumprir uma função crítica e limitadora do *jus puniendi* nos casos apreciados, tanto porque o próprio bem jurídico só o é por advir da *lex mater*, quanto pelo fato desta limitar o legislador e o julgador, a fim de que sejam criminalizadas ou punidas apenas as ofensas consideradas fundamentais (amparadas em valores constitucionais) para a convivência da sociedade.

Assim, levando-se em consideração, também, os aspectos destacados sobre o bem jurídico-penal que deve ser, de fato, protegido no âmbito do Direito Penal Sexual, abrangendo-se os crimes de Lenocínio, passemos às digressões a respeito da ausência de bem jurídico constitucionalmente amparado, nos precitados delitos, em Portugal e no Brasil.

6.1 A ausência de bem jurídico-penal no crime de Lenocínio previsto no nº1 do art. 169 do Código Penal português

Não se pode negar que as concepções envolvendo questões de natureza sexual sofreram profundas e definitivas transformações na sociedade e legislação criminal portuguesa. A influência da moral, que emoldurava sempre essa matéria, foi gradativamente substituída por características como disponibilidade e liberdade, que passaram a fundamentar as práticas sexuais e refletirem a autonomia que deve existir na conduta do indivíduo no momento das práticas sexuais.

Reflexo deste processo, como já foi demonstrado ao longo desta tese de doutoramento, pode ser observado na lei. O Código Penal de 1982 tratava os crimes sexuais na seção II do capítulo I do título III com o seguinte título: “Dos crimes contra os valores e interesses da vida em sociedade”. O bem jurídico protegido seria o de uma moral sexual ultrapassada. No novo Código Penal, mais precisamente no Capítulo V, com o título “Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”, dentro do Título dos crimes contra as pessoas⁹²², o centro do bem jurídico protegido passou a ser a liberdade sexual⁹²³.

Apesar da reforma operada no Código Penal português, inexplicavelmente, ainda permaneceu em vigor, o nº 1 do art. 169, o crime de Lenocínio. Frise-se que até 1998, antes da promulgação da Lei 65/98, o tipo, então previsto no art. 170, nº1, demandava como requisito para

⁹²² Sobre as modificações na seara dos crimes sexuais, ocorridas em legislações de vários países da Europa, Lembra Fernando Torrão que a “inserção sistemática dos crimes sexuais no Novo Código Penal corresponde a uma reformulação que não é axiologicamente neutra, e que segue uma linha de orientação similar à de outros países da Europa. Na Alemanha, por exemplo, foi operada uma reforma penal entre 25 de junho de 1969 e 23 de novembro de 1973 que trouxe uma completa renovação na área dos crimes sexuais, e implicou, à semelhança do que passa agora em Portugal, uma alteração da rubrica do capítulo de tal sorte que a expressão ‘crimes e delitos contra a moral’ foi substituída por ‘Crimes contra a autodeterminação sexual’. A este propósito referenciou Laufhüte que com adoção dessa rubrica, o legislador deixou claramente afirmada a vontade de abandonar as representações ultrapassadas sobre os valores a tutelar penalmente em matéria sexual e, em conformidade, de deixar de considerar a manutenção da moral sexual como um bem jurídico. O legislador significou univocamente que em causa estão apenas bens individuais e não bens supra-individuais da comunidade ou do Estado. Em suma, o direito penal tem de manter distâncias em relação aos programas de ética social qualquer que seja a sua orientação. Como se pode constatar está aqui perante a perspectiva marcadamente pessoal de bem jurídico”. TORRÃO, Fernando. A Propósito do Bem Jurídico Protegido nos Crimes Sexuais (mudança de paradigma no Novo Código Penal). In: *Boletim da Faculdade de Direito*, volume LXXI, Coimbra, 1995. p. 560.

⁹²³ TORRÃO, Fernando. A Propósito do Bem Jurídico Protegido nos Crimes Sexuais (mudança de paradigma no Novo Código Penal). *Boletim da Faculdade de Direito*, volume LXXI, Coimbra, 1995, p. 558.

a sua configuração a “exploração numa situação de abandono ou necessidade”, o que justificaria, então, a existência do crime a fim de proteger a liberdade sexual do indivíduo em estado momentâneo de vulnerabilidade social.

Sobre este aspecto, vozes pontuais têm defendido que, com as significativas mudanças legislativas no Direito Penal Sexual português, desde a despenalização da prostituição, diversas alterações foram operadas tendo por base os elementos típicos que constituem o crime de Lenocínio, resultado da evolução/mutação da sociedade e da imperativa necessidade de acompanhamento das suas vicissitudes por parte do Direito Penal, levando o legislador a optar pela atribuição de tutela penal, conduzindo aparentemente a uma fragmentarização de um bem jurídico, per si, complexo.

Argumenta-se, sobretudo, que o tipo em questão se encontra inserido em uma seção do Código Penal que tutela bens jurídicos de interesse coletivo, e desde logo indisponíveis, de modo que a questão do consentimento das vítimas passaria a ser irrelevante em sede de subsunção objetiva. Com esse raciocínio, ao passo que se explicita a irrelevância do consentimento da vítima prostituída, consubstancia, também, um certo bem jurídico supra-pessoal, a exemplo da dignidade da pessoa humana.

Ora, de fato, se se parte para a arguição de que o Lenocínio, da forma como se encontra hodiernamente explícito no nº 1 do art. 169 do Código Penal português, protege um bem jurídico complexo, afasta-se a problemática doutrinária existente sobre qual bem jurídico o Lenocínio efetivamente protege. Sem embargo, atualmente, a análise que se faz é diferente. A doutrina majoritária, inclusive, inclina-se no sentido de que não existe bem jurídico tutelado pelo nº1 do artigo 169 do Código Penal português.

Segundo Rodrigues e Fidalgo, por exemplo, no momento em que foi afastada a exigência de que o favorecimento da prostituição se ligasse à situação de exploração ou de necessidade económica, o legislador eliminou a referência do comportamento ao da liberdade e autodeterminação sexual e se tornou infiel ao princípio do Direito Penal do bem jurídico. Complementam as autoras afirmando que deverá a incriminação consagrada no nº1 do artigo 169

ser considerada incompatível com o princípio da necessidade de pena, na medida em que abranja situações em que nenhum bem penalmente protegido⁹²⁴ é posto em perigo⁹²⁵.

A norma do artigo 169, nº 1, do Código Penal português, portanto, é uma norma sem bem jurídico protegido. Pune-se dada perspectiva imoral a respeito do exercício de uma profissão ou de uma intenção lucrativa sobre uma prática que também é considerada socialmente indigna, a prostituição. Com isto, acaba-se incriminando o bem jurídico-penal que o tipo visa proteger, a liberdade sexual da pessoa adulta e capaz que consente com a ação daquele que, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomenta, favorece ou facilita o exercício da prostituição.

As modificações ocorridas no Código Penal português com o passar dos anos e algumas modificações significativas no tipo penal, não foram revestidas da coragem necessária para afastar, de maneira definitiva, o crime de Lenocínio do ordenamento jurídico português. Em profundidade, inclusive, pode-se afirmar que se encontra no nº 1 do art. 169, ora vigente, forte influência exercida pela moral social à época de sua criação. Hoje, punir criminalmente a pessoa que com intenção lucrativa ou profissionalmente, fomenta, facilita ou favorece o exercício da prostituição, sem condicionar ou comprometer a livre vontade de quem exerce essa atividade, parece no mínimo ilógico e afastado do melhor entendimento do conteúdo da norma.

Para Figueiredo Dias, a função do Direito Penal só pode ser, “num Estado democrático, pluralista e laico, a tutela subsidiária de bens jurídicos dotados de dignidade penal, não a decisão

⁹²⁴ “Nesta perspectiva, pode pois dizer-se que o crime de Lenocínio do artigo 169º, nº 1 é um crime ‘sem vítima’. Nem mesmo a exigência que se fazia na versão do CP de 1995 quanto à verificação do elemento típico ‘exploração de situação de abandono ou necessidade económica’, justificava, do nosso ponto de vista, a incriminação. Com efeito, não se diga que a verificação destas situações coloca logo, sem mais, a pessoa – sem haver alguma ‘pressão’ sobre esta – numa situação de dependência que a priva de poder decidir-se livremente pela via da prostituição ou da prática de atos sexuais de relevo. Um tal entendimento das coisas servirá para mostrar como a incriminação é desprovida de sentido. (...) Não se esquece, entretanto, que em 1995, a opção criminalizadora dos referidos comportamentos que envolviam a exploração de situações de ‘abandono ou de necessidade económica’ pela via do fomento, favorecimento e facilitação do exercício da prostituição ou da prática de atos sexuais de relevo conduzia, afinal, a que esses comportamentos só fossem criminosos porque se ligavam a situações de miséria e exclusão social. Como bem salientou Figueiredo Dias (actas 1993 258), trata-se aqui, pois, de um problema social e de polícia, que não justifica a intervenção penal”. RODRIGUES, Anabela Miranda; FIDALGO, Sónia. In: *Comentários Conimbrincense do Código Penal: parte especial*. (dir J. de Figueiredo Dias). Vol. 1. 2ª Edição. Coimbra – Portugal: Coimbra Editora, 2012. p. 798-799..

⁹²⁵ RODRIGUES, Anabela Miranda; FIDALGO, Sónia. In: *Comentários Conimbrincense do Código Penal: parte especial*. (dir J. de Figueiredo Dias). Vol. 1. 2ª Edição. Coimbra – Portugal: Coimbra Editora, 2012. p. 797-8.

de controvérsia morais, o reforço de normas morais ou, em suma, a tutela de qualquer moral"⁹²⁶. Acrescenta o Professor de Coimbra que os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal “devem considerar-se concretizações dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais e à ordem social, política e econômica”⁹²⁷. E apenas por este meio os bens jurídicos dignos da proteção penal se transformam em bens-jurídico penais⁹²⁸.

Neste sentido, é cristalino constatar que, com a supressão de elemento do tipo, a partir da promulgação da Lei 65/98, operou-se inegável afronta ao bem jurídico que o tipo previsto no n° 1 do art. 169 do Código Penal português vigente objetivava proteger – a liberdade sexual. Desse modo, a vigência do Lenocínio previsto no n° 1 do art. 169 do Código Penal acaba criminalizando comportamentos alheios àqueles que ofendem o bem jurídico objetivado para o tipo, afrontando, inequivocamente, os artigos 18, n° 2 e 27, n° 1 e 2 da Constituição da República Portuguesa.

Figueiredo Dias, ao analisar o tipo de Lenocínio, afirma que simples violações morais não conformam como tais a lesão de um autêntico bem jurídico, pois a “evolução do Direito Penal Sexual constitui exemplo paradigmático dessa asserção: àquela luz ele tem por força de deixar de ser um direito tutelar da honestidade”⁹²⁹, ressalta, ainda, o equívoco em eliminar do tipo penal a exigência de que o favorecimento da prostituição estivesse ligado à exploração de situação de abandono ou de necessidade econômica, surgindo a incriminação à tutela de puras situações tidas “pelo legislador como imorais”. Deste modo, segundo o autor, a incriminação tornou-se materialmente inconstitucional⁹³⁰.

Ora, o Direito Penal é um direito de proteção aos bens jurídicos, que procura preservar as condições necessárias para a realização da personalidade humana na sociedade. Raposo, a respeito desta questão, argumenta que temos uma codificação centrada na liberdade sexual, de modo que “essa liberdade – a qual constitui uma das vertentes do bem jurídico geral ‘liberdade sexual’ – assume vital importância, na medida em que a sexualidade é um dos mais relevantes domínios da

⁹²⁶FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O Direito Penal do Bem jurídico como Princípio Jurídico Constitucional (à luz da jurisprudência constitucional portuguesa). In: *Revista de Legislação e Jurisprudência*. Coimbra, mai-jun, 2016. p. 34-35.

⁹²⁷FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O Direito Penal do Bem jurídico como Princípio Jurídico Constitucional (à luz da jurisprudência constitucional portuguesa). In: *Revista de Legislação e Jurisprudência*. Coimbra, mai-jun, 2016.. p. 34-35.

⁹²⁸FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O Direito Penal do Bem jurídico como Princípio Jurídico Constitucional (à luz da jurisprudência constitucional portuguesa). In: *Revista de Legislação e Jurisprudência*. Coimbra, mai-jun, 2016.. p. 34-35.

⁹²⁹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: parte geral*. Tomo I. 2.ed. Coimbra - Portugal: Coimbra Editora, 2012. p. 124

⁹³⁰ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: parte geral*. Tomo I. 2.ed. Coimbra - Portugal: Coimbra Editora, 2012. p. 124.

vida dos indivíduos e possibilita-lhes a realização plena como ser humano”⁹³¹. Reitera-se, portanto, que o Direito Penal não intervém nem pode intervir em questões relacionadas⁹³² com a moral⁹³³.

O crime de Lenocínio, hoje, fica na esteira da polaridade entre o moralismo e o paternalismo jurídicos, equacionando-se a incriminação do artigo 169º, nº1 do Código Penal português à luz destes dois conceitos. Discute-se, assim, os limites da legitimidade da intervenção penal em matéria sexual do crime de Lenocínio, que pune com pena de 6 meses a 5 anos de prisão quem profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa de prostituição. Interessa saber, nomeadamente, se do princípio moralista, do paternalista ou de ambos, se deve compreender a incriminação do Lenocínio à luz do princípio limitador da liberdade.

Albergaria e Lima dizem que a análise da racionalidade político-criminal e da legitimidade constitucional do tipo fundamental de Lenocínio reveste-se da maior importância no debate mais amplo sobre os modos de lidar com o poliédrico fenómeno da prostituição. A situação portuguesa, sobre a punição do Lenocínio, como já se apresentou no capítulo preambular é de natureza

⁹³¹ RAPOSO, Vera Lúcia. *Da moralidade à liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual*, Liber Discipulorum para Jorge Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, 2003. p. 933.

⁹³² “A questão da separação entre direito e moral coloca-se quer a propósito da justificação da existência de puros valores jurídicos quer a propósito da possibilidade de o Direito ter como objeto exclusivo valores morais. Ambas as perspectivas tem uma significação muito relevante para o Direito Constitucional Penal (...). O paralelismo entre as duas perspectivas quase inversas de relacionamento entre o direito e a moral justifica-se na medida em que ambos encaram utilitariamente o valor para um sistema do outro sistema normativo. Assim, para a moral, a obediência ao direito seria um bem instrumental. Utilizar-se-ia, no interior de um sistema normativo autónomo, uma espécie de norma de reenvio justificada por razões de cooperação entre sistemas normativos ou por uma certa utilidade social. Esta perspectiva do relacionamento entre o direito e a moral parece-me no entanto, dificilmente compatível com o Estado de Direito Democrático, que, na Constituição portuguesa, postula uma definição dos conteúdos do direito a partir da essencial dignidade da pessoa humana. Assim, os valores que justificam as graves restrições dos direitos fundamentais no Direito Penal não podem ser puramente instrumentais de uma coesão social autoritária sem respeito pelas condições de desenvolvimento de cada pessoa, incluindo a sua afirmação moral ou ideológica. (...) Aliás, os valores puramente morais que não se repercutem em direitos fundamentais ou em bens relevantes no plano intersubjetivo não são constitutivos de um Estado de direito democrático. Não se repercutem numa delimitação de esferas de liberdade ou nas condições essenciais e dignas de desenvolvimento pessoal”. PALMA, Maria Fernanda. *Direito Constitucional Penal*. Almedina, 2011, p. 75-77.

⁹³³ MALAFIA, Joaquim. A inconstitucionalidade do nº 1 do artigo 169 no código penal. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra, v. 19, p. 39-57, jan/mar. 2009. p. 48.

abolicionista: é punido o lenocida e não é punido aquele que se prostitui⁹³⁴. Neste raciocínio jurídico, a utilização dos valores obtidos com a negociação do corpo, comportamento que por sua vez não configura crime, interessa exclusivamente a pessoa que pode livremente dispor do seu sexo e dos ganhos obtidos. A problemática centra-se nos terceiros que, de algum modo, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentem, favoreçam ou facilitem a prostituição.

Pelo prisma da moralidade social e religiosa, somente quando ambos os envolvidos agem movidos por desejo sexual, amor ou carinho é o sexo moralmente aceitável. Observa-se, portanto, a partir de Albergaria e Lima, que a prostituição fica fora do âmbito da licitude moral, pois sexo a troco de dinheiro não exprime mutualidade de motivações e é uma amostragem da dominação/exploração masculina. Para os autores, tais construções de moralismo não devem ser acolhidas por um Direito Penal, proeminente vinculado à Constituição⁹³⁵. O centro da questão, portanto, é o valor da autonomia pessoal.

De fato, a princípio, a prática de prostituição, de contratar os serviços de quem se prostitui ou de auxiliar, de qualquer modo, representa um fator estritamente subjetivo, inerente aos próprios direitos de personalidade e da livre escolha, não sendo reconhecida legitimidade ao Estado para tutelar estas matérias, atendendo à subjetividade dos direitos em causa.

Sem embargo, contrariamente a este raciocínio, o legislador penal parece não se preocupar com a vontade livre da pessoa que se prostitui em consentir que terceiro, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentem, favoreçam ou facilite o seu exercício da prostituição. Não se está, com isso, falando em um comportamento no qual o consentimento contém uma cortina de violência, ameaça ou fraude, pois, nesses casos estaria plenamente justificada a incriminação. Mas, incriminar a conduta de quem recebe alguma vantagem financeira da pessoa prostituída em troca de um favorecimento para estímulo da prática, vai de encontro a uma série de princípios penais e constitucionais.

Neste sentido, Albergaria e Lima afirmam que o Direito Penal pode proteger, e sempre subsidiariamente, de modo a manter o equilíbrio entre o poder punitivo e a liberdade humana, os bens de que as pessoas necessitam para o seu livre desenvolvimento e bem assim os que, partilhados por todos, são indispensáveis à vida próspera em comum; já não os que importem a forma de vida

⁹³⁴ ALBERGARIA, Pedro Soares de; LIMA, Pedro Mendes. O crime de lenocínio entre o moralismo e o paternalismo jurídicos. In: *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*. Ano 22, nº 2. Editora Coimbra. abril-junho 2012. p. 203

⁹³⁵ ALBERGARIA, Pedro Soares de; LIMA, Pedro Mendes. O crime de lenocínio entre o moralismo e o paternalismo jurídicos. In: *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*. Ano 22, nº 2. Editora Coimbra. abril-junho 2012. p. 219

patrocinadas por determinada moral, as quais pelo Estado só podem ser asseguradas como possibilidade de escolha e exercício individuais⁹³⁶.

Misturar moral e Direito Penal não é aconselhável. Na verdade, honra e moral têm outros caminhos a percorrer, para além daquele seguido pelas ciências penais. Comumente se escuta que a missão do Direito Penal é proteção de bens jurídicos. Como a moral não é bem jurídico não deve existir qualquer ligação a um dispositivo penal. Mais do que moral e bons costumes, o direito comparado tende a ter como bens juridicamente protegidos a liberdade e a autodeterminação sexual. Dessa maneira, os conteúdos dos conceitos de ‘pudor’, ‘moral’, ‘decência’ e ‘honestidade’ não mais podem ser tidos para uma avaliação do Direito Penal Sexual⁹³⁷.

Deve a legislação penal restringir o âmbito de aplicação da norma penal sexual, portanto, apenas aos comportamentos revestidas de violência ou grave ameaça, violentando-se mesmo o princípio da dignidade humana. A liberdade sexual, um dos mais sutis e difíceis bens a se proteger pela técnica sempre tosca do Direito Penal, deve ser guarnecida por este direito, mas sempre em *ultima ratio*⁹³⁸. Está-se, com este raciocínio, passando por uma profunda evolução, ou mesmo uma revolução no campo da sexualidade e dos crimes sexuais. A realidade mostra a necessidade de assegurar a liberdade de todos para que cada um se realize plenamente como pessoa com liberdade na decisão de suas escolhas sexuais⁹³⁹, incluindo a de consentir que terceiro, profissional ou lucrativamente, fomenta, favoreça ou facilite a prostituição que se deseje levar a cabo.

6.1.1 A (in)constitucionalidade do nº I do art. 169 do Código Penal português à luz do Tribunal Constitucional

⁹³⁶ ALBERGARIA, Pedro Soares de; LIMA, Pedro Mendes. O crime de lenocínio entre o moralismo e o paternalismo jurídicos. In: *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*. Ano 22, nº 2. Editora Coimbra. abril-junho 2012. p. 213

⁹³⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Por um novo direito penal sexual: a moral e a questão da honestidade. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, nº 33, p.133-158, jan./mar. 2001. p. 158.

⁹³⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Por um novo direito penal sexual: a moral e a questão da honestidade. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, nº 33, p.133-158, jan./mar. 2001. p. 157

⁹³⁹ MALAFIA, Joaquim. A inconstitucionalidade do nº 1 do artigo 169 no código penal. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra, v. 19, p. 39-57, jan/mar. 2009.

É preciso consignar aqui, inicialmente, que o Tribunal Constitucional é, na República Portuguesa, o tribunal ao qual compete administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional. Trata-se de um órgão jurisdicional do Estado constitucional, institucional e funcionalmente autônomo, conforme disposições previstas nos artigos 209, n.º 1⁹⁴⁰ e 221⁹⁴¹ da Lei maior portuguesa.

Conforme explicação feita por Antunes, muito embora existam vozes que acentuam a competência extrajurisdicional deste tribunal, principalmente pela dimensão política das decisões proferidas e escolha política dos juizes que o integram, deve-se ressaltar, segundo a autora, baseada no pensamento de Canotilho, que os problemas constitucionais, num Estado Democrático de Direito, são irreduzíveis a questões jurídicas puras ou a questões políticas juridicamente disfarçadas⁹⁴². Sem olvidar-se, portanto, de que as dimensões jurídica e política são necessárias às questões constitucionais, Antunes robustece, assim, a centralidade da função do Tribunal Constitucional: sua jurisdicionalidade e a sua vinculação a uma medida constitucional material de controle⁹⁴³.

Este raciocínio implica a compreensão de que o princípio da autolimitação judicial deverá antes, “significar que ao tribunal cabe apreciar a violação dos parâmetros jurídico-constitucionais que conformem o comportamento político, desde que contenha a sua atividade nos limites da

⁹⁴⁰ “Artigo 209.º Categorias de tribunais 1. Além do Tribunal Constitucional, existem as seguintes categorias de tribunais: a) O Supremo Tribunal de Justiça e os tribunais judiciais de primeira e de segunda instância; b) O Supremo Tribunal Administrativo e os demais tribunais administrativos e fiscais; c) O Tribunal de Contas”. PORTUGAL, Diário da República Eletrónico. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <<https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34520775/view>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

⁹⁴¹ “Artigo 221.º Definição. O Tribunal Constitucional é o tribunal ao qual compete especificamente administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional”. PORTUGAL, Diário da República Eletrónico. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <<https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34520775/view>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

⁹⁴² ANTUNES, Maria João. A problemática penal e o Tribunal Constitucional. In: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Vol. 1. Responsabilidade: entre Passado e Futuro. Orgs. Fernando Alves Correia, Jónatas E. M. Machado, João Carlos Loureiro. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 97.

⁹⁴³ ANTUNES, Maria João. A problemática penal e o Tribunal Constitucional. In: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Vol. 1. Responsabilidade: entre Passado e Futuro. Orgs. Fernando Alves Correia, Jónatas E. M. Machado, João Carlos Loureiro. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 97.

função jurisdicional”⁹⁴⁴. Desse modo, a fiscalização da constitucionalidade, a cargo do Tribunal Constitucional, deve se dar nos limites das disposições do art. 3º, nº 3⁹⁴⁵ da Constituição Portuguesa.

No que concerne ao controle de constitucionalidade das normas de natureza penal, Antunes explica, ainda, que o Tribunal Constitucional, na tarefa de intérprete da Constituição, chegou a definição do “princípio não escrito do direito penal do bem jurídico”⁹⁴⁶, que segundo a autora, perpassa pelo princípio da proporcionalidade, expressamente afluído no artigo 18º, nº 2⁹⁴⁷, da Lei maior portuguesa, de acordo com o qual, “as restrições legais aos direitos, liberdades e garantias, nos casos expressamente previstos na Constituição, têm de limitar-se ao necessário para a salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”⁹⁴⁸.

Reconhecida a relevância deste “princípio não escrito”, a precitada autora destaca ser entendimento reiterado do Tribunal Constitucional que o recurso a meios penais está constitucionalmente sujeito a limites bastante estreitos, havendo jurisprudência constante no sentido de afirmar que a autolimitação da competência de controle face ao legislador começa

⁹⁴⁴ ANTUNES, Maria João. A problemática penal e o Tribunal Constitucional. In: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Vol. 1. Responsabilidade: entre Passado e Futuro. Orgs. Fernando Alves Correia, Jónatas E. M. Machado, João Carlos Loureiro. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 98.

⁹⁴⁵ “Artigo 3.º Soberania e legalidade. 3. A validade das leis e dos demais atos do Estado, das regiões autónomas, do poder local e de quaisquer outras entidades públicas depende da sua conformidade com a Constituição”. PORTUGAL, Diário da República Eletrónico. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <<https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34520775/view>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

⁹⁴⁶ Antunes cita, também, o “princípio jurídico-constitucional das culpas”, o “princípio jurídico-constitucional da proporcionalidade das sanções penais” e o “princípio da socialização dos condenados”, estes que, apesar de não escritos, integram o bloco de constitucionalidade na medida em que são reconduzíveis ao programa normativo constitucional, “surgindo como formas de densificação ou revelação específicas de princípios ou regras constitucionais positivamente explanados”. ANTUNES, Maria João. A problemática penal e o Tribunal Constitucional. In: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Vol. 1. Responsabilidade: entre Passado e Futuro. Orgs. Fernando Alves Correia, Jónatas E. M. Machado, João Carlos Loureiro. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. pp. 100-101.

⁹⁴⁷ “Artigo 18º Força jurídica. 2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”. PORTUGAL, Diário da República Eletrónico. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <<https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34520775/view>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

⁹⁴⁸ ANTUNES, Maria João. A problemática penal e o Tribunal Constitucional. In: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Vol. 1. Responsabilidade: entre Passado e Futuro. Orgs. Fernando Alves Correia, Jónatas E. M. Machado, João Carlos Loureiro. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. P. 101.

quando intervenha o critério da necessidade de tutela penal⁹⁴⁹. Assim, assevera Antunes que não existindo injunções constitucionais expressas de criminalização de um valor jurídico constitucionalmente reconhecido como integrante de um direito ou de um dever fundamentais, não é legítimo deduzir a exigência de criminalização dos comportamentos que o violem⁹⁵⁰.

Este imperativo, ressaltado por Antunes, será observado ao longo do levantamento dos julgados do Tribunal Constitucional a respeito da constitucionalidade do crime de Lenocínio previsto no hodierno nº 1 do art. 169 do Código Penal português. Neste âmbito, frise-se, inicialmente, que a corte maior portuguesa considera que o precitado delito é constitucional, fato exsurgido a partir da consolidação da jurisprudência no sentido de que o crime previsto no art. 170º, nº 1 do Código Penal Luso, vigente após a modificação introduzida com a lei nº 65, de 2 de setembro de 1998, que retirou do tipo a expressão “explorando situações de abandono ou de necessidade econômica”, deveria continuar a integrar, com plena vigência, ao ordenamento jurídico lusitano.

O Acórdão que serviu de paradigma para tanto, o de nº 144/2004, como se poderá observar, passou a ser utilizado como referência para o julgamento de casos que questionaram a constitucionalidade do Lenocínio a partir de então, mesmo após a modificação advinda com a Lei nº 59/2007, de 04 de setembro, que, fundamentalmente, manteve a mesma estrutura do nº 1 do tipo, alterando apenas a sua numeração no Código Penal Português, em relação a variados princípios presentes na Constituição da República Portuguesa.

Neste sentido, especificamente, o caso que consolidou o entendimento de que o tipo previsto no art. 170º, nº1 do Código Penal Português não era inconstitucional adveio do Processo nº 566/2003, no qual a parte condenada pelo Tribunal Judicial de Viana do Castelo, que a deu como incurso na prática do crime retro referido e aplicou-lhe a reprimenda de um ano de prisão, suspensão de dezoito meses e a entrega à instituição “B” da quantia de € 1.500 (mil e quinhentos euros), interpôs recurso para o Tribunal da Relação de Guimarães, invocando a inconstitucionalidade do tipo em apreço, sob o argumento de que este limitava e condicionava a consciência pessoal e a

⁹⁴⁹ ANTUNES, Maria João. A problemática penal e o Tribunal Constitucional. In: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Vol. 1. Responsabilidade: entre Passado e Futuro. Orgs. Fernando Alves Correia, Jónatas E. M. Machado, João Carlos Loureiro. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. P. 102.

⁹⁵⁰ ANTUNES, Maria João. A problemática penal e o Tribunal Constitucional. In: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Vol. 1. Responsabilidade: entre Passado e Futuro. Orgs. Fernando Alves Correia, Jónatas E. M. Machado, João Carlos Loureiro. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. P. 102.

liberdade de escolher livremente a profissão ou o género de trabalho, violando, assim, os artigos 41.º, n.º 1⁹⁵¹ e 47, n.º 1⁹⁵², conjugados com o n.º 2 do art. 18.º da Constituição da República Portuguesa.

O Ministério Público em atuação junto ao Tribunal Judicial de Viana do Castelo, entretanto, em resposta ao recurso, sustentou a constitucionalidade da norma penal, concluindo que o crime de Lenocínio não punia a prática da prostituição, mas toda aquela conduta que fomentasse, favorecesse ou facilitasse tal prática, com intenção lucrativa ou profissionalmente, por tal razão, não haveria violação das normas constitucionais em questão.

O Tribunal da Relação de Guimarães, sobre a problemática da constitucionalidade do art. 170.º, n.º 1, do Código Penal Português, concluiu⁹⁵³ que haveria opções constitucionais de valor,

⁹⁵¹ “Artigo 41.º Liberdade de consciência, de religião e de culto. 1. A liberdade de consciência, de religião e de culto é inviolável”. PORTUGAL, Diário da República Eletrónico. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <<https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34520775/view>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

⁹⁵² “Artigo 47.º Liberdade de escolha de profissão e acesso à função pública. 1. Todos têm o direito de escolher livremente a profissão ou o género de trabalho, salvas as restrições legais impostas pelo interesse colectivo ou inerentes à sua própria capacidade. 2. Todos os cidadãos têm o direito de acesso à função pública, em condições de igualdade e liberdade, em regra por via de concurso”. PORTUGAL, Diário da República Eletrónico. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <<https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34520775/view>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

⁹⁵³ “Seja qual for o bem jurídico tutelado na norma em apreço, a conclusão que a recorrente formula está sempre errada. Pela simples razão de que, em qualquer circunstância, é censurável ética e juridicamente censurável o aproveitamento intencionalmente lucrativo de uma determinada condição de outra pessoa e em especial da prostituição. Não se trata de um mero exercício comercial, com sinalagmatismo de prestações: trata-se, isso sim, de uma atividade que viola valores da comunidade e concepções ético sociais dominantes e que assim se manterá, seja qual for a solução que se vier a tomar sobre o problema social em causa, enquanto tal atividade *fomentar, favorecer ou facilitar* a degradação pessoal de um indivíduo. Para a recorrente, ao menos em matéria sexual, não existe uma teoria constitucional dos direitos fundamentais: a sua regra é a do “vale tudo”! Ora, ao contrário do que pensa, os direitos fundamentais não têm autonomia individual, em que é o indivíduo que decide ou não do seu uso, sem qualquer controle do seu valor ou desvalor pelo Direito (Teorias Liberais), mas antes são opções constitucionais de valor (Teorias dos Valores), traduzidas em princípios objectivos que elegem sentimentos comunitariamente estabelecidos e onde a liberdade individual apenas se realiza pela conformação com tais sentimentos, controlada pelo Direito. Como diz o Sr. Procurador da República Adjunto, “*o preceito não pune a prostituição!. Esta é ainda uma profissão livre! O que se pune é o fomentar, o favorecer ou o facilitar o exercício da prostituição, profissionalmente ou com intenção lucrativa*”. Ou como realça o Sr. Procurador Geral Adjunto, para quem não é para condutas como a da arguida que a Constituição dá liberdade de escolha de profissão: “*...o que está em causa não é a liberdade de escolha da profissão, a não ser que seja profissão viver à custa de outras pessoas, nomeadamente explorando a sua prostituição*”. Aliás, a seguir-se a concepção de liberdade de escolha que a recorrente propõe, a Máfia, em geral, ou, em especial, as actuais “Máfias de Leste”, que vivem da exploração de parte dos salários de O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

traduzidas em princípio objetivos, que elegeriam sentimentos comunitariamente estabelecidos, nos quais a liberdade individual apenas se realizaria pela conformação com tais sentimentos, de modo que a incriminação do Lenocínio não afrontaria a Constituição Portuguesa.

A parte sentenciada recorreu para o Tribunal Constitucional Português sustentando, em apertada síntese, que a incriminação prevista no art. 170, nº1, do Código Penal Português pretendia defender sentimentalismos transpessoais, não tendo, como deveria ter, bens de natureza pessoal. Arguiu que o direito criminal não deveria ter por fim a defesa de valores de ordem moral, mas sim, e no caso de tratar-se de um “crime contra as pessoas”, a defesa de interesses eminentemente pessoais, como a liberdade e a autodeterminação sexual. Ademais, afirmou que a redação da norma criminal em questão teria um forte pendor moral, principalmente quando da retirada, do tipo, dos elementos que se referiam a exploração de situações de abandono ou de necessidade econômica, implicando no atentado a direitos constitucionalmente garantidos, especificamente aqueles dispostos nos artigos 41º, nº 1, 47º, nº 1 e 18, nº2.

De acordo com o Ministério Público atuante no Tribunal Constitucional, entretanto, em suas contra-alegações, a norma apreciada não seria inconstitucional. Argumentou-se, na oportunidade, que o crime de Lenocínio do artigo 170º, nº 1, do Código Penal, visaria à proteção de um bem jurídico complexo, que abarcaria o interesse geral da sociedade relativo à postura sexual e ao ganho honesto, como também a personalidade de quem seja visado pela conduta do agente.

O seu sancionamento penal não representaria, assim, qualquer violação do princípio constitucional gozando nesta matéria o legislador ordinário de uma ampla discricionariedade. Portanto, para o *Parquet*, na incriminação do Lenocínio, não seria posto em causa o carácter subsidiário do Direito Penal, nem se configuraria como excessiva a restrição imposta a qualquer direito ou expressão de liberdade, com proteção constitucional, do agente da infracção penal.

imigrantes, devem ser consideradas como altruístas “Centros de Emprego”! A elaboração da recorrente é mais que bizarra, como lhe chama o Sr. PGA, é reveladora do enorme desvalor (a “*consciência pessoal*” que a arguida invoca) que ela tem pelas pessoas que lhe proporcionavam o ganho desonesto e que, afinal, nem terá sido devidamente ponderado para a medida da pena e para a ponderação do benefício da suspensão da sua execução. É que, e com isto se aborda a segunda questão levantada no recurso, a condição imposta emerge exactamente de um benefício que o Mmo Juiz resolveu dar à arguida e cuja fundamentação não carece de ser expressa. Assim sendo, e considerando também a natureza do crime em apreço e os proventos presumidos, é natural que se lhe impusesse um relativo ónus. Afinal, considerando, pelo menos, duas profissionais, a uma média de cinco relações sexuais por dia, em escassos seis dias a arguida “ganhava” os € 1.500,00!”. PORTUGAL, Tribunal Constitucional. *Acórdão N° 144/2004*. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040144.html?impressao=1>>. Acesso em: 10 jan. 2019. p.2.

O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

A 2ª Seção do Tribunal Constitucional, então, por unanimidade⁹⁵⁴, aos 10 de março de 2004, no Acórdão nº 144/2004⁹⁵⁵, acolheu o voto da Relatora, a Conselheira Maria Fernanda Palma, que decidiu não julgar inconstitucional, por violação dos artigos 41º, nº 1, 47º, nº 1 e 18º, nº 2, da Constituição Portuguesa, a norma constante do artigo 170º, nº 1, do Código Penal do referido país, negando, conseqüentemente, provimento ao recurso.

A fundamentação do Acórdão lastreou-se, inicialmente, na premissa de que o direito e a moral fariam parte de uma unidade mais vasta e que o primeiro, segundo Kant, teria legitimidade para impor, coletivamente, valores morais. No caso específico de se considerar a constitucionalidade do art. 170, nº1 do Código Penal em relação a Constituição Portuguesa, firmou-se o entendimento de que se deveria proceder a avaliação sobre se a norma penal estaria a proteger valores que nada tivessem a ver com direitos e bens consagrados constitucionalmente.

Interessante destacar este raciocínio explícito no Acórdão. A tessitura da premissa que viabiliza o raciocínio final assumido pela 2ª Seção⁹⁵⁶ assume que é legítimo ao direito impor, coletivamente, valores morais, entretanto estes valores devem ser extraídos do texto constitucional a fim de avaliar a constitucionalidade da norma prevista no art. 170, nº1 do Código Penal português, explicitando-se, apenas neste ponto, relação com a perspectiva constitucionalista do bem jurídico.

A conclusão posterior à premissa, entretanto, é equivocada. Isto porque ao considerar que “subjacente à norma do art. 170, nº1, está inevitavelmente uma perspectiva fundada na História, na Cultura e nas análises sobre Sociedade, segundo a qual as situações de prostituição relativas às quais existe um aproveitamento económico por terceiros são situações cujo significado é o da

⁹⁵⁴ Participaram da decisão, os Conselheiros Maria Fernanda Palma, Mário José de Araújo Torres, Paulo Mota Pinto, Benjamim Rodrigues e Rui Manuel Moura Ramos.

⁹⁵⁵ Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040144.html?impressao=1>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

⁹⁵⁶ “Ora, a resposta a esta última questão é negativa, na medida em que subjacente à norma do artigo 170º, nº 1, está inevitavelmente uma perspectiva fundamentada na História, na Cultura e nas análises sobre a Sociedade segundo a qual as situações de prostituição relativamente às quais existe um aproveitamento económico por terceiros são situações cujo significado é o da exploração da pessoa prostituída [...] Tal perspectiva não resulta de preconceitos morais mas do reconhecimento de que uma Ordem Jurídica orientada por valores de Justiça e assente na dignidade da pessoa humana não deve ser mobilizada para garantir, enquanto expressão de liberdade de acção, situações e actividades cujo “princípio” seja o de que uma pessoa, numa qualquer dimensão (seja a intelectual, seja a física, seja a sexual), possa ser utilizada como puro instrumento ou meio ao serviço de outrem. A isto nos impele, desde logo, o artigo 1º da Constituição, ao fundamentar o Estado Português na igual dignidade da pessoa humana”. PORTUGAL, Tribunal Constitucional. *Acórdão* Nº 144/2004. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040144.html?impressao=1>>. Acesso em: 10 jan. 2019. p.5-6.

exploração da pessoa prostituída”⁹⁵⁷, o que afetaria, assim, o art. 1º da Constituição (a dignidade humana), a 2ª turma, esvaziou seu argumento primevo, no sentido de proceder a leitura do texto constitucional não no seu sentido unitário, mas a partir de uma alegada concepção cultural e histórica da prostituição e das situações criminalizadas que a envolvem⁹⁵⁸.

De igual forma, há de se considerar que após a modificação introduzida com a lei nº 65, de 2 de setembro de 1998, que retirou do tipo a expressão “explorando situações de abandono ou de necessidade econômica” – o que inevitavelmente reforçaria a percepção contida no Acórdão 144/2004, situações contemporâneas diversas envolvendo a prostituição enquadram-se no tipo hoje constante no art. 169, nº1, mas continuam sendo incriminados porque concebe-se “cultural e historicamente” que o aproveitamento econômico por terceiros implica a exploração da pessoa prostituída, como se a prostituição, em toda a sua complexidade fosse sempre e inequivocamente associada a situações de exploração de presumível vulnerabilidade social⁹⁵⁹.

⁹⁵⁷ PORTUGAL, Tribunal Constitucional. *Acórdão N° 144/2004*. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040144.html?impressao=1>>. Acesso em: 10 jan. 2019. p.6.

⁹⁵⁸ “Não se concebe, assim, uma mera protecção de sentimentalismos ou de uma ordem moral convencional particular ou mesmo dominante, que não esteja relacionada, intrinsecamente, com os valores da liberdade e da integridade moral das pessoas que se prostituem, valores esses protegidos pelo Direito enquanto aspectos de uma convivência social orientada por deveres de protecção para com pessoas em estado de carência social. A intervenção do Direito Penal neste domínio tem, portanto, um significado diferente de uma mera tutela jurídica de uma perspectiva moral, sem correspondência necessária com valores essenciais do Direito e com as suas finalidades específicas num Estado de Direito. O significado que é assumido pelo legislador penal é, antes, o da protecção da liberdade e de uma “autonomia para a dignidade” das pessoas que se prostituem”. PORTUGAL, Tribunal Constitucional. *Acórdão N° 144/2004*. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040144.html?impressao=1>>. Acesso em: 10 jan. 2019. p.6.

⁹⁵⁹ “O significado que é assumido pelo legislador penal é, antes, o da protecção da liberdade é de uma “autonomia para a dignidade” das pessoas que se prostituem. Não está, conseqüentemente, em causa, qualquer aspecto de liberdade de consciência que seja tutelado pelo artigo 41, nº1 da Constituição, pois a liberdade de consciência não integra uma dimensão de liberdade de se aproveitar das carências alheias ou de lucrar com a utilização da sexualidade alheia. Por outro lado, nesta perspectiva, é irrelevante que a prostituição não seja proibida. Na realidade, ainda que se entenda que a prostituição possa ser, num certo sentido, uma expressão da livre disponibilidade da sexualidade individual, o certo é que o aproveitamento econômico por terceiros não deixa de poder imprimir já uma interferência que comporta riscos intoleráveis, dados os contextos sociais da prostituição, na autonomia de liberdade do agente que se prostitui (colocando-o em perigo), na medida em que corresponda à utilização de uma dimensão especificamente íntima do outro, não para fins dele próprio, mas para fins de terceiros”. PORTUGAL, Tribunal Constitucional. *Acórdão N°* O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

Raciocínio semelhante se extrai da perspectiva assumida pela 2ª Sessão em relação ao agente que “profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa de prostituição”. Ao considerar o mandato proibitivo contido no tipo considerado constitucional, os Conselheiros acabaram por expressar que a prostituição seria uma atividade indigna do ser humano, eis que “a liberdade de exercício de profissão ou de atividade económica tem, obviamente, como limites e enquadramento, valores e direitos diretamente associados à proteção da dignidade de outro ser humano”⁹⁶⁰.

Outrossim, a 2ª Seção reconheceu e concluiu, ao final, que a supressão do trecho “explorando situações de abandono ou de necessidade económica” do tipo não significava que a “prevenção desta não seja a motivação fundamental da incriminação a partir do qual o aproveitamento económico da prostituição de quem fomenta, favoreça ou facilite a mesma exprima, tipicamente, um modo social de exploração de uma situação de carência e desproteção social”⁹⁶¹. Houve neste entendimento, portanto, expressa contrariedade com o postulado da taxatividade do Direito Penal.

A constitucionalidade do art. 170º, nº1, do Código Penal Português então, encontraria lugar na compreensão de que a referida lei penal expressaria, em suma, a proteção, por meios penais, contra a necessidade de utilizar a sexualidade como modo de subsistência, proteção que seria fundada no princípio da dignidade da pessoa humana. De acordo com o teor do Acórdão, esta solução ancora-se em uma perspectiva amparada pelo princípio da ofensividade, à luz de um entendimento compatível com o Estado Democrático de Direito, nos termos do qual se verificaria uma opção de política criminal baseada numa certa percepção do dano ou do perigo de certo dano associada à violação de deveres para com outrem⁹⁶².

144/2004. Disponível em:<<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040144.html?impressao=1>>. Acesso em: 10 jan. 2019. p.6.

⁹⁶⁰ “Por outro lado, que uma certa ‘actividade profissional’ que tenha por objeto a específica negação deste tipo de valores seja proibida (neste caso, incriminada) não ofende, de modo algum, a Constituição. A liberdade de exercício de profissão ou de atividade económica tem, obviamente, como limites e enquadramento, valores e direitos diretamente associados à proteção da autonomia e da dignidade de outro ser humano (artigos 471, nº1 e 61, nº1 da Constituição)”. PORTUGAL, Tribunal Constitucional. *Acórdão N° 144/2004*. Disponível em:<<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040144.html?impressao=1>>. Acesso em: 10 jan. 2019. p. 7.

⁹⁶¹ PORTUGAL, Tribunal Constitucional. *Acórdão N° 144/2004*. Disponível em:<<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040144.html?impressao=1>>. Acesso em: 10 jan. 2019. p.7.

⁹⁶² “As considerações antecedentes não implicam, obviamente, que haja um dever constitucional de incriminar as condutas previstas no artigo 170º, nº 1, do Código Penal. Corresponde, porém, a citada O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

Entretanto, considerar que há um dever constitucional de incriminar as condutas descritas no art. 170, nº1 do Código Penal e que tal incriminação corresponderia a uma opção de política criminal, como acabou decidindo a 2ª Seção no Acórdão nº 144/2004, significa, tacitamente, prescindir da teoria do bem jurídico para permitir que valores alheios àqueles descritos constitucionalmente, permeadores do universo moral, infiltrem-se através da hermenêutica e, assim, mantenha-se vigente tipos penais como o Lenocínio.

Como se pode observar, o cerne da compreensão assumida pelo Tribunal Constitucional Português no Acórdão nº 144/2004 buscou afastar a percepção de que a criminalização do Lenocínio contida no art. 170, nº1 (hodierno 169, nº1 do Código Penal português) não tutelaria bens jurídicos consagrados constitucionalmente, mas apenas questões afeitas à moral sexual. Supedaneou esta perspectiva considerando, centralmente, que a norma em questão tutela, na verdade, a dignidade das pessoas prostituídas, a partir da consideração de que haveria a violação da dignidade daquele que se prostitui quando um agente “profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentasse, favorecesse ou facilitasse o exercício da prostituição”.

Assim, com base nas premissas e nos fundamentos retrorreferidos, a 2ª Seção do Tribunal Constitucional Português não considerou que tivessem sido violados os artigos 41º, nº 1, 47º, nº 1 e 18º, nº 2 da Constituição Portuguesa. Aliás, consigne-se mais uma vez, que os fundamentos expressos neste Acórdão se constituíram como um paradigma para a 1ª, 2ª e 3ª Seção do Tribunal Constitucional Português, que dele passou a fazer menção ou remissão em julgados seguintes que tiveram por objeto a presumida inconstitucionalidade do art. 170º, nº1, do Código Penal Português em detrimento de outros artigos e princípios constitucionais.

incriminação a uma opção de política criminal (note-se que tal opção, quanto às suas fronteiras, é passível de discussão no plano de opções de política criminal – veja-se ANABELA RODRIGUES, *Comentário Conimbricense*, I, 1999, p. 518 e ss.), justificada, sobretudo, pela normal associação entre as condutas que são designadas como lenocínio e a exploração da necessidade económica e social, das pessoas que se dedicam à prostituição, fazendo desta um modo de subsistência. O facto de a disposição legal não exigir, expressamente, como elemento do tipo uma concreta relação de exploração não significa que a prevenção desta não seja a motivação fundamental da incriminação a partir do qual o aproveitamento económico da prostituição de quem fomenta, favoreça ou facilite a mesma exprima, tipicamente, um modo social de exploração de uma situação de carência e desprotecção social. Tal opção tem o sentido de evitar já o risco de tais situações de exploração, risco considerado elevado e não aceitável, e é justificada pela prevenção dessas situações, concluindo-se pelos estudos empíricos que tal risco é elevado e existe, efectivamente, no nosso país, na medida em que as situações de prostituição estão associadas a carências sociais elevadas. [...]”. PORTUGAL, Tribunal Constitucional. *Acórdão N° 144/2004*. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040144.html?impressao=1>>. Acesso em: 10 jan. 2019. p.7.

O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

Neste âmbito, por exemplo, esteve abarcada uma segunda discussão. Esta, que envolveu o Processo n.º 130/04, levou ao Tribunal Constitucional a discussão sobre a presumível inconstitucionalidade do artigo 170.º, n.º 1 do Código Penal Português por provável ofensa ao princípio da fragmentariedade ou subsidiariedade do Direito Penal, consagrado no n.º 2 do artigo 18.º da Constituição da República, dos direitos à livre expressão da sexualidade, à vida privada, à identidade pessoal e à liberdade, consagrados nos artigos 26.º, n.º 1⁹⁶³ e 27.º, n.º 1⁹⁶⁴ da Constituição, e ainda, o direito ao trabalho, defendido pelos artigos 47.º e 58.º⁹⁶⁵ da precitada Lei maior.

O Acórdão questionado pela parte, proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça aos 15 de janeiro de 2004, indeferira a pretensão de inconstitucionalidade em questão, arguida pelo recorrente, invocando-se o mesmo argumento que acabou sendo explícito no Acórdão 144/2004, ou seja, o de que, na previsão normativa do n.º 1 do artigo 170.º do Código Penal, o que estaria em causa, mais do que tudo, seria a exploração de uma pessoa por outra, ou seja, uma espécie de usura ou enriquecimento ilegítimo fundado no comércio do corpo de outrem por parte do agente⁹⁶⁶.

⁹⁶³“Artigo 26.º Outros direitos pessoais. 1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação”. PORTUGAL, Diário da República Eletrónico. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em:<<https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34520775/view>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

⁹⁶⁴“Artigo 27.º Direito à liberdade e à segurança. 1. Todos têm direito à liberdade e à segurança”. PORTUGAL, Diário da República Eletrónico. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em:<<https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34520775/view>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

⁹⁶⁵“Artigo 58.º Direito ao trabalho 1. Todos têm direito ao trabalho. 2. Para assegurar o direito ao trabalho, incumbe ao Estado promover: a) A execução de políticas de pleno emprego; b) A igualdade de oportunidades na escolha da profissão ou género de trabalho e condições para que não seja vedado ou limitado, em função do sexo, o acesso a quaisquer cargos, trabalho ou categorias profissionais; c) A formação cultural e técnica e a valorização profissional dos trabalhadores”. PORTUGAL, Diário da República Eletrónico. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em:<<https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34520775/view>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

⁹⁶⁶ “Pela nossa parte entendemos que na previsão normativa do n.º 1 do artigo 170.º do Código Penal o que está em causa, mais do que tudo, é a *exploração de uma pessoa por outra, uma espécie de usura ou enriquecimento ilegítimo fundado no comércio do corpo de outrem por parte do agente*. Inculca tal entendimento o facto do apontado tipo legal de crime prescrever que o agente actue “profissionalmente ou com intenção lucrativa”. Assim entendido, a prática do lenocínio, previsto e punido no n.º 1 do artigo 170.º do Código Penal, configura *uma clara violação da dignidade humana, da integridade moral e física da pessoa humana e, por isso, obstáculo à livre realização da respectiva personalidade, valores constitucionalmente protegidos* – cfr. Artigos 25.º e 26.º da Constituição da República Portuguesa. Fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa da prostituição ou a prática de actos sexuais de relevo, O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

Os argumentos jurídicos defendidos pelo recorrente, contra o Acórdão em questão, passaram pela compreensão de que uma norma incriminatória, na base da qual não seja suscetível de se divisar um bem jurídico claramente definido, é nula⁹⁶⁷.

Embora supedaneado na presumível ofensa a outros artigos constitucionais e princípios em relação àqueles analisados no Acórdão 144/2004, o recurso da parte sentenciada foi improvido pela 2ª Seção do Tribunal Constitucional, sob o argumento de que se o Tribunal Constitucional entendesse que existia desconformidade da norma em causa com outros parâmetros constitucionais, para além dos então analisados – como, por exemplo, os artigos 26º, n.º 1, e 27º, n.º 1, conjugados com o artigo 18º, n.º 2, da Constituição –, lhe teria sido possível pronunciar-se pela

fazendo disso profissão ou com intenção lucrativa, não é um acto de intimidade da pessoa, de vida privada, de liberdade individual já que o mesmo é projectado exatamente para fora dela e da sua esfera privada e, no fundo, acaba por significar uma exploração indigna da pessoa humana – neste sentido, embora no âmbito na versão primitiva do Código Penal de 1982, veja-se o acórdão deste Supremo Tribunal de 29 de Janeiro de 1992, prolatado no Processo n.º 42058, *in* BMJ, 413, 263. *O direito ao trabalho constitucionalmente salvaguardado seguramente que pressupõe a dignidade humana no seu exercício*. Nestes termos, *a criminalização do crime de lenocínio configura-se como constitucional, o que significa que improcede a pretensão do recorrente no domínio ora em apreço*”. PORTUGAL, Tribunal Constitucional. *Acórdão N.º 196/2004*. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040196.html?impressao=1>>. Acesso em: 10 jan. 2019. p.3.

⁹⁶⁷ “Em bom rigor, o *fomento, favorecimento* ou *facilitação* da prostituição não são mais do que participação numa conduta alheia que, repete-se, além de lícita é desenvolvida com liberdade, o que levanta a questão de saber se alguém pode ser incriminado por auxiliar outrem a exercer um direito próprio. Ao incriminar o *fomento, favorecimento* ou *facilitação* da prostituição de pessoa livre e autodeterminada, o n.º 1 do art. 170º ofende o princípio da fragmentariedade ou subsidiariedade do direito penal e ainda os direitos à livre expressão da sexualidade, à vida privada, à identidade pessoal e à liberdade, consagrados nos arts. 26º, n.º 1, e 27º, n.º 1, CRP, e o *direito ao trabalho*, consagrado nos arts. 47º e 58º CRP, direitos estes que nada impede sejam exercidos com o auxílio e participação, mesmo interessada e lucrativa, de terceiros. No que respeita, em particular, ao *direito ao trabalho*, o Recorrente sustenta que (sendo exercida por pessoas livres e autodeterminadas, como fica sempre pressuposto) a *prostituição* é, até por definição, uma actividade laboral, não sendo lícito, numa sociedade laica, plural e democrática reprimi-la ou impedi-la, muito menos com os instrumentos associados à ilicitude criminal, sob pena de confundir o Código Penal com o Catecismo”. PORTUGAL, Tribunal Constitucional. *Acórdão N.º 196/2004*. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040196.html?impressao=1>>. Acesso em: 10 jan. 2019. p. 5.

O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

inconstitucionalidade, nos termos do artigo 79°C, da Lei de Organização, Funcionamento e Processo no Tribunal Constitucional⁹⁶⁸.

Desse modo, no Acórdão 196/2004⁹⁶⁹, a 2ª Seção, por unanimidade⁹⁷⁰, seguiu o voto do Relator, o Conselheiro Paulo Mota Pinto, negando provimento ao recurso, transpondo a fundamentação expendida no Acórdão 144/2004 para o julgado em tela, que, ao cabo, confirmou a decisão recorrida no que concernia a questão da não inconstitucionalidade do Lenocínio.

Ocorre que, a parte recorrente, ao ser notificada do Acórdão n.º 196/2004, do Tribunal Constitucional, que não julgou inconstitucional a norma do artigo 170º, n.º 1, do Código Penal e, conseqüentemente, negou provimento ao recurso que havia sido, por ela, interposto, veio aos autos nº 130/04 reclamar por nulidade e pedir a aclaração do duto Acórdão de tema que, segundo alegado, não teria sido apreciado no Acórdão 144/2004: a conformidade constitucional do preceito previsto no art. 170º, n.º 1, do Código Penal Português quando reportado a atos de fomento, favorecimento ou facilitação de atos de prostituição de pessoas livres e autodeterminadas, ou seja, de pessoas que não estivessem num estado de abandono, necessidade econômica ou carência social de qualquer tipo.

Em suma, o Tribunal Constitucional Português foi instado a se pronunciar sobre a validade da “política criminal” diante de situações nas quais a pessoa que se prostitui dispusesse autonomamente - sem se encontrar em qualquer situação de vulnerabilidade - do bem jurídico tutelado pelo tipo. A 2ª Seção, entretanto, sob a relatoria do Conselheiro Paulo Mota Pinto e por unanimidade⁹⁷¹, aos 27 de abril de 2004, considerou no Acórdão 294/2004⁹⁷² que a dimensão analisada no Acórdão 144/2004 abrangera a análise da constitucionalidade do art. 170º, n.º 1 do Código Penal indistintamente, de modo a abranger, ainda, a hipótese de fomento, favorecimento ou facilitação do exercício da prostituição de pessoa livre e autodeterminada. Nestes termos, portanto, desatendeu-se a declaração de nulidade e o pedido de aclaração do Acórdão 196/2004.

⁹⁶⁸ PORTUGAL, Tribunal Constitucional. *Acórdão N.º 196/2004*. Disponível em:<<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040196.html?impressao=1>>. Acesso em: 10 jan. 2019. p.6.

⁹⁶⁹ Disponível em:<<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040196.html?impressao=1>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

⁹⁷⁰ Participaram da decisão, os Conselheiros Paulo Mota Pinto, Benjamim Rodrigues, Maria Fernanda Palma, Mário José de Araújo Torres e Rui Manuel Moura Ramos.

⁹⁷¹ Participaram da decisão, os Conselheiros Paulo Mota Pinto, Benjamim Rodrigues, Maria Fernanda Palma, Mário José de Araújo Torres e Rui Manuel Moura Ramos.

⁹⁷² Disponível em:<<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040294.html?impressao=1>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

Interessante destacar esta decisão, uma vez que, com ela, o Tribunal Constitucional, recrudescer a percepção de que existe o delito de Lenocínio mesmo quando o agente fomenta, favorece ou facilita o exercício de prostituição de “pessoa livre e autodeterminada”, ampliando expressamente a hipótese de que o bem jurídico constitucionalmente tutelado pelo tipo, a dignidade da pessoa prostituída e a sua autonomia e liberdade sexual, mesmo em casos nos quais não houvesse vulnerabilidade social. Em suma, considerou o Tribunal Constitucional que a prostituição, embora não incriminada na legislação portuguesa, é, em si própria, uma atividade indigna mesmo quando alguém decida, autonomamente, prestar favores sexuais a terceiros mediante contraprestação financeira.

Novos questionamentos acerca da presumível inconstitucionalidade do art. 170, n° 1, do Código Penal Português foram apreciados pelo Tribunal Constitucional, desta vez pela 1ª Seção, no Acórdão 303/2004⁹⁷³. A referida Seção julgou recurso interposto pelo sentenciado contra acórdão do Tribunal Coletivo de Elvas, nos autos do processo n° 922/03, que o condenou a quatro anos de prisão pela prática do crime de Lenocínio. Interessante destacar que o recurso interposto pelo réu para o Tribunal da Relação de Évora suscitou, por parte deste órgão jurisdicional, apreciação da alegada inconstitucionalidade⁹⁷⁴ do crime de Lenocínio do Código Penal em relação

⁹⁷³ Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040303.html?impressao=1>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

⁹⁷⁴ “É, na verdade, discutível que o bem jurídico protegido nesta norma seja, pelo menos de modo imediato, a liberdade de determinação sexual (a própria Prof.^a Anabela Miranda Rodrigues, citada pelo recorrente, tem a este propósito uma posição algo dúbia: começando por dizer, «Comentário Conimbricense do Código Penal», I, 519, que «com esta incriminação o bem protegido não é, como devia, a liberdade de expressão sexual da pessoa mas persiste aqui uma certa ideia de ‘defesa do sentimento geral de pudor e de moralidade’, que não é encarada hoje como função do direito penal [...]», acaba por afirmar [op. cit., 531]: «o crime só pode ser entendido como um crime de resultado, pretendendo proteger-se – como se pretende, apesar de tudo – o bem jurídico liberdade e autodeterminação sexual da pessoa). [...] Na realidade, exceptuadas as situações previstas no n° 2 do art° 170° do Cod. Penal e no art° 176° do mesmo diploma (em que o bem jurídico tutelado é, indiscutivelmente, a liberdade de autodeterminação sexual das pessoas), o crime de lenocínio protege, essencialmente, valores de natureza ético-social, essenciais à vivência em sociedade. Porém, o facto de não ser a liberdade de determinação sexual o bem jurídico directamente tutelado na norma em apreço não significa – não pode significar – que a actividade descrita no n° 1 do art° 170° do Cod. Penal se encontra descriminalizada. Que é crime resulta da vontade inequívoca do legislador que assim o considerou, tipificando tal conduta. Poder-se-á, porventura, defender (como o faz a Prof.^a Anabela Miranda Rodrigues, op. cit. 518/520) que *de iure condendo*, a solução mais adequada passaria pela descriminalização da conduta [o que, aliás, nem temos por seguro: a solução poderia passar, como propõe o relator deste acórdão «Crimes Sexuais» 68, nota 3 – em «transferir as disposições referentes ao lenocínio (art°s 170° e 176°) para o Título IV (‘Dos crimes contra a vida em sociedade’) onde constituiriam capítulo próprio, ao lado do crime de tráfico O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

ao art. 1º da Constituição da República Portuguesa⁹⁷⁵, de modo a pôr em discussão um dos pontos centrais defendidos pelo Tribunal Constitucional Português a respeito do bem jurídico institucionalmente considerado como protegido no Lenocínio: a dignidade da pessoa humana.

A 1ª Seção, entretanto, por unanimidade⁹⁷⁶, aos cinco de maio de 2004, acompanhou o voto da Relatora, a Conselheira Maria Helena Brito, de modo a transpor para o julgamento do processo 922/03 o teor do Acórdão 144/2004, reiterando-se, então, que a norma do artigo 170º, nº 1, do Código Penal não violava a Constituição da República Portuguesa, e, designadamente, não ofendia os princípios enunciados no artigo 1º, eis que a ordem jurídica vigente não deveria ser mobilizada para garantir, enquanto expressão de liberdade de ação, situações e atividades cujo princípio fosse de uma pessoa, em qualquer dimensão (mas especificamente, no caso, a sexual) ser utilizada como puro instrumento ou meio ao serviço de outrem. Negou-se provimento, assim, ao apelo defensivo, no Acórdão nº 303/2004.

de pessoas (artº 169º) e do crime de exibicionismo previsto no artº 171º»]; *de iure condito*, porém, é inquestionável que a conduta em questão constitui crime, posto que «descrito e declarado passível de pena por lei anterior ao momento da sua prática» – artº 1, nº 1 do Cod. Penal. E nem se vê que esta interpretação conflitue com o artº 1º da Constituição da República Portuguesa, como refere o recorrente. Na realidade, não se vê de que forma a definição de Portugal como uma República soberana «baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária» se vê questionada com a criminalização do lenocínio; ou, vistas as coisas pelo ângulo inverso, não se vê em que é que a sociedade portuguesa ganharia em dignidade, em liberdade, em justiça e em solidariedade com a descriminalização da conduta daquele que, de forma profissional ou com intenção lucrativa, fomenta, favorece ou facilita o exercício por outra pessoa de prostituição ou a prática de actos sexuais de relevo. Em suma: no mero plano do direito a constituir é, sem dúvida, legítimo questionar a necessidade de dar dignidade penal ao lenocínio (entendido como a actividade descrita no nº 1 do artº 170º do Cod. Penal); como, aliás, é sem dúvida discutível a necessidade de manter a punição do estupro (agora denominado de «actos sexuais com adolescentes»). Porém, no plano do direito constituído, é indiscutível que o lenocínio é crime previsto e punido no artº 170º do Cod. Penal, como nos parece claro que, assim entendendo, não se viola qualquer preceito constitucional, maxime o artº 1º da CRP, invocado pelo recorrente”. PORTUGAL, Tribunal Constitucional. *Acórdão N° 303/2004*. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040303.html?impressao=1>>. Acesso em: 10 jan. 2019. p.3.

⁹⁷⁵ “Artigo 1.º República Portuguesa: Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”. PORTUGAL, Diário da República Eletrónico. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <<https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34520775/view>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

⁹⁷⁶ Participaram da decisão, os Conselheiros Maria Helena Brito, Arthur Maurício, Rui Manuel Moura Ramos, Carlos Pamplona de Oliveira e Luís Nunes de Almeida.

De fato, o Acórdão 144/2004 e os seguintes que lhe tiveram como fundamento, têm sido utilizados, até os dias atuais, como base para reafirmar a constitucionalidade do crime previsto no art. 169, nº1 do Código Penal português. Neste âmbito, cita-se o Acórdão nº 170/2006⁹⁷⁷, proferido pela 3ª Seção do Tribunal Constitucional.

Sem embargo, o Acórdão 396/2007⁹⁷⁸, proferido pela 1ª Seção do Tribunal Constitucional Português aos 10 de julho de 2007, foi o primeiro, desde que se firmou o entendimento pela constitucionalidade do art. 170º, nº 1 do Código Penal Português a possuir, em seu teor, voto divergente de Conselheiro a respeito da problemática.

No caso em disceptação, foi analisada questão suscitada por parte condenada no Tribunal de Vila Nova de Famalicão por, dentre outros delitos, Lenocínio em sua forma continuada. A parte sentenciada, então, recorreu do Acórdão condenatório para o Tribunal da Relação do Porto motivando, nas razões do recurso, que o art. 170º, nº 1 enfermava de inconstitucionalidade material o artigo 18, nº 2 da Constituição da República Portuguesa. Em Acórdão datado de 15 de fevereiro de 2006, o Tribunal da Relação do Porto concedeu parcial provimento ao recurso, sem embargo, pronunciou-se⁹⁷⁹, no que concernia à arguição de inconstitucionalidade do Lenocínio.

⁹⁷⁷ Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060170.html?impressao=1>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

⁹⁷⁸ Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070396.html?impressao=1>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

⁹⁷⁹ “Apreciemos de seguida a questão da apontada inconstitucionalidade do art. 170º, nº 1, do Código Penal. Como a própria recorrente reconhece, a jurisprudência dominante considera que a norma em apreço incorpora bens jurídicos merecedores de tutela criminal e, nessa medida, não ofende a constituição. Cita, não obstante, em prol da tese por si sustentada, as posições assumidas por Figueiredo Dias e por Costa Andrade/Maria João Antunes. As longas transcrições constantes da douta motivação do recurso espelham as correntes académicas em debate e a esse respeito não haverá muito a acrescentar. De todo o modo, remetendo para as posições explanadas na motivação do recurso, no que a elas concerne, e cientes de que argumentos há a favor das duas teses em confronto, tomaremos posição sobre a querela de fundo, mas não sem antes chamarmos à colação outro académico ilustre, porventura mais preocupado com a essência do direito do que com as suas manifestações concretas e pontuais. Escreve Castanheira Neves “... o direito seja em parte chamado à solução de conflitos de interesses dando preferência a uns e sacrificando (relativa e imediatamente) outros. E não pode negar-se, também por outro lado, que estes interesses se encontram muitas vezes já aferidos, no seu valor relativo, pela escala de valores que informa o contexto sociocultural e moral daquela sociedade real em que os interesses são afirmados. Poderíamos então dizer que esta escala de valores nos oferece o primeiro critério, a primeira aproximação do princípio da justiça. (...) Ordem social justa terá de ser, assim, aquela que se constitua pela convivência de homens mutuamente justificados na fruição de certos valores e no prosseguimento de particulares interesses. (...) Só no intercâmbio existencial com os outros (na comunicação) no cultivo dos valores que só ele permite, no desenvolvimento de potencialidades pessoais que só ele suscita e estimula, no enriquecimento moral e cultural que provém a cada um das disponibilidades O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

A parte sentenciada, após não conseguir impugnar o precitado Acórdão proferido pelo Tribunal da Relação do Porto no Supremo Tribunal de Justiça, recorreu para o Tribunal Constitucional a fim de ver apreciada a inconstitucionalidade suscitada no recurso que interpusera contra a decisão de 1ª instância, ou seja, a de que o art. 170º, nº 1, do Código Penal Português era inconstitucional por ofensa do disposto no nº 2 do art. 18º da Constituição Portuguesa. O Representante Ministerial, em atuação no Tribunal, entretanto, contra-alegou este argumento, afirmando que a norma contestada não violava o precitado dispositivo constitucional.

A 1ª Seção, então, através da Relatoria do Conselheiro Pamplona de Oliveira e dos votos dos Conselheiros José Borges Soeiro, Gil Galvão e Rui Manuel Moura Ramos, entendeu por declarar a não inconstitucionalidade do art. 170º, nº1 do Código Penal em relação ao nº 2 do art. 18º da Constituição Portuguesa, reafirmando a jurisprudência sobre o tema explícita nos arrestos 144/2004, 196/2004, 303/2004 e 170/2006 e expressando que as reiteradas decisões do Tribunal Constitucional considera que a norma em apreço incorpora bens jurídicos merecedores de tutela criminal, não ofendendo, nessa medida, a Constituição. Negou-se, portanto, provimento ao recurso.

Há de se destacar, entretanto, que no Acórdão 396/2007, a Conselheira Maria João Antunes votou vencida quanto a questão da não inconstitucionalidade reportada ao artigo 170º, nº1 do Código Penal Português. Para a magistrada⁹⁸⁰, a alteração da figura típica pela Lei 65/98, que

morais e culturais dos outros, na afirmação e robustecimento da personalidade que só a dialéctica “eu” e “tu” determina o ser autónomo e pessoal vem à sua epifania, só aí e por aí ele pode ser um “eu” próprio ...” (...)
...pelo que anularíamos pura e simplesmente a legitimidade do acesso a esse património se não concorrêssemos para os outros com as nossas possibilidades e contributos pessoais. E da comunidade, enquanto condição ontológica, infere-se, funda-se também aí, um princípio ou exigência de corresponsabilidade (moral ou humana em geral) nós somos responsáveis pelo ser dos outros, e os outros são responsáveis pelo nosso ser”. Serve a transcrição que antecede para introduzir a afirmação de que rejeitamos as teses que acentuam o pendor moralista da norma e invocam a necessidade de absoluta separação entre a moral e o direito, para encontrar nesse argumento a vertente de inconstitucionalidade, posto que reconhecemos que o edifício do direito, enquanto modo de regulamentação da organização social, assenta, todo ele, num património ético e moral construído ao longo da história da humanidade, evidenciando conceitos hoje reconhecidamente irrenunciáveis, por inerentes à própria ideia de civilização”. PORTUGAL, Tribunal Constitucional. *Acórdão* Nº 396/2007. Disponível em:<<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070396.html?impressao=1>>. Acesso em: 10 jan. 2019. pp. 5-6.

⁹⁸⁰ “Como se escreveu no Acórdão do Tribunal Constitucional nº 211/95 (*Diário da República*, II Série, de 24 de Junho de 1995) “o que justifica a inclusão de certas situações no direito penal é a subordinação a uma lógica de estrita necessidade das restrições de direitos e interesses que decorrem da aplicação de penas públicas (artigo 18º, nº 2, da Constituição). E é também ainda a censurabilidade imanente de certas condutas, isto é, prévia à normatização jurídica, que as torna aptas a um juízo de censura pessoal. Em suma, é, desde O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

eliminou a exigência “exploração numa situação de abandono ou necessidade” deu-se ao arrepio de uma evolução legislativa inscrito no paradigma de intervenção mínima, afetando assim, o direito à liberdade (art. 27, n.ºs 1 e 2 da Constituição Portuguesa). Desse modo, o legislador acabou por incriminar comportamentos para além dos que ofendem o bem jurídico da liberdade sexual, relativamente aos quais não pode ser afirmada a necessidade de restrição do direito à liberdade enquanto direito necessariamente implicado na punição (artigos 18, n.º 2 e 27, n.ºs 1 e 2 da Constituição).

Em outra decisão proferida pela 1ª Seção, aos 18 de outubro de 2007, no Acórdão 522/2007⁹⁸¹, a Conselheira Maria João Antunes manteve o mesmo voto vencido em separado, tendo a maioria dos Conselheiros acompanhado o Relator Jose Borges Soeiro para declarar a não inconstitucionalidade da norma do art. 170º, n.º 1, do Código Penal Português em relação aos artigos 41º, 47º, n.º 1 conjugados com o n.º 2 do art. 18º da Constituição da República Portuguesa.

Aos 15 de dezembro de 2007, a 2ª Seção do Tribunal Constitucional proferiu outro acórdão significativo sobre a constitucionalidade do artigo 170º, n.º 1 do Código Penal Português. Nos autos do Processo n.º 965/07, os Conselheiros⁹⁸², sob a relatoria de Mário José de Araújo Torres analisaram Reclamação para a conferência, ao abrigo do n.º 3 do artigo 78-A da Lei de Organização Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional contra decisão sumária do relator que, aos 29 de outubro do precitado ano, negou provimento ao recurso interposto pelo recorrente, deixando de julgar inconstitucional a precitada norma penal.

A decisão sumária que foi objeto de Reclamação pela parte analisou a arguição do sentenciado contra acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, que, com base no Acórdão 144/2004 do Tribunal Constitucional teria considerado a constitucionalidade da norma penal insculpida no artigo 170º, n.º 1 do Código Penal, não se admitindo, também, interpretação restritiva para o tipo. Segundo o reclamante, entretanto, a inconstitucionalidade da norma do artigo 170º, n.º 1 do Código

logo, a exigência de dignidade punitiva prévia das condutas, enquanto expressão de uma elevada gravidade ética e merecimento de culpa (artigo 1º da Constituição, do qual decorre a protecção da essencial dignidade da pessoa humana), que se exprime no princípio constitucional da necessidade das penas (e não só da subsidiariedade do direito penal e da máxima restrição das penas que pressupõem apenas, em sentido estrito, a ineficácia de outro meio jurídico” (cf., ainda, no sentido de o artigo 18º, n.º 2, ser critério para aferir da legitimidade constitucional das incriminações, os Acórdãos n.ºs 634/93, 650/93, *Diário da República*, II Série, de 31 de Março de 1994, e 958/96, *Diário da República*, II Série, de 19 de Dezembro de 1996)”. PORTUGAL, Tribunal Constitucional. *Acórdão N.º 396/2007*. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070396.html?impressao=1>>. Acesso em: 10 jan. 2019. pp. 15-16.

⁹⁸¹ Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070522.html?impressao=1>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

⁹⁸² Além do Relator, participaram do julgamento João Cura Mariano e Rui Manuel Moura Ramos.

Penal se daria quando interpretada literalmente, sem exigir para o preenchimento do tipo a verificação de uma situação de exploração de necessidade econômica ou de abandono das pessoas que se prostituem, necessitando, portanto, de uma interpretação restritiva, de modo a conformar-se com a Constituição, exigindo-se para o preenchimento do tipo a verificação das circunstâncias alegadas.

A parte reclamante também alega que a norma do artigo 170º, nº 1 do Código Penal protegia valores que nada tinham a ver com direitos e bens consagrados constitucionalmente, não cabendo ao Direito Penal protegê-los e, com as alterações derivadas do Decreto-Lei nº 48/95, que eliminou do tipo penal a exploração de situações de abandono ou de necessidade econômica das mulheres, não implica a compreensão de que as situações de prostituição, relativamente às quais existe um aproveitamento econômico por terceiros, sejam situações cujo significado seja o da exploração da pessoa prostituída. A incriminação não protegeria, assim, a liberdade de expressão sexual da pessoa, mas uma certa ideia de defesa do sentimento geral de pudor e de moralidade, que não é encarada hoje como função do Direito Penal.

Portanto, a incriminação em tela ofenderia ao princípio da fragmentariedade ou subsidiariedade do Direito Penal, plasmado no artigo 18º, nº2 da Constituição Portuguesa e previsto expressamente no artigo 40º, nº 1 do Código Penal⁹⁸³, bem como os direitos à livre expressão da sexualidade, à vida privada, à identidade pessoal, à liberdade de consciência, à liberdade de escolha de profissão e o direito ao trabalho previstos nos artigos 26º, nº 1, 27, nº1, 47, nº1 e 58º, nº1 da Constituição da República Portuguesa.

Sobre a questão, a 2ª Seção do Tribunal Constitucional entendeu que as alegadas violações aos princípios constitucionais teriam sido analisadas nos Acórdãos 144/2004, 196/2004, 303/2004, 170/2006, 396/2007 e 522/2007, reiterando-se o entendimento neles presentes de modo a não julgar inconstitucional a norma constante no artigo 170º, nº 1 do Código Penal e, conseqüentemente, negar provimento ao recurso, confirmando-se a decisão recorrida na parte impugnada. Com relação ao recurso⁹⁸⁴ à interpretação restritiva do preceito, foi pontuado que o artigo 170.º, nº 1, do Código

⁹⁸³ “Artigo 40.º Finalidades das penas e das medidas de segurança. 1 - A aplicação de penas e de medidas de segurança visa a proteção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade”. PORTUGAL, Diário da República Eletrónico. *Código Penal*. Decreto Lei nº 48/95. Disponível em:<<https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/107981223/201708230500/indice>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

⁹⁸⁴ “Ao admitir-se uma interpretação restritiva, em tal âmbito, seria fazer entrar pela janela o que se fez sair pela porta (revisão de 1998). Uma interpretação restritiva do referido artigo 170.º, nº 1, do Código Penal, no sentido de que a inexistência de uma situação de exploração de necessidade económica ou de abandono da vítima se traduz em descriminalização da conduta do agente ainda que verificada a factualidade típica descrita no mesmo nº 1, é que será inconstitucional, porque contende com a definição dos pressupostos do crime, O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

Penal não é assim, inconstitucional, nem admite interpretação restritiva no sentido de ser tipicamente exigível o que a lei eliminou.

Na Reclamação, a parte reclamante reiterou todos os fundamentos invocados, sustentando que inconstitucionalidade material só poderia ser afastada através do recurso a uma interpretação restritiva do preceito, que repristinasse a exigência de que os atos descritos no tipo legal de crime fossem passíveis de o constituir quando reportassem a pessoas em situação de abandono ou de extrema necessidade econômica. O Representante Ministerial em atuação no Tribunal Constitucional, entretanto, em resposta, alegou que a reiteração da tese em nada afastou os fundamentos da decisão reclamada e da corrente jurisprudencial que lhe subjazia, pugnano pela improcedência do recurso. Assim, no Acórdão 591/2007⁹⁸⁵, por unanimidade, não se julgou inconstitucional a norma prevista no artigo 170º, nº1 do Código Penal⁹⁸⁶, indeferindo-se a Reclamação e confirmando-se a matéria sumária reclamada.

Como se pode observar, mais uma vez o Tribunal Constitucional compreendeu que haveria a incidência da norma penal incriminadora nos casos em que o agente, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentasse, favorecesse ou facilitasse o exercício da prostituição por outra pessoa, ainda que esta não estivesse em situação de abandono ou de necessidade econômica – de vulnerabilidade, portanto. Reiterou-se, assim, a ampliação na compreensão do bem jurídico observada com o Acórdão nº 196/2004.

Este aspecto foi devidamente expresso no Acórdão 141/2010⁹⁸⁷, o primeiro a apreciar a constitucionalidade do crime de Lenocínio previsto no art. 169º, nº 1, do Código Penal, em sua redação advinda da alteração prevista na Lei nº 59/2007, de 4 de setembro de 2007. Neste caso, o

que é da reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República, nos termos do artigo 165.º, n.º 1, alínea c), da Constituição da República. PORTUGAL, Tribunal Constitucional. *Acórdão Nº 591/2007*. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070591.html?impressao=1>>. Acesso em: 10 jan. 2019. p.14.

⁹⁸⁵ Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070591.html?impressao=1>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

⁹⁸⁶ A título de exemplificação, importa destacar que a sequência de julgados do Tribunal Constitucional Português sobre a constitucionalidade do artigo 170º, nº 1 do Código Penal Português também se constituiu como fundamento para arguições de inconstitucionalidade em processo analisado no Supremo Tribunal de Justiça. Aos 05 de setembro de 2007, inclusive, tal situação foi expressamente observada nos autos do Processo nº07P1125, em Acórdão que contou com voto vencido de Maia Costa, segundo quem, a norma do 170º, nº 1 do Código Penal, para se conformar com a Constituição, deve ser interpretada como exigindo que se verifique uma situação de exploração de necessidade económica ou de abandono das pessoas que se prostituem.

⁹⁸⁷ Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100141.html?impressao=1>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

Tribunal Constitucional, amparado pelas decisões anteriores, manteve a jurisprudência firmada no sentido de que a incriminação do Lenocínio, mesmo nos casos em que se verifique a plena liberdade na formação de vontade do(a) prostituto(a) não era inconstitucional, por visar proteger bens jurídicos que encontrava supedâneo na Constituição Portuguesa⁹⁸⁸.

A parte sentenciada, então, reclamou, da decisão do Tribunal Constitucional questionando, em suma, quais eram os bens jurídicos fundamentais protegidos pelo artigo 169º, nº 1 do Código Penal Português. Para tanto, arguiu que a decisão, ao fazer referência ao Acórdão nº 144/2004 e decidir no sentido de que a incriminação do Lenocínio, mesmo nos casos em que se verificasse a plena liberdade na formação da vontade da pessoa prostituída, trouxe à tona elemento típico implícito referente à exploração econômica e social da vítima prostituída, eis que só este elemento conferiria legitimidade constitucional ao crime.

Para a reclamante, a posição adotada era dogmática e contrária aos entendimentos jurisprudenciais anteriores, pois teria deixado de atentar para o caso em questão, no qual não teria havido exploração da necessidade econômica e social de quem se prostituía. Ao fim e ao cabo, a

⁹⁸⁸ O Acórdão 95/2011, de 16 de fevereiro de 2011 é, também, digno de nota. Embora não tenha tratado especificamente sobre a constitucionalidade do lenocínio possuiu, em trecho de sua fundamentação, que contou, inclusive, com votação unânime pela 3ª Seção do Tribunal Constitucional Português, argumento que elucida elemento do tipo previsto no art. 170º, nº1, do Código Penal, especificamente a natureza do bem jurídico por ele tutelado. Neste sentido, a 3ª Seção arguiu que o Direito Penal admite a consagração de tipos de crimes assentes numa ideia de perigo para bens jurídicos penalmente tutelados, de modo que se aceita que o legislador possa incriminar determinadas condutas ainda que estas não tenham produzido, efetivamente, um dano na esfera jurídica de terceiros, enquanto instrumento de emancipação da tutela penal de bens jurídicos carecidos de proteção legal, concluindo que a mera potencialidade lesiva geraria uma necessidade punitiva que seria assegurada pelo Estado, mediante a antecipação do momento aferidor da responsabilidade penal. Nesta senda, distinguiu-se, dentre os crimes de perigo, aqueles que são “de perigo abstrato” daqueles que são “de perigo concreto”. Entre os primeiros, figuram crimes nos quais a verificação ou a produção do perigo não constitui motivação de opção legislativa de incriminação, ainda que não seja possível individualizar um bem jurídico que seja objeto expectável de tal potencialidade de lesão. Já os segundos pressupõem, para a referida Seção do Tribunal Constitucional, a criação de um perigo especificamente dirigido a um bem jurídico determinado ou determinável, constituindo o próprio perigo um elemento do tipo do crime em questão. Para a 3ª Seção, o crime de lenocínio seria um crime de perigo abstrato. Citou-se, ainda, uma terceira categoria que seriam os crimes de perigo abstrato-concreto. Estes assentam-se numa ideia de que um tipo de crime originalmente concebido como de perigo abstrato pode ser alvo de um juízo de afastamento de determinada conduta típica, desde que seja possível ao arguido demonstrar a inexistência do perigo, nas concretas circunstâncias em que se verificarem no momento da conduta originalmente típica. Exigir-se-ia, no caso concreto, no âmbito desta categoria, que o arguido afastasse a presunção de perigo, demonstrando que sua conduta não colocou quaisquer bens jurídicos em perigo, assim, seria afastado do caso a figura típica.

aplicação da norma contestada pelo Tribunal Constitucional teria engendrado a incriminação de bem jurídico de ordem moral, atentando contra o direito à liberdade consagrado no artigo 27º, nº 1 e o artigo 18º, nº2 da Constituição Portuguesa.

A 3ª Seção, então, reiterou o ponto do Acórdão 144/2004 que assevera que ainda que se entenda que a prostituição possa ser, num certo sentido, uma expressão da livre disponibilidade da sexualidade individual, “o certo é que o aproveitamento económico por terceiros não deixa de poder exprimir já uma interferência, que comporta riscos intoleráveis, dados os contextos sociais da prostituição, na autonomia e liberdade do agente que se prostitui [...]”⁹⁸⁹, indeferindo, assim, a Reclamação⁹⁹⁰.

Como se observa, parece vigor no Tribunal Constitucional, ainda, uma percepção pretensamente sociológica da prostituição, mas que não esconde o tabu e o preconceito moral a respeito do fato social, principalmente quando se avalia a prostituição nas relações sociais

⁹⁸⁹ PORTUGAL, Tribunal Constitucional. *Acórdão N° 141/2010*. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100141.html?impressao=1>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

⁹⁹⁰ “Antes de mais, deve notar-se que a presente reclamação perfilha um entendimento contrário à jurisprudência consolidada do Tribunal Constitucional – à qual a decisão reclamada aderiu – acerca da concepção do tipo de crime “lenocínio”. É certo que uma parte da doutrina – invocada pela reclamante em abono da sua posição – sustenta aquela tese, mas a verdade é que a propósito da concepção do referido tipo de crime como crime de perigo abstracto ou de perigo concreto, este Tribunal não confirma a tese esgrimida pela ora reclamante. E nem se diga que a decisão sumária não respeita o espírito do Acórdão n.º 144/04, que lhe serviu de fundamento, pois isso não corresponde à verdade. O Acórdão n.º 144/04 admitiu que, mesmo que a actividade de prostituição não seja penalmente incriminada (ou sequer proibida) – o que demonstra o reconhecimento pela liberdade sexual do/a prostituto/a –, seria sempre constitucionalmente admissível incriminar a exploração daquela actividade por terceiros, ainda que consentida pelo/a prostituto/a, em homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana. Ora, do próprio excerto transcrito pela decisão sumária resulta clara a adesão ao referido Acórdão. Senão vejamos: «(...) ainda que se entenda que a prostituição possa ser, num certo sentido, uma expressão da livre disponibilidade da sexualidade individual, o certo é que o aproveitamento económico por terceiros não deixa de poder exprimir já uma interferência, que comporta riscos intoleráveis, dados os contextos sociais da prostituição, na autonomia e liberdade do agente que se prostitui (...)». Em conclusão, a decisão sumária limitou-se a aplicar jurisprudência anterior, conforme é permitido pelo artigo 78ºA da LTC. Como tal, mantendo esta conferência a adesão à *supra* referida jurisprudência consolidada, não subsiste qualquer fundamento para reformar a decisão reclamada”. PORTUGAL, Tribunal Constitucional. *Acórdão N° 141/2010*. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100141.html?impressao=1>>. Acesso em: 10 jan. 2019. p. 8-9.

contemporâneas⁹⁹¹ em cotejo com o valor conferido constitucionalmente à dignidade e a autodeterminação sexual. De forma geral, esta compreensão “paradigmática” foi repisada nos acórdãos 559/2011⁹⁹² e 605/2011⁹⁹³, até que a constitucionalidade do Lenocínio em sua forma simples, novamente, objeto de divergência entre Conselheiros no Tribunal Constitucional, aos 21 de dezembro de 2011.

Neste sentido, nos autos do Processo nº 62/2011, quando a 2ª Seção, no Acórdão 654/2011⁹⁹⁴, apreciou arguição de inconstitucionalidade do artigo 170º, nº1 do Código Penal Português por alegada violação do artigo 18º, nº2 da Constituição da República. O caso em apreço adveio de recurso interposto pelas partes condenadas contra Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, no qual alegaram a desnecessidade da punição daquele que, profissionalmente ou com intenção lucrativa, favorecesse ou facilitasse o exercício por outra pessoa de prostituição, desde que houvesse consentimento de quem se prostituísse.

Os argumentos defensivos foram lastreados no entendimento dos Professores Figueiredo Dias e Rodrigues, tendo sido arguido para o Tribunal Constitucional que o crime de Lenocínio, previsto no art. 170, nº1 do Código Penal português, não visava a proteção da liberdade de expressão sexual da pessoa, mas sim de uma certa ideia de defesa do sentimento geral de pudor e moralidade, ou seja, bens jurídicos transpersonalistas de étimo moralista - elementos não encarados hodiernamente pelo Direito Penal como sendo de sua alçada, justificando-se, assim, a sua descriminalização.

⁹⁹¹ “Há casamentos e outras relações amorosas cultivadas em cima de uma troca nítida e, por vezes, assumida: juventude por dinheiro”. Senhores com seus 60 e tantos anos, casam-se com jovens de 20 e poucos anos para lhes dar conforto material em troca de sexo jovem. Essa permuta que tem caráter habitual é considerada moral – somente por conta do casamento ou união estável – e assimilada pela sociedade. As feministas se calam diante dessas relações, em que há nítida relação de poder do homem rico em relação à moça mais pobre que ele, mas não fazem o mesmo em face da prostituição. Vender sexo é somente uma questão de perspectiva; a denominação que se lhe confere, na prática é indiferente, se considerada tal venda do ponto de vista da moralidade ou da ética, ingressa a hipocrisia: depende do ambiente e das circunstâncias é moralmente aceitável; do contrário, imoral. (NUCCI, Guilherme de Souza. Prostituição, lenocínio e o tráfico de pessoas: aspectos constitucionais e penais- São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 64).

⁹⁹² Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110559.html?impressao=1>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

⁹⁹³ Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110605.html?impressao=1>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

⁹⁹⁴ Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110654.html?impressao=1>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

Neste caso, não obstante a maioria dos conselheiros⁹⁹⁵ votassem pela manutenção da jurisprudência firmada no Tribunal sobre a questão a partir do Acórdão 144/2004, segundo a qual o crime de Lenocínio visa a proteção de um bem jurídico complexo, que abarca o interesse geral da sociedade relativo à postura sexual e ao ganho honesto, como também a personalidade de quem seja visado pela conduta do agente, o Relator, Conselheiro Joaquim de Souza Ribeiro, concluiu de forma diversa.

Na oportunidade, em voto vencido, expressou a compreensão de que o imbróglio referente a incriminação do tipo explicitaria a disponibilização, mediante uma contrapartida monetária, de uma dimensão íntima da personalidade, para satisfação sexual de outro e com obtenção de ganhos por um terceiro, isto a partir de uma decisão livre de quem viesse a se prostituir. Questionou, neste sentido, a validade de se acolher, constitucionalmente, com as decisões reiteradas sobre o caso - a partir do entendimento firmado sobre o bem jurídico protegido pelo Lenocínio no Acórdão 144/2004 – um padrão objetivo de dignidade não conexionado com a liberdade e a integridade da personalidade de outrem, em termos tais que levasse a conferir-lhe valor legitimante da incriminação de uma conduta lesiva no relacionamento interpessoal.

Para o Conselheiro, a intervenção do Direito Penal, neste domínio, não encontrava correspondência na necessidade de salvaguardar outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos, como exigiria o nº 2 do art. 18 da Constituição da República, mas decorreria da tutela dos “bons costumes”, conceito que não se mostraria concretizável por referências retiradas da Constituição Portuguesa, constituindo-se, assim, como uma restrição a direitos fundamentais do agente do delito⁹⁹⁶.

⁹⁹⁵ Os Conselheiros J. Cunha Barbosa, Catarina Sarmiento e Castro, João Cura Mariano e Rui Manuel Moura Ramos.

⁹⁹⁶ “Está fora de qualquer dúvida de que a protecção da liberdade sexual das pessoas está entre os fundamentos, não só “ético-sociais”, como também jurídico-constitucionais, da “vida em sociedade” (para utilizarmos a epígrafe da versão inicial do Código Penal de 1982). O que se contesta é que uma certa concepção de ordem moral (ainda que generalizadamente aceite no meio social) constitua, em si mesma, uma dimensão da garantia constitucional da dignidade da pessoa humana, justificando a sua aplicação autónoma no âmbito criminal, sem conexão com a tutela de um bem constitucionalmente definido e protegido. Há que concluir que a caracterização legal do crime de lenocínio, ao dispensar, após a revisão de 1998, como elemento estrutural do tipo, o aproveitamento pelo agente de uma situação de abandono social ou de carência económica da vítima, ultrapassa, com ofensa ao princípio da proporcionalidade, o que seria justificado pela função tutelar de um específico bem jurídico-penal”. PORTUGAL, Tribunal Constitucional. *Acórdão N° 654/2011*. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110654.html?impressao=1>>. Acesso em: 10 jan. 2019. p. 10.

A temática voltou a ser contestada, mais recentemente, em 21 de novembro de 2016, no Acórdão n° 641/2016⁹⁹⁷, proferido pela 2ª Seção do Tribunal Constitucional Português. No caso, o recurso defensivo, movido para o Tribunal Constitucional a partir de condenação proferida pelo Tribunal da Relação de Coimbra, em perfunctória síntese, lastreou-se em quatro pontos.

No primeiro deles, argumentou-se que a ré deveria ser absolvida pela exclusão da ilicitude, na medida em que se tem por inconstitucional, nos termos do art. 18 da Constituição, dos direitos à liberdade e ao trabalho face a interpretação de que a conduta da recorrente seria contrária aos bons costumes. O segundo argumento propugnou pela utilização, no caso, do Princípio da interpretação conforme a Constituição, para fazer valer a essência do Princípio da Igualdade, respeitando-se a vida privada da mulher contra uma reação penal desmesurada.

Ainda, arguiu como disforme à Lei Fundamental a interpretação da norma penal - quando ausente no caso concreto qualquer preterição à liberdade e dignidade sexual, bem como instrução, vigilância ou qualquer outra espécie de controle – no sentido de consubstanciar o crime de Lenocínio, sem a ofensa a bem jurídicos ou a própria vítima e, finalmente, que a norma prevista no art. 169, n°1 do Código Penal Português foi criada para contornar qualquer eventual lacuna de punibilidade, com um âmbito de aplicação geral, sendo inconstitucional tal forma de legislar.

Muito embora a 2ª Seção reiterasse⁹⁹⁸, no Acórdão n° 641/2016, a sequência de julgamentos advindas a partir do entendimento firmado no Acórdão n°144/2004, alegando inexistir, no caso, argumentos inovadores capazes de infirmar o que fora assente pela corte suprema portuguesa, indeferindo, assim, a Reclamação, o Presidente do Tribunal Constitucional, Conselheiro Manuel da Costa Andrade e o Conselheiro Lino Rodrigues Ribeiro expressaram votos admitindo a inconstitucionalidade do crime de Lenocínio.

Neste âmbito, o Conselheiro Lino Rodrigues Ribeiro, em seu voto vencido, expressou considerar inconstitucional a norma do n°1 do artigo 169 do Código Penal Português em relação ao artigo 18, n° 2 da Constituição da República, sob o argumento de que a Reforma de 1998, advinda com a publicação da Lei n° 65/98, ao suprimir do elemento do tipo legal de Lenocínio a “*exploração de situações de abandono ou de necessidade económica*” acabou por tornar indefinido o bem jurídico tutelado pelo tipo⁹⁹⁹.

⁹⁹⁷ Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20160641.html?impressao=1>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

⁹⁹⁸ Participaram da seção de julgamento os Conselheiros Fernando Vaz Ventura, Pedro Machete, Catarina Sarmiento e Castro, Lino Rodrigues Ribeiro e Manuel da Costa Andrade.

⁹⁹⁹ “É que a supressão daquela exigência típica também eliminou a ligação do comportamento ao bem jurídico da liberdade e da autodeterminação sexual, com a consequente incriminação de comportamentos que vão além dos que ofendem esse bem jurídico e relativamente aos quais não se pode afirmar a necessidade de restrição do direito à liberdade (cfr. Votos de vencido nos Acórdãos n° 396/2007 e 654/2011, cuja O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

O referido Conselheiro, ainda, expressou em seu voto vencido que não seria no valor da dignidade da pessoa humana que se poderia encontrar o bem jurídico-constitucional digno de proteção penal - como vem sendo reiterado nos julgados do Tribunal – pois não seria essa a natureza do precitado princípio, que se constitui antes como limite da intervenção estatal que como seu fundamento.

Em termos semelhantes, o Conselheiro Manuel da Costa Andrade, no mesmo Acórdão, argumentou que estava convencido de que a norma de incriminação e punição do Lenocínio, previsto no nº1 do artigo 169 do Código Penal, contrariava o disposto no nº 2 do artigo 18 da Constituição Portuguesa, isto porque o tipo em questão não salvaguardaria quaisquer direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

Este conselheiro, ainda, adentrando em elementos doutrinários penalísticos, defendeu a perspectiva de que não seria necessária a proteção de qualquer bem jurídico que não se descortinasse na pertinente área de tutela típica, situação que teria se evidenciado, no caso em apreço, a partir da reforma de 1998, engendrando uma incriminação exclusivamente voltada a punição de quem, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentasse, favorecesse ou facilitasse a prostituição - observada como uma prática em si mesma irrelevante e indiferente para o Direito Penal¹⁰⁰⁰.

De acordo com Manuel da Costa Andrade, o significado que deveria ser assumido pelo legislador penal em relação ao tipo em questão é, antes, o da proteção da liberdade e de uma autonomia para a dignidade das pessoas que se prostituem. Assim, considerar constitucional o nº 1

fundamentação acompanho). [...] De modo que só fazendo uma interpretação restritiva da norma, no sentido de se aplicar apenas aos casos em que a vítima se encontra numa situação de necessidade económica e social, é possível afirmar que o tipo legal visa proteger o bem jurídico da liberdade sexual”. PORTUGAL, Tribunal Constitucional. *Acórdão* N° 641/2016. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20160641.html?impressao=1>>. Acesso em: 10 jan. 2019. p.10.

¹⁰⁰⁰ “Assim, o afastamento da liberdade sexual da área de proteção da norma deixa apenas em campo a prevenção ou repressão do pecado, um exercício de moralismo atávico, com que o direito penal do Estado de Direito da sociedade secularizada e democrática dos nossos dias nada pode ter a ver. Uma consideração das coisas contra a qual não pode pertinentemente invocar-se a ideia de obviar a perigos contra a dignidade ou a autonomia das pessoas – homens ou mulheres – envolvidas na prostituição. Na certeza de que a incriminação é que pode, ela própria, configurar um atentado perverso à dignidade ou autonomia das pessoas. Que sendo adultas, esclarecidas e livres – no fundo a situação típica pressuposta pela incriminação – devem poder legitimamente escolher conduzir a sua vida tanto à sombra da “virtude” como do ‘pecado’”. PORTUGAL, Tribunal Constitucional. *Acórdão* N° 641/2016. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20160641.html?impressao=1>>. Acesso em: 10 jan. 2019. p.11.

O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

do art. 169 do Código Penal Português, nos moldes firmados no Acórdão nº 144/2004, implicaria uma incriminação preordenada da tutela da autonomia e da liberdade sexual.

Esta interpretação explicitaria, portanto, a existência de uma infração concebida como crime de perigo abstrato, apostada em obviar ao perigo um modo social de exploração de uma situação de carência e desproteção social à custa da liberdade e da autonomia sexual, sacrificando o bem jurídico que, aí sim, poderia motivar o legislador a incriminar comportamentos humanos relacionados com a vida sexual das pessoas.

Os termos expressos pelos Conselheiros Lino Rodrigues Ribeiro e Manuel da Costa Andrade, no voto vencido, no Acórdão nº 641/2016, foram reproduzidos por eles em julgados ulteriores sobre a problemática, a exemplo do julgado proferido pela 1ª Seção do Tribunal Constitucional, aos 13 de julho de 2017, no Acórdão nº 421/16¹⁰⁰¹. Neste caso muito embora se repisasse na declaração junta à precitada decisão que a reiterada declaração de constitucionalidade do nº1 do art. 169 do Código Penal Português incriminava preordenadamente a tutela da autonomia e da liberdade sexual, afrontando a liberdade e a autonomia para a dignidade das pessoas que se prostituem, a 1ª Seção, sob relatoria de Maria de Fátima Mata-Mouros, acabou concluindo que o ponto fulcral da discussão cingia-se em saber se a norma obedecia, ou não, a interesses constitucionalmente tutelados, concluindo, neste caso, positivamente, pois trata-se, desse modo, de “proteger a liberdade, designadamente a liberdade sexual, prevenindo-se o risco de redução da margem de autonomia decisória do agente que se prostitui através da atuação de terceiros que atuam profissionalmente ou com fins lucrativos”¹⁰⁰².

¹⁰⁰¹ Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20170421.html?impressao=1>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

¹⁰⁰² “A questão que nos ocupa não cura de saber se a incriminação do lenocínio, nos moldes em que se encontra prevista, traduz a melhor opção ao nível da política criminal. Ela cinge-se antes em saber se a norma obedece, ou não, ainda a interesses constitucionalmente tutelados. Neste ponto, a resposta não pode deixar de ser positiva, em face do que acima se deixou consignado. Trata-se, ainda de proteger a liberdade, designadamente a liberdade sexual, prevenindo-se o perigo de redução da margem de autonomia decisória do agente que se prostitui através da mediação de terceiros que atuam profissionalmente ou com fins lucrativos. Conclui-se, assim, que a adoção de um tipo penal como o previsto no artigo 169.º, nº1 do Código Penal não está constitucionalmente proibida. Evidenciado o bem jurídico tutelado, bem como a sua dignidade constitucional, afastada fica a violação pela norma em juízo do princípio da proporcionalidade implicado no artigo 18º, nº2, da Constituição. A norma em juízo provém, portanto, de uma legítima opção de política criminal tomada pelo legislador, de resto, na esteira da jurisprudência constitucional desde cedo afirmada. Decidir se o risco implicado para a autonomia do agente que se prostitui deve ser considerado como um perigo a prevenir pela via da incriminação da exploração profissional ou com fins lucrativos da pessoa que se prostitui, é, por conseguinte, uma opção que cabe dentro do poder de definição da política criminal que pertence ao legislador”. PORTUGAL. *Acórdão Nº 421/2016*. Disponível em:< O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal. 270

Do mesmo modo, no julgado proferido pela 2ª Seção do Tribunal Constitucional Português, aos 18 de outubro de 2017 no Acórdão nº 694/17¹⁰⁰³, muito embora a maioria dos demais Conselheiros se posicionassem no sentido de manter o entendimento firmado no Acórdão nº 144/2004¹⁰⁰⁴, Lino Rodrigues Ribeiro e Manuel da Costa Andrade reiteraram os posicionamentos assumidos na declaração conjunta contendo os votos divergentes, anexa ao Acórdão 641/2016.

Mais recentemente, no Acórdão 90/2018¹⁰⁰⁵, proferido pela 2ª Seção do Tribunal Constitucional Português¹⁰⁰⁶ avaliou-se argumento defensivo no sentido de que o Pretório Excelso tem considerado a constitucionalidade do nº1 do artigo 169 do Código Penal português em detrimento do preceito constitucional previsto no art. 18, nº2 da Constituição da República, operação que estaria se dando a partir de dupla operação presuntiva, ou seja, pressupondo, inicialmente, que as situações de prostituição estariam associadas a carência social elevadas e, em segundo lugar, que qualquer comportamento de fomento, favorecimento ou facilitação da prostituição comportaria uma exploração da necessidade econômica ou social do agente que se prostitui.

Segundo a maioria dos Conselheiros, entretanto, este argumento não encontraria respaldo. Isto porque haveria validade no argumento de que a ofensividade que legitima a intervenção penal, no caso no tipo previsto no nº 1 do art. 169 do Código Penal português, assenta-se na ideia de que a exploração, por terceiros, da atividade da prostituição, exprime uma interferência na esfera individual de quem se prostitui, que comporta riscos intoleráveis na sua autonomia e liberdade, que importa prevenir¹⁰⁰⁷.

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20170421.html?impressao=1>>. Acesso em: 10 jan. 2019. p.6

¹⁰⁰³ Disponível em:<<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20170694.html?impressao=1>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

¹⁰⁰⁴ Participaram deste julgamento os Conselheiros Fernando Vaz Ventura, Catarina Sarmiento e Castro, Pedro Machete, Lino Rodrigues Ribeiro e Manuel da Costa Andrade.

¹⁰⁰⁵ Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180090.html?impressao=1>. Acesso em: 08 ago. 2018.

¹⁰⁰⁶ Participaram do julgamento os Conselheiros Pedro Machete, Fernando Paz Ventura, Catarina Sarmiento e Castro, Maria Clara Sottomayor e Manuel da Costa Andrade, que apresentou voto vencido nos termos da declaração de voto junta ao Acórdão nº 641/2016.

¹⁰⁰⁷ “Ou seja, não se pressupõe que as situações de prostituição esteja necessariamente associadas a carências sociais elevadas e que qualquer comportamento de fomento, favorecimento ou facilitação da prostituição comporta uma exploração da necessidade econômica ou social do agente que se prostitui, mas antes de tais situações comportam um risco elevado e não aceitável de exploração de uma situação de carência e desproteção social, colocando em perigo a autonomia e liberdade do agente que se prostitui”. PORTUGAL, O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

Em reiteradas apreciações sobre o caso, as turmas do Tribunal Constitucional Português, ao proceder a avaliação das razões recursais que objetivavam questionar a constitucionalidade da lei em função do disposto nos artigos 1º; 18, nº2; 26, nº1; 27, nº1; 41, nº1; 47, nº1 e 58 da Constituição da República Portuguesa, reiteraram os argumentos expendidos no Acórdão nº 144/2004.

Neste sentido, tem-se concebido que o tipo previsto no art. 169, nº1 do Código Penal é constitucional porque se compreende como legítimo ao direito impor, coletivamente, valores morais que, teoricamente, amparar-se-iam no texto constitucional. A premissa teórica adotada no Acórdão nº144/2004, de matiz kantiana, acaba por impregnar a noção de bem jurídico a partir de uma concepção teleológico-metodológica, promovendo, assim, uma instrumentação política do conceito, tanto é que a justificativa final adotada pelos Conselheiros da 2ª Seção foi de que haveria legitimidade na opção de política criminal baseada numa certa percepção do dano ou do perigo de certo dano associada à violação de deveres para com outrem.

Assim, acabou por se considerar que a percepção social e histórica (teoricamente enraizada na sociedade portuguesa) vigente a respeito das situações de prostituição, relativas às quais existe um aproveitamento econômico que implicam a exploração da pessoa prostituída, atingem a dignidade humana – fundamento constitucional contido no art. 1º da Carta Constitucional portuguesa que se constituiria como o bem jurídico protegido pelo tipo, tornando-o, assim, constitucional.

Para o Tribunal Constitucional Português, como se viu, a norma hoje insculpida no art. 169, nº1 do Código Penal Português expressaria, por meios penais, a proteção contra a necessidade de se utilizar a sexualidade como modo de subsistência, proteção que seria fundada no princípio da dignidade da pessoa humana. Esta percepção tem sido compreendida como amparada pelo princípio da ofensividade, à luz de um entendimento compatível com o Estado Democrático de Direito, nos termos do qual se verificaria uma opção de política criminal baseada numa certa percepção do dano ou do perigo de certo dano associada à violação de deveres para com outrem.

Ocorre, entretanto, que muito embora se possa compreender que há legitimidade na imposição, pelo direito, de valores morais que, teoricamente amparar-se-iam no texto constitucional (compreendendo-se que esses valores morais seriam os bens jurídicos constitucionalmente tutelados), a conclusão posterior a esta premissa, assumida pela 2ª Seção do Tribunal Constitucional é equivocada.

Ora, argumentar que subjacente à norma do art. 170, nº1, está inevitavelmente uma “perspectiva fundada na História, na Cultura e nas análises sobre Sociedade, segundo a qual as situações de prostituição relativas às quais existe um aproveitamento econômico por terceiros são

situações cujo significado é o da exploração da pessoa prostituída”¹⁰¹¹ implica assumir como pressuposto para a configuração do tipo elementos para além do trecho suprimido pela lei nº 65/98, que retirou a expressão “explorando situações de abandono ou de necessidade econômica” que em todos os casos de prostituição há a exploração da pessoa prostituída.

A interpretação comezinha do fato social que é a prostituição, vigente no Tribunal Constitucional Português, hoje, pune situações nas quais a pessoa que se prostitui, no pleno exercício de sua autonomia individual, de sua liberdade sexual - presta favores sexuais a terceiros mediante contraprestação, por considerar que mesmo nestes casos, o(s) terceiro(s) atinge(m) a dignidade do prostituído. Há crime para além das situações nas quais o agente explore situações de abandono ou necessidade econômica pois, com base na percepção histórica e social assumida como verdadeira sobre a prostituição, a dignidade do prostituído é afetada em qualquer hipótese.

Esta conclusão assumida pelo Tribunal Constitucional após a adoção da premissa Kantiana a respeito da relação entre direito e moral é inidônea, eis que se afasta dos valores do Direito Penal contemporâneo, principalmente no que concerne à sua natureza fragmentária e subsidiária. Há, com a assunção deste entendimento a anulação das precitadas características, engendrando uma interpretação extensiva da norma penal contida no art. 169, nº1 do Código Penal, conferindo-lhe o âmbito mais lato possível de aplicação, ferindo a razão de ser do Direito Penal.

Compreende-se, assim, que o que está em xeque, portanto - além da péssima redação do tipo previsto no art. 169, nº1, após a mudança legislativa verificada com a lei nº 65/98, sem clara menção à questões de exploração de vulnerabilidades sociais - é a percepção que se assumiu a respeito do que é a prostituição e a sua involucação com o princípio constitucional da dignidade humana, levando a conclusão de que haveria a ofensa ao terceiro prostituído quem, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentasse, favorecesse ou facilitasse o exercício da prostituição. O problema é centrado, portanto, na estigmatização da visão que se assumiu a respeito da prostituição.

Nos casos em que não houvesse qualquer exploração de abandono ou necessidade econômica, haveria a ofensa a dignidade da pessoa prostituída? Entendemos, ao contrário do Tribunal Constitucional, que não. Não há como conceber que o tipo previsto no art. 169, nº1, da maneira como está redigido, visa a proteção da dignidade humana, pois, assim considerando, ter-se-á a afetação do Direito Constitucional à autodeterminação, mais especificamente da

¹⁰¹¹ PORTUGAL, Tribunal Constitucional. *Acórdão N° 144/2004*. Disponível em:<<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040144.html?impressao=1>>. Acesso em: 10 jan. 2019. p.5.

autodeterminação sexual da pessoa prostituída que consente que terceiro profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomenta, favoreça ou lhe facilite o exercício da prostituição¹⁰¹².

Aliás, frise-se, já se atentou para o fato de que, pela natureza fragmentária e subsidiária do Direito Penal, não é qualquer bem jurídico, ainda que constitucionalmente amparado, que merece ou necessita de tutela penal. Desse modo, compreende-se que o entendimento que o Tribunal Constitucional português assumiu do que é a prostituição, involucrando-o com a dignidade humana (fundamento do Estado Democrático de Direito e não um bem jurídico-penal), nada mais é do que confundir com um suposto padrão dominante de natureza moral a respeito deste fato social, que não encontra qualquer supedâneo constitucional.

O modelo de criminalização adotado na República Portuguesa, como se demonstrou no primeiro capítulo, é o abolicionista, descriminalizando a prostituição mas, cerceando-a a partir da criminalização de suas atividades acessórias. Consagra-se, assim, a prostituição num limbo jurídico, deixando de reconhecer que a criminalização da rede que a cerca acaba por retirar da pessoa prostituída a liberdade de consentir com o fomento, o favorecimento ou a facilitação desta prática, ainda que tais condutas envolvam a contraprestação pecuniária.

Argumentar contrariamente, considerando que a opção do legislador visa coibir riscos intoleráveis à liberdade de quem se prostitui, em função da possível exploração por parte de cafetões explícita, na realidade, um argumento sem base empírica e marcadamente moralista, afinal, conforme explica Estefam, a descriminalização retiraria a atividade do subterrâneo jurídico e

¹⁰¹² Relevante destacar que Antunes, ao apreciar doutrinariamente a problemática aqui exposta, afirmou que: “O entendimento de que não merece censura constitucional a norma que incrimine o fomento, favorecimento ou facilitação do exercício da prostituição de pessoa livre e autodeterminada, na formulação do Acórdão nº 294/2004, radicando a norma do lenocínio ‘na proteção por meios penais contra a necessidade de utilizar a sexualidade como forma de subsistência, proteção diretamente fundada no princípio da dignidade da pessoa humana’, na afirmação do Acórdão nº 144/2004, já foi questionado à luz do princípio constitucional do ‘direito penal do bem jurídico’. Tendo o legislador eliminado a exigência de que o favorecimento da prostituição se ligasse à ‘exploração de situações de abandono ou de necessidade econômica’, eliminou a referência do comportamento ao bem jurídico da liberdade e da autodeterminação sexual, tornando-se infiel ao princípio do direito penal do bem jurídico. Por outro lado, o princípio da dignidade da pessoa humana não deve ser invocado como “princípio prescritivo dotado de um conteúdo fixo, imutável e apto à subsunção e como tal imediatamente aplicável a concretas situações de vida. Não é essa a natureza do princípio, como não é essa a função de que surge investido em matéria penal; antes sim, a de se erguer como um veto inultrapassável a qualquer atividade do Estado que não respeite aquela dignidade e, deste modo, antes que como fundamento, como limite absoluto da intervenção estadual”. ANTUNES, Maria João. A problemática penal e o Tribunal Constitucional. In: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Vol. 1. Responsabilidade: entre Passado e Futuro. Orgs. Fernando Alves Correia, Jónatas E. M. Machado, João Carlos Loureiro. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 107.

imporia a todos que a exercessem o fizessem segundo padrões normativos, outorgando direito mas exigindo deveres¹⁰¹³.

Outrossim, destaca-se, de acordo com o precitado autor, que boa parte das pessoas que se prostituem o fazem sem a existência de um rufião por trás, de modo que a legalização poderia trazer benefícios com o agenciamento de profissionais menos expostos às ruas. Assim, uma pessoa maior de idade, de maneira livre e consentida, sem qualquer fraude, grave ameaça ou violência que exerça a prostituição mediante o fomento, favorecimento ou facilitação de terceiro (profissionalmente ou com intenção lucrativa) não tem sua dignidade ou sua liberdade sexual violada. É este o cerne da questão.

Não se pode argumentar que o Lenocínio, da forma como se encontra hoje redigido no art. 169, nº1 do Código Penal português, sem qualquer ressalva à exploração das vítimas em situação de vulnerabilidade social, visa a proteção da dignidade humana, pois assim afirmando está-se implicitamente atestando-se que a prostituição, em qualquer situação que assuma, é indigna, conclusão evidentemente nefasta por afetar a autodeterminação sexual individual, garantida no artigo 18, nº1 da Constituição Portuguesa. Portanto considera-se que, na forma como se encontra atualmente redigido, não há bem jurídico constitucionalmente protegido no art. 169, nº1 do Código Penal português.

No mesmo sentido sustenta Lopes, para quem a alteração ocorrida, “parece reforçar a opinião de que é a prostituição o alvo único do tipo de crime, não sendo por isso muito nítida a natureza do bem jurídico que se pretende proteger¹⁰¹⁴, nomeadamente no seu nº 1”¹⁰¹⁵. Por outro lado, acrescenta o referido doutrinador que não está em causa qualquer bem jurídico que tutele

¹⁰¹³ ESTEFAM, André. *Crimes Sexuais – comentários à lei nº 12.015/09*. São Paulo: Saraiva, 2009. pp. 190-191.

¹⁰¹⁴ “Sobre a problemática que representa a manutenção do nº1 do artigo 169 do CPP, José Mouraz Lopes acrescenta que “não é possível hoje omitir a constatação de uma realidade que suscita, naturalmente, problemas éticos, não tem que ser necessariamente objeto de aceitação individual, mas não pode, de todo, continuar a ser vista e juridicamente tratada como marginal e sobretudo criminalizada. Porque socialmente também não é assim encarada. Importará, na interpretação do tipo de crime não perder de vista o sentido de que valerá no que respeita ao direito penal a defesa de um modelo interpretativo baseado na ideia de força da legalidade, que absorva, sem perversão, o sentir e o pensar da contemporaneidade, como refere Faria Costa. Ou seja, a manutenção do tipo de crime tipificado no artigo 169, nº 1, agora reforçado com a eliminação da referência a atos sexuais de relevo, continua por isso a suscitar as mesmas reservas de compatibilização constitucional, tendo em conta o disposto no artigo 18, nº 2 da CRP”. LOPES, José Mouraz. *Os Crimes Contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual no Código Penal*. 4. ed. Coimbra – Portugal: Coimbra Editora, 2008. p. 90.

¹⁰¹⁵ LOPES, José Mouraz. *Os Crimes Contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual no Código Penal*. 4ªEd. Coimbra – Portugal: Coimbra Editora, 2008. p. 86.

liberdade e autodeterminação sexual, pois, “nesse sentido tendo presente o disposto no artigo 18 da Constituição da República Portuguesa, parecem mais sustentadas as dúvidas sobre a compatibilização constitucional do tipo de crime em causa”.¹⁰¹⁶

Outrossim, quando trata das referidas decisões do Tribunal Constitucional a respeito da constitucionalidade do Lenocínio, Figueiredo Dias argumenta que a corte maior não assumiu até os dias atuais, “uma posição clara sobre a inconstitucionalidade de todas as incriminações das quais não se possa, com razoável segurança, afirmar que elas se destinam à proteção de um bem jurídico-penal”¹⁰¹⁷.

Questionou o doutrinador, inclusive, em que medida esta incriminação não afeta a própria dignidade de quem, autonomamente, elige a prostituição como meio de vida, implicando que o referido princípio “não deva constituir fundamento de validade constitucional de uma incriminação como a constante no atual artigo 169, n°1, mas possa pelo contrário, ao menos em certas circunstâncias, ser legitimamente invocado como fundamento de sua inconstitucionalidade”¹⁰¹⁸.

Não restam dúvidas que o crime previsto no art. 169, n°1 vai de encontro aos desígnios do Direito Penal Sexual, que, amparado pela natureza subsidiário-fragmentária e fundado no Princípio da Intervenção Mínima, visa apenas a punição das condutas sexuais que mais gravemente atentem contra a liberdade pessoal do indivíduo, vale ressaltar, a sua liberdade sexual, ou autodeterminação

¹⁰¹⁶ LOPES, José Mouraz. *Os Crimes Contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual no Código Penal*. 4ªEd. Coimbra – Portugal: Coimbra Editora, 2008. p. 86.

¹⁰¹⁷ “Dir-se-á ter sido outra, no entanto, a via de argumentação e de avaliação da constitucionalidade da norma em apreço no arresto em referência. Nele se lê, com efeito: ‘A intervenção do Direito Penal neste domínio (no da exploração e favorecimento da prostituição) tem (...) um significado diferente de uma mera tutela jurídica de uma perspectiva moral, sem correspondência necessária com valores essenciais do direito e com as suas finalidades específicas num Estado de direito. O significado que é assumido pelo legislador penal é, antes o da proteção da liberdade e de uma autonomia para a dignidade das pessoas que se prostituem’. E conclui: ‘o entendimento subjacente à lei radica, em suma, na proteção por meios penais contra a necessidade de utilizar a sexualidade como modo de subsistência, proteção diretamente fundada no princípio da dignidade da pessoa humana. (...). No contexto que aqui se revela: o apelo imediato à dignidade da pessoa não constitui um bem jurídico penalmente relevante, antes é, numa certa acepção, muito mais que isso, a saber, a mais importante proposição (ou imposição final) ideológica que preside a um Estado de Direito. Proposição que pode e deve – isso sim – concretizar-se no modo fragmentário e lacunoso próprio da tutela penal, em concretos bens jurídicos, como o é, precisamente, a liberdade e autodeterminação sexual’”. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: parte geral*. Tomo I. 2.ed. Coimbra - Portugal: Coimbra Editora, 2012. p. 126.

¹⁰¹⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O Direito Penal do Bem jurídico como Princípio Jurídico Constitucional (à luz da jurisprudência constitucional portuguesa). In: *Revista de Legislação e Jurisprudência*. Coimbra, mai-jun, 2016. Pp. 34-35.

sexual, justamente porque busca garantir a maior liberdade possível nos comportamentos sexuais entre os seres humanos.

Assim, não há como se considerar que o tipo, da maneira como se encontra redigido, esteja a proteger a dignidade humana de quem se prostitui contra ação de terceiros. É mais razoável e justo punir terceiros que, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentem, favoreçam ou facilitem o exercício por outra pessoa de prostituição, quando quem se prostitui consente autônoma e desembaraçadamente com esta conduta ou, por outro lado, promover uma política pública de respeito às opções de vida e as diversas formas de expressão da sexualidade humana?

A opção vigente, hoje, na República Portuguesa, ao contrário do entendimento assumido no Acórdão n° 144/2004 e reproduzido até hoje, atinge em cheio a dignidade da pessoa humana, pela ofensa ao direito de liberdade sexual, de quem, discricionariamente, elige a prostituição forma de expressão de sua sexualidade. Necessário se faz reestruturar as premissas utilizadas para se compreender a questão, valorizando o caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal e do bem jurídico neste âmbito, afastando, também a moralidade da apreciação da prostituição enquanto fato social, compreendendo-a em toda a sua complexidade.

6.2 A ausência de bem jurídico-penal nos crimes previstos nos artigos 227 a 230 do Código Penal brasileiro, em sua modalidade simples

Como já foi afirmado anteriormente, o legislador penal utiliza a palavra Lenocínio, no Código Penal brasileiro, para tratar dos crimes de “Mediação para servir a lascívia de outrem”, “Favorecimento da prostituição”, “Casa de Prostituição” e o “Rufianismo”, delitos estes expressos nos artigos 227 a 230 da precitada lei complementar.

Uma leitura dos dispositivos referidos revela a urgente necessidade de repensá-los, com inevitáveis modificações legislativas ou mesmo a descriminalização desses comportamentos, por afronta à Constituição Federal de 1988. Em profundidade, as modificações ocorridas no Direito Penal Sexual, com sensíveis avanços na legislação brasileira, não foram suficientes para afastar, de maneira definitiva, alguns artigos do Código Penal, de modo que hoje, não se pode negar, existe uma imperturbável sombra da moralidade envolvendo os crimes de “Mediação para servir a lascívia de outrem”, “Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual”, “Casa de Prostituição” e “Rufianismo”.

Aliás, a manutenção do Capítulo V do Título VI do Código Penal brasileiro, intitulado “Do Lenocínio e do Tráfico de Pessoas para fins de prostituição ou outra forma de exploração sexual” é prova que não se alcançou o exato sentido de um Direito Penal sem influência da moralidade, razão que leva Silveira a argumentar que toda a construção sociológica, histórica e legal leva, inexoravelmente, à conclusão de sua modificação, pois, de “forma alguma aceita-se que construções fundadas sobre um moralismo judaico-cristão venham, em pleno século XXI, a ditar os contornos criminalizantes de situações ligadas ao sexo”¹⁰¹⁹. Assim, reafirma-se que deve ser afastado qualquer conteúdo moral presente no Direito Penal Sexual, situação que se extrai dos quatro tipos precitados.

Neste sentido, no que concerne ao crime previsto no artigo 227 do Código Penal brasileiro, intitulado “Mediação para servir a lascívia de outrem”, pode-se constatar, inicialmente, que sua inclusão e hodierna permanência no capítulo referente aos crimes de Lenocínio é fruto de uma ideologia que perpassa o período em que o Código Penal brasileiro foi elaborado, nos anos 1940 do século XX, buscando tutelar valores alheios ao Direito Penal democrático, tanto é que já se encontrava, com a mesma redação, dentro do título denominado “Dos crimes contra os costumes”.

Este tipo, muito embora inserido no capítulo dos delitos de Lenocínio, distingue-se dos demais por não apresentar qualquer vinculação com atos relativos à prostituição¹⁰²⁰. Em sua forma simples, busca punir com uma reprimenda de reclusão de um a três anos o agente que induz alguém a satisfazer a lascívia de outrem, de modo a explicitar que a conduta punível não se reveste de violência ou grave ameaça ou qualquer outro motivo que implique na coação de terceiro (a vítima) a fim de que este venha a satisfazer a lascívia de outrem.

Questiona-se, neste âmbito, em que medida a vítima encontra-se tolhida em sua liberdade de autodeterminação sexual se o agente lhe induz a satisfazer a lascívia de outrem, uma vez que sua vontade continua preservada e seu comportamento é espontâneo no momento da prática do ato lascivo com outrem... A ação incriminada não lesiona, em nenhuma hipótese, incluído o dissenso e o consentimento da vítima, a sua autodeterminação no plano sexual¹⁰²¹.

De acordo com alguns doutrinadores, a exemplo de Copetti, houve, neste tipo, a afronta ao postulado da taxatividade, pois o legislador inseriu neste crime um termo de larga indeterminação: lascívia. Essa amplitude do termo conduz inevitavelmente ao aumento do poder discricionário do juiz no momento da adequação típica. Além do mais, faz surgir uma incerteza quanto aos limites

¹⁰¹⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes Sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual* – São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 360.

¹⁰²⁰ SILVA, Tadeu Antônio Dix. *Crimes Sexuais: reflexões sobre a Nova Lei nº 11.106/2005*. Lame: J.H. Mizuno, 2006. p. 270

¹⁰²¹ SILVA, Tadeu Antônio Dix. *Crimes Sexuais: reflexões sobre a Nova Lei nº 11.106/2005*. Lame: J.H. Mizuno, 2006. p. 270.

do punível, evidenciando completo distanciamento da necessária segurança jurídica fornecida pelos tipos penais propriamente fechados¹⁰²².

A doutrina tem feito reiteradas críticas a manutenção deste artigo no Código Penal brasileiro, pois, não está clara, hodiernamente, a intenção do legislador à luz das diretrizes do Direito Penal moderno no que concerne à fragmentariedade e subsidiariedade. Não resta preciso, ainda, qual bem jurídico tutelado pelo crime de “Mediação para servir a lascívia de outrem”, mormente quando se aprecia este delito diante da alteração advinda com a lei nº 12.015/2009 que alterou a nomenclatura do Título VI para “Dos crimes contra a dignidade sexual”, substituindo o termo “Dos crimes contra os costumes”.

Haveria lesão à dignidade da pessoa humana o fato de alguém induzir terceiro a satisfazer a lascívia de outrem? A liberdade sexual? Aliás, o crime previsto no art. 227 do Código Penal brasileiro visa proteger que bem jurídico-penal? Como já foi expresso, a doutrina brasileira não tem demonstrado consenso sobre o bem jurídico que este tipo penal protege. Para Greco, seria a moral sexual e, num sentido mais abrangente, a dignidade humana¹⁰²³. Para Jesus, é protegida a disciplina da vida sexual, de acordo com os bons costumes, a moralidade pública e a organização da família¹⁰²⁴. Já para Bittencourt, é a moralidade pública sexual¹⁰²⁵. Com a devida vênia, todos parecem não constatar o óbvio: não existe bem jurídico com dignidade penal protegido neste delito, em sua forma simples, pois está a se proteger valores morais não amparados constitucionalmente.

Ora, considerado o “dever de respeito” advindo da dignidade humana, há, não restam dúvidas, aparente conclusão de que o tipo previsto no art. 227 do Código Penal visaria a proteção deste princípio, fundamento do Estado brasileiro. Ocorre que punir a ação de induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem não protege a dignidade humana. Mesmo que houvesse, expressamente, no tipo brasileiro, trecho semelhante ao que foi subtraído do art. 169, nº1 do Código Penal português com a lei nº 65/98, “explorando situações de abandono ou de necessidade econômica”, implicando condição elementar para a configuração do crime, o que se violaria com a prática do delito seria a autonomia de vontade da vítima. A sua liberdade de autodeterminação sexual que se encontraria cerceada pela vulnerabilidade social em que se encontraria.

A dignidade humana é, portanto, um fundamento anterior de algo mais tangível, a liberdade de autodeterminação sexual, espécie da liberdade considerada apenas no Capítulo I do Título VI

¹⁰²² COPETTI, André. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*. Porto alegre. Livraria do advogado, 2000, p. 182-3.

¹⁰²³ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Parte especial, volume III, 12ª edição. Rio de Janeiro, IMPETUS, 2015. p. 596.

¹⁰²⁴ JESUS, Damásio de. *Código Penal Anotado*. 21ª Ed. São Paulo - Brasil: Saraiva, 2012. p. 908.

¹⁰²⁵ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Vol. 04. 3. Ed. São Paulo - Brasil: Saraiva, 2008. p.59.

do Código Penal brasileiro: “Dos crimes contra a liberdade sexual”. Este é um aspecto relevante e aqui se reafirma o entendimento de Natscheradets no sentido de que, de fato, é na Constituição que o legislador penal deve encontrar os fundamentos (os bens jurídicos) para a criação dos tipos¹⁰²⁶, mas frise-se, tipos com dignidade penal¹⁰²⁷, termo que, para Silva, implica na criminalização de condutas que efetivamente lesem bens jurídicos, ou que sejam socialmente danosas¹⁰²⁸.

Isto implica dizer, com base em Silva, que para que exista intervenção penal é necessário a ocorrência de um dano social¹⁰²⁹, situação que não se observa no caso do agente que induz alguém a satisfazer a lascívia de outrem, pois esta conduta não lesiona a liberdade de autodeterminação sexual da suposta vítima. O Direito Penal Sexual, como já afirmado, tem como objetivo garantir a maior liberdade possível nos comportamentos sexuais, de modo que apenas as condutas que mais gravemente atentem contra a liberdade pessoal do indivíduo, vale ressaltar, a sua liberdade de autodeterminação sexual, são passíveis de incriminação.

A liberdade individual possui dignidade constitucional na República Federativa do Brasil¹⁰³⁰, de modo que a sua tutela representa um pressuposto necessário para a convivência social,

¹⁰²⁶ NATSCHERADETS, Karl Prehaz. *O Direito Penal Sexual*. Coimbra – Portugal: Almedina, 1985. p. 113.

¹⁰²⁷ “Segundo entendimento praticamente unânime, só assumem dignidade penal as condutas que lesem bens jurídicos ou, noutros termos que sejam socialmente danosas. Segundo, por exemplo, a sugestiva formulação de MORRIS e HAWKINS, por exemplo, “ a função primordial do direito criminal é proteger as pessoas e os bens (...). Sempre que o direito criminal invada as esferas da moralidade ou do bem-estar social, ultrapassa os seus próprios limites em detrimento das suas tarefas primordiais (...). Pelo menos do ponto de vista do direito criminal, a todos os homens assiste o inalienável direito de irem para o inferno à sua própria maneira, contanto que não lesem diretamente a pessoa ou a propriedade alheias”. O conceito de dignidade penal implica, assim, um princípio de imanência social e um princípio de consenso. O primeiro significa que não deve assegurar-se através das sanções criminais a prossecução de finalidades socialmente transcendentais, designadamente moralistas ou ideológicas. O segundo, por seu turno, postula a redução do direito criminal ao núcleo irredutível – se bem que historicamente variável – dos valores ou interesses que contam com o apoio generalizado da comunidade. Hoje aceita-se como um axioma a tese já adiantada por S. Tomás, posteriormente assumida por STUART MILL e, já mais próximo de nos, pelo Wolfenden Report e por HART, de que é ilegítimo criminalizar por razões exclusivamente moralistas”. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da. *Criminologia – o homem delincente e a sociedade criminógena*. Coimbra Editora, 1ª edição (reimpressão), fevereiro de 2013. p. 405-6.

¹⁰²⁸ SILVA, Tadeu Antônio Dix. *Crimes Sexuais: reflexões sobre a Nova Lei nº 11.106/2005*. Lame: J.H. Mizuno, 2006. p. 270.

¹⁰²⁹ SILVA, Tadeu Antônio Dix. *Crimes Sexuais: reflexões sobre a Nova Lei nº 11.106/2005*. Lame: J.H. Mizuno, 2006. p. 270.

¹⁰³⁰ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

nas várias facetas e nos múltiplos domínios em que a liberdade individual se manifeste, dentre os quais, o sexual. Não é possível, neste sentido, conceber que aquele que, autonomamente, consente ou não, em satisfazer a lascívia de outrem sugerido pelo agente do crime previsto no art. 227 do Código Penal brasileiro, tenha a sua dignidade atingida.

O cerne da incriminação deveria ser, quiçá, resguardar a vítima em situações de vulnerabilidade social, mas da forma como o crime de “Mediação para servir a lascívia de outrem” encontra-se redigido, só se pode concluir que não possui bem jurídico com dignidade penal e fundamento constitucional a ampará-lo. Este delito, em profundidade, não oferece qualquer risco à convivência social numa sociedade tolerante e pluralista. Visa apenas resguardar percepção de moralidade no trato pessoal completamente disfuncional e alheio aos ditames do hodierno Direito Penal Sexual e do Estado Democrático de Direito que é a República Federativa do Brasil.

Segundo Bitencourt, “o falso moralismo impediu o legislador contemporâneo de excluir do ordenamento jurídico brasileiro um tipo penal completamente superado e absolutamente desacreditado, em razão de sua (praticamente) inaplicabilidade ao longo de quase sete décadas”¹⁰³¹. Afirma também que, contraditoriamente, para um legislador que pretende proteger a liberdade sexual individual, que é a finalidade que esse texto se atribui (lei nº 12.015/09), o tipo, criminaliza, ao mesmo tempo, o exercício dessa liberdade¹⁰³². Com efeito, “tratando-se de prostituição entre adultos, sem violência ou grave ameaça, temos dificuldade em aceitar que o legislador infraconstitucional tenha legitimidade para criminalizar exatamente o exercício livre da sexualidade de cada um”¹⁰³³.

Nucci, por outro lado, critica o delito afirmando que o tipo previsto no art. 227 do Código Penal fere o princípio da intervenção mínima, pois a sua prática não tem o condão de lesar o bem jurídico tutelado (dignidade sexual). Incentivar um adulto a ter relação sexual com outro não significa nada em matéria de prejuízo para quaisquer das partes envolvidas. Logicamente, a única forma que seria viável de se proteger penalmente diria respeito ao emprego da violência, grave ameaça ou fraude; porém nesse caso, já não seria mera mediação, passando-se à esfera de estupro¹⁰³⁴.

e à propriedade, nos termos seguintes”. BRASIL, Planalto. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 10 jan. 2019.

¹⁰³¹ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Código Penal comentado*. 7ª edição, Editora Saraiva, 2012. p 986.

¹⁰³² BITENCOURT, Cesar Roberto. *Código Penal comentado*. 7ª edição, Editora Saraiva, 2012. p 986.

¹⁰³³ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Código Penal comentado*. 7ª edição, Editora Saraiva, 2012. p 986.

¹⁰³⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 15º edição. Rio de Janeiro, Forense, 2015. p. 1123.

Embora não tenha atentado para a ausência de bem jurídico constitucionalmente amparado pelo crime de “Mediação para servir a lascívia de outrem”, Nucci afirma não conseguir “registrar qual seria o bem jurídico de relevo, lesado por referida conduta. Aliás, nem mesmo nos padrões mais castos da moralidade sexual, a mera sugestão de provocar a volúpia alheia poderia ser considerada crime”.¹⁰³⁵ A incriminação do artigo 227 não visa a tutela da liberdade de expressão da pessoa, mas valores ético-sociais.

Acrescenta o doutrinador que, com a manutenção desse tipo no Código Penal brasileiro está se fechando os olhos para a realidade, “pois basta consultar as inúmeras ofertas de sexo feitas pelos mais variados meios de comunicação de massa do país para verificar o excessivo número de pessoas que estão, dia após dia, induzindo outras à satisfação da lascívia alheia.”¹⁰³⁶

Franco também defende a descriminalização do crime de “Mediação para servir a lascívia de outrem”, argumentando que “a incriminação do artigo 227 não visa a tutela da liberdade de expressão sexual da pessoa, mas valores ético-sociais”¹⁰³⁷. De acordo com o precitado autor, ainda, “o conceito de dignidade penal, acolhido hoje de forma quase unânime no mundo jurídico-penal integrante do nosso entorno cultural implica que só devem ser incriminadas condutas que lesem bens jurídicos, ou, noutros termos, condutas que sejam socialmente danosas.”¹⁰³⁸

Jorio, ao escrever sobre os crimes sexuais, inclusive, negou-se a tratar do Lenocínio por considerar que o referido tipo penal é um tipo imprestável, incapaz de ser legitimamente aplicável, isto porque o que se pretende proteger, é um moralismo que ainda que fosse dominante, jamais poderia constituir um objeto jurídico idôneo¹⁰³⁹. Em profundidade a ausência de amparo constitucional do dispositivo que protege apenas valores transpessoais (morais) encontra razão de ser na natureza fragmentária e subsidiária do Direito Penal Sexual, bem como nas diretrizes perfiladas pelo princípio da intervenção mínima, não havendo como se sustentar que o tipo previsto no art. 227 do Código Penal protege, em qualquer medida, a dignidade da pessoa humana.

Entendimento semelhante assume-se, nesta tese de doutoramento, em relação ao delito previsto no artigo 228 do Código Penal brasileiro, intitulado “Favorecimento da prostituição ou

¹⁰³⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual*. 4ª edição. Revista dos Tribunais, São Paulo. 2013. p. 171.

¹⁰³⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 15 edição. Rio de Janeiro, Forense, 2015. p. 1124.

¹⁰³⁷ FRANCO, Alberto Silva *et al.* *Código Penal e sua interpretação – Doutrina e jurisprudência*. 8º. ed. São Paulo - Brasil: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1117.

¹⁰³⁸ FRANCO, Alberto Silva *et al.* *Código Penal e sua interpretação – Doutrina e jurisprudência*. 8º. ed. São Paulo - Brasil: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1117.

¹⁰³⁹ JORIO, Israel Domingos. *Crimes Sexuais*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2018. p. 307.

outra forma de exploração sexual”, delito que pune o agente que nele incorre, cominando-lhe uma pena de reclusão de dois a cinco anos e multa.

A diferença deste crime em relação à “Mediação para servir a lascívia de outrem” refere-se ao fato de que no “Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual” o agente “induz” ou “atrai” alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual ou a “facilita”, ou ainda “impede” ou “dificulta” que alguém abandone estas práticas. A influência de valores morais no tipo em apreço é perceptível no trecho que equipara os conceitos de “prostituição ou outra forma de exploração sexual”, bem como nos núcleos do tipo.

Ora, já se pontuou anteriormente que não há definição legal para quaisquer destes conceitos, de modo que é a doutrina e a jurisprudência que têm trabalhado na definição de “prostituição” e de “exploração sexual”, buscando fornecer alguma segurança jurídica para o tipo previsto no art. 228 do Código Penal brasileiro.

Neste âmbito, como ressaltado, Mirabete afirma que a “exploração sexual” deve ser compreendida como ato ou efeito de explorar, que tem, entre outros, o sentido de tirar proveito, beneficiar-se, extrair lucro ou compensação material de uma situação ou de alguém. Assim, “explorar sexualmente” alguém implicaria tirar proveito, beneficiar-se ou extrair lucro ou compensação material de sua sexualidade¹⁰⁴⁰.

Sem embargo, ainda que se considere o fato de que, em alguns setores existam práticas exploratórias da sexualidade humana, em especial de pessoas prostituídas, a ausência de menção de trecho que implique a “vulnerabilidade social” da vítima demonstra que a generalização observada no *caput* do tipo é contraproducente, isto porque invade campo exclusivamente moral, conforme atesta Nucci, de modo que se compreende, extensivamente, que a prostituição é uma forma de exploração sexual, indigna, cabendo ao Estado reprimi-la por via indireta, através da incriminação de terceiros que “induzam” ou “atraiam” alguém para esta prática, de terceiros que “facilitem”, ou de quem “impeça” ou “dificulte” que a pessoa prostituída deixe a prática¹⁰⁴¹.

Considerando-se o postulado da subsidiariedade do Direito Penal, questiona-se, por conseguinte, se a repressão criminal é a forma mais conveniente de resguardar pessoas que, a partir de sua liberdade de pensamento e consentindo com a prática, é induzida e atraída para a prostituição, ou tem este caminho facilitado, ou, ainda, é impedida ou se vê em dificuldades para deixar a prostituição. Este delito, em profundidade, não oferece qualquer risco à convivência social numa sociedade tolerante e pluralista. Visa apenas resguardar percepção de moralidade no trato

¹⁰⁴⁰ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. volume II, 30ª edição, Editora Atlas, 2013. p. 1565.

¹⁰⁴¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Prostituição, lenocínio e tráfico de pessoas: aspectos constitucionais e penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 92.

pessoal, incumbência completamente disfuncional e alheia aos ditames do hodierno Direito Penal Sexual e do Estado Democrático de Direito.

Apesar da prostituição ser tratada por muitos como uma conduta imoral, este pensamento não encontra abrigo no mundo do direito, conforme explica Nucci, principalmente quando há uma ordem constitucional que protege a liberdade individual, a vida privada e a intimidade¹⁰⁴². Neste sentido, segundo o precitado doutrinador, parece ter chegado o momento de se partir para um posicionamento condizente com o Estado Democrático de Direito, distanciando-se das posturas calcadas em contestável critério moral, em harmonia com os delineamentos do Direito Penal Sexual contemporâneo¹⁰⁴³.

Jorio, ao refletir sobre o delito previsto no art. 228 do Código Penal brasileiro expressa contundente e assertivamente que o tipo não tem razão de existir. Isto porque, embora se refira à prostituição, prática a respeito da qual provavelmente ainda prevalece uma opinião majoritária no sentido da imoralidade, ela não é crime¹⁰⁴⁴. Neste sentido, não há como conceber que induzir alguém a praticar um fato atípico possa ser um crime, de modo que somente se poderia aceitar tal incriminação em relação a pessoas vulneráveis - hipótese já prevista pelo art. 218-B do Código Penal brasileiro¹⁰⁴⁵.

Mais uma vez, depara-se com a tutela dos valores ético-sociais no crime previsto no art. 228 do Código Penal brasileiro. Em profundidade, o direito está a proteger, nesta infração, o conjunto dual integrado pela moralidade pública e pelos bons costumes. Desse modo, inexoravelmente, “estamos diante de uma figura incriminando conduta realizada sem violência ou grave ameaça, o que leva mais uma vez à constatação de se estar diante de uma prática, por parte da vítima, o exercício de sua autodeterminação sexual”¹⁰⁴⁶.

Observa-se que nas modalidades induzir e atrair, a vítima encontra-se na prostituição porque “foi sugestionada para tanto, e veio a acatar, espontaneamente, a oferta realizada pelo agente. Na forma impedir, existe a hipótese de se afigurar uma determinada insatisfação, em caso

¹⁰⁴² “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. BRASIL, Planalto. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 jan. 2019.

¹⁰⁴³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual*. 4ª edição. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2013. Pp. 175-176.

¹⁰⁴⁴ JORIO, Israel Domingos. *Crimes Sexuais*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2018. p. 307.

¹⁰⁴⁵ JORIO, Israel Domingos. *Crimes Sexuais*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2018. p. 307.

¹⁰⁴⁶ SILVA, Tadeu Antônio Dix. *Crimes Sexuais: reflexões sobre a Nova Lei nº 11.106/2005*. Lame: J.H. Mizuno, 2006. p. 285.

de efetivamente vir a ser impedida de abandonar a prostituição”¹⁰⁴⁷. Na modalidade facilitar o sentido se apresenta como significação de o agente vir a prestar auxílio à pessoa que se prostitui. Como a pessoa que facilita não está participando ou cooperando com uma atividade ilegal, nem criminosa, que é a prostituição, não poderíamos, portanto, falar em crime se não existisse o tipo penal previsto no artigo 228 do Código Penal.

Na perspectiva que se salientou, o delito tipificado no artigo 228 configura, ainda, um crime sem vítima. A pessoa que induz ou atrai alguém a se prostituir, facilita o seu exercício ou impede o seu abandono, sem que se utilize de violência grave ameaça ou mesmo fraude, não está ‘pressionando’ aquela pessoa a se prostituir, ou mesmo a abandonar essa modalidade. O que leva ao entendimento da desnecessidade da proteção penal em tais casos, e, conseqüente, à descriminalização da conduta¹⁰⁴⁸.

A tutela penal não recai sobre a liberdade sexual da pessoa levada às situações aludidas, mas a um bem jurídico transpessoal, que encerra nítida acepção moral – os bons costumes e a moralidade pública, os quais não cabe ao Direito Penal defender¹⁰⁴⁹. Afastada a violência ou a grave ameaça, que já consta na forma qualificada descrita no §2º do tipo, não existe razão plausível para o Estado interferir na liberdade de autodeterminação sexual da pessoa que exerce a prostituição mediante a criminalização da conduta de terceiros, mesmo em situações nas quais a prática dos

¹⁰⁴⁷ SILVA, Tadeu Antônio Dix. *Crimes Sexuais: reflexões sobre a Nova Lei nº 11.106/2005*. Lame: J.H. Mizuno, 2006. p. 285

¹⁰⁴⁸ “É importante destacar que a compreensão que divisa a questão de a pessoa prostituir-se como decorrência de problemas que seriam única e exclusivamente de exclusão social, de violência ou de punição, pode chocar-se com a realidade. Existem homens e mulheres que se prostituem como opção, buscando os meios necessários à sua subsistência ou mesmo alcançar um nível de vida que não conseguiriam atingir por outros meios, ou, ainda, por mera faculdade de escolha – indivíduos que preferem exercer a prostituição a trabalhar convencionalmente. Ignorar esses dados fatídicos é fechar os olhos para as pessoas que participam da prostituição a partir dessa dimensão, de forma voluntária, à qual o indivíduo adere livremente para conquistar alguma vantagem de cunho material. Isto significa reafirmar que qualquer ser humano pode exercitar a sua liberdade individual e a sua própria sexualidade, sem que tenha que recorrer ao imaginário da sociedade de que está sendo vítima de uma privação social causado pelo abuso praticado por aqueles que o explora, e compram os seus serviços sexuais. Para afastar tais conceitos moralizantes, consubstanciados na discriminação e no estigma das pessoas que aderem à prostituição voluntariamente, é necessário confrontar as bases da segregação e da marca infame que permeia a temática da prostituição e que afetam diretamente aqueles que vivem dela”. SILVA, Tadeu Antônio Dix. *Crimes Sexuais: reflexões sobre a Nova Lei nº 11.106/2005*. Lame: J.H. Mizuno, 2006. p. 288.

¹⁰⁴⁹ SILVA, Tadeu Antônio Dix. *Crimes Sexuais: reflexões sobre a Nova Lei nº 11.106/2005*. Lame: J.H. Mizuno, 2006. p. 287-8.

núcleos descritos no *caput* do art. 228 do Código Penal tenham por fim o lucro do agente, como qualifica o parágrafo 3º.

Não se deve permitir que uma suposta moralidade, desgastada pela passagem do tempo - no qual o comércio carnal é anunciado em jornais de grande circulação, em sítios eletrônicos da internet, vendendo-se sexo e pornografia como mercadoria comum, sem espanto, nem alarde - sirva de supedâneo para a criminalização de condutas, em completa dissociação com os ditames constitucionais. Insistir para que o Direito Penal continue a cuidar de comportamentos dessa natureza, é, de fato, um grande equívoco.

Não se divisa, ainda, bem jurídico com dignidade penal e amparado constitucionalmente no crime de “Casa de Prostituição”, previsto no art. 229 do Código Penal brasileiro. Como já foi afirmado, este tipo pune o agente que mantém, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja ou não intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou do gerente, cominando-lhe uma pena de reclusão de dois a cinco anos, e multa.

O objeto de proteção deste crime são, inequivocamente, os bons costumes e a moralidade pública, afirmação que se deduz, também, pela vaga referência de evitar o incremento à prostituição constante na nomenclatura do tipo. A questão que se coloca, então, é se cabe ao Direito Penal, em um Estado Social e Democrático de Direito, resguardar valores dessa índole, ou seja, abrigar padrões ético-sociais como os aludidos. Definitivamente, conforme assevera Franco, não integra a missão do Direito Penal a proteção de valores morais, por afetarem tão só e exclusivamente ao foro interno da consciência individual¹⁰⁵⁰. A manutenção deste tipo penal representa uma ofensa à subsidiariedade do Direito Penal. Como argumenta Nucci, em um Estado Democrático de Direito procura-se utilizar o Direito Penal apenas na defesa dos bens mais relevantes. O Direito Penal intervindo e regulando a vida de todos é incompatível com a dignidade da pessoa humana – bem jurídico que o tipo, aparentemente, visa resguardar¹⁰⁵¹.

Não é possível que até nos dias atuais ainda se busque proteger os bons costumes sem conseguir definir quais seriam esses bons costumes. A prostituição é um fato penalmente irrelevante. O estabelecimento que abriga a prostituição nada mais faz do que ajudar essas pessoas. Não existe ofensa a qualquer bem jurídico merecedor de tutela penal. Por isso, com esta incriminação, a intervenção mínima é desrespeitada. Punir o rufião, explorador de prostitutas, quando este se utiliza de violência ou grave ameaça é necessário e até aconselhável, todavia, prever a punição para quem auxiliar a prostituição de modo pacífico e até consensual, torna-se

¹⁰⁵⁰ FRANCO, Alberto Silva *et al.* *Código Penal e sua interpretação – Doutrina e jurisprudência*. 8ª Ed. São Paulo - Brasil: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1131.

¹⁰⁵¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 15 edição. Rio de Janeiro, Forense. 2015. p. 1134.

inconcebível¹⁰⁵². O exercício da prostituição é uma atividade lícita, permitida e aceita pela sociedade desprovida do manto da hipocrisia. Como a liberdade de autodeterminação sexual é um direito de todos, e a prostituição não só não é crime como é, também, lícita, a sua proteção penal dirige-se a um bem jurídico disponível. Bitencourt, neste sentido, argumenta sobre o problema do consentimento nesta espécie de delito, lembrando que para exercerem a prostituição as prostitutas consentem, livremente em praticá-la em locais adequados, como são as denominadas casas de prostituição ou, atualmente, os estabelecimentos de exploração sexual¹⁰⁵³.

Hodiernamente, com esta incriminação, a conduta dos proprietários ou responsáveis por estes estabelecimentos pode encontrar plena tipicidade (muito embora sem bem jurídico a ser protegido), todavia, o consentimento deve ser observado e afastará a antijuridicidade, se ficar claro o consentimento das supostas ofendidas. Nessa linha completa Bittencourt, afirmando que as pessoas frequentam essas casas se quiserem (e quando quiserem). São livres para isso. Parece um absurdo processar o dono de um motel ou de uma casa de prostituição, que é frequentada exclusivamente por pessoas maiores de idade. A utilização desse recurso dogmático – consentimento do ofendido – pode impedir que esse absurdo se concretize¹⁰⁵⁴.

Como nos demais crimes de Lenocínio, a questão da validade das incriminações penais se coloca no primeiro plano das discussões doutrinárias. Como se disse, a prostituição não configura ilícito penal, todavia, alguém participar dos lucros advindos da prostituição ou ser sustentado por quem exerce esse mister, representa infração penal – afirmação extraída da dicção do artigo 230 do Código Penal brasileiro, intitulado “Rufianismo”. Este delito, em sua modalidade simples, visa a punição de quem tira proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça, cominando uma pena de reclusão de um a quatro anos e multa. Ora, resta saber, que bem jurídico seria violado com esse comportamento, que mereceu censura e a conseqüente reprimenda por parte do Direito Penal brasileiro...

Afirma-se que, com esse artigo, está-se protegendo, de fato, a moral sexual, proteção inconcebível no âmbito do Direito Penal Sexual, principalmente quando se reconhece o princípio penal da intervenção mínima e se compreende o Direito Penal como essencialmente fragmentário e subsidiário. O comportamento típico do rufião, descrito no tipo, sequer se encontra revestido de violência ou grave ameaça, o que implica na discricionariedade da suposta vítima em consentir ou não com a prática, tudo no âmbito de sua autodeterminação.

Bitencourt critica o pensamento de alguns autores que sustentam que o consentimento da vítima é irrelevante nestes casos. Para eles, a proteção penal se exerce igualmente em relação à

¹⁰⁵² NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 15 edição. Rio de Janeiro, Forense. 2015. p. 1134.

¹⁰⁵³ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Código Penal comentado*. 7ª edição, Editora Saraiva, 2012. p. 996.

¹⁰⁵⁴ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Código Penal comentado*. 7ª edição, Editora Saraiva, 2012. p. 996.

moralidade pública e não somente em relação à vítima. Segundo esse entendimento, também é indiferente que a prostituta ofereça espontaneamente ao rufião essa possibilidade. Essa interpretação reconhece, a partir de uma dimensão extensiva, que há um bem jurídico indisponível no artigo 230 do Código Penal, admitindo (sem qualquer elemento do tipo neste sentido, em ofensa ao princípio da taxatividade) que a vítima prostituída, via de regra, encontra-se em situação fragilizada, não dispondo das condições ideais para manifestar e exercer livremente a sua vontade, ou, no mínimo sendo de difícil comprovação¹⁰⁵⁵.

Apesar das respeitáveis opiniões em contrário, o Rufianismo, da maneira como está descrito no artigo 230 do Código Penal brasileiro, caracteriza-se mesmo em face do consentimento da pessoa, que se prostitui de maneira espontânea, sem qualquer coação. É por isso que Franco, com quem concordamos, observa que não é possível distinguir-se o bem jurídico tutelado, pois, mais uma vez, “como se percebe da compreensão doutrinária acolhida, que a proteção penal cai, em última instância, novamente sobre preceitos de ordem moral, consubstanciados nos bons costumes e na moralidade pública sexual”¹⁰⁵⁶. Assim, na esteira do raciocínio de Silva, exercitando-se uma prostituição voluntária, a proteção penal que lhe é conferida revela um nítido paternalismo jurídico, que procura proteger a vítima, situando-a próxima da faixa da inimputabilidade, pois seu consentimento não é válido¹⁰⁵⁷.

Parte da doutrina também aponta problemas de compatibilidade com o Direito Penal do fato, estabelecendo uma forte relação de proximidade com o Direito Penal do autor. Observando o tipo em apreço constata-se que a incriminação procura atingir uma forma de vida ou um tipo de autor¹⁰⁵⁸. Não é sem razão que se fala que o delito atinge seu momento consumativo quando o

¹⁰⁵⁵ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Código Penal comentado*. 7ª edição, Editora Saraiva, 2012, p. 999.

¹⁰⁵⁶ FRANCO, Alberto Silva *et al.* *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 5ª Ed. São Paulo - Brasil: Revista dos Tribunais, 2000. p. 1134.

¹⁰⁵⁷ SILVA, Tadeu Antônio Dix. *Crimes sexuais: reflexões sobre a nova Lei ° 11.106/05*. Leme: J. H. Mizuno, 2006. p. 304.

¹⁰⁵⁸ “Essa visão está intimamente conectada com as derivações metodológicas do discurso legitimador, que é engendrado pelo poder punitivo e diz respeito ao que é construído a partir da essência do delito. Com o direito penal do autor esse discurso supõe que o delito sempre está em sintonia com um estado do autor, considerado pessoa inferior às demais – que seriam as normais. No caso específico do rufianismo, cuida-se de uma inferioridade de natureza moral, uma versão secularizada do pecado jurídico: o ser humano incorre em delitos que colocam em estado de pecado penal, numa queda que é escolhida livremente pela pessoa. No direito penal do autor, este não é punido porque praticou determinado fato, mas por sua própria existência, por aquilo que ela é e representa. O delito, assim, se torna apenas uma situação de pecado, a qual censurada pelo Estado através de uma pena que deve adequar-se ao grau de perversão pecaminosa que sua condição de vida tenha criado”. SILVA, Tadeu Antônio Dix. *Crimes sexuais: reflexões sobre a nova Lei ° 11.106/05*. Leme: J. H. Mizuno, 2006, p. 305.

agente se entrega ao gênero de vida próprio do rufião, assim, somente a reiteração da conduta do agente, de forma a constituir um estilo de vida, faz surgir o crime¹⁰⁵⁹. Na esteira desse pensamento, continua Silva argumentando que a punição do Rufianismo no Brasil, decorre do estilo de vida do rufião, e não pelos fatos que pratica, eis que age com o consentimento da pessoa que explora, consentimento esse não coagido nem obtido mediante força física ou moral, fraude ou tirando proveito da situação de abandono dessa pessoa¹⁰⁶⁰. Esta percepção, entretanto, não se sustenta na realidade.

Jorio, por exemplo, afirma que esta incriminação representa uma verdadeira “cruzada moral”, principalmente num momento em que se discute seriamente regulamentar a prostituição no Brasil¹⁰⁶¹. Neste sentido, questiona qual seria o papel do rufião, se a prostituição fosse, de fato, regulamentada. Assim, “se este ajuda o prostituto ou a prostituta a marcar os encontros, ou provê sua segurança, ou intermedeia os contatos e agenciamentos; atua como motorista, recebendo uma participação nos lucros ou uma remuneração fixa que decorre diretamente dos ganhos percebidos por aquele que presta os serviços sexuais”¹⁰⁶², comete crime por que?

Silveira ao analisar o crime de Rufianismo sustenta que é pouco aceitável a manutenção dessa construção tipológica contida no artigo 230 do Código Penal. Por mais reprovável que possa ser a conduta de ser sustentado pelo corpo e pelo sexo de outrem, esta situação somente deve e pode ser analisada sob o aspecto moral, não devendo encontrar acolhida no ordenamento jurídico¹⁰⁶³. Para este autor, o legislador cometeu um grande equívoco quando não afastou do Código Penal essa espécie de crime, misturando a moral à lei penal¹⁰⁶⁴, aparentando fingir

¹⁰⁵⁹ SILVA, Tadeu Antônio Dix. *Crimes sexuais: reflexões sobre a nova Lei ° 11.106/05*. Leme: J. H. Mizuno, 2006, p. 305.

¹⁰⁶⁰ SILVA, Tadeu Antônio Dix. *Crimes sexuais: reflexões sobre a nova Lei ° 11.106/05*. Leme: J. H. Mizuno, 2006. p. 304.

¹⁰⁶¹ JORIO, Israel Domingos. *Crimes Sexuais*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2018. p. 308.

¹⁰⁶² JORIO, Israel Domingos. *Crimes Sexuais*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2018. p. 308.

¹⁰⁶³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Bases Críticas para a reforma do Direito Penal Sexual*. São Paulo: USP, 2006, tese de livre-docência, p. 373.

¹⁰⁶⁴ “A liberdade e a igualdade são fundamentos e objetivos do Estado Democrático e Social de Direito, e no âmbito da lei penal existe uma manifestação de desigualdade toda vez que constata uma desigual distribuição do que é considerado criminoso. E esse tratamento desigual se encontra presente no delito de rufianismo, seja pelo fato de desconsiderar o consentimento do ofendido, seja pela proteção que empresta a valores de ordem moral – inexistindo, assim bem jurídico a ser tutelado pelo direito penal – ou, ainda, pela constatação de esse tipo delitivo caminhar no sentido do direito penal do autor. Consequentemente esse crime fere aqueles fundamentos que conformam a configuração Estatal democrática, e, por tais razões, se propugna a descriminalização do crime de rufianismo – que se trata de um delito sem vítima inserto no Código Penal de O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

desconhecer a liberdade sexual, punindo quem é sustentado com os ganhos de uma conduta que não é considerada infração penal. Cumpre-nos destacar, portanto, que a manutenção dessa espécie de infração no Código Penal, o Lenocínio, no *caput* dos quatro artigos, vai de encontro a uma série de princípios constitucionais e penais, bem como a múltiplos institutos da seara criminal. São crimes desprovidos de bens jurídicos quando praticados sem violência ou grave ameaça ou diante de situações de fragilidade social ou outro meio que interfira de alguma forma, no consentimento livre do sujeito-vítima. Em profundidade, não interessa ao Estado qualquer controle das práticas sexuais, quando realizada entre adultos e de forma consensual.

Atenta-se para o fato de que, em nenhuma hipótese, a moral em sentido estrito pode ser considerada bem jurídico. A moral pública, ensinam Zaffaroni e Pierangeli, é um sentimento de pudor, “que se supõe ter o direito a tê-la, e que é bom que a população a tenha, mas se alguém carece de tal sentimento, não se pode obrigar a que o tenha, nem que se comporte como se o tivesse, na medida em que não lesionem o sentimento daqueles que o têm”¹⁰⁶⁵. O conjunto de regras morais e religiosas, com que tentam emoldurar o mundo da sexualidade, não deve ser incorporado à legislação penal. É preciso considerar que nem o costume nem a moralidade se encaixam a forma-padrão de bem jurídico. É que o conjunto das praxes (costumes) e o conjunto de regras morais (moralidade) constituem tendências sociais e ordenamentos abstratos. Não são verdadeiramente bens da vida. A moralidade e o costume tutelam interesses, mas eles, em si mesmos, não são interesses, nem bens. Inspirando-se em Pessina, pode-se dizer que as falhas morais não podem ser transformadas em matéria punível. Para que exista alguma punição por parte do Direito Penal é necessário que um bem jurídico verdadeiro seja atingido, conforme explica Fuhrer¹⁰⁶⁶.

Aparentemente, o Lenocínio tem sido tolerado ao longo da passagem do tempo, todavia, sofrendo com a escura face da descriminação silenciosa. Não restam dúvidas que as reformas penais procedidas pelo Direito Penal moderno caminham no sentido de abandonar o Direito Penal Sexual com base eminentemente moral, abandonando-se estes traços nitidamente paternalistas¹⁰⁶⁷. A jurisprudência brasileira, no Supremo Tribunal Federal (STF) e no Superior Tribunal de Justiça (STJ) atestam esta tendência, muito embora explicitem, também, o imbuído ranço moral dos Ministros na apreciação do Lenocínio.

1940”. (SILVA, Tadeu Antônio Dix. Crimes sexuais: reflexões sobre a nova Lei ° 11.106/05. Leme: J. H. Mizuno, 2006, p. 307).

¹⁰⁶⁵ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.. p. 465.

¹⁰⁶⁶FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. *Novos crimes sexuais com a feição instituída pela Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 118

¹⁰⁶⁷D’ELIA, Fábio Suardi. *Tutela Penal da Dignidade Sexual e vulnerabilidade*. 1ª edição. São Paulo, Editora Letras Jurídicas, 2014. p. 30.

6.2.1 *Apreciação jurisprudencial sobre a (in)constitucionalidade dos crimes previstos nos artigos 227 a 230 do Código Penal brasileiro*

Na República Federativa do Brasil, a conjugação de dois argumentos: o postulado da fragmentariedade e da *ultima ratio*, por um lado, e a incidência da adequação social, por outro, é que têm sido reiteradamente explícitos como meios para se contestar a constitucionalidade dos crimes previstos nos artigos 227 a 230 do Código Penal brasileiro.

Sobre a adequação social, há de se destacar, inicialmente, alguns pontos. De acordo com Natscheradetz, a história demonstra-nos como a regulamentação da sexualidade é condicionada pelo tempo e pela cultura, e muda com eles. De fato, determinadas normas incriminadoras de âmbito sexual, que muito naturalmente regeram nos seus tempos, com o decurso dos séculos deparam-se hoje com um repúdio generalizado da sociedade. É, pois, esta mudança na percepção a respeito de determinados delitos, especificamente no que tange a sua ofensividade para o direito, relaciona-se com o princípio da adequação social¹⁰⁶⁸.

O princípio da adequação social, cuja fórmula inicial se atribui ao professor Welzel, serve tanto como princípio orientador ao legislador, quando da criação ou revogação das figuras típicas, quanto instrumento de interpretação dos tipos penais constantes no Código Penal. Assim, com base no princípio, o legislador ao selecionar as condutas ofensivas aos bens jurídicos mais importantes ao convívio em sociedade, encontra-se impedido de criar tipos penais incriminadores que proíbam condutas que já estejam perfeitamente aceitas e toleradas pela sociedade. Por outro lado, merece ser ressaltado que a adequação social possui, também, uma função interpretativa dos tipos penais¹⁰⁶⁹.

Sobre este primeiro aspecto, é cediço que o tipo penal reflete uma escolha de comportamentos e, ao lado disso, uma valoração. Por outro lado, alguns comportamentos típicos, por serem correntes no meio social, carecem de relevância. Em muitos casos ocorre um desencontro entre as normas penais incriminadoras e o socialmente tolerado. Desse modo, é incompatível criminalizar uma conduta só porque se opõe à concepção da maioria ou ao padrão médio de comportamento¹⁰⁷⁰.

Faria Costa argumenta que “os bens jurídico-penais são suscetíveis de serem ofendidos gradativamente, pelo que apenas as ofensas que saiam das margens da adequação social é que

¹⁰⁶⁸ NATSCHERADETS, Karl Prelhaz. *O Direito Penal Sexual*. Coimbra – Portugal: Almedina, 1985. p. 75.

¹⁰⁶⁹ GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio*. Uma visão minimalista do direito penal. 6ª edição. IMPETUS, Rio de Janeiro, 2011. p. 95-6.

¹⁰⁷⁰ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípios políticos do direito penal*. 2ª edição. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1999. p. 96.

devem ter relevância penal”. Acrescenta em seguida que: “quando os comportamentos são socialmente adequados, nem sequer preenchem o tipo”¹⁰⁷¹.

O estudo de qualquer ramo da ciência jurídica conduz ao entendimento de que o direito deve evoluir conforme evolui a própria sociedade, não sendo possível o seu estudo de forma estática. Trata-se de uma precaução necessária à contínua observação das mudanças de comportamento no âmbito social, evitando que se utilize o Direito Penal equivocadamente. Assim, com base na incidência do precitado princípio, concebe-se que transformações sociais, quando acompanhadas das necessárias modificações do direito, representa maior segurança¹⁰⁷².

Deve-se ressaltar, também, que o princípio da adequação social recebe uma função interpretadora dos tipos penais. Ora, os costumes, que retratam o comportamento da sociedade em determinada época, mostrarão ao exegeta quando da interpretação típica, o melhor caminho a seguir, a fim de que os modelos de condutas aparentemente proibidas ou impostas pela lei penal estejam em perfeita sintonia com o sentimento social.

Dessa forma, o princípio serve como orientação ao legislador quando da criação ou revogação de figuras típicas. Observa-se a possibilidade de revogação quando condutas que no passado eram consideradas inadequadas socialmente, não sofrendo, nos dias atuais, com esse julgamento, tenham sua proibição revista e retirada do ordenamento jurídico-penal. Portanto, esse princípio é de grande valia para que não sejam proibidas, impostas ou mantidas condutas que já estejam assimiladas pela sociedade¹⁰⁷³. Este argumento foi, inclusive, o que serviu de base para a exclusão do crime de adultério do Código Penal brasileiro, com a promulgação da lei nº 11.106/2005.

As consequências da incidência da ‘adequação social’, entretanto, não encontraram ainda seu porto seguro, lembra Bitencourt. Discute-se se afastaria a tipicidade ou a antijuridicidade de determinadas condutas típicas¹⁰⁷⁴. O próprio Welzel cometeu equívocos sobre seus efeitos,

¹⁰⁷¹ FARIA COSTA, José. Noções fundamentais de Direito Penal. 4º Ed. Coimbra Editora, 2015. p. 220.

¹⁰⁷² FAVORETTO, Affonso Celso. Princípios constitucionais penais. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2012. p. 181.

¹⁰⁷³ GRECO, Rogério. Direito Penal do Equilíbrio. Uma visão minimalista do direito penal. 6ª edição. IMPETUS, Rio de Janeiro, 2011. p. 96.

¹⁰⁷⁴ “O certo é que a imprecisão do critério da adequação social – diante das mais variadas possibilidades de sua ocorrência – que, na melhor das hipóteses, não passa de um princípio sempre inseguro e relativo, explica porque os mais destacados penalistas internacionais, entre outros, não o aceitam como excludente da tipicidade nem como causa de justificação. Aliás, nesse sentido, é muito ilustrativa a conclusão de Jescheck, ao afirmar que a ideia de adequação social resulta, no entanto, num critério inútil para restringir os tipos penais, quando as regras usuais de interpretação possibilitam a sua delimitação correta. Nestes casos, é preferível a aplicação dos critérios de interpretação conhecidos, pois, desta forma, se obtém resultados comprováveis, enquanto que a adequação social não deixa de ser um princípio relativamente inseguro, razão
O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

admitindo-a, inicialmente, como excludente de tipicidade, depois como causa de justificação e, retornando outra vez como excludente de tipicidade. De acordo com Bitencourt, Welzel passou a aceitar o princípio da adequação social apenas como um princípio geral de interpretação, entendimento seguido por respeitáveis penalistas¹⁰⁷⁵.

A adoção do princípio da adequação social, como princípio de interpretação, levará ao afastamento da tipicidade do fato, conforme as lições de Toledo¹⁰⁷⁶. Com o pensamento no mesmo sentido, Santos argumenta que apesar da opinião prevalente afirmar que o princípio da adequação social representa hipótese de exclusão da tipicidade, existem outras correntes que a compreendem como justificante, exculpante, ou ainda como princípio geral de interpretação da lei penal. Em profundidade, o princípio orienta a criação e interpretação da lei penal, mas sua atribuição à antijuridicidade conduz a concepção ultrapassada do tipo livre de valor, e sua compreensão como exculpante leva a uma inaceitável identificação entre a adequação social de determinadas ações e a natureza proibida do injusto¹⁰⁷⁷.

Destarte, é fato que o princípio da adequação social possibilita que o legislador, diante da necessidade aferida no meio social, crie uma determinada figura jurídica, incriminando um comportamento, ou mesmo, compreenda a necessidade da revogação de algum tipo penal, que não é mais considerado socialmente inadequado¹⁰⁷⁸. Além do mais, este princípio representa instrumento relevante de análise e interpretação dos tipos penais.

pela qual só em última instância deveria ser utilizado”. BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte geral, Vol. 01, 13ª edição. São Paulo - Brasil: Saraiva, 2008. p. 20.

¹⁰⁷⁵ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte geral, Vol. 01, 13ª edição. São Paulo - Brasil: Saraiva, 2008. p. 20.

¹⁰⁷⁶ Toledo afirma também que “a ação socialmente adequada está desde o início excluída do tipo, porque se realiza dentro do âmbito da normalidade social, ao passo que a ação amparada por uma causa de justificação só não é crime, apesar de socialmente inadequada, em razão de uma autorização especial para realização da ação típica”. TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos do Direito Penal*. São Paulo – Brasil: Saraiva, 1998. pp. 131-132.

¹⁰⁷⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 2000, pp. 37-38.

¹⁰⁷⁸ “O cenário da adequação social patenteia-se no quadro de pacífica aceitação ou apática reação da sociedade em confronto com ações e resultados. Note-se a atual postura social no tocante à utilização de tatuagem, algo que, formalmente, pode representar lesão corporal definitiva e até mesmo grave, mas que conta com o beneplácito social, manifestado pela aceitação ou pela indiferença. Diversa reação é colhida, se posto em cheque o uso de drogas, por exemplo, emergindo vozes favoráveis e outras tantas contrárias, de forma a evidenciar a distante adequação social da conduta” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 184).

O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

Algumas vezes, procura-se diminuir o alcance do princípio da adequação social, com a crítica reiterada de que o costume não tem força para revogar a lei penal, argumento que, de fato, não merece censura. É verdade que não se pode cogitar de norma penal criada ou revogada pelo costume, sem embargo, não é esse o objetivo do princípio da adequação social, pois constitui importante instrumento de interpretação das normas penais, auxiliando o legislador a reavaliar uma série de tipos penais ultrapassados, e ao próprio magistrado, no momento da aplicação da lei penal à condutas que gozam de plena aceitação pela sociedade¹⁰⁷⁹.

Neste sentido, a finalidade do princípio da adequação social não é a revogação de normas pelos costumes ou por sua aceitação pela sociedade. Trata-se mais de critério de interpretação do tipo penal¹⁰⁸⁰, seja diante de dada realidade social, pelo legislador, seja em determinado caso concreto, pelo operador do direito, o que não significa o afastamento definitivo de determinados tipos do ordenamento jurídico.

Pois bem, feitas estas ponderações iniciais sobre o princípio da adequação social, é de se notar que o Supremo Tribunal Federal, através da sua Primeira Turma, decidiu sobre a constitucionalidade dos crimes sexuais quando julgou o *Habeas Corpus* nº 104.467 RS¹⁰⁸¹, da Relatoria da Ministra Cármen Lúcia, em 08 de fevereiro de 2011. O Pretório Excelso, nesta oportunidade, firmou a tese, por unanimidade¹⁰⁸², de que o delito de manutenção de casa de prostituição (art. 229 do Código Penal Brasileiro) não pode ser afastado pelos princípios da fragmentariedade e da adequação social¹⁰⁸³.

¹⁰⁷⁹ FAVORETTO, Affonso Celso. *Princípios constitucionais penais*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2012. p. 183

¹⁰⁸⁰ Sobre o problema da interpretação no Direito Penal, leciona Martinelli que “a interpretação possui importância fundamental para verificar a tipicidade material, uma vez que a tipicidade formal não é suficiente para confirmar o injusto penal. Diferente é a revogação que consiste na perda da vigência de uma norma. Quer dizer, a revogação possui efeito erga omnis, pois é característica da norma jurídico-penal sua generalidade. A interpretação da norma jurídico penal é, sobretudo, o exercício de determinar sua força e seu alcance, conforme os dados atuais de um problema, pois a intenção do jurista é conhecer a norma – enquanto diretivo para um comportamento – tendo em vista as condições de decidibilidade de conflitos”. MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Casa de Prostituição: adequação social e a moral pública*. Revista Brasileira de Ciências Criminas. São Paulo. v.22, nº 110, p. 457-472, set./out. 2014.

¹⁰⁸¹ Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=620230>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

¹⁰⁸² Participaram do julgamento os Ministros Cármen Lúcia, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli.

¹⁰⁸³ “HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. CASA DE PROSTITUIÇÃO. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA FRAGMENTARIEDADE E DA ADEQUAÇÃO SOCIAL: IMPOSSIBILIDADE. CONDUTA TÍPICA. CONSTRANGIMENTO NÃO CONFIGURADO. 1. No crime O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

O caso apresentado perante a Suprema Corte brasileira inicia ainda em 09 de maio de 2006, quando vigente a redação original do art. 229 do Código Penal brasileiro, momento no qual o Ministério Público do Rio Grande do Sul (RS) denunciou duas pessoas pela suposta manutenção de casa de prostituição.

No entanto, o Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Tramandaí-RS absolveu os acusados, em 21 de janeiro de 2009, sob o argumento de que “a casa de prostituição é conduta que vem sendo descriminalizada pela jurisprudência em razão da liberação dos costumes, sendo a conduta atípica”¹⁰⁸⁴. Houve, inequivocamente, no caso em apreço, o amparo dos princípios da fragmentariedade e da adequação social pelo juízo *a quo*, em consonância com as mais recentes linhas diretivas principiológicas aplicáveis ao Direito Penal Sexual.

Esta decisão de primeiro grau foi apelada em 04 de junho 2009, mas o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul manteve a absolvição dos réus¹⁰⁸⁵. O Ministério Público do Rio Grande do Sul, entretanto, interpôs Recurso Especial¹⁰⁸⁶, provido monocraticamente em 11 de março de 2010

de manter casa de prostituição, imputado aos Pacientes, os bens jurídicos protegidos são a moralidade sexual e os bons costumes, valores de elevada importância social a serem resguardados pelo Direito Penal, não havendo que se falar em aplicação do princípio da fragmentariedade. 2. Quanto à aplicação do princípio da adequação social, esse, por si só, não tem o condão de revogar tipos penais. Nos termos do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (com alteração da Lei n. 12.376/2010), “não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue”. 3. Mesmo que a conduta imputada aos Pacientes fizesse parte dos costumes ou fosse socialmente aceita, isso não seria suficiente para revogar a lei penal em vigor. 4. Habeas corpus denegado”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 104.467 RS de 08 de fevereiro de 2011*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=620230>>. Acesso em: 10 jan. 2019. p.1.

¹⁰⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 104.467 RS de 08 de fevereiro de 2011*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=620230>>. Acesso em: 10 jan. 2019. p.3.

¹⁰⁸⁵ “APELAÇÃO CRIMINAL. MANUTENÇÃO DE CASA DE PROSTITUIÇÃO. ADEQUAÇÃO SOCIAL DO FATO. ATIPICIDADE. APELO [NÃO] PROVIDO. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. À unanimidade, negaram provimento ao apelo ministerial”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 104.467 RS de 08 de fevereiro de 2011*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=620230>>. Acesso em: 10 jan. 2019. p. 4.

¹⁰⁸⁶ “PENAL. CASA DE PROSTITUIÇÃO. TOLERÂNCIA OU DESUSO. TIPICIDADE. 1. Esta Corte firmou compreensão de que a tolerância pela sociedade ou o desuso não gera a atipicidade da conduta relativa à prática do crime do artigo 229 do Código Penal. 2. Precedentes. 3. Recurso especial provido”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 104.467 RS de 08 de fevereiro de 2011*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=620230>>. Acesso em: 10 jan. 2019. p. 4.

O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

pelo Ministro Relator do Superior Tribunal de Justiça Haroldo Rodrigues. Foi, assim, contra esta decisão, que a Defensoria Pública da União interpôs Agravo Regimental, negado em 27 de abril de 2010, no que consiste o objeto de impetração deste *Habeas Corpus*¹⁰⁸⁷.

A Defensoria Pública da União sustentou a tese de que os princípios da fragmentariedade e da adequação social afastariam a tipicidade do delito de manutenção de casa de prostituição (art. 229 do Código Penal Brasileiro). Sem embargo, a Ministra Carmen Lúcia, relatora do *habeas corpus* nº 104.467 RS, discordando dos argumentos defensivos, afirmou que o caráter fragmentário do Direito Penal impõe que este deva tutelar tão somente aqueles bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade, relegando para os demais ramos do ordenamento jurídicos todos os outros bens. Então, por considerar que os bens jurídicos protegidos do delito em comento seriam a ‘moralidade sexual’ e os ‘bons costumes’, valores de elevada importância social, não acreditou ser possível a aplicação do princípio da fragmentariedade.

Ressaltou a Ministra, também, que a alteração do tipo penal ora debatido, ocorrida através da Lei nº 12.015/2009, retirou a expressão “lugar destinado a encontros para fim libidinoso”, tornando atípica apenas a conduta de manter um estabelecimento para fins libidinosos, tais como hotéis e casas noturnas, mas conservou a criminalização das casas de prostituição em razão da exploração sexual. Ademais, encampando tese já sustentada pelo Superior Tribunal de Justiça, como se verá mais adiante, afirmou que a adequação social não tem o condão de revogar tipos penais. Pois, ainda que a conduta fosse parte dos costumes ou fosse socialmente aceita, a exclusão do tipo penal, com exceção da lei temporária, apenas o advento de outra lei que o revogue ou modifique, pode afastar o tipo penal.

Importa ressaltar que a Ministra Relatora fez referência à decisão do Supremo Tribunal Federal de 1987 no julgamento do Habeas Corpus nº 65.391¹⁰⁸⁸, bem como os fundamentos do voto

em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=620230>>. Acesso em: 10 jan. 2019. p.4.

¹⁰⁸⁷ “PENAL. CASA DE PROSTITUIÇÃO. TOLERÂNCIA OU DESUSO. TIPICIDADE. 1. Esta Corte firmou compreensão de que a tolerância pela sociedade ou o desuso não gera a atipicidade da conduta relativa à prática do crime do artigo 229 do Código Penal. 2. Precedentes. 3. Agravo Regimental a que se nega provimento”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 104.467 RS de 08 de fevereiro de 2011*. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=620230>>. Acesso em: 10 jan. 2019. p.4.

¹⁰⁸⁸ “CASA DE PROSTITUIÇÃO (ART. 229 DO CP). HABEAS CORPUS PARA TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR FALTA DE JUSTA CAUSA. INDEFERIMENTO NA INSTÂNCIA DE ORIGEM. RECURSO DE HABEAS CORPUS IMPROVIDO. HAVENDO ELEMENTOS NO INQUÉRITO, QUE AUTORIZAM A DENÚNCIA; EM SE TRATANDO DE CRIME PERMANENTE, QUE EXIGE PROVA DE HABITUALIDADE, A SER COMPLETADA NO CURSO DA INSTRUÇÃO; E NÃO CONTENDO A LICENÇA, PARA FUNCIONAMENTO DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL. AUTORIZAÇÃO O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

do Ministro Sydney Sanches, Relator naquele julgamento, que demonstra o precedente do Supremo Tribunal Federal sobre o tema¹⁰⁸⁹. Destaca-se que a Ministra Relatora foi seguida pelos seus pares, tendo os Ministros Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio afastado a possibilidade de discussão de ordem moral e enfatizado a natureza vinculada da atuação judicial¹⁰⁹⁰. O julgamento realizado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em 08 de fevereiro de 2011, então, foi a última oportunidade na qual o pretório excelso se manifestou sobre a tipicidade da manutenção da casa de prostituição, tendo firmado a tese de que a adequação social não serve para afastar a aplicabilidade da lei penal.

A Ministra Carmen Lúcia, relatora do *habeas corpus* nº 104.467 RS, discordando dos argumentos defensivos, afirmou que o caráter fragmentário do Direito Penal impõe que este deva tutelar tão somente aqueles bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade, relegando para os demais ramos do ordenamento jurídicos todos os outros bens. Então, por considerar que os bens jurídicos protegidos do delito em comento seriam a ‘moralidade sexual’ e os ‘bons costumes’, valores de elevada importância social, não acreditou ser possível a aplicação do princípio da fragmentariedade.

(ALIAS, INADMISSÍVEL) PARA NELE SE INSTALAR CASA DE PROSTITUIÇÃO; NÃO É CASO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL, ADEQUADAMENTE PROPOSTA (THC 65.391, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 6.11.1987)”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 104.467 RS de 08 de fevereiro de 2011*. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=620230>>. Acesso em: 10 jan. 2019. p.10.

¹⁰⁸⁹ “Não podem ser colhidas, por último, as considerações no sentido de que, nos tempos atuais, já não se justifica a punição da manutenção de casa de prostituição. Ao Ministério Público e ao Juiz competem a interpretação e a aplicação da lei, jamais a negativa de sua vigência. A descriminalização e tarefa do legislador e não daquele, cuja missão é aplicar a lei”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 104.467 RS de 08 de fevereiro de 2011*. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=620230>>. Acesso em: 10 jan. 2019. p. 10.

¹⁰⁹⁰ “O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Presidente, estou de acordo; considerações de ordem moral não cabem, evidentemente, numa discussão jurídica como esta. O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Presidente, este caso lembrou-me de artigo que li, hoje, no jornal O Estado de São Paulo: Calígula somos todos nós, de autoria de um ator justamente para estampar certa hipocrisia. Agora, a atuação judicial é vinculada, e o tipo do artigo 229 do Código Penal está em pleno vigor. Não tenho como fechar a legislação e conceder a ordem, muito embora reconheça a tolerância que vem se verificando nos dias atuais. Acompanho Vossa Excelência, indeferindo a ordem”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 104.467 RS de 08 de fevereiro de 2011*. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=620230>>. Acesso em: 10 jan. 2019. pp. 11-12.

O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

O que mais surpreende no teor do Acórdão do HC nº 104.467 RS de 08 de fevereiro de 2011, afastando a incidência do Princípio da Adequação Social como fundamento para exclusão da antijuridicidade do crime previsto no artigo 229 do Código Penal brasileiro, foi o fato de se considerar, expressamente, que o delito de “Casa de prostituição”, em sua dicção hodierna, visa a proteção da “moralidade sexual” e dos “bons costumes” – um evidente descompasso com a doutrina contemporânea do Direito Penal em relação ao conceito de bem jurídico-penal.

No caso brasileiro, a adoção de uma perspectiva manifestamente contrária à natureza subsidiária e fragmentária do Direito Penal e completamente alheia aos ditames do Direito Penal Sexual contemporâneo choca pelo fato de, expressamente, afirmar que existe na ordem jurídica infraconstitucional delitos que estão a proteger bens transpersonalísticos (a moralidade sexual e os bons costumes) em evidente descompasso com a teoria constitucionalista do bem jurídico-penal, segundo a qual apenas os bens com dignidade penal, extraídas da lei maior, são passíveis de fundamentar a existência de delitos.

Frise-se, ainda, que este entendimento afrontou, inequivocamente, por via indireta, a dignidade das supostas vítimas do crime previsto no art. 229 do Código Penal, lesionadas na sua liberdade sexual em função de limitações hermenêuticas que insistem em tutelar uma (suposta e majoritária) ordem ético-social e moral vigente na sociedade brasileira, ignorando o direito à liberdade dos indivíduos e um dos objetivos fundamentais da República, que é a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação¹⁰⁹¹.

Nada de novo foi feito pelo Supremo Tribunal Federal com a cristalização deste entendimento. Aliás, repisou-se o que começou a ser construído pelo Superior Tribunal de Justiça em 1998, quando a Sexta Turma começou a construir sua jurisprudência sobre a tipicidade do delito de casa de prostituição, no julgamento do Recurso Especial nº 149.070 DF¹⁰⁹², aos 9 de junho de 1998, da relatoria do Ministro Fernando Gonçalves.

Neste caso que se tornou paradigmático, Rosilda Mendes Lima, previamente condenada em primeira instância, foi absolvida pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que

¹⁰⁹¹ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. BRASIL, Planalto. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 jan. 2019.

¹⁰⁹² Disponível

em <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199700663248&dt_publicacao=29-06-1998&cod_tipo_documento=>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

considerou que a aceitação social afastara a figura típica do delito de casa de prostituição¹⁰⁹³. No entanto, discordando da Corte de origem, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça seguiu o voto do Ministro Relator Fernando Gonçalves, que considerou ser impossível a tolerância social ser mais uma forma de exclusão de ilicitude ou culpabilidade, já que não possui previsão expressa, neste sentido, no Código Penal¹⁰⁹⁴. Nesta oportunidade, então, por unanimidade¹⁰⁹⁵, foi proferido o acórdão¹⁰⁹⁶ afastando a incidência do Princípio da Adequação Social como causa de exclusão de crime.

¹⁰⁹³ “PENAL. CASA DE PROSTITUIÇÃO. ACEITAÇÃO SOCIAL. INCENTIVO GOVERNAMENTAL. ABSOLVIÇÃO. Diante da tolerância e do incentivo governamental às construções de motéis e da aceitação social, o crime “casa de prostituição” tornou-se letra morta e impõe se absolva aquele que aluga aposentos para meretrizes explorarem os seus corpos”. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 149.070 DF de 09 de junho de 1998*. Disponível

em:<https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199700663248&dt_publicacao=29-06-1998&cod_tipo_documento=>>. Acesso em: 10 jan. 2019. p.2.

¹⁰⁹⁴ Com efeito, abstraindo maiores considerações acerca da tipicidade do delito, acolhida, de maneira uniforme, nas instâncias ordinárias, não se encontra no Código Penal Brasileiro, em tema de excludentes da ilicitude ou da culpabilidade, nenhuma possibilidade de se absolver alguém, tendo em vista a tolerância ou mesmo incentivo governamental a um crime, ainda que a conduta que esse delito encerra, a teor do entendimento de alguns, possa, sob a ótica social, ser tratada com indiferença. O elenco legal (arts. 22 e 23) é taxativo e não tolera incrementos jurisprudenciais”. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 149.070 DF de 09 de junho de 1998*. Disponível

em:<https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199700663248&dt_publicacao=29-06-1998&cod_tipo_documento=>>. Acesso em: 10 jan. 2019. p.3.

¹⁰⁹⁵ Participaram do julgamento os Ministros Fernando Gonçalves (Relator), Anselmo Santiago e Vicente Leal. Ausentes os Ministros William Patterson e Luiz Vicente Cernicchiaro.

¹⁰⁹⁶ “PENAL. CASA DE PROSTITUIÇÃO. ART. 229, DO CP. 1 – Abstração feita a maiores considerações acerca da tipicidade do delito, acolhida, de maneira uniforme, nas instâncias ordinárias, não há no Código Penal Brasileiro, em tema de excludentes da ilicitude ou da culpabilidade, possibilidade de se absolver alguém, em face da eventual tolerância à prática de um crime, ainda que a conduta que esse delito encerra, a teor do entendimento de alguns, possa, sob a ótica social, ser tratada com indiferença. O enunciado legal (arts. 22 e 23) é taxativo e não tolera incrementos jurisprudenciais. 2 – A casa de prostituição não realiza ação dentro do âmbito de normalidade social, ao contrário do motel que, sem impedir a eventual prática de mercancia do sexo, não tem como finalidade única e essencial favorecer o lenocínio. 3 – Recurso especial conhecido para restabelecer a sentença”. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 149.070 DF de 09 de junho de 1998*. Disponível

em:<https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199700663248&dt_publicacao=29-06-1998&cod_tipo_documento=>>. Acesso em: 10 jan. 2019. p.1.

Também no ano de 1998 a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do Recurso Especial nº 141.956 SC¹⁰⁹⁷, decidiu por unanimidade¹⁰⁹⁸ pela impossibilidade do Princípio da Adequação Social afastar a tipicidade de um crime¹⁰⁹⁹. Sucede, no caso, que a ré foi condenada à pena de dois anos de reclusão, em regime aberto, bem como ao pagamento de dez dias-multa, por infração ao art. 229 do Código Penal brasileiro. No entanto, em grau de apelação, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina absolveu a Ré, proferindo acórdão que foi objeto de julgamento no Superior Tribunal de Justiça¹¹⁰⁰. Quando do julgamento do Recurso Especial, o Ministro Relator Felix Fischer ressaltou que a tolerância social ou mesmo o costume, mesmo que assim fosse considerada a prostituição, não seriam suficientes para a revogação do tipo penal¹¹⁰¹. Dessa forma, unindo-se ao que já decidira a Quinta Turma, votou a Sexta Turma do Superior

¹⁰⁹⁷Disponível:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199700527271&dt_publicacao=14-12-1998&cod_tipo_documento=>. Acesso em: 10 jan. 2019.

¹⁰⁹⁸ Participaram do julgamento os Ministros Felix Fischer (Relator), Gilson Dipp e José Arnaldo. Ausente o Ministro Edson Vidigal.

¹⁰⁹⁹ “PENAL. RECURSO ESPECIAL. CASA DE PROSTITUIÇÃO. TOLERÂNCIA. TIPICIDADE (ART. 229 DO CP). A eventual tolerância ou a indiferença na repressão criminal, bem assim o pretense desuso não se apresentam, em nosso sistema jurídico-penal, como causa de atipia (art. 2º, "caput" da LICC). Recurso provido”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 141.956 SC de 05 de novembro de 1998*. Disponível

em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199700527271&dt_publicacao=14-12-1998&cod_tipo_documento=>. Acesso em: 10 jan. 2019. p.1.

¹¹⁰⁰ “Apelação Criminal – Casa de prostituição – não caracterização do delito – Absolvição. Duvidosa a caracterização do crime de manter casa de prostituição, quando não restar provada a habitualidade e que o estabelecimento se preste unicamente para encontros sexuais. Nos dias atuais, após o advento dos motéis, perfeitamente tolerados pela sociedade, não há como considerar-se como casa de prostituição, lanchonete de beira de estrada, onde mulheres fazem ponto para encontros amorosos. Recurso desprovido”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 141.956 SC de 05 de novembro de 1998*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199700527271&dt_publicacao=14-12-1998&cod_tipo_documento=>. Acesso em: 10 jan. 2019. p.2.

¹¹⁰¹ “Primeiro, o eventual desuso, a questionável tolerância ou até mesmo, ex hypothesis e ad argumentandum tantum, o costume, em nosso sistema jurídico-penal, não ensejam revogação de norma incriminadora (cfe. art. 2º, caput da LICC). Despiciendo alertar, por outro lado, acerca das consequências sociais se a indiferença ou a inépcia no combate a determinada modalidade de crime pudesse ser considerada causa de atipia. Seria o incentivo ao caos”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 141.956 SC de 05 de novembro de 1998*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199700527271&dt_publicacao=14-12-1998&cod_tipo_documento=>. Acesso em: 10 jan. 2019. p.5.

Tribunal de Justiça pelo provimento do Recurso Especial, reestabelecendo-se a decisão de primeiro grau que condenava a parte Recorrida.

Em 19 de outubro de 1999 a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do Recurso Especial nº 146.360 PR¹¹⁰², de relatoria do Ministro Felix Fischer, reafirmou por unanimidade¹¹⁰³ a tese da tipicidade da figura típica do art. 229 do Código Penal Brasileiro¹¹⁰⁴. Conforme relatório do voto do Relator, o réu foi condenado a uma pena de dois anos e 03 três meses de reclusão em regime aberto e multa pela prática do crime de casa de prostituição, mas absolvido pelo Tribunal de Justiça do Paraná¹¹⁰⁵. O Ministro Relator fundou seu voto na impossibilidade da tolerância do aparato policial não afastar a incidência da norma penal¹¹⁰⁶. Assim, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao Recurso Especial para, afastando a absolvição

¹¹⁰²Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199700610250&dt_publicacao=08-11-1999&cod_tipo_documento=>. Acesso em: 10 jan. 2019.

¹¹⁰³ Participaram do julgamento os Ministros Felix Fischer (Relator), Gilson Dipp e Jorge Scartezini. Ausentes os Ministros José Arnaldo e Edson Vidigal.

¹¹⁰⁴ “PENAL. RECURSO ESPECIAL. CASA DE PROSTITUIÇÃO. TOLERÂNCIA. ATIVIDADE POLICIAL. TIPICIDADE (ART. 229 DO CP). I - A eventual tolerância ou a indiferença na repressão criminal, bem assim o pretense desuso não se apresentam, em nosso sistema jurídico-penal, como causa de atipia (Precedentes). II - A norma incriminadora não pode ser neutralizada ou ser considerada revogada em decorrência de, v.g., desvirtuada atuação policial (art. 2º, caput da LICC). Recurso conhecido e provido”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 146.360 PR de 19 de outubro de 1999*. Disponível

em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199700610250&dt_publicacao=08-11-1999&cod_tipo_documento=>. Acesso em: 10 jan. 2019. p.1.

¹¹⁰⁵ “CASA DE PROSTITUIÇÃO. Delito não configurado. Localização em zona do chamado “baixo meretrício”. Absolvição decretada. Recurso provido para tal fim. O fato de uma casa de prostituição estar localizada em zona do meretrício e funcionar com autorização da autoridade policial afasta a tipicidade delituosa”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 146.360 PR de 19 de outubro de 1999*. Disponível

em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199700610250&dt_publicacao=08-11-1999&cod_tipo_documento=>. Acesso em: 10 jan. 2019. p.2.

¹¹⁰⁶ “Por maior razão, a errada e censurável atuação policial, como que protegendo atividade ilícita, manifestamente ilícita, não tem, jamais, o condão de neutralizar a incidência de norma incriminadora. Tudo isto, como se a autoridade policial pudesse legalmente escolher o que é, ou não é, ilícito. A desvirtuada atuação policial não é fator de “reforma” do C. Penal”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 146.360 PR de 19 de outubro de 1999*. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199700610250&dt_publicacao=08-11-1999&cod_tipo_documento=>. Acesso em: 10 jan. 2019. p.3.

proveniente do Tribunal de Justiça do Paraná, restaurara decisão de primeiro grau e condenar a parte Ré.

A matéria voltou a ser enfrentada em 10 de fevereiro de 2004, no julgamento do Recurso Especial nº 585.750 RS¹¹⁰⁷, de relatoria do Ministro José Arnaldo da Fonseca. Neste caso, o réu foi absolvido do delito de casa de prostituição pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que, segundo a corte de origem, estaria em processo de despenalização¹¹⁰⁸. No entanto, o Ministro Relator adotou como razão de decidir o parecer do Ministério Público Federal que remonta aos precedentes da Corte de 1998 e 1999, afirmando que “além da expressa tipificação normativa, verifica-se que as razões recursais estão em consonância com a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça”¹¹⁰⁹. Assim, foi dado provimento ao Recurso Especial, por unanimidade¹¹¹⁰ e condenado o réu pela prática do crime de manutenção de casa de prostituição¹¹¹¹.

¹¹⁰⁷Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=454685&num_registro=200301554691&data=20040315&formato=PDF>. Acesso em: 15 out. 2017.

¹¹⁰⁸ “APELAÇÃO-CRIME. CASA DE PROSTITUIÇÃO. FAVORECIMENTO DA PROSTITUIÇÃO. FALSA IDENTIDADE. 1. CASA DE PROSTITUIÇÃO. O delito em espécie está em processo de despenalização, porquanto, nos dias atuais, é aceito pela sociedade.(...) À unanimidade, deram parcial provimento para absolver o apelante das imputações dos delitos de casa de prostituição e de falsa identidade”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 585.750 RS de 10 de fevereiro de 2004*. Disponível

em:<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=454685&num_registro=200301554691&data=20040315&formato=PDF>. Acesso em: 10 jan. 2019. p.3.

¹¹⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 585.750 RS de 10 de fevereiro de 2004*. Disponível

em:<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=454685&num_registro=200301554691&data=20040315&formato=PDF>. Acesso em: 10 jan. 2019. p. 5.

¹¹¹⁰ Participaram do julgamento os ministros José Arnaldo da Fonseca (Relator), Felix Fischer, Gilson Dipp, Jorge Scartezini e Laurita Vaz.

¹¹¹¹ “RECURSO ESPECIAL. PENAL. APELAÇÃO. CASA DE PROSTITUIÇÃO. TOLERÂNCIA. ATIVIDADE POLICIAL. TIPICIDADE (ART. 229 DO CP). CONCURSO MATERIAL. CONDUTAS DELITUOSAS COM REPERCUSSÃO E CLAMOR PÚBLICO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. “A eventual tolerância ou indiferença na repressão criminal, bem assim o pretense desuso não se apresentam, em nosso sistema jurídico-penal, como causa de atipia. O enunciado legal (art. 229 e art. 230) é taxativo e não tolera incrementos jurisprudenciais. “Os crimes em comento estão gerando grande comoção social, em face da repercussão, existindo uma mobilização nacional de proteção dos menores.” Recurso conhecido e provido”. *Recurso Especial nº 585.750 RS de 10 de fevereiro de 2004*. Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=454685&num_registro=200301554691&data=20040315&formato=PDF>. Acesso em: 10 jan. 2019. p. 1.

Em julgamento do Recurso Especial nº 820.406 RS¹¹¹², em 05 de março de 2009, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em que pese ter seguido os precedentes da corte, abriu importante divergência¹¹¹³ no tema em estudo¹¹¹⁴. Sucede que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul absolveu dois réus do crime do art. 229 do Código Penal Brasileiro¹¹¹⁵. Por sua vez, o Ministério Público do referido Estado da Federação interpôs Recurso Especial afirmando que a

¹¹¹²Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=863173&num_registro=200600340455&data=20090420&formato=PDF>. Acesso em: 10 jan. 2019.

¹¹¹³ Participaram do julgamento os Ministros Arnaldo Esteves Lima (Relator) e Jorge Mussi, que não conheceram do recurso, Napoleão Nunes Maia Filho (Relator para redigir o Acórdão), que abriu divergência do Relator e foi seguido por Felix Fischer e Laurita Vaz.

¹¹¹⁴ “RECURSO ESPECIAL. PENAL. CASA DE PROSTITUIÇÃO. TIPICIDADE. EVENTUAL LENIÊNCIA SOCIAL OU MESMO DAS AUTORIDADES PÚBLICAS E POLICIAIS NÃO DESCRIMINALIZA A CONDUTA DELITUOSA LEGALMENTE PREVISTA. PARECER DO MPF PELO PROVIMENTO DO RECURSO. RECURSO PROVIDO PARA, RECONHECENDO COMO TÍPICA A CONDUTA PRATICADA PELOS RECORRIDOS, DETERMINAR O RETORNO DOS AUTOS AO JUIZ DE PRIMEIRO GRAU PARA QUE ANALISE A ACUSAÇÃO, COMO ENTENDER DE DIREITO. 1. O art. 229 do CPB tipifica a conduta do recorrido, ora submetida a julgamento, como sendo penalmente ilícita e a eventual leniência social ou mesmo das autoridades públicas e policiais não descriminaliza a conduta delituosa. 2. A Lei Penal só perde sua força sancionadora pelo advento de outra Lei Penal que a revogue; a indiferença social não é excludente da ilicitude ou mesmo da culpabilidade, razão pela qual não pode ela elidir a disposição legal. 3. O MPF manifestou-se pelo provimento do recurso. 4. Recurso provido para, reconhecendo como típica a conduta praticada pelos recorridos, determinar o retorno dos autos ao Juiz de primeiro grau para que analise a acusação, como entender de direito”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 820.406 RS de 05 de março de 2009*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=863173&num_registro=200600340455&data=20090420&formato=PDF>. Acesso em: 10 jan. 2019. p. 9.

¹¹¹⁵ “CASA DE PROSTITUIÇÃO. ATIPICIDADE. A sociedade civil é reconhecida a prerrogativa de descriminalização do tipo penal configurado pelo legislador. A eficácia da norma penal nos casos de casa de prostituição mostra-se prejudicada em razão do anacronismo histórico, ou seja, a manutenção da penalização em nada contribui para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, e somente resulta num tratamento hipócrita diante da prostituição institucionalizada com rótulos como acompanhantes, massagistas motéis, etc, que, ainda que extremamente publicizada, não sofre qualquer reprimenda do poder estatal, haja vista que tal conduta, já há muito, tolerada, com grande sofisticação, e divulgada diariamente pelos meios de comunicação, não é crime, bem assim não será as de origem mais modesta. Recurso ministerial improvido”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 820.406 RS de 05 de março de 2009*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=863173&num_registro=200600340455&data=20090420&formato=PDF>. Acesso em: 10 jan. 2019. p. 3.

tipicidade do delito não poderia ser afastada pelo desuso ou pela tolerância social. No entanto, o Ministro Relator Arnaldo Esteves Lima discordou do que sustentava o Recorrente, afirmando que a mera conduta de manter casa de prostituição, diferente de outras figuras do Lenocínio, era absolutamente aceita pela sociedade¹¹¹⁶.

Entretanto, sob a tese de atipicidade da conduta, o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, posteriormente escolhido para redigir o acórdão, abriu divergência e manteve o entendimento anterior do Superior Tribunal de Justiça que sustentava a impossibilidade do afastamento da tipicidade do crime de casa de prostituição¹¹¹⁷. O voto divergente foi seguido pelos Ministros Felix

¹¹¹⁶ “Ao que se tem do caso concreto, os recorridos mantinham estabelecimento comercial do tipo “bar”, inclusive com mesa de snooker, no qual encontros sexuais eram acordados. Tal conduta enquadrar-se-ia no tipo penal denunciado, analisando-se somente o aspecto formal da tipicidade. Contudo, em um exame valorativo/normativo, próprio da tipicidade material, tenho que a conduta descrita na peça inaugural acusatória, tal como ali narrada, não supera o óbice do princípio da aceitação social/irrelevância social do fato (tolerância). Isso porque, diversamente dos tipos penais insertos nos arts. 228 (favorecimento da prostituição) e 230 (rufianismo), ambos do Código Penal, e no art. 244-A do ECA (submeter criança ou adolescente à prostituição ou à exploração sexual) – aos quais a sociedade expressa total repugnância -, a só conduta de manter estabelecimento comercial para encontros ou agendamento de encontros sexuais, a chamada “casa de prostituição”, é, se não totalmente aceita, certamente tolerada pela sociedade. Há autores, como Luiz Regis Prado, que tentam uma interpretação restritiva da norma, a fim de diferenciar o local de encontros amorosos (libidinosos) de namorados, daqueles outros envolvendo profissionais do sexo. Peço vênia ao nobre professor para dele divergir. Não vejo como reconhecer, em casos tais a tipicidade penal da conduta tendo como base a relação interpessoal que envolve os amantes. Até porque, nos dias atuais, as relações sexuais são difíceis, senão impossíveis, de uma definição precisa, pré-estabelecida. Ademais, tanto namorados como profissionais do sexo se utilizam, por vezes, dos mesmos locais para a prática de suas “artes”. Filio-me, portanto, àqueles que entendem não haver crime quando a desaprovação da conduta e/ou do resultado é tolerada pela sociedade, tornando a figura materialmente atípica, como no caso do art. 229 do CP”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 820.406 RS de 05 de março de 2009*. Disponível

em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=863173&num_registro=200600340455&data=20090420&formato=PDF>. Acesso em: 10 jan. 2019. p. 7-8.

¹¹¹⁷ “Respeitando os posicionamentos contrários, entendo que o art. 229 do CPB tipifica a conduta dos recorridos, ora submetida a julgamento, como sendo penalmente ilícita e a eventual leniência social ou mesmo das autoridades públicas e policiais não descriminaliza a conduta delituosa. 8. Ora, a Lei Penal só perde sua força sancionadora pelo advento de outra Lei Penal que a revogue; a indiferença social não é excludente da ilicitude ou mesmo da culpabilidade, razão pela qual não pode ela elidir a disposição legal”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 820.406 RS de 05 de março de 2009*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=863173&num_registro=200600340455&data=20090420&formato=PDF>. Acesso em: 10 jan. 2019. p.11.

Fischer e Laurita Vaz, motivo pelo qual restou o Recurso Especial foi provido para que o juízo de primeiro grau analisasse a acusação.

Em que pese a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do Agravo em Recurso Especial nº 924.750 RS¹¹¹⁸, ter à unanimidade¹¹¹⁹ negado provimento ao que pretendia o Ministério Público Federal, nesta oportunidade a corte mostrou que sustenta a impossibilidade de descriminalização do delito de casa de prostituição¹¹²⁰. O referido Agravo Regimental atacou decisão monocrática da lavra da relatora que negou seguimento ao Recurso Especial por considerar que a alteração do que fora decidido pelo Tribunal de Justiça de origem ensejaria reexame probatório, o que é vedado naquela instância¹¹²¹.

O Ministério Público Federal, por sua vez, agravou a decisão por entender que “uma simples leitura da exordial nos leva, necessariamente, à tipificação inscrita no preceptivo legal supramencionado, sendo prescindível o exame aprofundado do material probatório carreado aos

¹¹¹⁸Disponível

em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1043577&num_registro=200700367980&data=20110404&formato=PDF>. Acesso em: 10 jan. 2019.

¹¹¹⁹ Participaram do julgamento os Ministros Maria Thereza de Assis Moura (Relatora), Og Fernandes, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE).

¹¹²⁰ “PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 229 DO CP (REDAÇÃO ANTIGA). CASA DE PROSTITUIÇÃO. DESCRIMINALIZAÇÃO. INOCORRÊNCIA. TIPICIDADE. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Esta Corte Superior tem entendimento no sentido de que não se pode falar em descriminalização pela ordem social do delito de casa de prostituição - artigo 229 do Código Penal. 2. É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático e probatório a fim de analisar a tipicidade da conduta descrita, sendo vedado a esta Corte revolver o arcabouço carreado aos autos, ante a vedação do enunciado 7 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça. 3. Agravo regimental a que se nega provimento”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental em Recurso Especial nº 924.750 RS de 15 de março de 2011*. Disponível

em:<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1043577&num_registro=200700367980&data=20110404&formato=PDF>. Acesso em: 10 jan. 2019. p. 01.

¹¹²¹ “PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 229 DO CP (REDAÇÃO ANTIGA). CASA DE PROSTITUIÇÃO. DESCRIMINALIZAÇÃO. INOCORRÊNCIA. TIPICIDADE. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA SEGUIMENTO”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental em Recurso Especial nº 924.750 RS de 15 de março de 2011*. Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1043577&num_registro=200700367980&data=20110404&formato=PDF>. Acesso em: 10 jan. 2019. p.2.

autos para se chegar a essa conclusão, até porque na fase de recebimento da denúncia vigora o princípio do *in dubio pro societate*”¹¹²².

Afirmou a Relatora, no entanto, que a rejeição da denúncia ainda em primeiro grau ocorreu em razão da ausência de lesividade da conduta dos réus. Ressalta-se mais uma vez que o debate não representa uma mudança do que vinha decidindo o Superior Tribunal de Justiça, ou seja, que a aceitação social não afasta a tipicidade do crime de casa de prostituição, mas apenas a conclusão de que seria necessário o reexame probatório para afastar o que fora decidido na origem. Assim, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça negou provimento ao Agravo em Recurso Especial manejado pelo Ministério Público Federal e manteve a decisão de primeiro grau que afastava a denúncia sobre o delito de casa de prostituição.

Também no julgamento do Agravo Regimental em Recurso Especial nº 1.045.907 PR¹¹²³, em 25 de setembro de 2012, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Belizze, por unanimidade¹¹²⁴, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça enfrentou caso análogo¹¹²⁵. Nesta situação, a ré

¹¹²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental em Recurso Especial nº 924.750 RS de 15 de março de 2011*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1043577&num_registro=200700367980&data=20110404&formato=PDF>. Acesso em: 10 jan. 2019. p. 2.

¹¹²³ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1181856&num_registro=200800732724&data=20121002&formato=PDF>. Acesso em: 10 jan. 2019.

¹¹²⁴ Participaram do julgamento os Ministros Marco Aurélio Belizze (Relator), Laurita Vaz, Jorge Mussi e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR).

¹¹²⁵ “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. CASA DE PROSTITUIÇÃO. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL. INAPLICABILIDADE. FATO TÍPICO. IMPOSIÇÃO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE COMO CONDIÇÃO AO REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA DE PENA. PROIBIÇÃO DE CUMULAÇÃO DE SANÇÕES. MATÉRIA PACIFICADA. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA Nº 1.107.314/PR. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A eventual tolerância da sociedade ou das autoridades públicas não implica na atipicidade da conduta relativa à prática do crime previsto no art. 229 do Código Penal (“casa de prostituição”), valendo ressaltar que o alvará expedido tinha por objeto autorizar o funcionamento de um bar e não de uma casa para encontros libidinosos, não havendo que se falar, portanto, em aplicação do princípio da adequação social. Precedentes. 2. Por ocasião do julgamento do Recurso Especial Representativo da Controvérsia nº 1.107.314/PR, as Turmas especializadas em direito penal desta Corte pacificaram o entendimento segundo o qual é lícito ao juiz estabelecer condições especiais para a concessão de regime aberto desde que elas não constituam pena autônoma, como é o caso da prestação de serviços à comunidade, sob pena de ilegal cumulação de sanções. 3. Agravo regimental parcialmente provido para, reformando a decisão agravada, negar seguimento ao recurso especial do Ministério Público”. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental em Recurso Especial nº* O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal. 307

interpôs o Agravo Regimental em Recurso Especial para atacar decisão proferida pelo Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, que deu seguimento ao Recurso Especial manejado pelo Ministério Público do Estado do Paraná.

É bem verdade que a Agravante não recorreu através de Recurso Especial da decisão proveniente do Tribunal de Justiça do Paraná, o que ocasionou o fenômeno da preclusão no que concerne ao debate da tipicidade do crime de casa de prostituição (art. 229 do Código Penal do Brasil). Mas, ressalta-se que o relator, *ad argumentandum tantum*, reafirmou os precedentes da Corte¹¹²⁶. Assim, mais uma vez o Superior Tribunal de Justiça negou a possibilidade de afastar a tipicidade do delito previsto no art. 229 do Código Penal do Brasil sob o argumento de que a adequação social não pode revogar crimes.

No dia 17 de setembro de 2013 foi julgado o *Habeas Corpus* nº 214.445 SP¹¹²⁷ quando, por unanimidade¹¹²⁸, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça reafirmou ser impossível que a tolerância social afaste figuras típicas¹¹²⁹. No caso, os pacientes foram condenados em primeira

1.045.907 PR de 25 de setembro de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1181856&num_registro=200800732724&data=20121002&formato=PDF>. Acesso em: 10 jan. 2019. p.01.

¹¹²⁶ “De início, afasto a alegada atipicidade material da conduta prevista no art. 229 do Código Penal, em razão do princípio da adequação social sustentado pela agravante. Isso porque, do que consta dos autos, apenas o Ministério Público recorreu do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Paraná, não sendo interposto recurso especial pela ré, no intuito de ver apreciada a tese da atipicidade da conduta pelo Superior Tribunal de Justiça, ocorrendo, portanto, o fenômeno da preclusão. Ademais, ainda que assim não fosse, não há qualquer reparo a ser feito no acórdão recorrido, tendo em vista que se encontra em conformidade com a orientação pacífica desta Corte no sentido de que eventual tolerância da sociedade ou das autoridades públicas não implica na atipicidade da conduta relativa à prática do crime previsto no art. 229 do Código Penal, valendo ressaltar que o alvará expedido pelas autoridades públicas tinha por objeto autorizar o funcionamento de um bar e não de uma casa para encontros libidinosos”. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental em Recurso Especial nº 1.045.907 PR de 25 de setembro de 2012*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1181856&num_registro=200800732724&data=20121002&formato=PDF>. Acesso em: 10 jan. 2019. p.01.

¹¹²⁷ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1264049&num_registro=201101758489&data=20130925&formato=PDF>. Acesso em: 10 jan. 2019.

¹¹²⁸ Participaram do julgamento os Ministros Laurita Vaz (Relatora), Jorge Mussi, Marco Aurélio Belizze, Moura Ribeiro e Regina Helena.

¹¹²⁹ “HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIMES DO ART. 244-A DA LEI N.º 8.069/90 E DO ART. 229 DO CÓDIGO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. CONDENAÇÕES EMBASADAS NAS PROVAS DOS AUTOS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA DEFICIÊNCIA DA DEFESA TÉCNICA. MANTER CASA DE PROSTITUIÇÃO. INCIDÊNCIA DO O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

instância cada um a uma pena de 06 anos de reclusão, por crimes dentre os quais estava a manutenção de casa de prostituição e alegaram a atipicidade da conduta. No entanto, o voto proferido pelo Relator, seguido pelo restante da corte, foi no sentido de que “a eventual tolerância da sociedade não implica na atipicidade da conduta prevista no art. 229 do Código Penal (“manter casa de prostituição”), por incidência do princípio da adequação social.”¹¹³⁰.

Ressalta-se, ainda, a divergência¹¹³¹ também ocorrida quando do julgamento do Recurso Especial nº 143.5872 MG¹¹³² em 03 de junho de 2014, de Relatoria do Ministro Sebastião Reis

PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL. IMPOSSIBILIDADE. PRISÕES CAUTELARES. TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE PREJUDICADO E, NO MAIS, DENEGADO. 1. Diversamente do alegado na impetração, a denúncia atendeu ao disposto no art. 41 do Código de Processo Penal e individualizou as condutas dos acusados na empreitada criminosa, sem prejuízo ao exercício dos direitos à ampla defesa e ao contraditório (v.g., A E M e C C DA S teriam aberto a casa de prostituição, e A C M e M F P seriam os gerentes do estabelecimento ilegal). 2. O Juízo sentenciante, ao analisar pormenorizadamente as provas carreadas aos autos, julgou procedente a pretensão punitiva estatal. A simples leitura da sentença e do acórdão confirmatório indica que as condenações restaram devidamente fundamentadas, conforme ditames do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal. 3. Não há indicativo nos autos de que a defesa técnica dos Pacientes foi deficiente a ponto de incluir em suas condenações, o que desautoriza a declaração de nulidade da instrução por essa alegação. E mais, trechos da sentença demonstram que o defensor constituído atuou de modo firme e combativo contra as evidências constantes do caderno processual. 4. A eventual tolerância da sociedade não implica na atipicidade da conduta prevista no art. 229 do Código Penal (“manter casa de prostituição”), por incidência do princípio da adequação social. 5. Constatado o trânsito em julgado das condenações dos sentenciados, resta prejudicada a análise de suas prisões provisórias. 6. Ordem de habeas corpus parcialmente prejudicada e, no mais, denegada”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 214.445 SP de 17 de setembro de 2013*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1264049&num_registro=201101758489&data=20130925&formato=PDF>. Acesso em: 10 jan. 2019. p.09.

¹¹³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 214.445 SP de 17 de setembro de 2013*. Disponível

em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1264049&num_registro=201101758489&data=20130925&formato=PDF>. Acesso em: 10 jan. 2019. p.9.

¹¹³¹ Participaram do julgamento os Ministros Sebastião Reis Júnior (Relator), que negava provimento ao recurso, Rogério Schietti Cruz (Relator para redigir o Acórdão), que abriu divergência do Relator de acordo com precedentes da corte e foi seguido por Nefi Cordeiro, Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) e Maria Thereza de Assis Moura.

¹¹³² Disponível

em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1327822&num_registro=201400373319&data=20140701&formato=PDF>. Acesso em: 10 jan. 2019.

O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

Júnior, quando por maioria foi reafirmado o precedente da corte¹¹³³. Neste caso, o Recurso Especial foi interposto pelo Ministério Público de Minas Gerais contra acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que absolveu o recorrido quanto ao crime do art. 229 do Código Penal do Brasil com base no princípio da adequação social¹¹³⁴.

O Ministro Relator afirmou, na oportunidade, não desconhecer os precedentes do Superior Tribunal de Justiça, mas sustentou tese diametralmente oposta¹¹³⁵. afirmou que o tipo penal em

¹¹³³ “RECURSO ESPECIAL. ARTIGO 229 DO CÓDIGO PENAL. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL. INAPLICABILIDADE. TIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. 1. O princípio da adequação social é um vetor geral de hermenêutica segundo o qual, dada a natureza subsidiária e fragmentária do direito penal, se o tipo é um modelo de conduta proibida, não se pode reputar como criminoso um comportamento socialmente aceito e tolerado pela sociedade, ainda que formalmente subsumido a um tipo incriminador. 2. A aplicação deste princípio no exame da tipicidade deve ser realizada em caráter excepcional, porquanto ao legislador cabe precipuamente eleger aquelas condutas que serão descriminalizadas. 3. A jurisprudência desta Corte Superior orienta-se no sentido de que eventual tolerância de parte da sociedade e de algumas autoridades públicas não implica a atipicidade material da conduta de manter casa de prostituição, delito que, mesmo após as recentes alterações legislativas promovidas pela Lei n. 12.015/2009, continuou a ser tipificada no artigo 229 do Código Penal. 4. De mais a mais, a manutenção de estabelecimento em que ocorra a exploração sexual de outrem vai de encontro ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo incabível a conclusão de que é um comportamento considerado correto por toda a sociedade. 5. Recurso especial provido para restabelecer a sentença condenatória, apenas em relação ao crime previsto no artigo 229 do Código Penal”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.435.872 MG de 03 de junho de 2014*. Disponível

em:<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1327822&num_registro=201400373319&data=20140701&formato=PDF>. Acesso em: 10 jan. 2019. p.01.

¹¹³⁴ “MANUTENÇÃO DE ESTABELECIMENTO DESTINADO À PROSTITUIÇÃO OU EXPLORAÇÃO SEXUAL. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL. TIPICIDADE FORMAL. ATIPICIDADE MATERIAL. ABSOLVIÇÃO. SUBMISSÃO DE ADOLESCENTES À PROSTITUIÇÃO. FRAGILIDADE DO ACERVO PROBATÓRIO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO “IN DUBIO PRO REO”. ABSOLVIÇÃO. - Quanto ao tipo penal do art. 229, do CP, é cabível a aplicação do princípio da adequação social, pois há muito tempo a conduta de manter casa de prostituição não é mais censurada pela sociedade. - Não havendo provas cabais de que o réu tenha, de fato, submetido menor à prática de prostituição ou à exploração sexual, há que ser aplicado ao caso o princípio do “*in dubio pro reo*”, a fim de reverter a condenação”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.435.872 MG de 03 de junho de 2014*. Disponível

em:<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1327822&num_registro=201400373319&data=20140701&formato=PDF>. Acesso em: 10 jan. 2019. p.03.

¹¹³⁵ “No caso, sobre o tipo penal previsto no art. 229 do Código Penal, considero que se faz cabível a aplicação do princípio da adequação social. Em tempo, não desconheço que a jurisprudência deste Superior Tribunal O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

comento não promove a prevenção da conduta reprovável, mas apenas a afasta para a clandestinidade, longe do controle estatal, o que não pode ser ignorado pelo Direito Penal moderno¹¹³⁶. O Relator também afirmou não desconhecer a plena vigência do art. 229 do Código

entende que a eventual tolerância da sociedade não implica a atipicidade da conduta prevista no art. 229 do Código Penal (“*manter casa de prostituição*”), por incidência do princípio da adequação social (HC n. 214.445/SP, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, Dje 25/9/2013 – grifo nosso). No mesmo sentido destaco, ainda o AgRg no REsp n. 1.045.907/PR, Ministro Marco Aurélio Bellizze (DJe 2/10/2012) e o REsp n. 820.406/RS, Relator p/ acórdão Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (DJe 20/4/2009), ambos também da Quinta Turma. Contudo, esse não é o meu entendimento acerca da tipificação da conduta denominada casa de prostituição (art. 229 do CP), em razão da sua evidente antinomia com o conjunto do ordenamento jurídico pátrio. Primeiramente, é por todos sabido que a prostituição não constitui conduta típica no Direito Penal pátrio. Portanto, qual seria a razão do proprietário da casa de prostituição responder por um delito penal? Qual seria o modelo de conduta desvalorizada socialmente? Assim sendo, não deve o magistrado promover antinomias contidas na legislação penal”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.435.872 MG de 03 de junho de 2014*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1327822&num_registro=201400373319&data=20140701&formato=PDF>. Acesso em: 10 jan. 2019. p.08.

¹¹³⁶ “A meu ver, a proibição da chamada casa de prostituição não promove o controle ou prevenção da conduta supostamente reprovável, mas simplesmente remete a atividade proibida para a clandestinidade, onde não existe absolutamente nenhum controle oficial, razão pela qual a intervenção penal é, no particular, absolutamente inadequada e contraproducente, pois cria mais problemas do que resolve. Além disso, o delito denominado casa de prostituição é, em tese, um crime sem vítima, à exceção, por óbvio, quando do envolvimento de incapazes. Sobreleva notar que eventuais crimes, como maus-tratos, sequestro ou cárcere privado, extorsão, entre outros, contra prostitutas ou clientes já puníveis com tipos próprios pelo ordenamento jurídico pátrio. Em acréscimo, a realidade humana é muito mais rica e cambiante do que a norma legal pode prever; são indevidas, portanto, as tipificações que se tornarem dissonantes dos novos estágios ou das mudanças dos usos e costumes da comunidade. Segundo o moderno Direito Penal, a incriminação de uma conduta só se justifica quando estiver em jogo um bem ou um valor social realmente importante, não podendo alcançar fatos que se situem exclusivamente na ordem moral ou situações que, embora ilícitas, não atinjam significativamente a ordem social. Ademais, o magistrado, na atualidade, não deve ser um mero repetidor da lei positivada ou um cumpridor de uma função puramente técnica robotizada, pelo contrário, deve assumir um papel de verdadeiro intérprete do ordenamento jurídico, capaz de realizar a integração das leis, contemplando-as com valores e princípios norteadores da Constituição da República, aplicando-as a cada caso concreto. Nesse contexto, os fatos de pouca relevância, adequados e aceitos socialmente devem ser mitigados pela utilização de princípios, como o princípio penal da adequação social. Melhor esclarecendo, o moderno conceito de tipicidade não se satisfaz com a mera adequação da conduta ao tipo legal. Não basta a tipicidade formal. Exige-se a chamada tipicidade material, sendo indispensável que a conduta imputada tenha causado um resultado jurídico (ofensa ao bem jurídico) relevante (princípio da insignificância) e intolerável (princípio da adequação social), além de outros requisitos (imputação objetiva, elemento subjetivo). Em O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

Penal Brasileiro, mas arguiu não ser sustentável a incongruência legislativa de permitir a prostituição, mas proibir os prostíbulos quando não há vítima a ser protegida¹¹³⁷. Assim, arrematou dizendo que não se trata do desprezo ao princípio da legalidade, mas de reconhecer que condutas aceitas pela população não podem ser ofensivas ao Direito Penal, o que leva à atipicidade¹¹³⁸.

outras palavras, na tentativa de adequar a aplicação do Direito Penal às necessidades da sociedade, a doutrina elaborou instrumentos de interpretação restritiva ao tipo penal. Daí, no contexto do Direito Penal Mínimo, Fragmentário e Garantista, surgiu o princípio penal da adequação social”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.435.872 MG de 03 de junho de 2014*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1327822&num_registro=201400373319&data=20140701&formato=PDF>. Acesso em: 10 jan. 2019. p. 9-10.

¹¹³⁷ “Apesar do tipo penal do art. 229 do Código Penal estar em plena vigência, para parte da doutrina ele deve ser aplicado ao caso concreto de forma cuidadosa, pois ao contrário será considerado lei morta, porquanto visível a incoerência do sistema penal em tolerar a prostituição quando exercida individualmente e condenar os donos de prostíbulo. Deve-se lembrar que aqui não há um bem jurídico específico a ser tutelado e muito menos uma vítima a ser protegida. (...) No caso, embora o estabelecimento onde ocorra a prostituição se enquadre ao tipo penal previsto no art. 229 do Código Penal, entendo, em observância ao princípio da adequação social, que o fato é atípico, porquanto não é mais objeto de reprovação social – trata-se de fato consentido, estimulado e divulgado pela mídia inclusive -, não devendo, assim, ser criminalizado”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.435.872 MG de 03 de junho de 2014*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1327822&num_registro=201400373319&data=20140701&formato=PDF>. Acesso em: 10 jan. 2019. p.12-13.

¹¹³⁸ “De igual forma, com exceção da hipótese de manutenção de casa de prostituição em que se permite ou explore o comércio carnal de crianças e adolescentes, prática que deve ser severamente combatida, a exploração de prostíbulo é conduta que só a cega hipocrisia pode entender não descriminalizada pelos costumes. No caso em exame, não ficou comprovada a exploração sexual de crianças e adolescentes no estabelecimento comercial administrado pelo recorrido. Não se trata aqui de desprezar princípios – em particular o princípio da legalidade – nem se está a fazer apologia à conduta praticada, mas sim de constatar que tais locais funcionam às escâncaras, com plena aprovação não só das autoridades, como já dito, como de toda a população, que já não os considerada ofensivos, não sendo, portanto, relevantes para o Direito Penal, visto que, embora presente a tipicidade formal, a figura é atípica por faltar-lhe a tipicidade material. (...) Logo, filio-me à corrente que entende não haver crime quando a desaprovação da conduta ou do resultado é tolerada pela sociedade, tornando a figura materialmente atípica, como no caso do art. 229 do Código Penal. Consequentemente, ausente a tipicidade da conduta supostamente perpetrada pelo recorrido, a manutenção do acórdão absolutório é medida que se impõe”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.435.872 MG de 03 de junho de 2014*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1327822&num_registro=201400373319&data=20140701&formato=PDF>. Acesso em: 10 jan. 2019. p.14-18.

O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

Não obstante os pertinentes argumentos suscitados pelo Ministro Relator, o voto vencedor foi a divergência aberta pelo Ministro Rogério Schietti Cruz, responsável pela redação do acórdão. Neste âmbito, o precitado Ministro expôs sua compreensão do princípio da adequação social, que acredita dever ser utilizado de forma subsidiária como um vetor interpretativo, mas nunca para afastar tipos penais¹¹³⁹. Ademais, refuta a ideia de que a ação imputada ao recorrido seja socialmente aceita, pois realizada em confronto com a moralidade sexual, bons costumes e a dignidade da pessoa humana¹¹⁴⁰. A decisão da corte foi então pelo provimento do Recurso Especial

¹¹³⁹ “O princípio da adequação social, formulado por Hans Welzel, é um vetor geral de hermenêutica segundo o qual, dada a natureza subsidiária e fragmentária do direito penal, se o tipo é um modelo de conduta proibida, não se pode reputar como criminosa uma conduta socialmente aceita e tolerada pela sociedade, ainda que formalmente subsumida a um tipo legal incriminador. Sem embargo da adesão doutrinária e, algumas vezes, da jurisprudência ao princípio, penso que sua aplicação no exame da tipicidade deve ser realizada com excepcionalíssima cautela, pois cabe precipuamente ao legislador eleger as condutas que serão descriminalizadas. O magistrado, como aplicador do direito, deve utilizar o princípio como um auxiliar interpretativo para restringir o teor literal da norma penal que, por vezes, alcança condutas socialmente admissíveis. Aliás, consoante a dicção do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, uma lei penal incriminadora somente pode ser revogada por outra, pois “não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.435.872 MG de 03 de junho de 2014*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1327822&num_registro=201400373319&data=20140701&formato=PDF>. Acesso em: 10 jan. 2019. p.22-23.

¹¹⁴⁰ “Mais a mais, a ação imputada ao recorrido não pode ser considerada como socialmente tolerável, pois não foi realizada no âmbito da normalidade. A manutenção de estabelecimento em que ocorra a exploração sexual de outrem viola a moralidade sexual e os bons costumes, bens jurídicos tidos como de elevada importância para a sociedade, e vai de encontro ao próprio princípio da dignidade da pessoa humana. Descabe concluir, de forma inequívoca, que é um comportamento considerado correto por toda a comunidade. A exploração sexual de terceiros, muitas vezes, pelas próprias circunstâncias em que se desenvolve, em um contexto social de vulnerabilidade ou pobreza, implica a coisificação da pessoa, com grave comprometimento sua dignidade. Impõe-se ressaltar, também que a disposição do próprio corpo para fins libidinosos – prática essa permitida no quadro da liberdade de ação social – não pode ser confundida com a exploração sexual de terceiros, muitas vezes acompanhada de outros tantos ilícitos como a exploração sexual de crianças ou adolescentes, o tráfico de drogas e de pessoas. Por tais motivos a conduta de manter casa de prostituição continuou a ser criminalizada, mesmo com as recentes alterações legislativas promovidas pela Lei n. 12.015/2009, que apenas tornou atípica a manutenção de estabelecimento destinado a encontros sexuais, tais como motéis”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.435.872 MG de 03 de junho de 2014*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1327822&num_registro=201400373319&data=20140701&formato=PDF>. Acesso em: 10 jan. 2019. p.23.

para “reconhecer a ocorrência de crime na conduta atribuída ao recorrido e restabelecer a sentença condenatória, apenas em relação ao crime previsto no artigo 229 do CPB”.¹¹⁴¹

No julgamento do Agravo Regimental em Recurso Especial nº 1.508.423 MG¹¹⁴², no dia 1 de setembro de 2015, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça enfrentou novamente o embate entre a adequação social e a manutenção da casa de prostituição quando, por unanimidade¹¹⁴³, manteve-se coerente com os precedentes anteriores¹¹⁴⁴. Este recurso foi interposto contra decisão que deu provimento ao Recurso Especial manejado pelo Ministério Público de Minas Gerais e afastou o princípio da adequação social do caso, argumentando a Agravante que o Recurso Especial atacado reexaminou questões probatórias, o que é vedado na espécie. No entanto, o Ministro Relator afirmou que a decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais precisava ser reformada para que fossem aplicados os precedentes desta Corte em casos análogos¹¹⁴⁵.

¹¹⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.435.872 MG de 03 de junho de 2014*. Disponível

em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1327822&num_registro=201400373319&data=20140701&formato=PDF>. Acesso em: 10 jan. 2019. p. 25.

¹¹⁴² Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1436468&num_registro=201500070635&data=20150917&formato=PDF>. Acesso em: 10 jan. 2019.

¹¹⁴³ Participaram do julgamento os Ministros Ericson Maranhão (Relator e Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro.

¹¹⁴⁴ “PROSTITUIÇÃO. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL. INAPLICABILIDADE. REEXAME DE PROVA. AUSÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. I – De acordo com o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ, não se aplica o princípio da adequação social aos crimes de favorecimento da prostituição ou manutenção de casa de prostituição. II – Decisão agravada que deve ser mantida por seus próprios fundamentos, uma vez que as razões do agravo regimental não cuidam de infirmar os fundamentos da decisão recorrida. III- Agravo regimental desprovido”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.508.423 MG de 01 de setembro de 2015*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1436468&num_registro=201500070635&data=20150917&formato=PDF>. Acesso em: 10 jan. 2019. p.01.

¹¹⁴⁵ “Por outro lado, como já explicitado na decisão agravada, o acórdão de segundo grau de jurisdição encontra-se em dissonância com o entendimento dessa Corte, sedimentado no sentido de que o princípio da adequação social não se aplica no trato dos crimes de favorecimento da prostituição ou manutenção de casa de prostituição, especialmente se, com a edição da Lei n. 12.015/09, tais figuras típicas restaram mantidas”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.508.423 MG de 01 de setembro de 2015*. Disponível

em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1436468&num_registro=201500070635&data=20150917&formato=PDF>. Acesso em: 10 jan. 2019. p.03.

Ressalta-se, por fim, a decisão unânime¹¹⁴⁶ da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça no Habeas Corpus nº 238.688 RJ¹¹⁴⁷, em 06 de agosto de 2015, no qual se debatia, além da Casa de Prostituição (art. 229 do Código Penal Brasileiro), também a aceitação social do Rufianismo¹¹⁴⁸ (art. 230 do Código Penal Brasileiro).

¹¹⁴⁶ Participaram do julgamento os Ministros Felix Fischer (Relator), Gurgel de Faria, Reynaldo Soares da Fonseca, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE).

¹¹⁴⁷ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1426831&num_registro=201200711391&data=20150819&formato=PDF>. Acesso em: 10 jan. 2019.

¹¹⁴⁸ “PENAL. PROCESSUAL PENAL. ATIPICIDADE. RUFIANISMO. ABOLITIO CRIMINIS DO CRIME DO ART. 229. ALTERAÇÃO DA LEI Nº 12.015/09. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ART. 229 DO CP. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL. IMPOSSIBILIDADE. TIPICIDADE. CONFLITO APARENTE DE NORMAS. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. DELITOS DOS ARTS. 229 E 230 DO CP. IMPOSSIBILIDADE. I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinham-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014). II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício. III - As teses acerca da atipicidade da conduta prevista no art. 230 do Código Penal pelo princípio da adequação social e da incidência do instituto do abolitio criminis ao art. 229 do Código Penal não foram apreciadas pelo eg. Tribunal a quo, não é possível a esta eg. Corte preceder a tais análises, sob pena de indevida supressão de instância (Precedentes). IV - A jurisprudência desta Corte Superior orienta-se no sentido de que eventual tolerância de parte da sociedade e de algumas autoridades públicas não implica a atipicidade material da conduta de manter estabelecimento em que ocorra exploração sexual, delito tipificado no artigo 229 do Código Penal (Precedentes). V - O delito de rufianismo não é um mero exaurimento tampouco está na linha de desdobramento regular do delito tipificado no art. 229 do CP. Inaplicável, portanto, o princípio da consunção. VI - In casu, não merece prosperar a insurgência quanto à dosimetria da pena, uma vez que a fixação da pena foi fundamentada nas peculiaridades do caso concreto, bem como na comprovação da reincidência. Habeas corpus não conhecido”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 238.688 RJ de 06 de agosto de 2015*. Disponível em: [O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.](#)

Tem-se que o paciente foi condenado em primeiro grau como incurso nos arts. 229 e 230 do Código Penal Brasileiro a uma pena total de três anos e nove meses de reclusão em regime semiaberto e cem dias-multa. A defesa e o Ministério Público interpuseram apelações¹¹⁴⁹. Houve voto divergente, razão pela qual foram interpostos embargos infringentes e de nulidade¹¹⁵⁰.

Ademais, foi impetrado o presente Habeas Corpus, onde pretendia o impetrante o “reconhecimento da atipicidade das condutas descritas nos arts. 229 e 230 do Código Penal, em decorrência do princípio da adequação social”¹¹⁵¹. No entanto, o voto do Ministro Relator trouxe os precedentes da Corte e reafirmou para ambos os delitos a impossibilidade da aceitação social afastar figuras típicas¹¹⁵². Assim, decidiu a Corte pelo não conhecimento do Habeas Corpus e a

em:<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1426831&num_registro=201200711391&data=20150819&formato=PDF>. Acesso em: 10 jan. 2019. p.01-02.

¹¹⁴⁹ “CRIMES DESCRITOS NOS ARTIGOS 229 E 230 DO CÓDIGO PENAL – ABSOLVIÇÃO DE UM DOS DENUNCIADOS E CONDENAÇÃO DO OUTRO – PROVA INCONTESTE NO SENTIDO DA CARACTERIZAÇÃO DOS CRIMES DE CASA DE PROSTITUIÇÃO E DE RUFIANISMO – RECURSO DEFENSIVO DESPROVIDO – PROVA SEGURA DE QUE O RÉU QUE ATUAVA COMO GERENTE DA CASA DE PROSTITUIÇÃO E QUE RECEBIDA LUCROS AUFERIDOS DESSA ATIVIDADE PRATICANDO ATOS DE EXECUÇÃO – CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE – ELEVADO NÚMERO DE PROSTITUTAS TRABALHANDO NO LOCAL AUTORIZA A FIXAÇÃO DA PENA BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL – PROVIMENTO DO RECURSO MINISTERIAL”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 238.688 RJ de 06 de agosto de 2015*. Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1426831&num_registro=201200711391&data=20150819&formato=PDF>. Acesso em: 10 jan. 2019. p. 03

¹¹⁵⁰ “Embargos Infringentes e de Nulidade. Crimes de rufianismo e casa de prostituição. Voto majoritário pela condenação. Voto vencido pela absolvição. Casa de prostituição. Tolerância pela sociedade como desempenho da atividade que não tem o condão de gerar a atipicidade da conduta. Entendimento consolidado no E. STJ. Crime de rufianismo. Conduta que não traduz pós-fato impunível do crime de casa de prostituição, por não integrar sua fase executória. Absolvição. Impossibilidade. Embargos a que se negam provimento”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 238.688 RJ de 06 de agosto de 2015*. Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1426831&num_registro=201200711391&data=20150819&formato=PDF>. Acesso em: 10 jan. 2019. p. 04.

¹¹⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 238.688 RJ de 06 de agosto de 2015*. Disponível

em:<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1426831&num_registro=201200711391&data=20150819&formato=PDF>. Acesso em: 10 jan. 2019. p. 07.

¹¹⁵² “Ora, repreende-se da literalidade do comando legal referenciado, claramente, que a manutenção do local destinado à prostituição configura ilícito penal. O eventual desuso, a questionável tolerância ou até mesmo, *ex hypothesis* e *ad argumentandum tantum*, o costume, em nosso sistema jurídico-penal, não ensejam revogação de norma incriminadora (efe. Art. 2º, caput, da LICCDB)”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

consequente manutenção do entendimento já previamente construído em sede jurisprudencial da impossibilidade da aceitação social afastar a tipicidade dos delitos que orbitam a atividade da prostituição.

Pode-se deduzir desta sequência de julgados que, na República Federativa do Brasil, quanto aos tribunais de superposição, os acórdãos apresentados tiveram como principal cerne o crime de casa de prostituição (art. 229 do Código Penal brasileiro) e uma tímida referência ao Rufianismo (art. 230 do Código Penal brasileiro), enfatizando-se como fundamento a afirmação de que a “adequação social não afasta a tipicidade de crimes”.

O Superior Tribunal de Justiça, ainda em 1998, ao julgar os Recursos Especiais nº 149.070/DF e nº 141.956/SC, deu início à tese de que a tolerabilidade da sociedade não seria suficiente para que o Estado-Juiz deixasse de aplicar a figura típica do art. 229 do Código Penal Brasileiro, argumento este que foi repetido em todos os momentos nos quais foi reacendido o debate, à semelhança do que vem ocorrendo na República Portuguesa, nas Seções do Tribunal Constitucional, em relação ao Acórdão nº 144/2004.

Nos julgados brasileiros, entretanto, é digna de ressalva a divergência suscitada pelo Ministro Relator Arnaldo Esteves Lima, acompanhado pelo Ministro Jorge Mussi, quando do julgamento do Recurso Especial nº 820.406/RS em 2009. Pela primeira vez houve manifestação no sentido de que a conduta tipificada no art. 229 do Código Penal Brasileiro, especificamente a manutenção de casa de prostituição, era absolutamente aceita pela sociedade, o que, diferentemente do que vinha decidido o Superior Tribunal de Justiça, tornaria a conduta materialmente atípica.

Também houve divergência em 2014 ao ser julgado o Recurso Especial nº 1.4358.72/MG, de relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, que defendeu que as atividades de casa de prostituição não atingem significativamente a ordem social, o que afastaria a tipicidade material. Não obstante, o Ministro Rogério Schietti Cruz afirmou que a adequação social é um mero vetor interpretativo e não serve para afastar a tipicidade da conduta, seja formal ou material. Além disso, acrescentou que há dúvidas de que a referida conduta seja socialmente aceita, pois confronta a ‘moralidade sexual’, os ‘bons costumes’ e a ‘dignidade da pessoa humana’.

O Supremo Tribunal Federal, em 2011, também se manifestou sobre o tipo penal do art. 229 do Código Penal Brasileiro através do Habeas Corpus nº 104.467/RS, quando a Ministra Relatora Cármen Lúcia expressou que os bens jurídicos tutelados pela espécie são a ‘moralidade sexual’ e os ‘bons costumes’, cuja proteção deveria ser realizada pelo Direito Penal em razão das suas importâncias sociais, o que atendia ao parâmetro da fragmentariedade. Ademais, encampou a

Habeas Corpus nº 238.688 RJ de 06 de agosto de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1426831&num_registro=201200711391&data=20150819&formato=PDF>. Acesso em: 10 jan. 2019. p. 11.

tese do Superior Tribunal de Justiça de que a adequação social não seria suficiente para afastar a tipicidade de um delito.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, não restam dúvidas, demonstraram coesão de entendimentos por seguirem reafirmando os precedentes firmados, mesmo com alterações das composições das cortes através dos anos. No entanto, enfatiza-se que as decisões dos tribunais brasileiros estão limitadas quanto aos crimes sexuais atacados, pois apenas houve a tentativa de afastar a tipicidade material daquelas espécies de Lenocínio que supostamente aparentavam maior tolerabilidade social no Brasil.

Assim, é possível afirmar que não existe um debate aprofundado pelas cortes superiores brasileiras sobre as origens e/ou a existência dos bens jurídicos tutelados, dos limites do consentimento, da dignidade e da liberdade de autodeterminação sexual tanto daquele que exerce a prostituição quanto daqueles que desempenham as atividades acessórias, além da necessidade (ou desnecessidade) do Direito Penal tutelar tais condutas. Ainda que a conclusão fosse pela tipicidade (formal e material), não pode a jurisprudência brasileira permanecer inerte na repetição de argumentos dos precedentes construídos quase vinte anos atrás, quando a doutrina segue discutindo os limites dos delitos sexuais em relação à liberdade de autodeterminação do indivíduo.

Neste sentido, aponta-se, inicialmente, a fragilidade do argumento utilizado para descriminalizar o crime de “Casa de Prostituição”. Já se pontuou que o Princípio da Adequação Social, atribuído a Welzel, tem sua importância como baliza de orientação para que o legislador crie ou revogue figuras típicas, servindo, ainda, como instrumento de interpretação jurídica de tipos penais. Ocorre que, como sustenta Bittencourt, ainda há divergência sobre as efetivas consequências jurídicas advindas da incidência do Princípio da Adequação Social. Lembrou o doutrinador, inclusive, que o próprio Welzel tergiversou sobre os seus efeitos, no sentido de considerá-lo excludente de tipicidade ou causa de justificação, terminando por delineá-lo como princípio geral de interpretação¹¹⁵³.

Esta conclusão de Welzel foi assumida pelo Ministro Rogério Schietti Cruz para afastar a incidência do Princípio da Adequação Social no Recurso Especial nº 143.5872 MG, em 03 de junho de 2014, argumentando que o: “princípio da adequação social, formulado por Hans Welzel, é um vetor geral de hermenêutica segundo o qual, dada a natureza subsidiária e fragmentária do Direito Penal, se o tipo é um modelo de conduta proibida, não se pode reputar como criminosa uma conduta socialmente aceita e tolerada pela sociedade, ainda que formalmente subsumida a um tipo legal incriminador. Sem embargo da adesão doutrinária e, algumas vezes, da jurisprudência ao princípio, penso que sua aplicação no exame da tipicidade deve ser realizada com excepcionalíssima cautela, pois cabe precipuamente ao legislador eleger as condutas que serão descriminalizadas. O

¹¹⁵³ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Vol. 04. 3. Ed. São Paulo - Brasil: Saraiva, 2008. p.20.

magistrado, como aplicador do direito, deve utilizar o princípio como um auxiliar interpretativo para restringir o teor literal da norma penal que, por vezes, alcança condutas socialmente admissíveis. Aliás, consoante a dicção do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, uma lei penal incriminadora somente pode ser revogada por outra, pois ‘não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue’¹¹⁵⁴.

A tese que vem sendo repisada nos acórdãos, continuamente, no sentido de que o Princípio da Adequação Social serviria para afastar figuras típicas, sequer encontrou, ainda, seu porto seguro doutrinário, constituindo-se, majoritariamente como um “vetor geral de hermenêutica”, razão principal que fundamenta o seu reiterado rechaço pelos tribunais de superposição brasileiros. Desse modo, se por um lado pode-se argumentar que a jurisprudência brasileira permanece inerte há vinte anos na repetição de argumentos dos precedentes, é de se constatar que os juristas envolvidos nos casos têm grande responsabilidade nesta realidade, pois têm assumido uma perspectiva linear de suporte teórico movediço.

Neste âmbito, destaca-se que elemento mais profundo ainda não foi levado à apreciação do STJ, argumento que fulmina a própria razão de ser dos tipos previstos nos artigos 227 a 230 do Código Penal brasileiro em sua modalidade simples: a ausência de bem jurídico-penal. Ora, o STF, no Habeas Corpus nº 104.467/RS, em 2011 expressou que os bens jurídicos tutelados pelo delito previsto no art. 229 do Código Penal brasileiro são a “moralidade sexual” e os “bons costumes”. Já o STJ, no Recurso Especial nº 1.4358.72/MG, em 2014, afirmou que a conduta incriminada pelo precitado tipo penal confronta a “moralidade sexual”, os “bons costumes” e a “dignidade da pessoa humana”.

Sem embargo, toda exposição de raciocínio nesta tese de doutoramento buscou demonstrar que o Direito Penal tem uma natureza fragmentária e subsidiária e que visa a proteção de bens jurídicos. Não quaisquer bens, mas apenas aqueles que possuam dignidade penal, com embasamento constitucional. Neste sentido, há um critério limitador, no sentido de que o bem jurídico não pode ser incompatível com o quadro axiológico contido na Constituição, devendo caracterizar-se por sua relevância, justificando-se, assim a incriminação de condutas que o lesionem ou o coloquem em perigo de lesão.

Condensa-se, neste raciocínio, a incidência do Princípio do Direito Penal Mínimo, ou o caráter da *ultima ratio* inerente ao Direito Penal, ao qual o STF se reconheceu, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais nº 291, de 28 de outubro de 2015, a capacidade de afastar de tipos penais “expressões pejorativas e discriminatórias, ante o

¹¹⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.435.872 MG de 03 de junho de 2014*. Disponível

em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1327822&num_registro=201400373319&data=20140701&formato=PDF>. Acesso em: 10 jan. 2019. pp. 22-23.

reconhecimento do direito à liberdade de orientação sexual como liberdade existencial do indivíduo. Manifestação inadmissível de intolerância que atinge grupos tradicionalmente marginalizados”¹¹⁵⁵.

Neste sentido, considerar que o crime de casa de prostituição visa a proteção da moralidade sexual e dos bons costumes é lançar por terra todo um arcabouço teórico protetivo da dignidade humana, fundamento constituinte do Estado Democrático de Direito que é a República Federativa do Brasil. Em profundidade, “moralidade sexual” e “bons costumes” são valores afeitos à moral sexual social que não encontram respaldo constitucional, servindo, ao contrário, como limitadores da liberdade e da autodeterminação sexual.

Argumentar, ainda, que o crime previsto no art. 229 do Código Penal visa a proteção da dignidade da pessoa humana, ou seja, a dignidade de quem, de per si, consente na “exploração sexual” que é a prostituição, significa, ao fim e ao cabo, considerar a contraprestação pela oferta de atos libidinosos algo indigno do ser humano, raciocínio que não é compatível com o Direito Penal contemporâneo nem com as diretrizes do Direito Penal Sexual. O dever de respeito que advém da dignidade humana, seja no âmbito das relações entre indivíduos seja na relação entre o Estado e o indivíduo implica uma abstenção daquele no sentido de incriminar de valores morais. Não deve o Estado, portanto, de maneira paternalista, se arvorar no sentido de considerar indigna determinada conduta humana afeita apenas à discricionariedade de sua autodeterminação sexual, íntima.

No tipo previsto no *caput* do artigo 229 do Código Penal, no crime de casa de prostituição, viola-se justamente o que se objetiva proteger, isto porque o Estado assume como indigno o fato de alguém manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente, ou seja, pune-se terceiro que ofereça estabelecimento para prática socialmente discriminada: a prostituição. Lesiona-se, assim, a dignidade da pessoa que se prostitui, cerceando, através da incriminação de terceiros, a sua liberdade de autodeterminação sexual.

Não há qualquer dano social de relevo, para além da afetação da pretensa “moralidade sexual” e dos “bons costumes” defendidos por parcela da população que implique na repressão dessa conduta ou mesmo naquela do rufião, que tira proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça. O cerne da atuação do Estado, neste âmbito, deveria ser, por conseguinte, a proteção à liberdade de autodeterminação sexual, bem que possui dignidade penal e amparo na Constituição da República Federativa do Brasil. A ausência da proteção deste valor é, por conseguinte, fundamento para

¹¹⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 291*, de 28 de outubro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10931627>>. Acesso em: 10 jan. 2019. p. 1.

extirpar os artigos 229 e 230, bem como os artigos 227 e 228, em suas formas simples, do Código Penal brasileiro, já que estes delitos, em profundidade, da maneira como se encontram redigidos, sem violência física ou moral, não oferecem quaisquer riscos à convivência social numa sociedade tolerante e pluralista.

Conclusão

Não restam dúvidas que, no decorrer da história, a moral social, atrelada ao comportamento sexual humano, influenciou na construção de tipos penais. Muitas condutas de natureza sexual passaram a ser criminalizadas e continuam vigentes em alguns ordenamentos jurídicos, evidenciando nítido descompasso com as diretrizes contemporâneas garantistas assumidas pelo Direito Penal Sexual.

No âmbito deste ramo particular do Direito Penal, atualmente, expressiva doutrina se mobiliza contra a natureza moralizadora que tem permeado a construção e manutenção de tipos penais, no decorrer do tempo, dentro de ordenamentos jurídicos que estão a criminalizar condutas ofensivas a uma específica moral social sexual - esta que já não encontra razão de ser diante dos imperativos do Estado Democrático e Constitucional de Direito.

Refletir a respeito do estabelecimento de limites entre o Direito Penal e a moral e, mais especificamente, sobre a criminalização de condutas ofensivas à moral social sexual, tem ditado a tônica na apreciação doutrinária a respeito da danosidade social de determinados tipos, bem como no que concerne ao merecimento de proteção destes no universo jurídico criminal.

De fato, o Direito Penal é um contundente instrumento de controle social do Estado, quiçá, o mais gravoso dentre os demais ramos do direito, razão pela qual tem-se compreendido que sua aplicação se dá sob o binômio subsidiariedade-fragmentariedade. Reconhece-se, dessa forma, que o Direito Penal é *ultima ratio* no conjunto do ordenamento jurídico, pela sua natureza punitiva, a fim de impor o controle social, sempre em respeito à dignidade da pessoa humana. Por outro lado, assume-se, também, a premissa de que o Direito Penal só deve se ocupar de ofensas realmente graves aos valores mais importantes, constitucionalmente estabelecidos pela sociedade.

O conceito de bem jurídico penalmente tutelado, aqui compreendido como a relação de disponibilidade de uma pessoa com um bem, protegido pelo Estado, que revela seu interesse mediante normas que proíbem determinadas condutas que o afetem, aquelas que são expressadas como a tipificação dessas condutas, converge com a natureza subsidiária e fragmentária do Direito Penal, assumindo-se, então, a perspectiva de que uma das principais finalidades do Direito Penal é a proteção dos bens jurídicos mais fundamentais, ou seja, bens jurídicos com dignidade penal.

Esta dimensão implica tanto uma coesão ontológica para o Direito Penal quanto lhe fornece uma perspectiva finalística, já que sua validade passa a se lastrear em função da dignidade da pessoa humana, no âmbito de um Estado Constitucional de Direito, de natureza social e democrática. Portanto, em função do caráter subsidiário e fragmentário e pelo fato da missão do Direito Penal residir na dignidade da pessoa humana, este só deve proteger os bens jurídicos mais relevantes do universo constitucional.

Com base neste raciocínio, sustenta-se que o Direito Penal é instrumento absolutamente ilegítimo para proteger meras posturas morais, éticas, religiosas ou ainda ideológicas, pois estas dimensões são ínsitas à esfera individual das pessoas, não podendo ser alçadas a status constitucional, mormente em sociedades que se fundamentam no pluralismo político.

Especificamente no que tange ao Direito Penal Sexual, por conseguinte, reconhece-se a necessidade de afastar do seu universo os delitos que visem a proteção de valores ínsitos à esfera individual dos seres humanos, incluindo-se neste âmbito as normas morais, religiosas ou ideológicas, cuja violação não lesionam bens jurídicos de dignidade constitucional.

Este imperativo, aqui afirmado, incide diretamente no tratamento que a República Portuguesa e a República Federativa do Brasil têm dado às condutas criminalizadas que envolvem a prostituição, nos chamados crimes de Lenocínio. Nestes Estados vige, hodiernamente, o chamado sistema abolicionista, que reconhece a prostituição como um mal social a ser abolido, por ferir a dignidade daquele que se prostitui sem, entretanto, puni-lo, mas desestimulando sua ocorrência através da punição de quem faz uso dos serviços ofertados pelo prostituído, bem como dos demais indivíduos que volteiam à prática, favorecendo-a ou facilitando-a.

Em profundidade, o nº1 do artigo 169 do Código Penal português e os artigos 227 a 230 do Código Penal brasileiro, em sua forma simples, da maneira como se encontram, hoje, descritos na legislação de ambos os países, estão a proteger valores morais que não se constituem enquanto bens jurídicos dignos de proteção pelo Direito Penal e não ostentam respaldo com a ordem constitucional destes Estados.

Dentro do universo dos crimes sexuais, o bem jurídico protegido é a liberdade sexual, valor que garante a esfera íntima e individual das pessoas, onde não há espaço para a interferência indesejada do Estado, principalmente diante da relação entre adultos dotados de plena capacidade de autodeterminação e consentimento.

Este valor não se encontra tutelado, portanto, no artigo 169, nº 1 do Código Penal Português, que, aliás, situa-se no capítulo referente aos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual. A punição com prisão de seis meses a cinco anos para quem, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa da prostituição, não protege nenhum bem jurídico com dignidade penal, não havendo respaldo para esta incriminação da Constituição da República Portuguesa.

Dessume-se, da redação do tipo, que se está preservando uma espécie de moralidade social que tem a prostituição como uma atividade indigna, cujos proventos a partir dela auferidos, profissionalmente ou com intenção lucrativa, são desonestos, por conseguinte. Este raciocínio, contudo, abarca um valor eminentemente moral pois, com a incriminação, não se protege a liberdade sexual de quem se prostitui, na medida em que a cerceia punindo terceiros que, de alguma forma a fomenta, favoreça ou facilite a prática, ainda que profissionalmente ou com intenção lucrativa.

O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

Deve-se consignar que a ausência de bem jurídico neste tipo penal vigente na legislação portuguesa possui um marco temporal. Adveio da reforma legislativa promulgada pela Lei nº 65/98 que suprimiu do então artigo 170, nº1 do Código Penal português um requisito para a sua configuração que subsidiava a razão de existir do delito em relação a proteção da liberdade e autodeterminação sexual: a exploração numa situação de abandono ou necessidade. Hodiernamente, portanto, como se afirmou, a exclusão do trecho que compunha elementar do tipo implica que a redação do Lenocínio está a incriminar valores alheios à liberdade sexual, não havendo como se justificar o imperativo punitivo ínsito ao tipo.

O argumento a respeito da ausência de bem jurídico no art. 169, nº1 do Código Penal português e, mais especificamente, o fato desta norma penal tutelar valor moral não amparado pela ordem constitucional portuguesa foi apreciado pelo Tribunal Constitucional Português, que a partir do Acórdão de nº 144/2004 tem adotado questionável perspectiva teórica, de cunho jurídico-penal moralista, para afirmar que o Lenocínio, na forma como se encontra atualmente redigido, tem, na proteção da dignidade humana da pessoa que se prostitui, sua razão de ser.

Este entendimento, de matiz kantiano, concebe a legitimidade do direito para impor, coletivamente, valores morais, considerando-se que, no caso, o tipo previsto no art. 169, nº1 garantia a dignidade humana, prevista no art. 1º da Constituição da República Portuguesa, a partir da perspectiva enraizada histórica e socialmente segundo a qual, nas situações de prostituição em que houvesse o aproveitamento econômico por terceiros haveria a exploração da pessoa prostituída.

Não houve, com este raciocínio, o rechaço à teoria do bem jurídico, entretanto, a conclusão posterior à adoção da premissa de que haveria legitimidade no direito para impor, coletivamente valores morais (bens jurídicos), descuidou-se do caráter subsidiário e fragmentário do Direito Penal, pois a alegação de proteção a dignidade da pessoa humana deveria antes resguardar a liberdade sexual e de consentimento da pessoa prostituída.

Sob o pretexto de proteção da dignidade humana, o Tribunal Constitucional Português, com este entendimento, acaba por impor uma perspectiva moralista presumivelmente vigente na sociedade portuguesa a respeito da prostituição e o aproveitamento econômico dela por terceiros, evidenciando-se, assim, uma nítida perspectiva moral em relação à prática. Outrossim, ao se considerar que a liberdade de exercício de profissão ou de atividade econômica tem como limites valores e direitos associados à proteção da dignidade de outro ser humano, acabou-se por, indiretamente, afirmar a indignidade da prostituição – valoração que não cabe ao Direito Penal assumir.

Em suma, a perspectiva de constitucionalidade do Lenocínio, assumida pelo Estado português, encontra lugar na compreensão de que o tipo expressa a proteção, por meios penais, contra a necessidade de utilizar a sexualidade como modo de subsistência, proteção que seria fundada no princípio da dignidade da pessoa humana, verificando-se, neste âmbito, uma opção de

política criminal baseada numa certa percepção do dano ou do perigo de certo dano associada à violação de deveres para com outrem.

A assunção deste postulado, ao final, esvaiu a importância do caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal para permitir que um suposto padrão dominante de natureza moral a respeito da prostituição, ou seja, que valores alheios àqueles descritos constitucionalmente, permeadores do universo moral, infiltrassem-se através da hermenêutica e, assim, mantivesse vigente o Lenocínio. Este delito, entretanto, não protege a dignidade da pessoa prostituída em casos nos quais exista, por parte de terceiros, profissionalmente ou com intenção lucrativa, o fomento, o favorecimento ou a facilitação da prostituição.

Em verdade, o Lenocínio acaba por lesionar a liberdade sexual da vítima que visa proteger já que é discricionariedade dela consentir ou não que terceiro profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomenta, favoreça ou lhe facilite o exercício da prostituição. O artigo 169, nº1 do Código Penal português, portanto, incompatibiliza-se com o disposto no artigo 18, nº2 da Constituição da República Portuguesa e o Estado português, com esta incriminação, está a exercer controle indesejável em quem se prostitui, promovendo-lhe uma afronta íntima e moral e atentando contra a sua possibilidade constitucional de liberdade no âmbito sexual.

A República Federativa do Brasil incorre no mesmo equívoco ao manter vigente, em seu Código Penal, as formas simples dos crimes de “Mediação para servir a lascívia de outrem”, “Favorecimento da prostituição”, “Casa de Prostituição” e o “Rufianismo”, delitos estes expressos nos artigos 227 a 230 do referido diploma legal.

Com a modificação legislativa advinda da promulgação da Lei nº 12.015/2009, o Lenocínio, nestas quatro modalidades de incriminação, foi agrupado no Capítulo V, “Do Lenocínio e do Tráfico de Pessoa para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual” do Título VI, “Dos crimes contra a dignidade sexual” do Código Penal brasileiro, reforçando a percepção de que se visaria, com estes delitos, a proteção da liberdade, da autodeterminação sexual das pessoas. Não é esta, contudo, a conclusão extraída nesta tese de doutoramento.

O delito de “Mediação para servir a lascívia de outrem”, previsto no art. 227 do Código Penal, em sua forma simples, pune com reclusão de um a três anos quem induz alguém a satisfazer a lascívia de outrem. Esta incriminação não se reveste de violência, grave ameaça ou qualquer elemento que implique que a vítima do crime seja coagida à satisfação da lascívia alheia.

Não se identifica neste tipo em que medida a vítima é tolhida em sua liberdade, em sua autodeterminação sexual, se o agente lhe induz a satisfazer a lascívia de outrem. A discricionariedade do ofendido continua preservada com o dissenso ou com o consentimento da indução realizada pelo agente, de modo que não se lesiona, em nenhuma hipótese o bem jurídico da liberdade sexual.

Inexiste bem jurídico com dignidade penal e amparo constitucional no crime de Mediação para servir a lascívia de outrem, pois, pela redação do tipo, constata-se mais uma tentativa de O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

resguardo de certa concepção de moralidade pública sexual ou de bons costumes. Este delito, em profundidade, não oferece qualquer risco à convivência social numa sociedade tolerante e pluralista, pois o intermeio para que um adulto venha a ter relações sexuais com outro não prejudica em nada as partes envolvidas.

O crime previsto no art. 227 do Código Penal brasileiro, em sua forma simples, objetiva, apenas, resguardar percepção de moralidade no trato pessoal, finalidade completamente disfuncional e alheia aos ditames do hodierno Direito Penal Sexual, no que concerne aos caracteres subsidiário e fragmentário, alijada também do direito fundamental à liberdade insculpido no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Raciocínio semelhante é extraído da leitura do *caput* do artigo 228 do Código Penal brasileiro, referente ao crime denominado “Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual” que reprime com pena de reclusão de dois a cinco anos e multa quem induzir ou atrair alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou quem facilitá-la, impedir ou dificultar que alguém a abandone.

A influência de valores morais neste crime é perceptível no trecho que equipara os conceitos de “prostituição ou outra forma de exploração sexual”, bem como nos núcleos do tipo. Esta equiparação implicou na subsunção de que a prostituição é uma forma de exploração sexual, de modo que aquele que a pratica beneficia-se, extrai lucro ou compensação material de sua sexualidade – denotando reprovabilidade neste mister.

Com esta incriminação, invadiu-se seara exclusivamente moral, eis que não há a exigência típica para que o crime se configure mediante coação, violência, grave ameaça ou qualquer elementar que demonstre efetiva lesão à autodeterminação sexual daquele que se prostitui. Neste sentido, é cristalino constatar que o tipo em apreço visa resguardar a moralidade pública sexual, os bons costumes, acabando por exercer controle indesejável em quem se prostitui, mediante a punição de terceiros que o induzam ou atraiam à prostituição (considerada uma forma de exploração sexual), ou que facilitem, impeçam ou dificultem que a abandone.

A tutela do bem jurídico com dignidade penal e amparo constitucional não recai, no crime de “Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual”, sobre a liberdade sexual da vítima objetivada, mas sobre considerações moralizantes que não são pertinentes ao Direito Penal, que neste delito acaba afrontando a pessoa prostituída em sua intimidade e dignidade, atentando contra a sua possibilidade constitucional de autodeterminação no âmbito sexual.

Tampouco lesiona-se, em qualquer medida, a liberdade sexual de alguém com a incriminação da “Casa de Prostituição”, delito previsto no artigo 229 do Código Penal brasileiro e que reprime com pena de reclusão de dois a cinco anos e multa quem mantém, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente.

Implicitamente, com a referência à prostituição no epíteto do tipo, a redação deste delito deixa entrever o resguardo da moralidade pública sexual e dos bons costumes, valores cuja índole não pode ser abarcada pelo Direito Penal porque colide com o pluralismo político, alçado à categoria de fundamento da República brasileira.

A perspectiva valorativa aparentemente estabelecida socialmente do que é digno ou indigno em matéria sexual não é um bem jurídico-penal nem pode servir para legitimar incriminações. Desprivilegia-se com a absorção de valores morais sexuais pelo Direito Penal outras perspectivas valorativas do que é digno ou indigno em matéria sexual, implicando, por parte do Estado, em um dever de abstenção, que é, em equivalência, refletido no caráter subsidiário e fragmentário do Direito Penal

A prostituição, no Brasil, é um fato penalmente irrelevante e a punição de quem mantém estabelecimento no qual a prática dos atos libidinosos é levada a cabo tampouco deveria ser incriminada. A vítima deste delito ingressa no estabelecimento para se prostituir de acordo com sua discricionariedade pessoal, sua liberalidade, portanto, não resta dúvidas que há, no caso, interferência indesejada do Estado brasileiro a ferir a liberdade sexual das pessoas que se prostituem.

Evidencia-se, dessa forma, que o delito previsto no artigo 229 do Código Penal brasileiro, não possuindo bem jurídico com dignidade penal e constitucionalmente amparado, acaba por lesionar o bem jurídico que objetiva proteger.

Outrossim, incriminar com pena de reclusão de um a quatro anos e multa aquele que tira proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte por quem a exerça não possui qualquer relevância social, isto porque tampouco existe no delito previsto no artigo 230 do Código Penal brasileiro, o crime de Rufianismo, bem jurídico.

Não se justifica que alguém seja punido por participar dos lucros advindos da prostituição ou ser sustentado por quem exerce esse mister quando a própria prostituição é uma conduta atípica. Está-se, com este delito, reprimindo-se um específico estilo de vida tido como imoral de alguém que age com o consentimento da pessoa prostituída, já que, pela redação do tipo não se pratica o Rufianismo mediante coação, violência ou grave ameaça.

Desse modo, é a moralidade pública sexual e os bons costumes que, valores morais que justificam a vigência deste delito no Código Penal brasileiro, não havendo, portanto, bem jurídico com dignidade penal no Rufianismo, crime que acaba lesionando a autodeterminação da vítima prostituída que consente que terceiro tire proveito, participe dos lucros ou seja sustentado por ela.

Destaca-se, portanto, que a manutenção dessa espécie de infração no Código Penal brasileiro, o Lenocínio, no *caput* dos artigos 227, 228, 229 e 230, vai de encontro à aplicação do Direito Penal em relação ao binômio subsidiariedade e fragmentariedade, não se justificando a incriminação de condutas que visem a proteção de certa moralidade pública sexual e do que é O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

hipoteticamente compreendido como sendo bom costume já que o Direito Penal, *ultima ratio*, tem sua incidência limitada a proteção das ofensas realmente graves aos valores mais importantes, constitucionalmente estabelecidos pela sociedade.

Estes delitos são desprovidos de bens jurídicos quando praticados sem violência ou grave ameaça ou diante de situações de fragilidade social ou outro meio que interfira de alguma forma, no consentimento livre do sujeito-vítima, ou seja, segundo a maneira como encontram-se redigidos nos *caputs* dos artigos. Em profundidade, não interessa ao Estado qualquer controle das práticas sexuais, quando realizada entre adultos no pleno exercício de sua *liberdade, de sua autodeterminação sexual e de forma consensual*.

A Constituição Federal de 1988, por não prescrever delineamentos de como deve se pautar o exercício da sexualidade humana – reconhecendo, ao contrário, o direito à intimidade e a liberdade neste quesito – não serve, portanto, como amparo para justificar a incriminação da “Mediação para servir a lascívia de outrem”, do “Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual”, da “Casa de Prostituição” e do “Rufianismo”.

Os tribunais de superposição brasileiros endossam a perspectiva assumida neste trabalho no sentido de que se protege valor exclusivamente moral no Lenocínio. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus nº 104.467/RS, em 2011 expressou que os bens jurídicos tutelados pelo delito previsto no art. 229 do Código Penal brasileiro são a “moralidade sexual” e os “bons costumes”. Já o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1.4358.72/MG, em 2014, afirmou que a conduta incriminada pelo precitado tipo penal confronta a ‘moralidade sexual’, os ‘bons costumes’ e a ‘dignidade da pessoa humana’.

Muito embora estes julgados servissem para reafirmar a vigência do crime de casa de prostituição na legislação brasileira, em face do Princípio da Adequação Social, conclui-se que a “moralidade sexual” e “bons costumes” são valores afeitos à moral sexual social que não encontram respaldo constitucional, servindo, ao contrário, como limitadores da liberdade e da autodeterminação sexual.

Possuindo o Direito Penal um caráter fragmentário e subsidiário e que visa a proteção de bens jurídicos - não quaisquer bens, mas apenas aqueles que possuam dignidade penal, com embasamento constitucional – exsurge critério limitador, no sentido de que o bem jurídico não pode ser incompatível com o quadro axiológico contido na Constituição, devendo caracterizar-se por sua relevância, justificando-se, assim a incriminação de condutas que o lesionem ou o coloquem em perigo de lesão.

Nem o costume nem a moralidade constituem-se como bem jurídico, ainda mais como bem jurídico com dignidade penal. A moralidade sexual e os bons costumes não lesionam nem colocam em perigo de lesão a tessitura valorativa contida na Constituição brasileira, de modo que considerar tais elementos como sendo bens jurídicos protegidos pelo delito de casa de prostituição significa

esvaziar todo um arcabouço teórico protetivo da dignidade humana, fundamento constituinte¹¹⁵⁶ do Estado Democrático de Direito que é a República Federativa do Brasil.

Arguir, também, que o crime previsto no art. 229 do Código Penal visa a proteção da dignidade da pessoa humana na medida em que se incrimina quem mantém, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente atinge diretamente a autodeterminação sexual de quem se prostitui, evidencia que o delito em comento explicita paternalismo jurídico inadequado, situando a vítima nas cercanias da inimputabilidade ao desconsiderar a liberdade que possui para consentir com a prostituição.

A dignidade humana, em profundidade, pressupõe a autonomia da vontade do indivíduo de forma que se deve respeitar a opção que se faz pela prostituição, em harmonia com o reconhecimento da liberdade sexual conferida a todos os maiores e capazes. É, por conseguinte, fundamento da liberdade sexual, bem jurídico com dignidade penal amparado no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, de modo que a sua tutela representa um pressuposto necessário para a convivência social, nas várias facetas e nos múltiplos domínios em que a liberdade individual se manifeste, entre os quais a esfera sexual.

É bem verdade que a dignidade humana, para além de se constituir como fundamento da República brasileira e servir como diretriz para a elaboração, interpretação e aplicação das normas que compõem a ordem jurídica em geral e o sistema de direitos fundamentais, em particular, carrega em seu bojo o dever de respeito. Desse modo, seja no âmbito das relações entre particulares seja na relação entre o indivíduo e o Estado há um dever de abstenção em afrontar a dignidade humana.

No caso do Estado para com o indivíduo essa abstenção se manifesta no dever de não incriminar valores morais. Sem embargo, no tipo previsto no *caput* do artigo 229 do Código Penal, no crime de casa de prostituição, bem como aqueles referentes a Mediação para servir a lascívia de outrem, ao Rufianismo e ao Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual, incrimina-se as condutas acessórias à prostituição, prática considerada moralmente incompatível com a moralidade sexual e com os bons costumes.

O cerne da atuação do Estado, neste âmbito, deve ser, por conseguinte, a proteção à liberdade sexual, que possui dignidade constitucional na República Federativa do Brasil, fundamento para extirpar os artigos 227, 228, 229 e 230, em suas formas simples, do Código Penal brasileiro, já que estes delitos, em profundidade, da maneira como se encontram redigidos, sem violência física ou moral, não oferecem quaisquer riscos à convivência social numa sociedade tolerante e pluralista.

¹¹⁵⁶ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana;

Não se concebe como estes delitos ainda se encontrem vigentes, com esta descrição típica, na legislação brasileira. A redação antiquada, imbricando moral com direito, ignora completamente os mais caros bastiões protetivos do indivíduo na esfera penal do direito.

Urge a necessidade, portanto, de descriminalizar tais condutas na República Portuguesa e na República Federativa do Brasil, possibilitando a estruturação de um Direito Penal Sexual que reflita a proteção da liberdade e da autodeterminação sexual, sem se imiscuir com a moral e os costumes do passado.

Bibliografia

- ALBERGARIA, Pedro Soares de; LIMA, Pedro Mendes. O crime de lenocínio entre o moralismo e o paternalismo jurídicos. In: *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*. Ano 22, nº 2. Editora Coimbra. abril-junho 2012.
- ALBERTO, José. *Crimes Sexuais: Do crime de Lenocínio em especial. A tutela jurídica da prostituição*. Lisboa: Chiado Editora, 2017.
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal: à Luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2011.
- ALFAIATE, Ana Rita. *A relevância penal da sexualidade dos menores*. Coimbra. Coimbra Editora, 2009.
- ALTAVILLA, Enrico, “consenso dell’ avente diritto” (verbete). In: *Novissimo Digesto Italiano*, t. 4. Utet, Torino, 1957.
- ALVES, Sénio Reis. *Crimes Sexuais: Notas e Comentários aos artigos 163º a 179º do Código Penal*. Coimbra – Portugal: Almedina, 1995.
- ALVES, Fábio Lopes. *Noites de Cabaré. Prostituição feminina, gênero e sociabilidade na zona do meretrício*. São Paulo. Arte & ciência. Edição 2010.
- AMARAL, Augusto Jobim do. *Violência e processo penal*. Crítica transdisciplinar sobre a limitação do poder punitivo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- ANDREUCCI, Ricardo Antônio. *Legislação penal especial*. 6ª edição. São Paulo. Saraiva. 2009.
- _____. Tráfico de seres humanos e exploração do trabalho escravo - desafios e perspectivas da Organização do Trabalho na Sociedade Globalizada. Coordenador: Laerte I. Marzagão Júnior. In: *Tráfico de Pessoas*. Editora Quartier Latin. São Paulo. 2010.
- ANTUNES, Maria João. *Comentários Conimbrincense do Código Penal: parte especial*. Tomo I. Coimbra – Portugal: Coimbra Editora, 2012.
- _____. A problemática penal e o Tribunal Constitucional. In: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Vol. 1. Responsabilidade: entre Passado e Futuro. Orgs. Fernando Alves Correia, Jónatas E. M. Machado, João Carlos Loureiro. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. pp. 97-118.
- _____. Crimes contra a Liberdade e a Autodeterminação Sexual dos menores. In: *JULGAR*. Crimes no seio da família e sobre menores. nº 12, Setembro-Dezembro. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, pp. 153-161.
- ARNAL, Rafael Ballester; LLARIO, Maria Dolores Gil. *Prostitución masculina*. Estúdio psicosocial em nuestro contexto. Valencia: Promolibro, 1996.
- ARONNE, Ricardo. *Razão e Caos no Discurso Jurídico e outros ensaios de Direito Civil-Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

- ARRUDA, Élcio. Intervenção mínima: um princípio em crise. In: *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, v. 20, n. 9, set. 2008.
- BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho penal*. Bogotá: Temis, 1994.
- BASTOS DE PINHO, Ana Cláudia; DELUCHEY, Jean-François Y.; GOMES, Marcus Alan de Mel (coordenadores). *Tensões contemporâneas da repressão criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. Rio de Janeiro - Brasil: Revan, 2001.
- BARRETO, Kizz de Brito. *Sexualidade infanto-juvenil: a proteção jurídica da dignidade sexual das crianças e dos adolescentes*. Curitiba. Juruá, 2015.
- BARROS, Marco Antônio de. Tráfico de pessoas para fim de exploração sexual e adoção internacional fraudulenta. In: *JUSTITIA*, São Paulo, v. 67, nº 201, jan/dez 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- _____. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BAUMAN, Zigmunt. *Medo líquido*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução Antônio Carlos Campanha. São Paulo. Bushatsky. 1978.
- BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-penal*. São Paulo. Quartier Latin, janeiro de 2014.
- BELEZA, Teresa Pizarro. O conceito legal de violação. In: *Revista do Ministério Público*. Ano 15º, nº 59, julho/setembro 1994.
- BERENGER, Enrique Orts. *Derecho penal: Comentarios al código penal de 1995*. Valencia. Tirant lo Blanch, 1996, vol. I.
- BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2002.
- BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Vol. 04. 3. Ed. São Paulo - Brasil: Saraiva, 2008.
- _____. *Código Penal comentado*. 7ª edição. Editora Saraiva. 2012.
- _____. *Reforma penal material de 2009: crimes sexuais, sequestro relâmpago, celulares nas prisões*- Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BOBBIO, Norberto. *O Futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução M. A. Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 1986.
- _____. *Teoria geral da política: a filosofia política e a lição dos clássicos*. Organizado por Michelangelo Bovero. Tradução de Daniela B. Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

- BONFIM, Edilson Mougenot; CAPEZ, Fernando. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo - Brasil: Saraiva, 2004.
- BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade penal – dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático*. Coimbra: Almedina, 2012.
- BRUFÃO CURIEL, Pedro. *Las Misérias del sexo. Prostitución y políticas publicas*. Madrid: Catarata e Fundación Alternativas, 2011.
- BRUNO, Aníbal. *Direito Penal (parte geral)*. Vol. 1, t.I. Rio de Janeiro, forense, 1959.
- _____. *Direito penal*. Rio de Janeiro. Vol.1, t. 1. Rio de Janeiro, 1967.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao direito penal – fundamentos para um sistema penal democrático*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2003.
- CABRAL, Amarildo. *Os crimes contra a liberdade sexual e suas respectivas ações penais*. Campo Grande. Editora Life. 2008.
- CALHAU, Lélío Braga. *Vítima e direito penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- CÂMARA, Guilherme Costa. *O direito penal do ambiente e a tutela de gerações futuras: contributo ao debate sobre o delito cumulativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 4ª edição. Coimbra. Almedina. 1997.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. Vol. 03. São Paulo – Brasil: Saraiva, 2004.
- _____. *Consentimento do Ofendido e Violência Desportiva: Reflexos à luz da teoria da imputação objetiva*. Editora Saraiva. 2003.
- CAPEZ, Fernando; PRADO, Stela. Tráfico de Pessoas e o Bem Jurídico em Face da Lei nº 12.015/2009. MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (coord.). In: *Tráfico de Pessoas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- CARVALHO, Américo Taipa de. *Comentários Conimbrincense do Código Penal: parte especial*. Tomo I. Coimbra – Portugal: Coimbra Editora, 2012.
- _____. *Direito Penal*. Parte Geral. Vol II, Teoria Geral do Crime. Publicações Universidade Católica. Porto, 2004.
- CARVALHO, Márcia Dometila Lima. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.
- CARVALHO, João Paulo Gavazza de Mello. Princípio Constitucional Penal da Dignidade da Pessoa Humana. In: *Princípios Penais Constitucionais – Direito e Processo Penal à luz da Constituição Federal*, organização Ricardo Augusto Schimitt, Ed. Podivm, Bahia, 2007.
- CASARA, Rubens R.R. *Interpretação retrospectiva: sociedade brasileira e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- CAUSIÑO MAC IVER, Luis. *Derecho Penal Chileno*. T. I. Santiago. Edição Jurídica de Chile, 1975.
- O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

- COBO DEL ROSAL, Manoel, e VIVÈS, Anton. *Derecho penal: parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch 1990.
- COELHO, Yuri Carneiro. *Bem jurídico-penal*. Mandamentos, Belo Horizonte, 2003.
- CONDACK, Cláudia Canto. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente*. Coordenadora Kátia Regina Lobo Andrade Maciel. Editora Saraiva. São Paulo, 2013.
- CONDE, F. Munõz. *Introducción Al Derecho Penal*. Barcelona - Espanha: Bosch, 1975.
- COPETTI, André. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*. Porto alegre. Livraria do advogado, 2000.
- COSTA ANDRADE, Manuel. *Consentimento e Acordo em Direito Penal: Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*. Coimbra Editora. Portugal. 2004.
- _____. A dignidade penal e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológico-racional do Crime. In: *RPPC 2* (1992),
- _____. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal*. Uma perspectiva jurídico-criminal. Coimbra: Coimbra Ed., 1996.
- COSTA, Helena Regina Lobo da. Considerações sobre o estado atual da teoria do bem jurídico à luz do harm principle. In: GRECO, Luís; Antônio Carvalho (Org.). *Direito Penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012*. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- COSTA, José Martins Barra da; ALVES, Lurdes Barata. *Prostituição 2001. O masculino e o feminino de rua*. Lisboa, colibri, 2001.
- COSTA, José Martins Barra da. O crime de lenocínio. Harmonizar o direito, compatibilizar a prostituição. In: *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*. Ano 12, nº 3, julho-setembro 2002.
- COSTA JR., Paulo José. *Comentários ao Código Penal*. São Paulo - Brasil: Saraiva, 2000.
- CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime*. Uma perspectiva da criminalização e descriminalização. Porto. Universidade Católica Portuguesa, 1995.
- CUNHA, Paulo Ferreira. *Direito Constitucional Geral: uma perspectiva luso-brasileira*. São Paulo: Método, 2007.
- CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renée do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.
- DAOUN, Alexandre Jean. *Tráfico de pessoas para fim de exploração sexual*. comentários pontuais e análise da nova redação do artigo 231 do Código Penal/ Coordenado Laerte I. Marzagão Júnior. In: *Tráfico de Pessoas*. Editora Quartier Latin. São Paulo. 2010.
- DAVIDSON, Julia O'Connell. *Prostitution, power and freedom*. Michigan: The University of Michigan Press. 1998.

- D'AVILA, Fábio Roberto. Aproximação à teoria da exclusiva proteção dos bens jurídicos no direito penal contemporâneo. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 17, nº 80, p. 7-34, set./out.2009.
- D'ELIA, Fábio Suardi. *Tutela Penal da Dignidade Sexual e vulnerabilidade*. 1ª edição, São Paulo, Editora Letras Jurídicas, 2014.
- DELGADO, Juana Del Carpio. *El delito de blanqueo de bienes em el nuevo Código Penal*. Valencia: Tirant to Blanch, 1997.
- DELMANTO, Celso *et al.* *Código Penal Comentado*. São Paulo – Brasil: Saraiva, 2010.
- DEL PRIORE, Mary. *Histórias Íntimas*. 2ª Edição. São Paulo, Planeta, 2014.
- DEL NERO Glauter; MARTINS, Fernanda Rocha; Maurício, Milene. Breves Notas sobre o funcionalismo de Roxin e a teoria da imputação objetiva. In: *Revistas Liberdades*, São Paulo, nº 11, p. 121-142, set./dez., 2012.
- DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva. *Crimes Sexuais com adolescentes. (Particularidades dos artigos 174 e 175 do Código Penal Português)*. Coimbra. Almedina. 2006.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: Parte Geral* – Rio de Janeiro – Editora Forense, 2003.
- DUARTE, Jorge Dias. Crime de Lenocínio: unidade ou pluralidade de infrações. In: *Sub judice justiça e sociedade*. Vol. 26. [s.l.]: [s.n], 2003.
- ELUF, Luiza Nagib. Casa de Prostituição. In: Folha de São Paulo, edição de 1.10.2009 *apud* DELMANTO, Celso *et al.* *Código Penal Comentado*. São Paulo – Brasil: Saraiva, 2010.
- ESTEFAM, André. *Crimes Sexuais: comentários à Lei nº 12.015/09*, São Paulo – Saraiva, 2009.
- _____. *Homossexualidade, prostituição e estupro: um estudo à luz da dignidade humana*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- EUROPEAN PARLIAMENT. Directorate-general for international policies. Policy Department. Citizens' rights and constitutional affairs. *Sexual exploitation and prostitution and its impacts on gender equality*. 2014. Disponível em:< [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493040/IPOL-FEMM_ET\(2014\)493040_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493040/IPOL-FEMM_ET(2014)493040_EN.pdf)>. Acesso em: 27 ago. 2018. p.07.
- FABBRINI, Renato. *Código Penal interpretado*. 8ª edição. São Paulo. Atlas. 2012.
- FALEIROS, Eva T. Silveira. *A exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil. Reflexões teóricas, relatos de pesquisas e intervenções psicossociais*. Organizadoras: Renata Maria Coimbra Libório e Sônia M. Gomes Sousa. Casa do Psicólogo. Editora da ACG, 2004.
- FARIA, Ernesto. (Org.). *Dicionário Escolar latino-português*. 3. ed. Ministério da Educação e Cultura: Rio de Janeiro, 1962.
- FARIA COSTA, José. *Noções fundamentais de Direito Penal*. 4º Ed. Coimbra Editora, 2015.
- _____. *Direito Penal e Globalização*. Coimbra Editora, 2010.

- FAUSTO, Boris. *História concisa do Brasil*. 2ª edição São Paulo. Edusp, 2009.
- FAVORETTO, Affonso Celso. *Princípios constitucionais penais*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2012.
- FERRAZ, Esther de Figueiredo. *Prostituição e criminalidade feminina*. São Paulo, s. I. 1976.
- FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. *Teoría del Garantismo Penal*. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2000.
- FEURBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal común vigente en alemania. Código penal para el reino de Baviera. Parte general*. Traducción al castellano por Eugenio Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hamurabi, 1989.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Temas básicos da doutrina penal: sobre os fundamentos da doutrina penal; sobre a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.
- _____. *Direito Penal: parte geral*. Tomo I. 2.ed. Coimbra - Portugal: Coimbra Editora, 2012a.
- _____. *Comentários Conimbricense do Código Penal: parte especial*. Tomo I. Coimbra – Portugal: Coimbra Editora, 2012b.
- _____. O Direito Penal do Bem jurídico como Princípio Jurídico Constitucional (à luz da jurisprudência constitucional portuguesa). In: *Revista de Legislação e Jurisprudência*. Coimbra, mai-jun, 2016, pp. 250-266.
- _____. *O direito penal do bem jurídico como princípio jurídico-constitucional*. Da doutrina penal, da jurisprudência constitucional portuguesa e das suas relações. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 41.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da. *Criminologia – o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra Editora, 1ª edição (reimpressão), fevereiro de 2013.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal – parte geral*. 7ª edição. Rio de Janeiro. Forense. 1985.
- _____. *Lições de Direito Penal - parte especial*. volume II, 4ª edição, Rio de Janeiro, forense, 1984.
- _____. *Lições de Direito Penal, parte geral*. 16ª edição, Editora Forense, 2003.
- FONTINHA, Maria Inês. *Para a Compreensão (Social) da Prostituição*. Seara Nova, n.º 1965, Lisboa, 2006.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. 41ª ed. Tradução de Raquel Ramalhe. Rio de Janeiro: Vozes, 2013.
- _____. A escrita de si. In: *Ética, Sexualidade, Política. Ditos e escritos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1983.
- _____. *História da Sexualidade I – A vontade de Saber*. Rio de Janeiro: Graal, 2011a.
- _____. *História da Sexualidade II – O uso dos prazeres*. Rio de Janeiro: Graal, 2011b.

- _____. História da Sexualidade III – O cuidado de si. Rio de Janeiro: Graal, 2009.
- FRANCO, Alberto Silva *et al.* *Código Penal e sua interpretação – Doutrina e jurisprudência*. 8ª Ed. São Paulo - Brasil: Revista dos Tribunais, 2007.
- FRANCO, Alberto Silva *et al.* *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo - Brasil: Revista dos Tribunais, 2002.
- FRANCO, Alberto Silva. Do princípio da intervenção mínima ao princípio da intervenção máxima. In: *Justiça e democracia*. São Paulo, nº 1, p 167-175, 1996.
- FREITAS, Maria Helena D'Arbo Alves de. Imigração, discriminação e o papel do Estado. In: BORGES, Paulo César Corrêa (Org.). *Tráfico de pessoas para fins de exploração sexual: prostituição e trabalho sexual escravo*. São Paulo, 2013.
- FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. *Novos crimes sexuais com a feição instituída pela Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- GAUER, Ruth. *A fundação da norma. Para além da racionalidade histórica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- GIACOMOLLI, Nereu José. O princípio da legalidade como limite do *ius puniendi* e proteção dos direitos fundamentais. In: *Direito penal em tempos de crise*. Organizador Lenio Luiz Streck. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2007.
- GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Unesp, 1991.
- GOMES, Luiz Flávio. *Norma e Bem Jurídico no Direito Penal*. Editora Revista dos Tribunais, Série As Ciências Criminais no Século XXI, 2002.
- GOMES, Luiz Flávio; YACOBUCCI, Guillermo Jorge. *As grandes transformações do direito penal tradicional*. Tradução da 2ª parte por Lauren Paoletti Stefanini; Revisão da tradução por Alice Bianchini e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- GONÇALVES, Antônio Baptista. Tráfico de mulheres, crianças e adolescentes. In: *Revista Síntese de direito penal e processo penal*. Porto Alegre, v. 16, nº 96, p. 88-111, fev./mar. 2016.
- GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010.
- GRECO, Alessandra Orceni Pedro. *A autocolocação da vítima em risco*. São Paulo. Revistas dos Tribunais, 2004.
- GRECO, Luís. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal. In: *Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso*. Cuiabá, v. 2, nº 3, p. 249-276, jun./dez. 2007. P. 250.
- GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 8ª ed. Niterói – RJ – Brasil: IMPETUS, 2014.
- _____. *Curso de Direito Penal*. Parte geral. Vol. 1, 8ª edição. Rio de Janeiro, IMPETUS, 2007.
- _____. *Curso de Direito Penal*. Parte especial, volume III, 12ª edição. Rio de Janeiro, IMPETUS, 2015.
- _____. *Direito Penal: Lições*. 2ª edição. Rio de Janeiro, Impetus. 2000.
- O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

- _____. *Direito Penal do Equilíbrio*. Uma visão minimalista do direito penal. 6ª edição. IMPETUS, Rio de Janeiro, 2011.
- _____. *Código Penal comentado*. 11ª edição. Niterói, RJ: Impetus, 2017.
- GRECO FILHO, Vicente. A Entrega Vigada e o Tráfico de Pessoas. Coordenado Laerte I. Marzagão Júnior. In: *Tráfico de Pessoas*. Editora Quartier Latin. São Paulo. 2010.
- GRISPIGNI, Filippo. *Il consenso del'offeso*. Roma. Atheneum, 1924.
- GUIA, Maria João. *Imigração e criminalidade: caleidoscópio de imigrantes reclusos*. Almedina, Coimbra, 2008.
- GUIMARÃES, Isaac Sabbá. Tolerância: elemento de intercorrência na redefinição do direito penal. In: Revista Jurídica da UNISUL, ANO.
- GUSMÃO, Chrysolito de. *Dos Crimes Sexuais*. 6ª edição, Rio de Janeiro, Editora Freitas Bastos, 2001.
- GUZ, Manoella. *Bem jurídico penal difuso e coletivo*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010.
- HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho penal*. Tradução de Francisco Muñoz Conde e Luiz Arryo Zapatero, Barcelona: Boch, 1984.
- HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.
- _____. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. VIII, Rio de Janeiro – RJ – Brasil: Forense, 1981.
- _____. *Comentários ao Código Penal*. 4ª edição, Rio de Janeiro. Forense. 1958, vol. 1, t. 1 e 2.
- ISHIDA, Valter Kenji. *Bem jurídico penal moderno*. Salvador: JusPodivm, 2017.
- JEFFREYS, Sheila. *The idea of prostitution*. Melbourne: Spinifex Press Pty Ltd. 2008.
- JESUS, Damásio de. *Código Penal Anotado*. 21ª Ed. São Paulo - Brasil: Saraiva, 2012.
- JIMÉNEZ, Emiliano Borja. *Curso de Política Criminal*. Valência: Tirant lo Blanch, 2003.
- JORIO, Israel Domingos. *Crimes sexuais*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2018.
- KARAM, Maria Lúcia, *Violência de Gênero: o paradoxo entusiasmo pelo rigor penal*. Boletim IBCCrim, ANO.
- _____. *Recuperar o desejo da liberdade e conter o poder punitivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- KAUFMANN, Arthur. *Analogía y naturaliza de la cosa*. Santiago: Editora jurídica do Chile, 1976.

- KIST, Dario José. Bem jurídico penal: evolução histórica, conceituação e funções. Direito e Democracia. In: *Revista do centro de ciências jurídicas*. Universidade luterana do Brasil, Canoas, v. 4, nº 1, p. 145 – 179, 2003.
- KUBLISCKAS, Wellington Márcio. Emendas e Mutações Constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal informal da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Atlas, 2009.
- LAGENEST, H. D. Barruel de. *Lenocínio e Prostituição no Brasil*. 1ª Edição. Livraria Agir Editora, Rio de Janeiro, 1960.
- LEAL, Maria Lúcia Pinto. Reflexões teóricas sobre tráfico e migração irregular de mulheres brasileiras na conexão ibérica. In. BORGES, Paulo César Corrêa (Org.). *Tráfico de pessoas para fins de exploração sexual: prostituição e trabalho sexual escravo*. São Paulo, 2013.
- LEITE, Inês Ferreira. *Pedofilia. Repercussões das Novas Formas de Criminalização na Teoria Geral da Infração*. Almedina, Coimbra, 2004.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. *Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais*– São Paulo : Saraiva, 2012.
- LISZT, Franz Von. *Tratado de derecho penal*. Traduzido da 20ª edição Alemã por Jimenez de Asúa y adicionado com el derecho penal español por Quintiliano Saldaña. 2ª edição, Madrid: Reus, 1927, t. II, p. 2.
- _____. *Tratado de direito penal alemão*. trad. e comentado. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1899, t. I.
- LOPES, Aury Jr. *Direito Processual e sua conformidade constitucional (vol.1)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- LOPES, José Mouraz. *Os Crimes Contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual no Código Penal*. 4ª Ed. Coimbra – Portugal: Coimbra Editora, 2008.
- LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípios políticos do direito penal*. 2ª edição. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1999.
- _____. *Princípio da insignificância no Direito Penal*. 2ª edição. Revista dos Tribunais, 2000.
- LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre. Sérgio Antônio Fabris, 1991.
- MALAFIA, Joaquim. A inconstitucionalidade do nº 1 do artigo 169 no código penal. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra, v. 19, p. 39-57, jan/mar. 2009.
- MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Penale italiano*. Vol. 7. [s.l.]: Ediar, 1957.
- MARACAJÁ, Luciano de Almeida. Princípios constitucionais penais: uma (re)leitura do princípio da individualização da pena. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 114, jul 2013. Disponível em:
<http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13408>. Acesso em: 17 out 2017.

- MARCÃO, Renato. *Crimes contra a dignidade sexual: comentários ao título VI do Código Penal*/ Renato Marcão, Plínio Gentil- São Paulo: Saraiva, 2011.
- MARGOTTI, Alessandra. *Direito à prostituição: Legalização e regulamentação do lenocínio no Brasil*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. v. 1, 1ª edição, Campinas: Editora Bookseller. 1997.
- MARINHO, Renato Silvestre. Princípio da Autorresponsabilidade e crimes sexuais. In: PASCOAL, Janaina Conceição; SILVEIRA, Renato Jorge de Mello (Coord.) Livro em homenagem a Miguel Reale Junior. Rio de Janeiro: G/Z, 2014.
- MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Moralidade, vulnerabilidade e dignidade sexual*. *Revista Síntese do direito Penal e Processual Penal*. São Paulo, nº 68, v. 11, 2011.
- _____. *Casa de Prostituição: adequação social e a moral pública*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo. v.22, nº 110, p. 457-472, set./out. 2014.
- MARTINS, Rui Cunha. *A hora dos cadáveres adiados – corrupção, expectativa e processo penal*. São Paulo: Atlas, 2013.
- MARZAGÃO Jr. Laerte I. *Assédio Sexual e seu tratamento no Direito Penal*. São Paulo. Quartier Latin, 2006.
- MATEUS, Olicio Sabino. A concepção funcionalista do direito penal. In: *Revista síntese de direito penal e processual penal*. Porto Alegre, v. 15, nº 88, p. 102-115, out./nov. 2014.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 12ª edição. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. *Sistema Jurídico, códigos e microsistemas: crítica da legislação penal especial*. 2000. Salvador: Faculdade de Direito da UFBA/Universidade Federal da Bahia (Dissertação em Mestrado em Direito Econômico).
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MENDES, Paulo de Sousa. Tráfico de Pessoas. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antônio Marques da (Coord.). *Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana*. 2ª edição. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. volume II, 30ª edição, Editora Atlas, 2013.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4ª edição. Coimbra: Coimbra, 2000.
- MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de. *Criminologia. Uma introdução a seus fundamentos teóricos*. Trad. e notas por Luiz Flávio Gomes. São Paulo. RT, 1992.
- _____. *Derecho penal: introducción*. Madrid: Servicio de Publicaciones de la facultad de derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000.
- MOREIRA, Vital; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1984, v. 1, p. 70.

- MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Penale italiano*. Vol. 7. [s.l.]: Ediar, 1957.
- NATSCHERADETS, Karl Prehaz. *O Direito Penal Sexual*. Coimbra – Portugal: Almedina, 1985.
- NAVARRETE, M. Polaino. *El Bien Jurídico en el Derecho Penal*. Sevilha - Espanha: Public de la Universidad, 1974.
- NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. Vol. 03. São Paulo - Brasil: Saraiva, 2004.
- NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Jus Podivm, 2017.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 15º edição. Rio de Janeiro, Forense, 2015.
- _____. *Código Penal Comentado*. Rio de Janeiro – RJ – Brasil: Revista dos Tribunais, 2004.
- _____. *Prostituição, lenocínio e tráfico de pessoas: aspectos constitucionais e penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- _____. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- _____. *Crimes contra a dignidade sexual*. 4ª edição. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- OLIVEIRA, Alexandra. História jurídico-legislativa da prostituição em Portugal. In: *Revista do Ministério Público de Lisboa*. Lisboa, v. 25, n. 98, p. 145-156, abr./jun. 2004.
- OLIVEIRA, Alexandre Miceli Alcântara de. *Direito de autodeterminação sexual: dignidade, liberdade, felicidade e tolerância*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.
- OLIVÉ, Juan Carlos Ferré. (et al.). *Direito Penal Brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistemas*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- PAGLIARO, Antonio. *Principi di diritto penale (parte generale)*. Milão. Giuffrè, 1965.
- PALAZZO, Francesco C. *Valores Constitucionais e Direito Penal*. (tradução Gérson Pereira dos Santos). Porto Alegre- Rio Grande do Sul - Brasil: Fabris Editor, 1989.
- PALMA, Maria Fernanda. *Direito Constitucional Penal*. Almedina, 2011.
- PATTO, Pedro Vaz. Direito Penal e Ética Sexual. In: *Direito e Justiça*. Vol. XV. Tomo 2. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2001.
- PEDROSO, Antônio Carlos de Campos. O princípio da taxatividade e a concretização judicial em Direito Penal. In: *Revista direitos humanos fundamentais*. Osasco, v. 10, n.1, p- 73-98, jan./jun. 2008.
- PEIXOTO, Renato Cramer. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro, Editora Forense.
- PIERANGELI, José Henrique, *O consentimento do Ofendido na teoria do delito*. 3º edição, Editora Revista dos Tribunais, 2001.

- PIERANGELI, José Henrique; SOUZA, Carmo Antônio. *Crimes Sexuais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- PINTO, Pedro. NOGUEIRA, Conceição. TAVARES, Manuela. Prostituição e feministas: refazer abordagens, reconciliar caminhos. In: SILVA Manoel Carlos; RIBEIRO, Fernando Bessa (org.). *Mulheres da vida. Mulheres com vida: prostituição, Estado e políticas*. Minho: Húmus, 2010.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 10 edição, São Paulo, Saraiva, 2009.
- _____. *Tráfico de Pessoas*. Editora Quartier Latin. São Paulo. 2010.
- POLAINO-ORTS, Miguel. Volenti non fit inuria? Sobre la discutible distinción entre acuerdo y consentimiento em Derecho Penal. La reforma del derecho penal militar. In: *Anuario de Derecho Penal 2001-2002*, agosto, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú, fondo editorial.
- PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 2 Edição. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001.
- PRADO, Luiz Regis; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Anotado e Legislação complementar*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1997.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. Volume I: parte geral, 6ª edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- _____. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. V. 03. Rio de Janeiro – RJ – Brasil: Revista dos Tribunais, 2004.
- _____. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 5.ed. Rio de Janeiro – RJ – Brasil: Revista dos Tribunais, ano 2011.
- PRESTES, Maria Luci de Mesquita. *A pesquisa e a construção do conhecimento científico: do planejamento aos textos, da escola à academia*. 3. ed., 1. reimp. – São Paulo: Rêspel Editora, 2008.
- PUIG, Santiago Mir. *Derecho penal: parte general*. 8ª edição, Montevideo-Buenos Aires: B. de F, 2008.
- _____. *Introducción a las bases del derecho penal*. Buenos Aires e Montevideo, B de F, 2002.
- _____. *Derecho Penal*. Parte General. Reimpresión de la 3ª Edición. Barcelona: PPU, 1990.
- RAPOSO, Vera Lúcia. *Da moralidade à liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual*. Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.
- RASSI, João Daniel. A questão da vulnerabilidade no Direito Penal Sexual brasileiro. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 19, nº 92, set.-out. 2011.
- REIS ALVES, Sénio Manuel. *Crimes Sexuais: Notas e Comentários aos artigos 163º a 179º do Código Penal*. Coimbra – Portugal: Almedina, 1995.
- RODRIGUES, Anabela Miranda; FIDALGO, Sónia. In: *Comentários Conimbrincense do Código Penal: parte especial*. (dir J. de Figueiredo Dias). Vol. 1. 2ª Edição. Coimbra – Portugal: Coimbra Editora, 2012.
- O crime de Lenocínio na legislação portuguesa e brasileira. Contributo para a compreensão do bem jurídico-penal.

- RODRIGUES, Taís de Camargo. *Tráfico Internacional de Pessoas para exploração sexual*. Editora Saraiva, São Paulo, 2013.
- ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão Penal*. A bricolagem de significantes. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2008.
- ROSSO, Giovanni. *I Delittidi lenocínio e sfruttamentodellaprostituzione*. Roma – Itália: [s.n.], 1960.
- ROXIN, C. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Tradução Ana Paula dos Santos, Luis Natscheradetz. Lisboa – Portugal: Vega, 1986.
- _____. *Derecho Penal: parte general*. Tomo I. *La estructura de la teoria del delito*. Trad. Diego-Manuel Lozon Penã y Garcia Conlledo e Remensal. Madrid: Civitas, 2008.
- _____. *Política criminal e Sistema jurídico penal*. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro. Renovar, 2002.
- RUBIO, Ana. La teoria abolicionista de la prostitución desde una perspectiva feminista. Prostitución y política. In: HOLGADO FERNÁNDEZ, Isabel (ed.). *Prostituciones. Dialogos sobre sexo pago*. Barcelona: Icaria editorial, 2008.
- _____. *Derecho Penal: parte general*. Tomo I. La estructura de la teoria del delito. Trad. Diego-Manuel LozonPenã y Garcia Conlledo e Remensal. Madrid: Civitas, 2008.
- SABADELL, Ana Lúcia. *Tormenta Juris Permissione*. Tortura e Processo penal na península ibérica (séculos XVI-XVIII). Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 2000.
- SARAIVA, Railda. *A Constituição de 1988 e o ordenamento jurídico penal*. 1ª edição, Rio de Janeiro. Forense, 1992.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: livraria do advogado, 2001.
- SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional - Teoria, História e Métodos de trabalho*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, ANO.
- SBROGIO’GÁLIA, Susana. *Mutações Constitucionais e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007.
- SILVA, Luis Virgilio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SILVA, Igor Luis Pereira e. *Princípios Penais*. Salvador – Bahia – Brasil: Editora Juspodivm, 2012.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008.
- SILVA, Susana. Classificar e silenciar: vigilância e controlo institucionais sobre a prostituição feminina em Portugal, Análise Social. In: *Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa*, n.º 184, Volume XLII, 3.º trimestre. Lisboa: edição do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, 2007, pp. 9 e ss.

SILVA, Tadeu Antônio Dix. *Crimes Sexuais: Reflexões sobre a nova lei nº 11.106/2005*. Leme: J. H. Mizuno, 2006.

SILVA, Waldimeireiry Corrêa da; GOES, Karine Goes e. A realidade multifacetada do tráfico de pessoas. In: BORGES, Paulo César Corrêa (Org.). *Tráfico de Pessoas para fins de exploração sexual: prostituição e trabalho escravo*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2013.

_____. *Liberdade de expressão e direito penal no Estado Democrático de Direito*. São Paulo, IBCCRIM, 2000.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo*. tradução Roberto Barbosa Alves. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. A Expansão do Direito Penal – Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3º edição. Tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha. In: *Direito e Ciências afins*. v. 6, Coordenação Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes, William Terra de Oliveira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes Sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. Direito Penal Supra-individual – interesses difusos. In: *Ciências do Direito Penal Contemporânea*. Volume 3. Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Por um novo direito penal sexual: a moral e a questão da honestidade. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 33, p.133-158, jan./mar. 2001.

_____. *Crimes Sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual – São Paulo: Quartier Latin*, 2008.

_____. *Bases Críticas para a reforma do Direito Penal Sexual*. São Paulo: USP, 2006. Tese de livre –docência.

_____. *Direito Penal: jurisprudência em debate*. coordenador Miguel Reale Júnior – 2ª edição. Saraiva, 2006.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. A dignidade da pessoa humana no contexto da pós-modernidade. O direito do século XXI é tolerância, bom senso e cidadania. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antônio Marques da (Coord.) *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. 2ª edição. São Paulo. Quartier Latin, 2009.

SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Konfino, 1947.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Hermenêutica Constitucional*. Disponível em: <https://elerj.files.wordpress.com/2011/08/hermenc3aautica_constitucional.pdf>. Acesso em: 24 jun 2015.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. A tutela constitucional. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 10, nº 39, p. 125-147, jul./set. 2002.

SOUZA, José Guilherme de. *Vitimologia e Violência nos Crimes Sexuais. Uma abordagem interdisciplinar*. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998.

- SOUZA, Paulo Vinicius Sporlender de. *Bem jurídico penal e engenharia genética humana: contribuição para compreensão dos bens jurídicos supra-individuais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SZNICK, Valdir. *Assédio Sexual e crimes sexuais violentos*. São Paulo, Editora Ícone, 2001.
- TAMBURUS, Carolina Sene. Apontamentos sobre o movimento do funcionalismo em direito penal. In: *Revista dos Acadêmicos de Direito*. UNESP, Franca, 8/9, p.47/62, 2005/2006.
- TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- _____. *Bien Jurídico y función em Derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.
- TERRADILLOS BASOCO. *La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal*. RFDUC, 1981.
- TELES, Ney Moura. *Direito Penal*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2001. Vol. 1.
- _____. *Direito Penal*. Parte geral, 2ª edição. Atlas Editora. 2006.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos do Direito Penal*. São Paulo – Brasil: Saraiva, 1998.
- TORRÃO, Fernando. A Propósito do Bem Jurídico Protegido nos Crimes Sexuais (mudança de paradigma no Novo Código Penal). In: *Boletim da Faculdade de Direito*, volume LXXI, Coimbra, 1995.
- VAINFAS, Ronaldo. *Moralidades brasileiras: História da vida privada no Brasil*. São Paulo. Companhia das Letras, 1997, vol. I.
- WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. P. G. Tradução Bustos Ramirez e Yáñez Pérez. Santiago - Chile: Jurídica de Chile, 1970.
- _____. *Direito Penal*. Trad. Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2004.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar, 1982, volumes 1 e 3.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- ZIPPIN FILHO, Dálio. Tráfico de pessoas. In: *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. Brasília, nº 19, p 56-64, jul./dez. 2006.
- ZEIDAN, Rogério. *Direito Penal contemporâneo: fundamento crítico das ciências penais*. São Paulo. Saraiva. 2013.
- ZORRILA, Maider. La Corte Penal Internacional ante el crimes de violencia sexual. In: *Cuadernos deusto de derechos humanos*, Bilbao, nº 34, 2005.