



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Cristiana Sofia Martins Silva

O CRIME DE LENOCÍNIO
À PROCURA DE UM BEM JURÍDICO DIGNO DE
TUTELA PENAL

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º
Ciclo de Estudos em Direito, na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Criminais
Sob orientação da Excelentíssima Professora Doutora Anabela Maria Pinto Miranda Rodrigues

2023

1 2



9 0

FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

Cristiana Sofia Martins Silva

O CRIME DE LENOCÍNIO

À PROCURA DE UM BEM JURÍDICO DIGNO DE TUTELA PENAL

THE CRIME OF PANDERING

LOOKING FOR A LEGAL ASSET WORTHY OF CRIMINAL PROTECTION

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Criminais, orientada pela Professora Doutora Anabela Maria Pinto Miranda Rodrigues.

Coimbra, 2023

Agradecimentos

Resumo

Com a reforma de 1998 do Código Penal, que eliminou o inciso ‘explorando situações de abandono ou de necessidade económica’, passou a consubstanciar crime de lenocínio toda e qualquer conduta de fomento, favorecimento ou facilitação do exercício da prostituição por outra pessoa, desde que a conduta seja levada a cabo com carácter profissional ou intuito lucrativo. Fruto desta alteração que deixou o crime de lenocínio simples completamente desvirtuado e nu em relação ao bem jurídico que pretende tutelar – a liberdade sexual –, é até hoje discutida na doutrina e na jurisprudência a legitimidade constitucional da incriminação.

Desde o Acórdão do TC n.º 144/2004, que decidiu pela constitucionalidade do artigo 169.º, n.º 1 do CP, a jurisprudência constitucional limita-se a remeter a fundamentação para o referido ‘acórdão-modelo’ e, assim, decidir pela constitucionalidade do crime de lenocínio simples.

Bem sabemos que a (in)constitucionalidade do crime de lenocínio é um tema já há muito debatido e trabalhado entre nós e, por essa mesma razão, somos conscientes da ínfima possibilidade da presente dissertação ser considerada como contributo para a definitiva declaração de inconstitucionalidade do artigo 169.º, n.º 1 do TC, que já se afigurou mais longínqua. Sem prejuízo, propomo-nos à desconstrução de toda a argumentação apresentada pela jurisprudência constitucional em defesa da constitucionalidade da atual configuração do crime de lenocínio simples, mediante uma análise alheada de considerações subjetivas relativas à atividade da prostituição.

Palavras-chave: prostituição; crime de lenocínio; inconstitucionalidade; moral; dignidade e carência de tutela penal.

Abstract

With the 1998 reform of the Penal Code, which eliminated the clause 'exploiting situations of abandonment or economic need', the crime of pimping became any conduct that encourages, favors or facilitates the exercise of prostitution by another person, as long as the conduct is carried out professionally or for profit. As a result of this change, which left the crime of simple pimping completely distorted and naked in relation to the legal asset it was intended to protect - sexual freedom - the constitutional legitimacy of the incrimination is still debated in doctrine and case law.

Since the ruling of the Court of First Instance (TC) No. 144/2004, which decided that article 169, paragraph 1 of the Criminal Code was constitutional, constitutional jurisprudence has limited itself to referring to that 'model ruling' and thus deciding that the crime of simple pimping is constitutional.

We are well aware that the (un)constitutionality of the crime of pimping is a topic that has been debated and worked on for a long time and, for this very reason, we are aware of the tiny possibility of this dissertation being considered as a contribution to the definitive declaration of unconstitutionality of article 169, paragraph 1 of the TC, which has already become more distant. Without prejudice, we set out to deconstruct all the arguments put forward by constitutional jurisprudence in defense of the constitutionality of the current configuration of the crime of simple pimping, through an analysis detached from subjective considerations relating to the activity of prostitution.

Key words: prostitution; crime of pimping; unconstitutionality; morality; dignity and lack of criminal protection.

Lista de siglas e abreviaturas

Cfr. Conforme

CP Código Penal

CRP Constituição da República Portuguesa

LTC Lei Orgânica do Tribunal Constitucional

n.º(s) número(s)

p(p). página(s)

ss. seguintes

TC Tribunal Constitucional

Vol. Volume

Índice

1. Introdução.....	pág.8.
2. O olhar sobre a prostituição ao longo dos tempos	pág.10.
3. A evolução do tratamento legal da prostituição em Portugal.....	pág.15.
4. A evolução do tipo legal do crime de lenocínio.....	pág.22.
5. Princípio jurídico-constitucional implícito do bem jurídico.....	pág.28.
6. Da indeterminação do bem jurídico-penal protegido.....	pág. 31.
6.1. A liberdade sexual.....	pág.31.
6.2. O crime de perigo abstrato.....	pág.33.
6.3. A dignidade da pessoa humana.....	pág.38.
6.4. A moral.....	pág.41.
7. Da desnecessidade de tutela penal.....	pág.44.
8. Dos bens jurídicos objeto de restrição com a incriminação.....	pág.46.
8.1. A liberdade sexual.....	pág.46.
8.2. A liberdade de consciência.....	pág.47.
8.3. O livre desenvolvimento da personalidade.....	pág.49.
8.4. A liberdade de escolha da profissão.....	pág.50.
9. Da liberdade de conformação do legislador.....	pág.53.
10. Conclusão.....	pág.57.
Bibliografia.....	pág. 62.

1. Introdução

Comummente conhecida como a profissão mais antiga do mundo, a prostituição é um fenómeno particularmente complexo quanto às considerações que sobre a atividade recaem. A comercialização da sexualidade, por ter como objeto uma dimensão tão íntima do ser humano, é de difícil compreensão e aceitação. Inobstante a prostituição não ter sido sempre encarada no mundo com a conotação negativa que lhe é hoje inerente, na realidade há séculos que a mesma vem sendo reprovada e estigmatizada social e juridicamente.

Em Portugal, a prostituição deixou de consubstanciar crime em 1982, sem que a esta, pelo menos, aparente irrelevância jurídica tenha correspondido uma transformação das conceções morais dominantes. Desde então, deparamo-nos com um *vazio legislativo* que não pune nem regula a atividade, enquadrando-se esta numa zona cinzenta ao nível do seu exercício – se, por um lado, as prostitutas não são juridicamente consideradas criminosas, por outro, não são social e juridicamente consideradas dignas na atividade que praticam. Talvez por essa razão, a prostituição desenrola-se não raras as vezes na obscuridade, sujeitando-se às mundividades características da zona escura da criminalidade.

Intrinsecamente ligado à prostituição surge o lenocínio. Se a prostituição é já um fenómeno de difícil compreensão, o lenocínio, enquanto atividade desenvolvida por um indivíduo associada à prostituição de outrem, é moralmente incompreensível para generalidade da sociedade.

Com a reforma de 1998 do Código Penal, que eliminou o inciso ‘explorando situações de abandono ou de necessidade económica’, passou a consubstanciar crime de lenocínio toda e qualquer conduta de fomento, favorecimento ou facilitação do exercício da prostituição por outra pessoa, desde que a conduta seja levada a cabo com carácter profissional ou intuito lucrativo. Fruto desta alteração que deixou o crime de lenocínio simples completamente desvirtuado e nu em relação ao bem jurídico que pretende tutelar – a liberdade sexual –, é até hoje discutida na doutrina e na jurisprudência a legitimidade constitucional da incriminação.

Desde o Acórdão do TC n.º 144/2004, que decidiu pela constitucionalidade do artigo 169.º, n.º 1 do CP, a jurisprudência constitucional limita-se a remeter a fundamentação para o referido ‘acórdão-modelo’ e, assim, decidir pela constitucionalidade do crime de lenocínio simples. Surpreendentemente, em Acórdão devidamente fundamentado – Acórdão n.º 134/2020 – uma das secções do TC decidiu pela inconstitucionalidade da incriminação. Tendo havido oposição de julgados a questão foi a plenário, permanecendo a decisão de não declaração da inconstitucionalidade – Acórdão n.º 72/2021. Recentemente, no Acórdão n.º 218/2023, uma das secções do TC voltou a decidir pela inconstitucionalidade do artigo 169.º, n.º 1 do CP. Perante nova oposição de julgados está o Ministério Público, na qualidade de recorrente, obrigado a interpor recurso para o plenário do TC, ao abrigo do disposto no artigo 79.º-D da LTC. Restanos, assim, ambicionar por uma decisão que declare a inconstitucionalidade da norma. É certo que uma decisão do plenário nesse sentido não tem força obrigatória geral, nos termos do artigo 80.º, n.º 1 da LTC, mas a mesma consubstanciará a terceira decisão de inconstitucionalidade do artigo 169.º, n.º 1 do TC em sede de fiscalização concreta. Como tal, sendo a questão submetida a fiscalização abstrata sucessiva, nos termos dos artigos 281.º, n.º 3 da CRP e 82.º da LTC, pode estar-se perto de uma decisão pela inconstitucionalidade do artigo 169.º, n.º 1 do CP com força obrigatória geral e, correspondente, eliminação da norma da Ordem Jurídica, de acordo com os artigos 66.º da LTC e 282.º da CRP.

Bem sabemos que a (in)constitucionalidade do crime de lenocínio é um tema já há muito debatido e trabalhado entre nós e, por essa mesma razão, somos conscientes da ínfima possibilidade da presente dissertação ser considerada como contributo para a definitiva declaração de inconstitucionalidade do artigo 169.º, n.º 1 do TC, que já se afigurou mais longínqua. Sem prejuízo, propomo-nos à desconstrução de toda a argumentação apresentada pela jurisprudência constitucional em defesa da constitucionalidade da atual configuração do crime de lenocínio simples, mediante uma análise alheada de considerações subjetivas relativas à atividade da prostituição.

2. O olhar sobre a prostituição ao longo dos tempos

A prostituição é comumente identificada como a profissão mais antiga do mundo, sobre a qual nem sempre recaíram os olhares preconceituosos ainda característicos dos dias de hoje.

Segundo NICKIE ROBERTS¹, fruto da ignorância relativa à arte de gerar filhos e da ignorância sobre o papel que o homem desempenhava na procriação, na pré-história vivia-se o matriarcado. “*As mulheres eram vistas muito naturalmente como a figura viva da força geradora universal, que os humanos da Idade da Pedra conceptualizaram sob a forma de uma deusa*”². Desta forma, a função de algumas mulheres – as designadas sacerdotisas xamânicas – era servir a deusa, estabelecendo a ligação entre a comunidade e a deusa, através de rituais sagrados levados a cabo em templos construídos especialmente para o efeito. Para as sociedades desta época, “*a cultura, a religião e a sexualidade estavam interligadas, uma vez que provinham da mesma fonte: a deusa. O sexo era sagrado por definição e as sacerdotizas xamânicas conduziam rituais de sexo em grupo nos quais participava toda a comunidade, partilhando a força da vida em união extática*”³. Neste contexto, o papel das sacerdotisas era fundamental, não só por serem o elo de ligação entre a comunidade e a deusa, mas também porque eram estas que “*possuíam e administravam a terra em nome da comunidade*”⁴.

Contudo, foi na Antiguidade, por volta do segundo milénio antes de Cristo, que a sagrada prostituição foi registada por escrito pela primeira vez⁵. Inobstante o surgimento das civilizações nas grandes cidades da Mesopotâmia e do Egipto em que o patriarcado começava a vingar e do esforço dos governantes homens para enfraquecer o poder da imagem da mulher na religião, as pessoas continuavam a prestar o seu culto à deusa nos templos através dos antigos rituais

¹ ROBERTS, Nickie, “A Prostituição Através dos Tempos na Sociedade Ocidental”, tradução Editorial Presença, 1.^a Edição, 1996, p. 15-25.

² *Ibidem*, p. 16.

³ *Ibidem*, p. 17.

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Ibidem*, p. 18.

sexuais⁶. Portanto, os templos continuavam a ser os “*centros do poder religioso, político e económico*”⁷ e, embora a hierarquização das sacerdotisas-prostitutas estabelecida nesta época, a verdade é que continuavam a ser vistas como mulheres sagradas e o seu estatuto era elevado relativamente às restantes mulheres da sociedade⁸.

Com a afirmação do patriarcado nas civilizações, “*à medida que o poder das instituições religiosas e políticas, dirigidas pelos homens, foi aumentando, a forma patriarcal do casamento, segundo o qual o marido era literalmente dono da mulher e dos filhos, fez aumentar (...) a distância entre as mulheres casadas e as prostitutas*”⁹. Contudo, a visão sagrada do sexo existente até então impedia “*uma moralidade puritana para estigmatizar as mulheres que escolhessem ganhar a vida vendendo sexo*”¹⁰, razão pela qual a sede patriarcal impunha a criação de uma moral sexual negativa o suficiente para que estas mulheres sagradas passassem a ser vistas como “*párias sociais*” e, em consequência, perdessem o poder e a admiração que lhes eram reconhecidos pela comunidade. A centralização da ideia de poder unicamente no sexo masculino urgia a dissipação da adoração da comunidade a uma deusa e, para tal, havia que converter tudo o que a mesma representava em algo repugnável aos olhos da comunidade – em primeiro lugar, a prostituição e, secundamente, a mulher.

Assim, surgem as tentativas dos profetas do Antigo Testamento, “*adoradores do deus-pai vingador Iavé ou Jeová*” para os quais “*a prostituição – principalmente na sua versão religiosa – era um anátema*”¹¹. Mediante a criação do conceito de uma moral sexual somente aplicável às mulheres e a criação da figura da pecadora e tentadora Eva, começa a solidificar-se a visão da mulher como um ser impotente, descredibilizado, cujo propósito de vida é ser

⁶ Neste contexto, as prostitutas sagradas enriqueciam os templos através dos seus rendimentos que “*vinham sob a forma de oferendas em nome da deusa*”, pois antes de participarem nos rituais sagrados, os adoradores da deusa ofereciam “*comida, vinho, óleos e bens preciosos*” que colocavam aos pés das prostitutas sagradas – *Ibidem*, p.21.

⁷ *Ibidem*, p. 18.

⁸ SILVA, Juliana Teixeira de Freitas da, “Esboço historiográfico sobre a prostituição feminina até o Século XVIII: do sagrado ao mal necessário cristão”, in Revista Sociologia Jurídica, ISSN: 1809-2721, n.º 16, Janeiro/Junho 2013; Disponível em: <https://sociologiajuridicadotnet.wordpress.com/esboco-historiografico-sobre-a-prostituicao-feminina-ate-o-seculo-xviii-do-sagrado-ao-mal-necessario-cristao/>.

⁹ ROBERTS, Nickie, “A Prostituição Através dos Tempos na Sociedade Ocidental”, tradução Editorial Presença, 1.ª Edição, 1996, p. 22.

¹⁰ *Ibidem*, p. 23.

¹¹ *Ibidem*.

publicamente reconhecida como propriedade privada de um homem. Para estes, a sexualidade/sensualidade da mulher não controlada pelo homem era a fonte do próprio mal, a outrora prostituição sagrada correspondia a um dos mais hediondos pecados e a prostituição começou a ser objeto de denúncia pelos profetas do Antigo Testamento, uma vez que o papel das mulheres era o de “*esposas hebraicas submissas e apegadas ao lar*”¹².

Todavia, foi apenas na Idade Média, com a queda do Império Romano do Ocidente e com a ascensão do Cristianismo, que se concretizou a verdadeira mudança de paradigma relativo à prostituição. A civilização romana caracterizou-se pelos excessos sexuais¹³, pelo facto de a contenção ou inibição sexual serem mais a exceção do que a regra – “*o sexo era visto como um serviço de primeira necessidade*”¹⁴. Para esta civilização, mais importante que suportar os casamentos monogâmicos era entregarem-se livremente aos prazeres do sexo e, perante tal filosofia de vida, a prostituição não só era o meio mais acessível ao sexo, como “*era vista como uma companhia e um antídoto para o casamento «exclusivo»*”¹⁵. De um modo geral, “*a prostituição na antiga Roma não possuía nenhum tipo de vinculação com a religião*”¹⁶, o que viria a mudar.

Neste contexto, foi com a queda da civilização romana e a ascensão desta nova religião denominada cristianismo que “*os homens no poder começaram a fingir que acreditavam que a prostituição era moralmente repreensível e que as próprias prostitutas representavam um mal e um perigo que poderia corromper a restante sociedade*”¹⁷. É nesta época que as questões de cariz sexual passam para o domínio religioso e a Igreja proíbe as relações sexuais fora do

¹² *Ibidem*, p. 25.

¹³ *Ibidem*, pp. 46 a 67.

¹⁴ SILVA, Juliana Teixeira de Freitas da, “Esboço historiográfico sobre a prostituição feminina até o Século XVIII: do sagrado ao mal necessário cristão”, in Revista Sociologia Jurídica, ISSN: 1809-2721, n.º 16, Janeiro/Junho 2013; Disponível em: <https://sociologiajuridicadotnet.wordpress.com/esboco-historiografico-sobre-a-prostituicao-feminina-ate-o-seculo-xviii-do-sagrado-ao-mal-necessario-cristao/>.

¹⁵ ROBERTS, Nickie, “A Prostituição Através dos Tempos na Sociedade Ocidental”, tradução Editorial Presença, 1.ª Edição, 1996, p. 53.

¹⁶ SILVA, Juliana Teixeira de Freitas da, “Esboço historiográfico sobre a prostituição feminina até o Século XVIII: do sagrado ao mal necessário cristão”, in Revista Sociologia Jurídica, ISSN: 1809-2721, n.º 16, Janeiro/Junho 2013; Disponível em: <https://sociologiajuridicadotnet.wordpress.com/esboco-historiografico-sobre-a-prostituicao-feminina-ate-o-seculo-xviii-do-sagrado-ao-mal-necessario-cristao/>.

¹⁷ ROBERTS, Nickie, “A Prostituição Através dos Tempos na Sociedade Ocidental”, tradução Editorial Presença, 1.ª Edição, 1996, p. 67.

casamento, pois o fim único destas é a procriação, nunca o prazer¹⁸. Num “*mundo dicotômico, dividido entre o bem e o mal, o pecado e a virtude*”¹⁹ apresentado pela Igreja, claramente que as prostitutas representavam um mal e um perigo para a sociedade. Porém, não era tarefa fácil controlar os desejos sexuais dos homens, inclusive dos membros do clero, que pregavam o celibato como o estado desejável para toda a humanidade, mas o que praticavam era coisa diferente²⁰. Por isto, se “*durante os primeiros seis séculos depois de Cristo a Igreja Católica se caracterizou como uma instituição que condenava a prostituição*”²¹, após esse período passou a tolerar a existência da prostituição como um mal necessário e, digamos, convenientemente lucrativo²². No fundo, a prostituição “*era considerada como comportamento desviante, porém, tolerado em nome da preservação do casamento em face dos desejos masculinos*”²³ – a mulher era obrigada a resguardar a sua virgindade até ao casamento e, portanto, as casas de prostituição funcionavam como “*local de escape sexual para homens solteiros ou viúvos*”²⁴.

Desde então, por força da influência da Igreja Católica a prostituição não é vista com bons olhos pela sociedade. Aliás, só o termo ‘prostituição’, sem necessidade de maiores desenvolvimentos, tem uma conotação negativa, carregada de preconceito, estigma e tabus. Em verdade, se alguns dos principais valores da Igreja relativamente ao sexo se prendem com a

¹⁸ *Ibidem*, p. 71.

¹⁹ SILVA, Juliana Teixeira de Freitas da, “Esboço historiográfico sobre a prostituição feminina até o Século XVIII: do sagrado ao mal necessário cristão”, in Revista Sociologia Jurídica, ISSN: 1809-2721, n.º 16, Janeiro/Junho 2013; Disponível em: <https://sociologiajuridicadotnet.wordpress.com/eboco-historiografico-sobre-a-prostituicao-feminina-ate-o-seculo-xviii-do-sagrado-ao-mal-necessario-cristao/>.

²⁰ ROBERTS, Nickie, “A Prostituição Através dos Tempos na Sociedade Ocidental”, tradução Editorial Presença, 1.ª Edição, 1996, p. 73.

²¹ SILVA, Juliana Teixeira de Freitas da, “Esboço historiográfico sobre a prostituição feminina até o Século XVIII: do sagrado ao mal necessário cristão”, in Revista Sociologia Jurídica, ISSN: 1809-2721, n.º 16, Janeiro/Junho 2013; Disponível em: <https://sociologiajuridicadotnet.wordpress.com/eboco-historiografico-sobre-a-prostituicao-feminina-ate-o-seculo-xviii-do-sagrado-ao-mal-necessario-cristao/>.

²² “(...) era a Igreja quem tirava as maiores vantagens económicas da indústria medieval do sexo, eles eram senhorios e também faziam exploração mais directa”, grande quantidade de bordéis eram propriedade da Igreja e, “segundo alguns historiadores, existiam bordéis em que as internas alternavam como freiras e prostitutas” – ROBERTS, Nickie, “A Prostituição Através dos Tempos na Sociedade Ocidental”, tradução Editorial Presença, 1.ª Edição, 1996, p. 99.

²³ SILVA, Juliana Teixeira de Freitas da, “Esboço historiográfico sobre a prostituição feminina até o Século XVIII: do sagrado ao mal necessário cristão”, in Revista Sociologia Jurídica, ISSN: 1809-2721, n.º 16, Janeiro/Junho 2013; Disponível em: <https://sociologiajuridicadotnet.wordpress.com/eboco-historiografico-sobre-a-prostituicao-feminina-ate-o-seculo-xviii-do-sagrado-ao-mal-necessario-cristao/>.

²⁴ SILVA, Gabriela Natalia, “As muitas faces da prostituição: uma abordagem histórica sobre o controle da sexualidade a partir de *foucault*”, in Divers@ Revista Eletrônica Interdisciplinar, ISSN: 1983-8921, v. 11, n.º 1, jan/jun 2018, p. 21.

idealização da castidade, a figura da Virgem Maria, a abstinência antes do casamento, a monogamia, o objetivo da procriação e a condenação de práticas sexuais contrárias à natureza, facilmente se depreende que um olhar sobre a prostituição enraizado na Igreja Católica dificilmente será despido de considerações subjetivas.

É certo que, hoje, a influência da Igreja Católica é menor, bem como a rigidez dos seus valores. É igualmente certo que os tabus sobre a sexualidade têm vindo a cair e a abrir espaço à consciência da liberdade sexual de cada um. Contudo, questionar-nos-emos: no que à prostituição e atividades acessórias concerne, poderá afirmar-se atualmente uma intervenção do Direito Penal despida do preconceito, da moral e do estigma que lhes estão associados? Ou estaremos perante uma intervenção do Direito Penal assente, ainda que de forma descaracterizada, na moral social?

3. A evolução do tratamento legal da prostituição em Portugal

Remonta, pelo menos, à época das Ordenações²⁵ o tratamento da prática da prostituição pelo Direito Português²⁶. Período legal caracterizado pelo recurso subsidiário ao Direito Romano e ao Direito Canónico, enquanto fontes de direito subsidiárias, a prostituição era proibida, perseguida e alvo de penas severas²⁷. Casos havia²⁸ “*em que era imposta a pena de açoites públicos com baraço e pregão, outos de degredo perpétuo para a ilha de São Tomé e outros em que é imposta a pena última*”²⁹. Assim, até pouco mais de 1603 – ano de promulgação da Codificação Filipina – não vigorava qualquer princípio de tolerância relativamente à prostituição: “*elas foram sempre reputadas como uns entes escandalosos à moral, prejudiciais à saúde, perigosas e nocivas à sociedade, e como tais mais ou menos perseguidas, aferrolhadas em prisões ou exterminadas; há só disto documentos*”³⁰.

Todavia, posteriormente à promulgação da Ordenação do Reino foram surgindo alvarás³¹ que se traduziram numa maior tolerância relativamente às meretrizes, passando a prever meios repressivos³² menos severos que não implicavam a subtração das prostitutas da sociedade para a prisão, apenas o despejo destas para zonas determinadas³³. Portanto, sem prejuízo de “*algumas disposições de brandura e moderação para com esta gente, quanto aos meios repressivos*”³⁴, a legislação não era expressamente tolerante a esta prática.

²⁵ 1446/1447 – 1867.

²⁶ Através das Codificações (Afonso, Manuelina e Filipina), sucessivos alvarás e cartas régias.

²⁷ CRUZ, Francisco Ignácio dos Santos, “Da Prostituição na Cidade de Lisboa”, Etnográfica Press, 1984, pp. 307-319; Disponível em: <https://books.openedition.org/etnograficapress/4818>.

²⁸ Época das Ordenações Manuelinas (1521-1603).

²⁹ CRUZ, Francisco Ignácio dos Santos, “Da Prostituição na Cidade de Lisboa”, Etnográfica Press, 1984, pp. 307-319; Disponível em: <https://books.openedition.org/etnograficapress/4818>.

³⁰ CRUZ, Francisco Ignácio dos Santos, “Da Prostituição na Cidade de Lisboa”, Etnográfica Press, 1984, pp. 35-41; Disponível em: <https://books.openedition.org/etnograficapress/4673>.

³¹ A destacar, Alvará de 25 de dezembro de 1608.

³² Desde o Alvará de 25 de junho de 1760, os meios repressivos ficaram a cargo da Intendência-Geral da Polícia da Corte e Reino.

³³ CRUZ, Francisco Ignácio dos Santos, “Da Prostituição na Cidade de Lisboa”, Etnográfica Press, 1984, pp. 307-319; Disponível em: <https://books.openedition.org/etnograficapress/4818>.

³⁴ *Ibidem*.

Com a publicação do Código Administrativo de 1836³⁵ o princípio de tolerância a respeito da prostituição consagrou-se evidente, mediante a opção legislativa de criação de regulamentos especialmente dedicados às prostitutas. Preceituava o seu artigo 109.º, parágrafo 6.º, que competia ao administrador-geral “*cohibir a devassidão publica, e o escandalo causado pela immoralidade e dissolução, de costumes das Mulheres Prostitutas, inhibindo, em quanto o Governo não publica regulamentos especiaes, que ellas permaneçam junto aos Templos, Passeios Publicos, Praças, Ruas principaes, Estabelecimentos d’Instrucção Publica, Recolhimentos, etc.; e fazendo punir judicialmente a quellas que não se sujeitarem a esta regra; bem como as que por seus máos exemplos, vicios e torpezas se tornarem escandalosas, e indignas de avisinharem com familias honestas, e recatadas*”.

Nesta sequência, em 1853 começaram a vigorar as disposições do primeiro Regulamento Sanitário das Meretrizes do Porto³⁶ e em 1858 foi promulgado o primeiro Regulamento Policial das Meretrizes e Casas Toleradas da Cidade de Lisboa³⁷, os quais foram objeto de reformas, fazendo-se substituir por outros mais completos em face das necessidades que a experiência fazia sentir. De uma forma geral, os regulamentos estabeleciam diversas medidas de caráter policial e sanitário às quais as prostitutas tinham de sujeitar-se para serem toleradas. Estas medidas passavam pela obrigatoriedade de se matricularem enquanto prostitutas, de sujeitarem-se a inspeções periódicas sanitárias, fazerem-se acompanhar do livrete de matrícula³⁸, pela fixação dos locais onde não podiam residir, entrar ou permanecer e os comportamentos e atitudes públicas de que se deviam abster. A título de exemplo, era expressamente proibido às meretrizes apresentarem-se em “*trajes ofensivos do pudor*”, permanecerem à porta de sua casa ou às janelas

³⁵ Disponível em: <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1814.pdf>.

³⁶ PESSOA, Alfredo de Amorim, “História da Prostituição em Portugal, desde os tempos mais remotos da Lusitania até nossos dias”, in DUFOUR, Pedro, “História da Prostituição”, Vol. V, Lisboa, Typographia Luso-Brazileira, 1887, p. 504.

³⁷ PAIS, José Machado, “A Prostituição e a Lisboa Boémia do século XIX a inícios do século XX”, 3.ª Edição, Edições Machado, 1985, p. 34.

³⁸ No qual a prostituta encontrava-se minuciosamente identificada pelo nome, “*estado, idade, filiação, naturalidade, signaes característicos, ultimo domicilio, época em que se votara á prostituição, e profissão anterior*” e no qual se anotavam os resultados das inspeções sanitárias – Artigos 5.º e 7.º do Regulamento Policial e Sanitario das Meretrizes do Concelho do Porto e do de Villa Nova de Gaya (setembro, 1860), a ver in PESSOA, Alfredo, Ob. Cit., 1887, pp. 507 e 508.

“*de maneira indecente*” e divagarem pelas ruas durante a noite³⁹. Ademais, existiam locais próprios para “*as incorrigíveis*”⁴⁰ residirem, sendo que para poderem residir noutras ruas da cidade – à exceção dos locais expressamente proibidos pelo regulamento – tinham que prestar “*fiança idonea*” e assinar um termo no qual se obrigavam a “*conservar fechadas as vidraças ou os rotulos das janellas, e corridas as cortinas, tanto de dia como de noite, a não residirem em andares terreos, a não escandalizarem a visinhança com palavras deshonestas, arruido ou canto de qualquer ordem*”⁴¹. De resto, os regulamentos estabeleciam as punições a que as prostitutas estavam sujeitas pelo não cumprimento dos mesmos⁴² e continham, ainda, disposições direcionadas às patroas/donas de casas toleradas e “*à forma que estas deveriam gerir a casa com vista à boa execução do regulamento*”⁴³⁴⁴.

Tínhamos, portanto, um modelo regulamentarista alicerçado numa forte preocupação, não com as prostitutas, mas com a moralidade e saúde públicas. O objetivo era “*precisamente o de afastar a prostituta dos locais públicos de maneira a salvaguardar a respeitabilidade e decência aparentes das mulheres «de bem»*”⁴⁵. A prostituição era claramente concebida de forma negativa, mas a sua existência era reconhecida e tolerada⁴⁶ e, nesse sentido, imperava uma política de minimização dos danos inerentes a esta atividade – como o era o vírus sífilítico,

³⁹ Artigo 10.º do Regulamento Policial e Sanitario das Meretrizes do Concelho do Porto e do de Villa Nova de Gaya.

⁴⁰ Artigo 11.º do Regulamento Policial e Sanitario das Meretrizes do Concelho do Porto e do de Villa Nova de Gaya.

⁴¹ Artigos 11.º e 12.º do Regulamento Policial e Sanitario das Meretrizes do Concelho do Porto e do de Villa Nova de Gaya.

⁴² Inicialmente, punidas correccionalmente com a pena de desobediência – Artigo 8.º do Regulamento Sanitario das Meretrizes do Porto –, com o aperfeiçoamento dos regulamentos, a punição passou a consistir em penas de multa, na expulsão das meretrizes dos concelhos abrangidos pelo regulamento ou na entrega das mesmas ao poder judicial, conforme as circunstâncias – Artigos 2.º, 43.º, etc. do Regulamento Policial e Sanitario das Meretrizes do Concelho do Porto e do de Villa Nova de Gaya.

⁴³ OLIVEIRA, Alexandra, “As Vendedoras de Ilusões – Estudo sobre Prostituição, Alterne e Striptease”, 1.ª Edição, Notícias Editorial, 2004, p.26.

⁴⁴ Nesta altura vingava a subordinação pura das prostitutas relativamente às donas de casa, as quais apenas se preocupavam com o rendimento que aquelas proporcionavam enquanto, nas palavras de ALFREDO PESSOA (*in Ob. Cit.*, 1887, p. 519), “*bestas de carga*”. Por isto, o artigo 55.º do Regulamento Policial e Sanitario das Meretrizes do Concelho do Porto e do de Villa Nova de Gaya estabelecia uma sanção (de pagamento de multa) aplicável às patroas que maltratassem as meretrizes com pancadas, sendo este o único preceito dos regulamentos direcionado à proteção das prostitutas.

⁴⁵ PAIS, José Machado, “A Prostituição e a Lisboa Boémia do século XIX a inícios do século XX”, 3.ª Edição, Edições Machado, 1985, p. 34.

⁴⁶ Tolerância expressamente assumida no Artigo 2.º do Regulamento Policial e Sanitario das Meretrizes do Concelho do Porto e do de Villa Nova de Gaya.

por exemplo. Importante era manter a prostituição controlada e à margem do quotidiano da sociedade.

Em 1949 “*deu-se um primeiro passo no caminho do abolicionismo*”⁴⁷ com a Lei n.º 2036, de 9 de agosto⁴⁸ que, na sua base XV, proibiu “*novas matrículas de prostitutas e a abertura de novas casas de toleradas*” e determinou o “*encerramento das casas de toleradas quando se verifique que as mesmas funcionam em contravenção das normas de higiene*” ou quando “*representem perigo grave para a saúde pública*”.⁴⁹

Até que consagramos o modelo proibicionista com o Decreto-Lei n.º 44 579, de 19 de setembro de 1962⁵⁰, proibindo-se o exercício da prostituição a partir de 1 de janeiro de 1963 no seu artigo 1.º, n.º 1. A própria delimitação subjetiva do n.º 2 do mesmo artigo é manifesta da perspetiva daquele tempo, delimitando a proibição apenas às “*raparigas e mulheres*” que praticassem “*relações sexuais ilícitas com qualquer homem, delas obtendo remuneração ou qualquer outro proveito económico*”, sendo estas equiparadas aos vadios⁵¹ pela lei, para efeito de lhes serem aplicadas medidas de segurança, (n.º 3). De uma forma simplista, traduzia-se na desconsideração do exercício da prostituição pelo sexo masculino.

Não obstante vigorar já o proibicionismo, em 1978 o Governo pede autorização à Assembleia da República para legislar sobre a prostituição e atividades conexas, através da Proposta de Lei n.º 197/I, de 31 de maio de 1978⁵², autorização que lhe foi negada. O objetivo seria ampliar o conceito de prostituição ao sexo masculino, por forma a também a prostituição

⁴⁷ Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 44 579, ponto 1.

⁴⁸ Lei n.º 2036, de 9 de agosto de 1949, Base XV, n.º 1 e 2, disponível em Diário do Governo n.º 175/1949, Série I de 1949-08-09 e em <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/2036-264899>.

⁴⁹ É merecedora a nota que Portugal aderiu à Convenção para a Supressão do Tráfico de Pessoas e da Exploração da Prostituição de Outrem a 10 de outubro do mesmo ano, pela “*perspetiva ideológica subjacente*” à Convenção, uma vez que para a conceção abolicionista “*a imagem da prostituta cuja opção é escolhida voluntariamente é inimaginável*” – SILVA, Susana, “O Direito e a Sexualidade Feminina e Masculina. O Caso do Lenocínio”, in Revista ex æquo, n.º 15, 2007, pp. 172 e 173.

⁵⁰ Decreto-Lei n.º 44 579, de 19 de setembro de 1962, artigo 1º, disponível em Diário do Governo n.º 216/1962, Série I de 1962-09-19 e em <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto-lei/44579-159932>.

⁵¹ Artigo 256.º do Código Penal de 1886: “*Aquele que não tem domicilio certo em que habite, nem meios de subsistência, nem exercita habitualmente alguma profissão ou ofício, ou outro mister em que ganhe a sua vida, não provando necessidade de força maior, que o justifique, de se achar nestas circunstâncias, será competentemente julgado e declarado vadio (...)*”.

⁵² Disponível em Diário da Assembleia da República, Série II, I Legislatura, 2ª Sessão Legislativa, n.º 078 de 1978-05-31, págs. 806-809 e em <https://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/s2/01/02/078/1978-05-31/806>.

masculina ser abrangida pela proibição. Porém, lamentavelmente a proposta não fica por aqui, pois a ideia era fazer valer a proibição também para as práticas homossexuais, “*independentemente de intenção lucrativa*”⁵³. Vejamos, com a ampliação do conceito ao sexo masculino, a prostituição propriamente dita – isto é, as práticas sexuais de qualquer indivíduo com qualquer indivíduo a troco de remuneração ou outro proveito económico⁵⁴ – já seria punida no seu todo. Portanto, também as práticas homossexuais a troco de remuneração ou outro proveito económico – diga-se, a prostituição homossexual – passariam a integrar o conceito de prostituição e, como tal, também seriam punidas. Em verdade, sob o manto do conceito imoral da prostituição⁵⁵, o propósito do Governo era proibir por e simplesmente a homossexualidade. Aliás, como motivação da Proposta aponta-se o “*escândalo público*” e a “*homossexualidade*” como “*gravíssimas características que o fenómeno tem revestido*”⁵⁶. Ademais, a Proposta vem perpecionar de forma clara a pessoa que se prostitui como vítima, não deixando, no entanto, de entender a prática da prostituição passível de censura. Repare-se, situamo-nos quase quatro anos após o 25 de abril, o ‘Dia da Liberdade’, mas a liberdade no campo sexual continuava nitidamente oprimida pelos padrões dominantes do moralmente correto⁵⁷.

A realidade é que “*ao proibicionismo (...) não correspondeu, de forma sensível, a erradicação ou sequer a contenção do fenómeno*”⁵⁸ da prostituição, antes o agravo das condições de exercício da atividade, empurrando as mulheres para a clandestinidade, ilegalidade e para o crime⁵⁹.

⁵³ Artigo 1.º, n.º 1 da Proposta de Lei n.º 197/I.

⁵⁴ Nos termos em que a prostituição é definida no artigo 1.º, n.º 1 da Proposta de Lei n.º 197/I.

⁵⁵ Fica por compreender a fundamentação explanada no ponto 3 do preâmbulo da Proposta: “*Dispensa-se, porém, a intenção lucrativa para as práticas de homossexualidade, sabido que as mais das vezes é a pessoa prostituída quem, aí, remunera o seu parceiro*”.

⁵⁶ Ponto 2 da exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 197/I.

⁵⁷ Sem prescindir, vozes sábias insurgiram-se na Assembleia da República contra este pedido de autorização do Governo – apesar da proposta ter sido da exclusiva iniciativa do Ministério da Justiça – para legislar sobre a prostituição e atividades conexas, com especial destaque para a intervenção de Manuel da Costa Andrade – na altura deputado da bancada do PSD – que deixou claro não ser função do Direito Penal ser “*guarda noturno de uma concreta moral*” (in Diário da Assembleia da República, I Série, I Legislatura, 2.ª sessão legislativa, n.º 84, de 08-06-1978, p. 3056; Disponível em <https://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/01/01/02/084/1978-06-07/3056>). Nesta época, já decorriam os trabalhos preparatórios do projeto do Código Penal assente numa profunda reforma penal, que viria a dar lugar ao Código Penal de 1982.

⁵⁸ Ponto 1 do preâmbulo da Proposta de Lei n.º 197/I.

⁵⁹ OLIVEIRA, Alexandra, “Prostituição, exclusão e violência. Estudo empírico da vitimação sobre prostitutas de rua.”, in II Congresso Internacional de Investigação e Desenvolvimento Sócio-cultural, 2004, p. 3.

Reflexo de uma profunda reforma penal, o Código de 1982 “*assume-se deliberadamente como ordenamento jurídico-penal de uma sociedade aberta e de um Estado democraticamente legitimado. Optou conscientemente pela maximização das áreas de tolerância em relação a condutas ou formas de vida que, relevando de particulares mundividências morais e culturais, não põem directamente em causa os bens jurídico-penais nem desencadeiam intoleráveis danos sociais*”⁶⁰. Neste contexto, é com o Código Penal de 1982 que a prostituição é descriminalizada por revogação expressa do artigo 6.º, n.º 2 do Decreto-lei n.º 400/82, de 23 de setembro, que aprovou o Código. Desde então, deparamo-nos com um “*vazio legislativo*”⁶¹ que não pune nem regula esta atividade⁶².

Em 2005, num estudo sobre a legislação nacional em matéria de prostituição e tráfico de mulheres e crianças⁶³, o Parlamento Europeu classificou Portugal como abolicionista: “*The Portuguese policy on prostitution falls under the abolitionist model. Outdoor and indoor prostitution are neither prohibited nor regulated by the State. “Working as a prostitute is tolerated in the sense that it is not considered illegal or prohibited, nevertheless it is not regulated”. However, in Portugal, there are restrictions as to where prostitutes may work in the streets and as to whether or when prostitutes may work in a brothel/club/window prostitution. These restrictions are not written or legal ones. They arise from social customs. This means that,*

⁶⁰ Ponto 18 do preâmbulo do Decreto-lei n.º 400/82, de 23 de setembro.

⁶¹ APDES, “Recomendações para a redefinição do enquadramento jurídico do trabalho sexual em Portugal - pela Agência Piaget para o Desenvolvimento (APDES) e Rede sobre Trabalho Sexual (RTS) com a parceria do Dr. Vítor Peixoto - à consideração dos Grupos Parlamentares da Assembleia da República Portuguesa”, 2012, p. 3.

⁶² Todavia, tal indiferença do direito face à atividade da prostituição era meramente aparente, pois se é verdade que a atividade da prostituição não é criminalizada nem regulada, é igualmente verdade que atividade passou a ser controlada “*por elementos e personagens extra-jurídicos, como sejam as forças policiais e os técnicos de serviço social*” – SILVA, Susana, “Classificar e silenciar: vigilância e controlo institucionais sobre a prostituição feminina em Portugal”, in (Revista) *Análise Social*, Vol. XLII (184), 2007, p. 800.

Efetivamente, após a descriminalização da prostituição, surgiram nos Regulamentos Policiais dos Distritos disposições repressivas da atividade, as quais estabeleciam, de uma forma geral, que nas vias e demais lugares públicos era “*proibido permanecer ou circular, revelando-se a prática de actos indiciadores do exercício da prostituição («convite à prática de prostituição» ou «actos de prostituição ou imorais por gestos, posições, ou outro processo revelador dessa intenção»*”, incorrendo na prática de contraordenação quem estas disposições desrespeitasse, podendo em virtude da mesma serem as prostitutas interditas a frequentar ou estacionar “*em locais públicos ou de livre acesso público devidamente identificados por período de 2 a 12 meses, sob pena de crime de desobediência*” – Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 83/2001, de 05 de março de 2001.

⁶³ Parlamento Europeu, “*Study on National Legislation on Prostitution and the Trafficking in Women and Children*”, 2005, p. 34; Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL-JOIN_ET\(2005\)360488](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL-JOIN_ET(2005)360488).

because prostitution is not regulated by law, prostitutes could in theory work anywhere. However in certain areas the police would force them to leave the area. Working as a prostitute in an apartment is not considered legal and it is a crime to rent an apartment to a prostitute”.

4. Evolução do tipo legal do crime de lenocínio

Na época das Ordenações o tratamento legal a respeito dos alcoviteiros e “*dos que em sua casa consentem que as mulheres façam mal dos seus corpos*”⁶⁴ era idêntico ao tratamento que vigorava para as meretrizes. Não existia, portanto, tolerância também relativamente a estas atividades conexas à prostituição.

Após a publicação do Código Administrativo de 1836 e a consagração do regulamentarismo que se seguiu, os regulamentos também estabeleceram medidas direcionadas aos sujeitos que exerciam atividades conexas à prostituição, em especial às patroas de casas toleradas⁶⁵. Todavia, no que à matéria de lenocínio concerne, importa relevar o disposto no artigo 56.º do Regulamento Policial e Sanitario das Meretrizes do Concelho do Porto e do de Villa Nova de Gaya, segundo o qual “*Nenhum proprietario poderá alugar casas a meretrizes, sem saber da autoridade competente se ellas são incorrigiveis, e como taes intoleráveis fóra dos sítios que lhes estão designados. O que contravier esta disposição será autoado e entregue ao poder judicial, para ser punido conforme o alvará de 25 de junho de 1760, § 8.º*”⁶⁶ e o artigo seguinte, a preceituar que “*Toda a meretriz ou patrôa que excitar, favorecer ou facilitar a devassidão ou corrupção de qualquer menor de 25 annos, para satisfazer os desejos deshonestos d’ outrem, será punida com prisão de trez mezes a um anno, e multa correspondente, na conformidade do artigo 406.º do Codigo Penal*”. Em verdade, a grande parte das disposições relativas às atividades conexas à prostituição objetivavam o controlo e atenuação da propagação do vírus sífilítico, bem assim como o controlo do número de prostitutas

⁶⁴ CRUZ, Francisco Ignácio dos Santos, “Da Prostituição na Cidade de Lisboa”, Etnográfica Press, 1984, pp. 307-319; Disponível em: <https://books.openedition.org/etnograficapress/4818>.

⁶⁵ Nomeadamente, a proibição de aceitarem nas casas prostitutas não matriculadas e não portadoras do livrete de matrícula; a obrigatoriedade de requererem licença, declarando a localização da casa, o número de meretrizes que terão sob a sua alçada e identificação das mesmas, bem assim como os termos dos contratos celebrados com cada uma delas; a obrigatoriedade de manterem as casas toleradas em condições de asseio, salubridade e limpeza em conformidade com as prescrições existentes nesse sentido, sujeitas fiscalizações periódicas; de assistirem às inspeções das meretrizes; e de se responsabilizarem “*pelas desordens ou crimes commettidos nos estabelecimentos debaixo da sua direcção, e pelo estado sanitario das meretrizes que tiverem em casa*” - Artigo 15.º do Regulamento Policial e Sanitario das Meretrizes do Concelho do Porto e do de Villa Nova de Gaya.

⁶⁶ Nos termos do qual, “*(...) fubpena de perder o valor do alluguer das cafas de hum anno, pela primeira vez; e de pagar pela fegunda vez da Cadeia o tresdobro a favor de quem o denunciar*”; Disponível em: <https://purl.pt/17387/1/index.html#/4/html>.

existentes e o local onde exerciam a sua atividade – eram estas as preocupações subjacentes à implementação dos regulamentos especiais relativos à prostituição.

Com a entrada em vigor do primeiro Código Penal, aprovado em 1852, o crime de lenocínio foi inserido no Capítulo dos crimes contra a honestidade, no âmbito dos crimes contra as pessoas⁶⁷. No seu artigo 405.º lia-se: “*se, para satisfazer os desejos deshonestos de outrem, o ascendente excitar, favorecer, ou facilitar a prostituição, ou corrupção de qualquer pessoa sua descendente, será condenado a prisão de um a tres anos, e multa correspondente*”⁶⁸, ficando suspenso dos direitos políticos por doze anos”, prevendo-se também nos parágrafos 1.º e 2.º do mesmo artigo a punição desta conduta quando levada a cabo pelo marido em relação à sua mulher e quando cometido por “*tutor, ou qualquer outra pessoa encarregada da educação, ou direcção, ou guarda de qualquer menor de vinte e cinco anos*” em relação a este. Por sua vez, o artigo 406.º estabelecia a punição de qualquer indivíduo quando o crime fosse “*habitualmente*” cometido em relação a qualquer menor de vinte e cinco anos. No fundo, a conduta apenas consubstanciava crime quando entre o agente e a pessoa que se prostitui existisse um tipo de relação especial – familiar, matrimonial ou de tutela –, à exceção do previsto quanto a menores de vinte e cinco anos. Tratava-se de uma construção dogmática de índole moralista, como se pode apreender, desde logo, pela inserção sistemática dos tipos legais e pelos incisos “*desejos deshonestos de outrem*”, “*devassidão*” e “*corrupção*”⁶⁹.

O Código Penal de 1886 manteve esta inserção sistemática, apresentando apenas duas alterações quanto aos tipos legais, nomeadamente a redução da pena de prisão de um para dois anos (e multa correspondente) e, no que respeita à prática do crime relativamente a menores de vinte e cinco anos, passou a prever-se a idade dos vinte e um anos⁷⁰.

⁶⁷ Capítulo onde se previa também, entre outros, o crime de adultério – que, por sua vez, se traduzia num profundo tratamento desigualitário quando cometido pela mulher ou quando cometido pelo homem, quer ao nível do tipo objetivo, quer no que às sanções diz respeito.

⁶⁸ Pena de multa complementar, que já não existe em Portugal desde 1995.

⁶⁹ Recorde-se que, em matéria de tratamento legal da prostituição, vigoravam ainda nesta época os Regulamentos Policiais e Sanitários – fase regulamentarista. Por nós, a tipificação da conduta apenas quando verificada a tal relação especial ou quando, independentemente desta, praticada contra menor de vinte e cinco anos funda-se num sentido de coerência entre, por um lado, a punição do crime de lenocínio e, por outro, a tolerância da prática da prostituição.

⁷⁰ Alteração no artigo 405.º, e artigos 405.º, § 2.º e 406.º do Código Penal de 1886, respetivamente.

Com o Decreto-Lei n.º 44 579, de 19 de setembro de 1962, a par da proibição do exercício da prostituição, o seu artigo 2.º, n.º 1 passa a prever a punição dos atos acessórios à prostituição – “*são punidos com a pena de prisão, até um ano e multa correspondente todos os indivíduos que conscientemente fomentem, favoreçam ou de algum modo facilitem o exercício da prostituição ou nela intervenham com fins lucrativos*” –, em termos aproximados ao tipo legal do crime de lenocínio que viria a ser estipulado na reforma de 1998 do Código Penal de 1982 e que vigora nos dias de hoje, não obstante no Decreto não falar-se em ‘lenocínio’.

Na Proposta de Lei n.º 197/I, de 31 de maio de 1978, mediante a qual o governo pediu autorização à Assembleia da República para legislar sobre a prostituição (que foi negada), além da proibição da homossexualidade, um outro objetivo era “*punir com maior severidade o aviltante parasitismo que se traduz na atividade de proxenetas e rufiões – a mais ominosa modalidade de exploração do homem pelo homem*”⁷¹, pelo que propõem o agravamento substancial das sanções aplicadas a proxenetas e rufiões e dedicam vários artigos nesta linha, especificando um série de condutas com diferentes sanções.

Em consequência da reforma penal que lhe deu origem, no Código Penal de 1982 abandona-se a referência a crimes contra a honestidade e surge uma secção própria para os crimes sexuais, a qual foi inserida no título dos crimes contra valores e interesses da vida em sociedade (não no título dos crimes contra as pessoas). Neste contexto, é com o Código Penal de 1982 que, a par da descriminalização da prostituição, surgem alterações significativas no que concerne à inserção sistemática do crime de lenocínio, o qual, ao ser enquadrado nos crimes sexuais, deixa de integrar os crimes contra as pessoas para integrar os crimes contra valores e interesses da vida em sociedade. Também no que ao tipo legal respeita verificam-se alterações de vulto. Assim o artigo 215.º, n.º 1, alínea a) passa a prever a punição de “*Quem fomentar, favorecer ou facilitar a prática de atos contrários ao pudor ou à moralidade sexual, ou de prostituição relativamente: a) a pessoa menor ou portadora de anomalia psíquica*” e, na alínea b) do mesmo preceito, a punição de qualquer indivíduo que adote esta conduta em relação a

⁷¹ Ponto 2 do preâmbulo da Proposta de Lei n.º 197/I.

qualquer pessoa (independentemente de existir uma especial relação⁷²), exigindo-se aqui, porém, a exploração de uma situação de abandono ou de extrema necessidade económica. Por nós, a exigência acrescida nesta última alínea traduz, e bem, a diferente relevância penal que a conduta assumia quando praticada em relação a menores ou portadores de anomalia psíquica, ou quando praticada em relação a qualquer pessoa adulta, livre e esclarecida no exercício da sua liberdade sexual. Apenas se justificando, neste último caso, a intervenção do Direito Penal quando a liberdade e o esclarecimento podiam não existir, devido à exploração de situação de abandono ou de extrema necessidade económica da pessoa que se prostitui. Ademais, do n.º 2 do mesmo artigo resultava também a punição de quem – embora eventualmente não fomentasse, favorecesse ou facilitasse a prática de tais atos, explorando situação de abandono ou de extrema necessidade económica – “*explorar o ganho imoral de prostituta, vivendo, total ou parcialmente, a expensas suas*”. Ora, se é certo que o Código 1982 foi fruto de uma profunda reforma penal, alicerçada no tolerância e subtração do Direito Penal relativamente a condutas e formas de vida que, inobstante imorais, não colocavam em causa bens jurídico-penais nem desencadeavam intoleráveis danos sociais, razão pela qual foi descriminalizada a prostituição, é igualmente certo que as concepções moralistas e paternalistas em torno da prostituição continuavam a ter reflexo no tratamento legal de atividades associadas a esta – como se, apenas por tais condutas apresentarem relação com a prostituição, sofressem também estas a contaminação da imoralidade, sem prejuízo de o legislador ter criado a aparência da irrelevância da moral para o Direito Penal⁷³.

⁷² As especiais relações entre o agente e quem se prostitui, que integravam o tipo objetivo de ilícito no Código Penal de 1886, passam a integrar o tipo legal de lenocínio qualificado, ao lado da intenção lucrativa e do carácter profissional na prática da conduta.

⁷³ A este propósito, é de atentar nas seguintes considerações explanadas em acórdãos:

1) “*Surpreende que a lei fale em «ganho imoral de prostituta», uma vez que, de acordo com as concepções éticas dominantes nas sociedades evoluídas, não se vislumbra a possibilidade de uma mulher prostituída, como tal, auferir lucros morais. Pensa-se, no entanto, que, assim se expressando, o legislador terá querido vincar que, mesmo depois de haver posto termo à proibição de prostituição ao revogar o artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 44 579, de 19 de Setembro de 1962, esta actividade permanece censurável ou, quando menos, socialmente indesejável, continuando, por isso, a justificar-se a punição não só dos que a fomentam, favorecem ou facilitam no caso de menores, portadores de anomalia psíquica ou em situações de abandono ou de extrema necessidade económica, mas também aos que exploram o ganho de prostituta, vivendo total ou parcialmente a expensas suas*” – Supremo Tribunal de Justiça, “Lenocínio agravado. Interesse jurídico protegido. Diversa qualificação jurídica dos factos imputados na acusação. Perda dos objectos do crime – Acórdão de 13 de Janeiro de 1989”, in Boletim do Ministério da Justiça, 383, p. 292;

Na reforma de 1995, fruto do novo paradigma no campo dos crimes sexuais⁷⁴, o legislador volta a localizar o lenocínio no âmbito dos crimes contra as pessoas (juntamente com todos os crimes sexuais), mas agora, para o que na presente dissertação importa tratar, nos crimes contra a liberdade sexual, mais precisamente no artigo 170.º. O tipo legal do lenocínio simples passou a dispor que “*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 pena de prisão de 6 meses a 5 anos*”. Concretizando, a intenção lucrativa ou o carácter profissional da conduta descrita abandona o tipo legal do lenocínio qualificado para fazer parte do tipo objetivo de ilícito do lenocínio simples, deixa-se de exigir a “*extrema*” necessidade económica e, por fim, substitui-se a expressão “*atos contrários ao pudor ou à moralidade sexual*” por “*atos sexuais de relevo*”. Como bem notam ANABELA MIRANDA RODRIGUES e SÓNIA FIDALGO⁷⁵, verificou-se uma descriminalização parcial da conduta de lenocínio, pois ao integrar o carácter profissional ou intuito lucrativo como elemento do tipo, deixou de punir-se a conduta quando não praticada pelo agente com este carácter ou intuito.

No entanto, é a alteração que surge com a reforma de 1998 que, até hoje, é objeto de divergência doutrinal e jurisprudencial. Ora, esta alteração eliminou o inciso “*explorando situações de abandono ou de necessidade económica*”, pelo que “*bastará (..) a exploração sexual de outra pessoa (desenvolvida profissionalmente ou com intenção lucrativa) para que as condutas já possuam a indispensável relevância ético-penal e para que, como tal, devam ser*

2) “*A lei apenas exige que a exploração incida sobre o ganho de prostituta no exercício dessa actividade, por ela, apesar de não punida, ser imoral*” – Supremo Tribunal de Justiça, “Crime de Lenocínio. Elementos constitutivos. Declarações para memória futura. Irregularidade processual. Constitucionalidade – Acórdão de 19 de Abril de 1991”, in Boletim do Ministério da Justiça, 406, p. 367;

3) “*Através do crime de lenocínio não é a prostituta que a lei quer proteger mas o interesse geral da sociedade na preservação da moralidade sexual e do ganho honesto*” – Supremo Tribunal de Justiça, “Crime de Lenocínio. Favorecimento do exercício da prostituição. Exploração do ganho de prostituta – Acórdão de 14 de Março de 1990”, in Boletim do Ministério da Justiça, 395, p. 205.

Todos, *apud.*, SILVA, Susana, “O Direito e a Sexualidade Feminina e Masculina. O Caso do Lenocínio”, in Revista ex æquo, n.º 15, 2007, pp. 175 e 176.

⁷⁴ Assente no abandono da “*concepção moralista (‘sentimentos gerais de moralidade’), em favor da liberdade e autodeterminação sexuais, bens eminentemente pessoais*” – Ponto 7 do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março.

⁷⁵ RODRIGUES, Anabela Miranda e FIDALGO, Sónia in “Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial. Artigo 169.º”, Tomo I, Coimbra Editora, 2.ª Edição, 1999, p. 801.

punidas”⁷⁶. O Ministro da Justiça⁷⁷ assumiu no parlamento que havia uma grande dificuldade em provar a exploração de uma situação de abandono ou de necessidade económica da vítima⁷⁸ e, portanto, como não se conseguia provar este elemento típico a solução foi eliminá-lo. Assim, se na reforma anterior se verificou uma descriminalização parcial, nesta reforma assistiu-se a um alargamento significativo do âmbito da incriminação. Nas palavras de PEDRO ALBERGARIA e PEDRO LIMA⁷⁹, “*pune o que não consegue provar por não conseguir provar o que se quer punir*”. Sem desmerecer da lógica de tal crítica, por nós, passou a punir-se o que se consegue provar por não se conseguir provar o que se quer punir. Em verdade, passou a punir-se o que, de acordo com as formulações anteriores a respeito do crime de lenocínio, não queria sequer punir-se.

Com a reforma de 2001, o aproveitamento de uma “*situação de especial vulnerabilidade*” surge novamente, mas a integrar o tipo legal do lenocínio qualificado.

Por fim, na reforma de 2007 há uma alteração quanto à numerologia do artigo – o crime de lenocínio passa a prever-se no artigo 169.º – e elimina-se o inciso “*ou a prática de atos sexuais de relevo*”.

Assim, a redação atual do tipo legal do lenocínio simples é a seguinte: “*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*”.

Posto isto, cumpre perguntar: a conduta atualmente descrita no tipo legal do crime de lenocínio poder ser legitimamente considerada como crime e, por isso, legitimamente objeto de intervenção do Direito Penal?

⁷⁶ Diário da Assembleia da República, I Série, VII Legislatura, 3ª sessão legislativa, n.º 48, de 13-03-1998, p.1626; Disponível em: <https://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/01/07/03/048/1998-03-13?org=PLC>.

⁷⁷ José Eduardo Vera Cruz Jardim.

⁷⁸ Diário da Assembleia da República, I Série, VII Legislatura, 3ª sessão legislativa, n.º 48, de 13-03-1998, p.1630; Disponível em: <https://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/01/07/03/048/1998-03-13?org=PLC>.

⁷⁹ ALBERGARIA, Pedro Soares de e LIMA, Pedro Mendes, “O Crime de Lenocínio entre o Moralismo e o Paternalismo Jurídicos”, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 22, n.º 2, p.209.

5. Princípio jurídico-constitucional implícito do bem jurídico

Como decerto se compreenderá, no contexto do *Estado de Direito material* contemporâneo⁸⁰, caracterizado pelo *pluralismo ético-social*, coexistem comportamentos cuja reprovação é consensual e outros cuja valoração é conflitual. Ora, mesmo no caso das condutas consensualmente reprováveis é imprescindível a existência de um critério que legitime a qualificação de tais comportamentos como crime⁸¹ e, por essa via, a intervenção do Direito Penal.

No exercício de saber se a intervenção do Direito Penal é ou não legítima, ensina-nos FIGUEIREDO DIAS⁸² que devemos socorrer-nos do princípio político-criminal segundo o qual “*todo o direito penal é um direito do bem jurídico-penal*”. Assim, ao Direito Penal cumpre a “*tutela subsidiária (ou de ultima ratio) de bens jurídicos dotados de dignidade penal*” e não uma qualquer danosidade social⁸³.

Efetivamente, “*uma política criminal que se queira válida para um Estado de direito material, de cariz social e democrático, deve exigir do direito penal que só intervenha com os seus instrumentos próprios de atuação ali onde se verificarem lesões insuportáveis das condições comunitárias essenciais de livre desenvolvimento da personalidade de cada*

⁸⁰ “*Sob esta designação quer-se compreender todo o Estado democrático e social que mantém intocada a sua ligação ao direito, e mesmo a um esquema rígido de legalidade, e se preocupa por isso antes de tudo com a consistência dos direitos, das liberdades e das garantias da pessoa; mas que, por essa razão mesma, se deixa mover, dentro daquele esquema, por considerações de justiça na promoção e na realização de todas as condições – políticas, sociais, culturais, económicas – do desenvolvimento mais livre possível da personalidade ética de cada um*” – DIAS, Jorge de Figueiredo, “Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime”, 3.ª Edição, Gestlegal, 2019, p. 30.

⁸¹ É ponto assente na doutrina e na jurisprudência que a ofensividade ou danosidade social é um critério que, só por si, não legitima a intervenção do Direito Penal, porquanto, se por um lado é certo que todas as condutas tipificadas como crime comportam uma danosidade social, por outro lado, é igualmente certo que nem todas as condutas que se traduzem numa danosidade social devem ser tipificadas como crime. Não é função do Direito Penal a tutela de uma qualquer ofensividade ou danosidade social, pois também esta terá que ser penalmente relevante, ou seja, deverá traduzir-se numa ofensa de um bem jurídico-penal – *Ibidem*, pp.123-126.

⁸² DIAS, Jorge de Figueiredo, “O direito penal do bem jurídico como princípio jurídico-constitucional implícito”, *in* Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 145, maio-junho, 2016, n.º 3998, p. 251.

⁸³ DIAS, Jorge de Figueiredo, “Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime”, 3.ª Edição, Gestlegal, 2019, pp. 129 e 130.

homem”⁸⁴ e é precisamente por isto que ao Direito Penal “*cumpre-lhe seleccionar, dentre os comportamentos em geral ilícitos, aqueles que, de uma perspectiva teológica, representam um ilícito geral digno de uma sanção de natureza criminal*”⁸⁵.

Desde logo aceitando a indeterminabilidade do conceito de bem jurídico e partindo do seu consensual núcleo essencial, o Autor define bem jurídico 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*”⁸⁶. Contudo, já vimos que nem todo e qualquer bem jurídico será digno de intervenção penal, somente um bem jurídico-penal é digno e poderá ser necessitado de tutela penal. Ora, os bens jurídicos ‘transformam-se’ em bens jurídico-penais quando têm uma referência, expressa ou implícita, na *ordem axiológica jurídico-constitucional*⁸⁷ – isto é, na Constituição da República Portuguesa⁸⁸. Só assim, mediante uma referência anterior e exterior ao Direito Penal legislado, se alcança um princípio que legitima ou não a intervenção do Direito Penal, não só do *ius condito* como do *ius condendo*, razão pela qual o *princípio jurídico-constitucional implícito do direito penal do bem jurídico* avançado por FIGUEIREDO DIAS é desde há muito aceite pela doutrina e pela jurisprudência.

Portanto, num Estado de Direito como o nosso, de carácter pluralista e laico e, por isso mesmo, com respeito pela liberdade de consciência de cada um, a intervenção do Direito Penal – ramo do direito cuja aplicação traduz-se na restrição de direitos fundamentais – só será legítima para proteger bens jurídicos dignos – isto é, com referência constitucional – e necessitados de tutela penal. É justamente este o sentido consagrado no artigo 18.º, n.º 2 da CRP, nos termos do qual “*A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para*

⁸⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo, “O direito penal do bem jurídico como princípio jurídico-constitucional implícito”, in Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 145, maio-junho, 2016, n.º 3998, p. 251.

⁸⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo, “Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime”, 3.ª Edição, Gestlegal, 2019, p. 18.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 130.

⁸⁷ *Ibidem*, pp. 136 e 137.

⁸⁸ As normas de Direito Constitucional – normas superiores –, enquanto “*fonte primária da produção jurídica*”, não só constituem fundamento de validade das restantes normas – as não constitucionais, inferiores –, como “*determinam, até certo ponto, o conteúdo material destas últimas*” – CANOTILHO, José Joaquim Gomes, “Direito Constitucional”, 6.ª Edição revista, Livraria Almedina Coimbra, 1993, p. 138.

salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”. Vejamos, se uma sanção de natureza penal implica a restrição de direitos constitucionalmente consagrados – no exemplo paradigmático da condenação em pena de prisão, o direito à liberdade preceituado no artigo 27.º da CRP –, é sensato que tal restrição só possa ter lugar para salvaguardar outros direitos constitucionalmente consagrados e na medida em que tal restrição seja necessária à salvaguarda desses direitos, sob pena da incriminação ser inconstitucional.

Posto isto, o princípio constitucional implícito do bem jurídico desdobra-se em duas vertentes essenciais⁸⁹: da primeira – o *critério da dignidade penal do bem jurídico*⁹⁰ – resulta que uma incriminação só é conforme ao n.º 2 do artigo 18.º da CRP se a mesma tutelar um bem jurídico com referência constitucional; da segunda – o designado *critério da necessidade ou da carência de tutela penal* – resulta que essa mesma incriminação só passará o crivo da legitimação constitucional se o bem jurídico-penal por ela tutelado carecer de tutela penal. Se assim é, pode concluir-se que uma incriminação que tutela um bem jurídico digno de tutela penal pode, ainda assim, não passar no crivo da constitucionalidade por esse mesmo bem jurídico-penal não necessitar de tutela penal.

Em suma, para que a intervenção do Direito Penal seja legítima à luz do princípio constitucional implícito do bem jurídico-penal a incriminação deve visar a tutela de um bem jurídico *digno e necessitado* de tutela penal.

Aqui chegados, e em resposta à questão que deu origem ao presente capítulo, no exercício de saber se a intervenção do Direito Penal é legítima ou não perante a atual configuração do tipo legal do crime de lenocínio, vamos questionar, primeiramente, se a incriminação tutela um bem jurídico digno de pena, ou seja, com referência constitucional. Perante uma resposta afirmativa, cumpre indagar se a intervenção do Direito Penal é necessária à tutela desse bem jurídico-penal.

⁸⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo, “Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime”, 3.ª Edição, Gestlegal, 2019, p. 146.

⁹⁰ ANTUNES, Maria João, “Tribunal Constitucional. Relatório Português. A Constituição e os princípios penais”, in XIII Conferência Trilateral Itália, Espanha, Portugal, 2011, p. 5.

6. Da indeterminação do bem jurídico-penal protegido

A localização do crime de lenocínio na secção dos crimes contra a liberdade sexual levar-nos-ia a pensar, logicamente, ser este o bem jurídico protegido com a incriminação do artigo 169.º, n.º 1 do Código Penal. Todavia, com a supressão do inciso “*explorando situações de abandono ou de necessidade económica*” na reforma de 1998, o problema da inconstitucionalidade do crime de lenocínio simples insurgiu-se e mantém-se até hoje, precisamente porque grande parte da doutrina e da jurisprudência não logra identificar o bem jurídico-penal protegido com a incriminação.

Será ainda a liberdade sexual? A dignidade da pessoa humana? A moral? Haverá forma de legitimar a incriminação atual à luz do princípio constitucional implícito do bem jurídico-penal? Veremos.

6.1. A liberdade sexual

Com referência implícita nos artigos 25.º e 26.º da CRP, a liberdade sexual é um bem jurídico-penal eminentemente pessoal e disponível, que se traduz no direito de cada indivíduo exercer a sua sexualidade de forma livre e consensual, sem sofrer qualquer tipo de violência, coação ou discriminação.

COSTA ANDRADE⁹¹ fala-nos da expressão negativa e da expressão positiva da liberdade sexual. A primeira, a compreender a liberdade de não praticar e de não sofrer atos de cariz sexual não queridos; a segunda, a compreender a liberdade de dispor sexualmente do próprio corpo, contanto o respeito pela expressão negativa da liberdade sexual de outrem. Socorrendo-nos das palavras do Autor, “*Razões de técnica de tutela explicam que o direito penal apenas intervenha, por princípio, na primeira das dimensões assinaladas. Contudo, se não se*

⁹¹ ANDRADE, Manuel da Costa, “Consentimento e Acordo em Direito Penal. Contributo para a Fundamentação de um Paradigma Dualista”, Coimbra Editora, 1991, p. 395.

reclama que o direito penal se comprometa na promoção activa da segunda, já se espera que ele não se constitua em motivo autónomo de seu sacrificio”⁹².

Cada indivíduo é livre de dispor do próprio corpo, o que abrange a liberdade de comercializar-se sexualmente – a liberdade de se prostituir –, independentemente da desaprovação moral da generalidade da sociedade. Desta forma, e em respeito pelo princípio do direito penal do bem jurídico, só perante atos de cariz sexual praticados contra a vontade do titular do bem jurídico é que se justifica a intervenção do Direito Penal, pois “*só aí existirá lesão da liberdade sexual da vítima, porque só então ela se vê obrigada a praticar ou a sofrer atos que não deseja*”⁹³.

Vejamos, só mediante a exploração de uma situação de abandono ou de necessidade económica é que a conduta tipificada poderá⁹⁴ lesar o bem jurídico da liberdade sexual, porquanto somente nestas circunstâncias esta liberdade pode não existir. As relações sexuais praticadas por livre vontade entre adultos esclarecidos consubstanciam uma ação que não é em si mesma desvaliosa, isto é, por existir o acordo na prática de atos sexuais entre adultos nestas condições não há uma qualquer ofensa – ou sacrifício – do bem jurídico da sua liberdade sexual, antes traduz-se na realização deste. Por outras palavras, o acordo funciona como causa de exclusão da tipicidade⁹⁵, pois à prática de relações sexuais desejadas e praticadas entre adultos livres e esclarecidos não se associa qualquer danosidade social⁹⁶.

Em verdade, com a alteração levada a cabo na reforma de 1998 passou a incriminar-se, também, a conduta de “*quem, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentar, favorecer*

⁹² *Ibidem*.

⁹³ CAEIRO, António Pedro, “Observações sobre a Projectada Reforma do Regime dos Crimes Sexuais e do Crime de Violência Doméstica”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 29, n.º 3, setembro-dezembro, 2019, p. 647.

⁹⁴ Na esteira de ANABELA MIRANDA RODRIGUES e SÓNIA FIDALGO, mesmo com a previsão da situação de abandono ou de necessidade económica como elemento do tipo, como sucedia anteriormente à reforma de 1998, a incriminação punia condutas em que o bem jurídico da liberdade sexual não era lesado – posição objeto de desenvolvimento posteriormente – Cfr. RODRIGUES, Anabela Miranda e FIDALGO, Sónia in “Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial. Artigo 169.º”, Tomo I, Coimbra Editora, 2.ª Edição, 1999, pp. 798 e 799.

⁹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, “Direito Constitucional”, 6.ª Edição revista, Livraria Almedina Coimbra, 1993, pp. 555-557.

⁹⁶ ANDRADE, Manuel da Costa, “Consentimento e Acordo em Direito Penal. Contributo para a Fundamentação de um Paradigma Dualista”, Coimbra Editora, 1991, pp. 516 e 517.

ou facilitar” o exercício de prostituição por pessoa que livre e conscientemente, no exercício da sua liberdade sexual, se quer prostituir. Destarte, nunca se poderá afirmar que o preceito do artigo 169.º, n.º 1 do CP protege a liberdade sexual da pessoa que se prostitui, porquanto acaba por incriminar casos em que o bem jurídico da liberdade sexual não é minimamente lesado, antes realizado. Ora, se a norma incrimina condutas não lesivas da liberdade sexual, impõe-se nos concluir que a mesma não tutela qualquer bem jurídico ou, pelo menos, que tutela um outro bem jurídico que não este, pois há um conjunto de condutas que a norma incrimina relativamente às quais não é possível identificar a lesão do bem jurídico-penal da liberdade sexual.

6.2. O crime de perigo abstrato

Aceitando o que ora foi exposto – porque, digamos, não há como não aceitar –, vem o Tribunal Constitucional sustentar, no intocável Acórdão n.º 144/2004⁹⁷, que a incriminação do lenocínio simples na sua configuração atual corresponde “*a uma opção de política criminal (...), 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*”, pois “*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 da 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*”. No fundo, é por esta via de argumentação – e não só – que a jurisprudência tem justificado a conformidade constitucional do artigo 169.º, n.º 1 do CP, defendendo que a atual configuração do preceito protege, ainda, o bem jurídico da liberdade sexual⁹⁸.

⁹⁷ Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040144.html>.

⁹⁸ “*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*” – Cfr. Acórdão do TC n.º 421/2017; Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20170421.html>.

Ora, quando o inciso ‘exploração de situação de abandono ou de necessidade económica’ constava do tipo legal do lenocínio simples enquadrava-o como um crime de perigo concreto, pois esta exigência ao ser provada revelava, em concreto, uma colocação do bem jurídico da liberdade sexual de quem se prostitui em perigo. Ao ser eliminado, passou a incriminar-se toda e qualquer conduta de fomento, favorecimento ou facilitação do exercício da prostituição por outrem, profissionalmente ou com intenção lucrativa, independentemente de em concreto o bem jurídico ter sido efetivamente lesado ou posto em perigo. Por outras palavras, atualmente, não só é irrelevante se o bem jurídico é ou não lesado – já tivemos oportunidade de constatar que a conduta é punida também nos casos que se traduzem no exercício da liberdade sexual pelo seu titular –, como também o é se o bem jurídico é ou não efetivamente colocado em perigo, uma vez que o perigo não faz parte do tipo, somente da motivação. Se assim é, a alteração operada na reforma de 1998 converteu o crime de lenocínio simples em crime de perigo abstrato: “há como que uma presunção inilidível de perigo”⁹⁹, o legislador presume, de forma inilidível, que a conduta é sempre perigosa para o bem jurídico da liberdade sexual.

Como sabemos, os crimes de perigo constituem uma antecipação da tutela penal¹⁰⁰, uma vez que o Direito Penal intervém mesmo que não haja uma efetiva lesão de um bem jurídico, é assim nos crimes de perigo concreto, mas os crimes de perigo abstrato traduzem-se numa tutela ainda mais antecipada, uma vez que nem sequer exigem que, em concreto, o bem jurídico seja colocado em perigo. Vejamos, ao Direito Penal é reconhecida a função de proteção de bens jurídico-penais contra ofensas de perigo e ofensas de dano, mas os crimes de perigo abstrato punem casos em que não resulta da conduta a criação de qualquer perigo. Por isto, a validade constitucional das normas que preveem crimes de perigo abstrato já foi muito questionada entre nós. Sem prejuízo, o TC já se pronunciou no sentido da conformidade constitucional dos crimes de perigo abstrato¹⁰¹ desde que passem no *teste da razoabilidade de antecipação penal*¹⁰², que

⁹⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo, “Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime”, 3.ª Edição, Gestlegal, 2019, p. 360.

¹⁰⁰ *Ibidem*, pp. 359-363.

¹⁰¹ Veja-se, Acórdãos do TC n.ºs 426/91, 246/96, 95/2001; Disponíveis em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19910426.html>, <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19960246.html>, <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20010095.html>, respetivamente.

¹⁰² ANTUNES, Maria João, “Tribunal Constitucional. Relatório Português. A Constituição e os princípios penais”, in XIII Conferência Trilateral Itália, Espanha, Portugal, 2011, p. 12.

tem por referência as condições apontadas por FIGUEIREDO DIAS¹⁰³. Ou seja, as incriminações têm que visar a tutela de bens jurídicos de grande importância, o bem jurídico tutelado tem que estar claramente identificado e a conduta descrita de uma forma tanto quanto possível precisa e minuciosa. Só mediante a verificação destas condições será legítimo afirmar/presumir que a conduta descrita no tipo é sempre perigosa para o bem jurídico.

In casu, que a liberdade sexual é um bem jurídico de grande importância é ponto assente. Porém, o bem jurídico não está claramente identificado, pois “*o legislador incrimina comportamentos para além dos que ofendem o bem jurídico da liberdade sexual*”¹⁰⁴, inclusive condutas compatíveis com a realização da liberdade sexual da pessoa que a incriminação quer proteger. Assim como a conduta não está desenhada com precisão, uma vez que a amplitude da descrição e a ambiguidade de certos termos – como é o caso do ‘facilitar’ – faz com que a conduta abranja excessivamente várias condutas. Socorrendo-nos das palavras de FIGUEIREDO DIAS e MARIA JOÃO ANTUNES¹⁰⁵, “*por um lado, a conduta que tem aptidão pra colocar em perigo bens jurídicos dignos de pena – a conduta de exploração de uma situação de carência e desproteção social – não está tipicamente formulada; por outro, a conduta típica descrita não tem aptidão para colocar em perigo os bens jurídicos identificados pela jurisprudência constitucional*”.

Posto isto, se o argumento da jurisprudência constitucional para defender que a norma do artigo 169.º, n.º 1 do CP visa – mesmo após a eliminação do inciso ‘explorando situação de abandono ou de extrema necessidade económica’ – a tutela do bem jurídico-penal da liberdade sexual é o facto de a prevenção desta relação de exploração, embora não fazendo parte do tipo, ser a motivação da incriminação, então é forçoso concluir que após a reforma de 1998 o crime de lenocínio simples foi convertido em crime de perigo abstrato. Efetivamente, tratando-se de um argumento válido, o mesmo legitimaria constitucionalmente a atual incriminação. Sucede que este argumento não procede, uma vez que a incriminação do lenocínio simples como crime

¹⁰³ DIAS, Jorge de Figueiredo, “Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime”, 3.ª Edição, Gestlegal, 2019, p. 361.

¹⁰⁴ ANTUNES, Maria João, nos seus votos vencidos nos Acórdãos do TC n.ºs 396/2007 e 522/2007.

¹⁰⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo e ANTUNES, Maria João, “Da inconstitucionalidade da tipificação do lenocínio como crime de perigo abstrato”, *in* Estudos em Homenagem ao Senhor Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro, Vol. I, Almedina, 2019, p. 157.

de perigo abstrato na configuração atual padece, também ela, de inconstitucionalidade. O que, desde já, em nosso ver não causa tanta surpresa assim. Repare-se, ao consubstanciar uma significativa antecipação da tutela penal, “*a configuração de uma norma como crime de perigo abstrato traz consigo particulares exigências no plano da tipicidade*”¹⁰⁶. Ora, se a estas particulares exigências cumularmos as exigências também elas particulares a ter em conta em matéria de crimes sexuais, facilmente depreendemos que a configuração de uma norma como crime de perigo abstrato em matéria de crimes sexuais importa um estudo e trabalho minucioso, o qual deverá ser realizado previamente à elaboração da incriminação, nunca como um argumento *a posteriori* na tentativa de legitimar o que não é legítimo.

Contudo, há um outro problema nesta linha de argumentação avançada pelo TC, pois para legitimar constitucionalmente a atual configuração do crime de lenocínio simples a jurisprudência constitucional parte de duas premissas. A primeira, baseada em estudos empíricos, no sentido de a prostituição estar sempre associada a situações de carência sociais e económicas elevadas; a segunda, nos termos da qual qualquer comportamento de fomento, favorecimento ou facilitação da prostituição comporta uma exploração da necessidade económica ou social da pessoa que se prostitui. Desde logo, mesmo assumindo que a motivação principal da prática da prostituição é o ganho monetário, também é esta a motivação que leva as pessoas a exercerem (outras) profissões, algumas delas comportando perigo para a vida, como é o caso dos mineiros. Inobstante, nem para todas as prostitutas o dinheiro que auferem da prostituição significa sobrevivência, muitas exercem esta prática como complemento de outros rendimentos e, mesmo que dependam em exclusivo dos rendimentos da prostituição, tal pode corresponder a uma opção de vida. É aqui que a primeira premissa falha, ao não admitir que um indivíduo, racional e voluntariamente, decida optar por comercializar a sua sexualidade – visão esta inconcebível nos dias de hoje. Já no que concerne à segunda premissa, não se pode também presumir, sem mais, que o fomento, favorecimento ou facilitação da prostituição, profissionalmente ou com intuito lucrativo, comporta sempre uma exploração dessa (eventual) necessidade económica ou social do agente que se prostitui. Afinal, o que se entende por

¹⁰⁶Acórdão do TC n.º 134/2020, que decidiu pela inconstitucionalidade do artigo 169.º, n.º 1 do CP; Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20200134.html>.

exploração? Quando é que, perante uma determinada situação, pode falar-se em exploração? Pense-se no seguinte caso: um indivíduo que labora numa empresa de calçado porque precisa de rendimentos para sobreviver; o indivíduo anteriormente até trabalhava na garagem de sua casa porque tinha uma máquina de costura, mas como não tinha clientes e as condições do local onde trabalhava não o agradavam decidiu ir laborar para a tal empresa, mediante uma retribuição que aceitou como justa; o empregador obviamente que explora a sua empresa profissionalmente e com intuito lucrativo. Pode falar-se em exploração laboral? Claramente que não. Na tentativa de não fugir ao tema que ora retratamos, segundo a Organização Internacional de Trabalho¹⁰⁷ são indicadores de exploração laboral, por exemplo, “*ameaças de perigo físico atual para os trabalhadores*”, “*restrições de movimento e isolamento ao local de trabalho ou a uma área limitada*”, “*debt bondage*”, “*retenção do ordenado ou a sua excessiva redução*”, “*retenção de passaportes ou documentos de identificação*”. Portanto, a relação de empregador e trabalhador só toma os moldes de exploração laboral se verificado(s) algum(s) destes indicadores. Posto isto, o que é então exploração no âmbito do crime de lenocínio? Não é possível vislumbrar os fatores que determinam a existência de exploração da situação de carência económica ou social porque, nos termos da incriminação do artigo 169.º, n.º 1 do CP, toda e qualquer conduta de fomento, favorecimento e facilitação da prostituição, profissionalmente e com intuito lucrativo, consubstancia exploração da situação de carência económica e social da pessoa que se prostitui – generalização a qual não pode aceitar-se.

Destarte, não pode o legislador presumir, de forma inilidível, que aquela conduta, desassociada de uma comprovação efetiva da exploração de situação de abandono ou de necessidade económica da pessoa que se prostitui, é sempre perigosa para o bem jurídico da liberdade sexual, muito menos a incriminação pode fundamentar-se numa dupla presunção.

Aliás, para ANABELA MIRANDA RODRIGUES e SÓNIA FIDALGO¹⁰⁸, “*nem mesmo a exigência que se fazia na versão do CP de 1995 quanto à verificação do elemento típico ‘exploração de situações de abandono ou de necessidade económica’ justificava a*

¹⁰⁷ Disponível em: https://apav.pt/apav_v3/index.php/pt/35-uavidre/336-exploracao-laboral.

¹⁰⁸ RODRIGUES, Anabela Miranda e FIDALGO, Sónia in “Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial. Artigo 169.º”, Tomo I, Coimbra Editora, 2.ª Edição, 1999, p. 798.

incriminação”, entendimento o qual não podemos deixar de acompanhar. Efetivamente, mesmo que a pessoa que se prostitui se encontre em situação de abandono ou de necessidade económica, tal não implica que a decisão de se prostituir (*rectius*, a realização da sua liberdade sexual) não seja livre e consciente¹⁰⁹. A verificação desta situação de carência económica ou social não “*coloca logo, sem mais, a pessoa – sem haver alguma ‘pressão’ sobre esta – numa situação de dependência que a priva de poder decidir livremente pela via da prostituição*”¹¹⁰ e, mesmo que tal suceda, o destinatário da incriminação não é responsável pela situação em que se encontra a pessoa que se prostitui. Ademais, pressupõe-se que pessoas adultas que não padeçam de uma qualquer anomalia psíquica sabem tomar as suas decisões e, por isso, não é obrigação de um terceiro negar-lhes o exercício de uma vontade sua, muito menos deve ser este responsabilizado criminalmente por não o fazer. Neste contexto, os Autores qualificam o crime de lenocínio como sendo um ‘crime sem vítima’, justamente por punir casos em que não há uma ofensa ou perigo para o bem jurídico da liberdade sexual e, portanto, casos em que não há uma vítima.

Em síntese, o argumento da jurisprudência constitucional com o objetivo de sustentar que a incriminação atual do artigo 169.º, n.º 1 do CP tutela, ainda, a liberdade sexual da pessoa que se prostitui não é válido, pois forçosamente configura o crime de lenocínio simples como crime de perigo abstrato e, nesta senda, a incriminação mantém-se inconstitucional.

Assim sendo, continuemos à procura de um bem jurídico-penal tutelado pela incriminação...

6.3. A dignidade da pessoa humana

Ainda na tentativa de ligar a incriminação do artigo 169.º, n.º 1 do CP a um qualquer bem jurídico-penal, no mesmo Acórdão n.º 144/2004, o TC vem invocar o princípio da

¹⁰⁹ Como bem foi notado no Acórdão do TC n.º 134/2020, “*a liberdade sexual de uma pessoa inclui a decisão de praticar atos sexuais com outra em razão de se encontrar (objetivamente) ou sentir (subjetivamente) ameaçada por um mal importante não imputável a esta segunda pessoa, cuja conduta, por conseguinte, mesmo que praticada com consciência daquela circunstância, não merece censura penal*”.

¹¹⁰ *Ibidem*.

dignidade da pessoa humana como válvula de escape. Para tal, sustenta que “*o entendimento subjacente à lei penal 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*”. Por nós, gente de somenos conhecimento, é inconcebível um argumento de tal ordem constar num Acórdão do TC e é inacreditável que o mesmo se mantenha como fundamento da atual decisão de constitucionalidade do artigo 169.º, n.º 1 do CP.

Desde logo, não, não é função do Direito Penal – de *ultima ratio* – uma qualquer proteção contra a necessidade de utilizar a sexualidade como modo de subsistência. Mais uma vez, o TC não consegue aceitar que um indivíduo opte livremente (ainda que por necessidade) pela prática da prostituição, sem que por isso a sua dignidade enquanto pessoa se encontre diminuída¹¹¹. Em segundo lugar, não resulta do tipo legal qualquer elemento, pelo menos, indiciador da necessidade da pessoa se prostituir como modo de subsistência – mais uma premissa, portanto. Por fim, se a pretensão do Estado – através do legislador – é a proteção contra a necessidade de utilizar a sexualidade como modo de subsistência, cumpre a este, por qualquer outro meio que não o penal, lutar pela inexistência de tal necessidade. Não é a função do Direito Penal, perdoe-se a expressão, ‘tapar buracos’.

Sem prescindir, a dignidade da pessoa humana prevista no artigo 1.º da CRP é um princípio e não um direito, razão pela qual se insere na parte dos “Princípios Fundamentais” e não na parte dos “Direitos e Deveres Fundamentais”. Neste ponto, partilhamos do entendimento de MARIA LÚCIA AMARAL¹¹², pois o princípio da dignidade da pessoa humana “*acaba por ter um conteúdo de tal modo amplo (...) que não chega a ter densidade suficiente para ser fundamento direto de posições jurídicas subjetivas. (...) Quanto muito o princípio confere ao sistema constitucional de direitos fundamentais unidade e coerência de sentido, ajudando as*

¹¹¹ Efetivamente, na esteira de ANABELA MIRANDA RODRIGUES e SÓNIA FIDALGO, a verificação de situações de abandono ou de necessidade económica não “*coloca logo, sem mais, a pessoa – sem haver alguma “pressão” sobre a pessoa – numa situação de dependência que a priva de poder decidir-se livremente pela via da prostituição ou da prática de actos sexuais de relevo*”; “*de vontade deficiente na decisão não se pode falar logo, só pelo facto de a pessoa estar em situação de abandono ou de necessidade económica*” – Cfr. RODRIGUES, Anabela Miranda e FIDALGO, Sónia in “Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial. Artigo 169.º”, Tomo I, Coimbra Editora, 2.ª Edição, 1999, p. 798.

¹¹² AMARAL, Maria Lúcia, “Tribunal Constitucional Português. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência Constitucional. Relatório da Delegação Portuguesa”, in 9.ª Conferência Trilateral Itália, Espanha e Portugal, 2008, p. 3.

tarefas práticas da sua interpretação e integração. O que se lhe não pode pedir é que seja tomado, em si mesmo, como fonte de um outro e autónomo direito (fundamental)”.

No mesmo sentido, FIGUEIREDO DIAS¹¹³ alerta que “*o pior serviço que pode prestar-se ao primeiro e mais elevado princípio de toda a ordem jurídica democrática – o do respeito pela eminente dignidade da pessoa – é, em matéria penal, invocá-lo como princípio prescritivo dotado de um conteúdo fixo, imutável e apto à subsunção e como tal aplicável a concretas situações da 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 veto inultrapassável a qualquer atividade do Estado que não respeite aquela dignidade essencial e, deste modo, antes que como fundamento, como limite de toda a intervenção estadual*”¹¹⁴.

Em verdade, se a dimensão intrínseca e autónoma da dignidade da pessoa humana se articula com “*a liberdade de conformação e de orientação da vida segundo o projecto espiritual de cada pessoa*”, sem prejuízo da necessidade de proteção implícita de determinados bens jurídicos – relativamente aos quais o princípio serve de base –, tal proteção deve concretizar-se em consideração e respeito pelas “*novas exigências da própria pessoa humana*”¹¹⁵. Daqui resulta, em nosso ver, uma exigência de ponderação entre, por um lado, a necessidade de proteção do bem jurídico da liberdade sexual alicerçado no princípio da dignidade da pessoa humana e, por outro, o respeito pela liberdade de orientação da vida de cada indivíduo. Repare-se, não obstante a prostituição não ser tida como ilegal entre nós, a verdade é que a atual configuração do crime de lenocínio simples, somente alicerçada na dignidade da pessoa que se prostitui, empurra-a para o exercício de uma opção legítima de vida em condições inseguras e indignas, entrando assim em confronto com uma das dimensões do próprio princípio. É por isto que não deve o princípio da dignidade da pessoa humana – com o sentido amplo que lhe é atribuído pelas suas várias dimensões – servir, *per si*, como fundamento direto de uma

¹¹³ DIAS, Jorge de Figueiredo, “XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa”, Coimbra Editora, 2009, p. 41.

¹¹⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo, “O direito penal do bem jurídico como princípio jurídico-constitucional implícito”, in Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 145, maio-junho, 2016, n.º 3998, p. 260.

¹¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital, “Constituição da República Portuguesa Anotada, Artigos 1º a 107º”, Vol. I. 4.ª Edição revista, Coimbra Editora, 2007, p. 199.

incriminação, porquanto *in casu* não existe uma dimensão de ofensa ao bem jurídico da liberdade sexual que justifique a incriminação na conduta tipificada¹¹⁶.

Se assim é, também o argumento do TC que invoca o princípio da dignidade da pessoa humana para legitimar constitucionalmente a incriminação do artigo 169.º, n.º 1 do CP não procede. Continuamos, portanto, à procura de um bem jurídico com dignidade penal que fundamente a incriminação à luz do princípio constitucional implícito do bem jurídico-penal.

6.4. A moral

Aqui chegados, resta-nos concluir pela tutela da moral que não concebe que uma pessoa possa livremente optar pela prática da prostituição e que, nesse sentido, possa desejar o fomento, favorecimento ou facilitação do seu exercício por um terceiro, ainda que este o faça profissionalmente ou com intuito lucrativo.

Reconhecemos que existem valores morais tutelados penalmente, mas não é esta a função do Direito Penal. Assim, o Direito Penal só pode intervir para proteger valores morais se estes se traduzirem em bens jurídico-penais e necessitarem de tutela penal. Não é o caso da incriminação do lenocínio simples.

A moral, *per si*, não tem referência constitucional e, portanto, não tem dignidade penal. No mesmo sentido, diz-nos FIGUEIREDO DIAS¹¹⁷ que “*puras violações morais não conformam como tais a lesão de um autêntico bem jurídico e não podem, por isso integrar o conceito material de crime*”.

Foi justamente o abandono da tutela de valores morais pelo Direito Penal que presidiu à mudança de paradigma em matéria de crimes sexuais e, conseqüentemente, ao abandono da

¹¹⁶ PALMA, Maria Fernanda, “O mito da liberdade das pessoas exploradas sexualmente na Jurisprudência do Tribunal Constitucional e a utilização concetualista e retórica do critério do bem jurídico”, *in* Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Ano LXII, n.º 1, Tomo 2, 2021, p. 997.

¹¹⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo, “Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime”, 3.ª Edição, Gestlegal, 2019, p. 141.

localização sistemática destes nos crimes contra os fundamentos ético-sociais da vida social para a inserção nos crimes contra as pessoas. O Direito Penal deixou 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”, devessem ser consideradas “desviadas”, “anormais”, “viciosas” ou “contra a natureza”*”¹¹⁸.

Num Estado de direito democrático, pluralista e laico como o nosso, não só não é função do Direito Penal a proteção de valores morais, como a intervenção do Direito Penal não pode, sem mais, sacrificar a moral de cada indivíduo. Consubstanciando a moral um campo subjetivo e abstrato, a criminalização em proteção exclusiva de uma determinada moral, certamente iria colidir com uma outra determinada moral. Sem prescindir, é certo que a moral não tem dignidade penal e a função do direito penal é a “*tutela subsidiária de bens jurídicos dotados de dignidade penal (e carentes de pena), não a decisão de controvérsias morais ou, suma, a tutela de uma moral qualquer*”¹¹⁹.

O respeito pelo princípio constitucional implícito do bem jurídico-penal impõe o abandono do *dogmatismo moral* e de todas as “*excrescências moralistas*”, não permitindo a punição de “*condutas que, embora moralmente censuráveis, ou não põem em causa os restantes membros da comunidade, ou cuja punição acarretaria para esta maior prejuízo do que vantagem, ou encerram questões moralmente muito discutíveis e cuja valoração não é feita no mesmo sentido pela generalidade dos membros da comunidade*”¹²⁰.

Vem o TC alegar no Acórdão n.º 144/2004 que não se concebe “*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*

¹¹⁸ *Ibidem*, pp. 141 e 142.

¹¹⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo, “O direito penal do bem jurídico como princípio jurídico-constitucional implícito”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 145, maio-junho, 2016, n.º 3998, p. 251.

¹²⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo, “*Lei Criminal e Controlo da Criminalidade. O Problema Legal-Social de Criminalização e de Descriminalização*”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 77, 1976, pp. 78 e 79.

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 é, antes, o da protecção da liberdade e de uma “autonomia para a dignidade” das pessoas que se prostituem”. Sucede que, mesmo relacionada intrinsecamente com os valores da liberdade, integridade moral e de uma autonomia para a dignidade, a moral continua a não ter referência, explícita ou implícita, no texto constitucional e, portanto, continua este argumento a não sugerir um bem jurídico-penal.

7. Da desnecessidade de tutela penal

Como vimos, no exercício de saber se a intervenção do Direito Penal é ou não legítima, à luz do princípio jurídico-constitucional implícito do direito penal do bem jurídico, deve indagar-se, desde logo, da proteção de um bem jurídico com referência constitucional e, secundamente, da necessidade da intervenção penal para a proteção do bem jurídico-penal.

Esta segunda vertente do princípio constitucional implícito do bem jurídico-penal corresponde ao *critério da necessidade ou da carência de tutela penal*, consagrado no artigo 18.º, n.º 2 da CRP – “*devendo as restrições limitar-se ao necessário*”. Da indispensável cumulação das duas vertentes do princípio resulta que para uma incriminação ser constitucionalmente legítima não basta a identificação de um bem jurídico com referência constitucional, a tutela penal haverá ainda que ser necessária à proteção desse bem jurídico-penal, não existindo via alternativa capaz de garantir uma proteção suficiente e adequada do bem jurídico. A incriminação deve visar a tutela de um bem jurídico *digno e necessitado* de tutela penal, pois como bem nos ensina FIGUEIREDO DIAS¹²¹, a intervenção do Direito Penal tem que ser “*absolutamente indispensável à livre realização da personalidade de cada um na comunidade*”.

Sabemos que o Direito Penal é um direito fragmentário de *ultima ratio* (de intervenção de natureza subsidiária) e, precisamente por isso, só pode intervir se outros ramos alternativos do direito – menos gravosos – não forem capazes, de forma eficaz e adequada, a proteger o bem jurídico¹²². É o caso, pois uma regulamentação da prostituição poderia ser, em nosso entender, adequada e eficaz à proteção do bem jurídico da liberdade sexual de quem se prostitui. Certamente que, tal como em toda a matéria objeto de regulação, haverá casos onde a mesma não seja respeitada. Não obstante, a regulamentação poderia até facilitar o controlo e alcance das efetivas situações em que haverá uma lesão da liberdade sexual da pessoa que se prostitui,

¹²¹ DIAS, Jorge de Figueiredo, “Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime”, 3.ª Edição, Gestlegal, 2019, p. 146.

¹²² Tal limitação da intervenção penal sempre derivaria do princípio da proporcionalidade em sentido amplo, em respeito pelo princípio da subsidiariedade e da proibição do excesso, objeto de desenvolvimento posteriormente – Cfr. *Ibidem*, p. 147.

bem assim como perceber as situações de tráfico de pessoas – cuja associação à prostituição é frequentemente invocada pelo TC para legitimar a incriminação. Contudo, não sendo este o objeto da presente dissertação, resta-nos parafrasear FIGUEIREDO DIAS que considera ser este um “*problema social e de polícia que não justifica a intervenção penal*”¹²³, cabendo à polícia e administração assegurar a defesa de sentimentos gerais de pudor e de moralidade¹²⁴.

Sem prejuízo, pudemos já constatar que o artigo 169.º, n.º 1 do CP não protege qualquer bem jurídico-penal e, portanto, não será desde logo constitucionalmente legítima a incriminação. Assim sendo, uma vez que a incriminação não passa o primeiro crivo da constitucionalidade, é de menor relevância a averiguação do respeito pelo critério da necessidade da pena.

¹²³ DIAS, Jorge de Figueiredo, “Código Penal, Actas e Projecto da Comissão de Revisão”, Rei dos Livros, 1993, p. 258.

¹²⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo, “Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial”, Tomo I, Coimbra Editora, 2.ª Edição, 1999, p. 520.

8. Dos bens jurídicos objeto de restrição com a incriminação

Sem prescindir do ora exposto, à incriminação de uma conduta é inerente a restrição de direitos fundamentais. No caso da incriminação do artigo 169.º, n.º 1 do CP, a par do direito à liberdade do agente – consagrado no artigo 27.º da CRP – restringido mediante a aplicação da sanção de natureza criminal, existem outros direitos fundamentais restringidos com a tipificação da conduta, não só do agente, mas também da pessoa que a norma quer proteger.

8.1. A liberdade sexual

Vimos já que a expressão positiva da liberdade sexual compreende a liberdade de cada pessoa dispor sexualmente do próprio corpo. Assim, cada indivíduo é livre de praticar relações sexuais da forma que lhe aprouver, inclusive a troca de dinheiro. Renovando as considerações de COSTA ANDRADE¹²⁵, é incontestável que o Direito Penal deve intervir para proteger a liberdade sexual na sua expressão negativa. Todavia, a intervenção penal não deve constituir motivo autónomo do sacrifício da expressão positiva da liberdade sexual.

O artigo 169.º, n.º 1 do CP, ao sancionar criminalmente os casos em que não há qualquer lesão do bem jurídico da liberdade sexual de quem se prostitui, acaba ele mesmo por subverter o sentido da incriminação ao sacrificar o exercício da liberdade sexual de quem se quer prostituir.

Ainda que se argumente no sentido de a incriminação do lenocínio simples não impedir a prática da prostituição pela pessoa que se quer prostituir, uma vez que esta continua livre de o fazer, ao criminalizar toda e qualquer conduta de fomento, favorecimento ou facilitação, com carácter profissional ou intuito lucrativo, da prática da prostituição o Direito Penal limita as condições de exercício da prostituição. Vejamos, incriminar a conduta de um indivíduo que

¹²⁵ ANDRADE, Manuel da Costa, “Consentimento e Acordo em Direito Penal. Contributo para a Fundamentação de um Paradigma Dualista”, Coimbra Editora, 1991, p. 395.

arrenda um quarto a quem se quer prostituir, daí auferindo exatamente o mesmo rendimento que auferiria ao arrendar o quarto a pessoa que não se quer prostituir¹²⁶, está a limitar-se as condições da prática da prostituição, empurrando a prostituta para condições indignas.

Novamente fazendo uso das palavras de FIGUEIREDO DIAS¹²⁷, estamos perante uma “*situação absolutamente anormal e incompreensível: a de o direito penal, pretendendo tutelar o bem jurídico da eminente dignidade (sexual) da pessoa, sacrificá-lo ou violá-lo justamente em nome daquela dignidade. (...) O que colocaria o Estado (...) na mais contraditória e perversa das situações: a de sacrificar a integridade pessoal invocando como legitimação o propósito de a tutelar!*”.

Assim, o primeiro bem jurídico que podemos apontar como restringido pela incriminação do artigo 169.º, n.º 1 do CP é a liberdade sexual da pessoa que a norma pretende proteger, ou seja, justamente o mesmo bem jurídico supostamente por ela tutelado.

8.2. A liberdade de consciência

Como nos ensinam GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA¹²⁸, a liberdade de consciência – direito fundamental consagrado no artigo 41.º da CRP – “*consiste essencialmente na liberdade de opção, de convicções e de valores ou seja, a faculdade de escolher os próprios padrões de valoração ética ou moral da conduta própria e alheia*” e, portanto, abrange a *liberdade de formação das próprias convicções, a liberdade de exteriorização da decisão de consciência e a liberdade de agir segundo a consciência.*

¹²⁶ Perante o caso invocado, não podemos deixar de lançar a dúvida sobre a questão do carácter profissional ou do intuito lucrativo: *in casu*, não há uma intenção lucrativa do senhorio relativamente ao exercício da prostituição pela pessoa do arrendatário para poder falar-se em exploração da pessoa que se prostitui.

¹²⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo, “O direito penal do bem jurídico como princípio jurídico-constitucional implícito”, *in* Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 145, maio-junho, 2016, n.º 3998, p. 261.

¹²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital, “Constituição da República Portuguesa Anotada, Artigos 1º a 107º”, Vol. I. 4.ª Edição revista, Coimbra Editora, 2007, pp. 609 e 610.

No famoso Acórdão n.º 144/2004, o TC pronunciou-se no sentido de não estar em causa qualquer aspeto de liberdade de consciência do agente, *“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”*.

É certo que a liberdade de consciência não integra uma dimensão de liberdade de aproveitamento de carências alheias. Todavia, a atual configuração do crime de lenocínio simples abarca casos em não existe situação de carência da pessoa que se prostitui e casos em que, ainda que exista, não há um aproveitamento da mesma por parte do agente. Em nosso ver, relativamente às condutas praticadas nestas circunstâncias – as quais também preenchem o tipo objetivo de ilícito – há, sim, uma restrição da liberdade de consciência do agente.

Por sua vez, não logramos razões para concordar que a liberdade de consciência não integra uma dimensão de liberdade de lucrar com a utilização da sexualidade alheia quando tal for consentido pelo titular da sexualidade em causa. Vejamos, os realizadores de filmes pornográficos também lucram com a utilização da sexualidade alheia, sem que exista uma incriminação de quem, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomenta, favoreça ou facilite a prática da pornografia por adultos. Coisa diferente é o lucro com a utilização forçada/constrangida da sexualidade alheia, o que sucederá quando algum elemento do enredo pornográfico seja de alguma forma constrangido à prática de atos sexuais para filmagem, caso em que a conduta do realizador será punida nos termos do artigo 163.º do CP, relativo à coação sexual. Se assim é, em nosso ver a liberdade de consciência só não integra uma dimensão de liberdade de lucrar com a sexualidade alheia quando associada à mesma não há uma vontade livre do titular, isto é, quando o titular da sexualidade não consente esse lucro de terceiro ou não consente a prática da sexualidade.

Face ao exposto, a incriminação do artigo 169.º, n.º 1 do CP restringe a liberdade de consciência do agente ao punir condutas desassociadas de um aproveitamento de carências alheias e condutas em que o lucro com a utilização da sexualidade alheia é consentido pela pessoa que se prostitui.

8.3. O livre desenvolvimento da personalidade

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade encontra-se consagrado no artigo 26.º da CRP e é uma emanção do princípio da dignidade da pessoa humana.

Na esteira de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA¹²⁹, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade comporta duas dimensões. A primeira, enquanto *direito geral de personalidade*¹³⁰, do qual decorre a capacidade de cada indivíduo para se autodeterminar e, neste sentido, o direito ao seu modo de pensar e agir, a ter as suas próprias ideologias e a determinar as suas ambições e projetos de vida. No contexto dum Estado pluralista e laico, como o nosso, há que respeitar a individualidade inerente a cada pessoa e, como tal, este direito consubstancia uma tutela da formação livre da personalidade, sem planificação ou imposição estatal de modelos de personalidade – o Estado não pode impor ao indivíduo um determinado modo de condução de vida ou determinadas concepções de vida, mesmo que tais concepções sejam tidas como as mais valiosas e corretas para a generalidade da sociedade. Cada um tem direito à livre formação da sua personalidade, cabendo ao Estado moldá-la, mormente mediante intervenção penal, somente quando a respetiva personalidade se traduza em condutas ofensivas de bens jurídico-penais e, por isso, com uma danosidade social digna de proteção penal. A segunda, enquanto *liberdade geral de ação* – se na primeira dimensão há uma tutela das convicções e ideologias de cada indivíduo, nesta há uma proteção da liberdade de comportamento de cada indivíduo de acordo com a sua personalidade, contanto que o comportamento não ofenda obviamente direitos fundamentais de outrem.

Especificamente no que à sexualidade concerne, tratando-se esta de uma dimensão tão íntima de cada um, não deve o Estado interferir ou impor qualquer modo de vida, pois cada indivíduo é livre na sua orientação sexual, é livre de ter ou não ter filhos, livre de relacionar-se sexualmente com o número de pessoas que entender, bem como é livre de praticar relações

¹²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital, “Constituição da República Portuguesa Anotada, Artigos 1º a 107º”, Vol. I. 4.ª Edição revista, Coimbra Editora, 2007, pp. 461-474.

¹³⁰ PINTO, Paulo Mota, “O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade”, *in* Portugal-Brasil, ano 2000, Coimbra Editora, 1999, pp. 157 e 158.

sexuais por mero prazer, a troca de dinheiro ou por espetáculo – este último, como a pornografia é exemplo.

Do direito ao livre desenvolvimento da personalidade decorre o direito de cada indivíduo a agir sexualmente de forma livre e a correspondente obrigação de não ingerência do Estado neste campo, impedindo qualquer interferência não justificada no modo de condução de vida de cada pessoa – é o designado *princípio da não intervenção moderada*, nas palavras de FIGUEIREDO DIAS¹³¹.

Ao incriminar indiscriminadamente a conduta prevista no tipo legal do crime de lenocínio simples, o artigo 169.º, n.º 1 do CP comporta uma restrição ao livre desenvolvimento da personalidade de quem se quer prostituir e pretende exercer esta atividade com o fomento, favorecimento ou facilitação por parte de um terceiro, ainda que este o faça profissionalmente ou com intuito lucrativo.

Destarte, mais uma vez a incriminação do lenocínio simples restringe um bem jurídico da pessoa que pretende proteger.

8.4. A liberdade de escolha de profissão

O artigo 47.º, n.º 1 da CRP consagra o direito à livre escolha de profissão, nos termos do qual “*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*”. Na análise da eventual lesão do direito ora em análise pela incriminação do artigo 169.º, n.º 1 do CP, impõe-se-nos uma subdivisão quanto à pessoa eventualmente lesada: por um lado, a pessoa que se quer prostituir; por outro, a pessoa que fomenta, favorece ou facilita a prática da prostituição, profissionalmente ou com intuito lucrativo.

¹³¹ DIAS, Jorge de Figueiredo, “Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime”, 3.ª Edição, Gestlegal, 2019, pp. 150 e 151.

No que respeita à pessoa que se prostitui, desde logo, a atual configuração do crime de lenocínio simples impede a prostituta de ser trabalhadora assalariada ou mesmo exercer a prostituição por conta própria com o fomento, favorecimento ou facilitação por parte de um terceiro. Ademais, ao incriminar condutas como a do senhorio que arrenda um quarto a pessoa que ali exerce a prostituição, por exemplo, a norma limita indiretamente o exercício da prostituição de quem se quer prostituir, obrigando à prática da atividade em condições menos seguras e higiénicas.

Confessamos que o primeiro olhar sobre a questão fez-nos considerar que, pelo facto de o ordenamento jurídico não reconhecer a prostituição como profissão, limitando-se a não proibi-la, não podíamos entender existir uma lesão do direito à liberdade de escolha de profissão de quem se quer prostituir. Porém, após a leitura das anotações de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA¹³², para quem “*o conceito de profissão ou de género de trabalho cobre não apenas as profissões de conteúdo funcional estatutariamente definido, mas também toda e qualquer actividade não ilícita susceptível de constituir ocupação ou modo de vida*”, a conclusão impôs-se outra. Nestes termos, a incriminação do artigo 169.º, n.º 1 do CP restringe, ainda que de forma indireta, a direito à livre escolha de profissão de quem se quer prostituir, portanto, da pessoa que a norma visa proteger.

Agora, quanto à liberdade de escolha de profissão do agente, lê-se no Acórdão do TC n.º 144/2004 que “*uma certa “actividade profissional” que tenha por objecto 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 actividade económica tem obviamente, como limites e enquadramento, valores e direitos directamente associados à protecção da autonomia e da dignidade de outro ser humano*”. Sucede que a atual configuração do crime de lenocínio simples incrimina também casos em que a atividade não comporta a negação destes valores e direitos.

Sem prescindir, constituindo a licitude da atividade exercida um limite da liberdade de escolha de profissão, só podendo entender-se como profissão “*aquelas cuja atividade não é*

¹³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital, “Constituição da República Portuguesa Anotada, Artigos 1º a 107º”, Vol. I. 4.ª Edição revista, Coimbra Editora, 2007, pp. 653-658.

legalmente proibida ou contrária às leis penais”¹³³, parece não se poder considerar existir aqui uma liberdade de escolha de profissão do agente. Todavia, ensinam-nos os Autores que “*a lei não pode tornar ilícita em si mesma uma profissão; só pode proibi-la por ser ilícita a actividade em que ela consiste*”. Repare-se, o fomento, favorecimento ou facilitação da prática da prostituição não é crime, somente se a conduta for executada com carácter profissional ou intuito lucrativo. Neste ponto, acompanhamos aqui a visão de JOAQUIM SOUSA RIBEIRO¹³⁴, pois ao criminalizar toda e qualquer conduta de quem, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentar, favorecer ou facilitar o exercício da prostituição, sem a exigência de um aproveitamento de condições suscetíveis de condicionarem o exercício da liberdade sexual da pessoa que se prostitui parece que, em verdade, o que o artigo 169.º, n.º 1 do CP criminaliza é “*a atividade profissional ou com fins lucrativos de proxenetismo*”. Aliás, do próprio argumento do TC resulta clara a incriminação da atividade económica desenvolvida nos termos tipificados.

Como tal, também a respeito da liberdade de escolha de profissão do agente temos que concluir pela sua restrição, porquanto a norma incrimina a conduta de exploração económica de uma atividade que não é, em si mesma, ilícita – a prostituição.

¹³³ *Ibidem*, p. 655.

¹³⁴ Acórdão do TC n.º 654/2011; Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110654.html>.

9. Da liberdade de conformação do legislador

No Acórdão n.º 178/2018¹³⁵ o TC apresentou novos argumentos em relação ao Acórdão de 2004. Nomeadamente, vem chamar à colação a “*estreita ligação entre a prostituição e o tráfico de pessoas*”; a dificuldade prática na distinção entre as situações em que há consentimento da pessoa para a prática de atos de prostituição e as situações de tráfico e prostituição forçada; as sérias dificuldades na implementação e aplicação efetiva das leis que criminalizam o uso do serviço sem o consentimento da vítima; e a existência de situações de exploração de pessoas prostituídas cujo consentimento, pelo facto de viverem em estruturas socioeconómicas caracterizadas pela pobreza, desemprego e “*percursos de vida marcados pela violência e pelo abandono desde uma idade muito jovem*”, não resulta de uma efetiva liberdade de decisão e, portanto, é meramente formal. Com base neste contexto de política-criminal, a jurisprudência constitucional sustenta que “*o desaparecimento do requisito da «exploração de um estado de necessidade ou de abandono», situa-se dentro da margem de liberdade e conformação do legislador democrático e visa, não a tutela de qualquer moral, mas a proteção de direitos fundamentais das pessoas à autonomia, à integridade pessoal, ao livre desenvolvimento da personalidade e à dignidade*”. Como tal, questione-se: será a atual configuração do crime de lenocínio simples legítima ao abrigo do *ius puniendi*? Caberá esta opção dentro da liberdade de conformação do legislador?

No contexto do Estado de direito (material) democrático como o consagrado no artigo 2.º da nossa Constituição, muito caracterizado pela “*protecção dos cidadãos contra a prepotência, o arbítrio e a injustiça (especialmente por parte do Estado)*”¹³⁶, coerentemente inexistente uma competência irrestrita do legislador. Sabemos que a generalidade dos direitos fundamentais não são direitos absolutos e, por isso, podem ser objeto de restrições, mas estas não podem ficar à livre disposição do poder legislativo. É, portanto, reconhecida entre nós a existência de “*limites materialmente impostos e juridicamente consagrados ao poder de*

¹³⁵ Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180178.html>.

¹³⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital, “Constituição da República Portuguesa Anotada, Artigos 1º a 107º”, Vol. I. 4.ª Edição revista, Coimbra Editora, 2007, p. 206.

criminalização do legislador”¹³⁷. Desde logo, o *princípio da proibição do excesso (ou da proporcionalidade em sentido amplo)*, consagrado no artigo 18.º, n.º 2 da CRP, constitui um limite constitucional à liberdade de conformação do legislador¹³⁸, do qual resulta a “*proibição de leis restritivas e de intervenções restritivas de direitos liberdades e garantias desnecessárias, desadequadas e desproporcionadas*”¹³⁹. Como nos ensina GOMES CANOTILHO¹⁴⁰, tratando-se de um “*princípio jurídico-material de «justa medida»*”, “*proibir o excesso não é só proibir o arbítrio; é impor, positivamente, a exigibilidade, adequação e proporcionalidade dos actos dos poderes públicos em relação aos fins que eles prosseguem*”.

Neste sentido, no âmbito da sua liberdade de conformação, o legislador tem sempre como limite à restrição de direitos fundamentais o respeito pelos três subprincípios da proporcionalidade em amplo¹⁴¹, caso contrário a punição penal apresentar-se-á como manifestamente excessiva¹⁴². O primeiro, o da *adequação*, a significar que a restrição de direitos fundamentais deverá ser, em geral, idónea à proteção de outro direito fundamental. De seguida, o da *necessidade* a impor que, de entre todas as medidas aptas, de forma igualmente eficaz, a proteger o direito fundamental seja escolhida a menos gravosa. Terceiramente, o da *proporcionalidade em sentido estrito*, ao abrigo do qual deve o legislador analisar se os resultados positivos obtidos superam as desvantagens decorrentes da restrição/sacrifício de um ou outro direito para todos aqueles que são especialmente afetados pelo seu conteúdo.

Ora, as normas penais são normas legais restritivas¹⁴³, na medida em que limitam ou restringem direitos fundamentais e, comparativamente a outras, correspondem a restrições onerosas. *In casu*, vimos que a incriminação do artigo 169.º, n.º 1 do CP restringe, não apenas

¹³⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo, “Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime”, 3.ª Edição, Gestlegal, 2019, p. 6.

¹³⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, “Direito Constitucional”, 6.ª Edição revista, Livraria Almedina Coimbra, 1993, p. 617.

¹³⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital, “Constituição da República Portuguesa Anotada, Artigos 1º a 107º”, Vol. I. 4.ª Edição revista, Coimbra Editora, 2007, p. 206.

¹⁴⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, “Direito Constitucional”, 6.ª Edição revista, Livraria Almedina Coimbra, 1993, p. 1171.

¹⁴¹ *Ibidem*, pp. 382 e 383.

¹⁴² ANTUNES, Maria João, “Tribunal Constitucional. Relatório Português. A Constituição e os princípios penais”, in XIII Conferência Trilateral Itália, Espanha, Portugal, 2011, p. 7.

¹⁴³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, “Direito Constitucional”, 6.ª Edição revista, Livraria Almedina Coimbra, 1993, p. 633.

o direito à liberdade do agente, como os seus direitos à liberdade de consciência e liberdade de escolha de profissão. Por sua vez, a incriminação restringe ainda direitos fundamentais da pessoa que visa proteger, nomeadamente, o livre desenvolvimento da personalidade, a liberdade de escolha de profissão e a liberdade sexual da pessoa que se prostitui.

Vejam, será a restrição dos direitos fundamentais identificados, em geral, idónea à proteção do bem jurídico da liberdade sexual no contexto da atual configuração da norma? Por nós, a resposta é negativa. Inobstante a incriminação abranger as situações em que a liberdade sexual não existiu, ao criminalizar toda e qualquer conduta de fomento, favorecimento ou facilitação, com carácter profissional ou intuito lucrativo, do exercício da prostituição, o ‘mérito’ prático da incriminação é o envio da prostituição para a obscuridade, perigosidade e ilegalidade, onde as prostitutas exercem a atividade em condições indignas e inseguras e, como tal, mais sujeitas ao controlo e exploração sexual por parte de terceiros, aqui sim com lesão da sua liberdade sexual.

Sem necessidade de maiores desenvolvimentos face ao já exposto sobre a desnecessidade de tutela penal, a restrição dos direitos fundamentais em causa não é necessária à proteção da liberdade sexual, porquanto existem outras medidas aptas, mais eficazes e menos gravosas.

Agora, quanto ao juízo de proporcionalidade *strictu sensu*¹⁴⁴, temos, de um lado da balança, o bem jurídico da liberdade sexual da pessoa que se prostitui e, do outro, os direitos à liberdade, liberdade de consciência e liberdade de escolha de profissão do destinatário da incriminação, aos quais acrescem os direitos ao livre desenvolvimento da personalidade, liberdade de escolha de profissão e liberdade sexual da pessoa que se prostitui – este último bem jurídico a constar, portanto, dos dois pratos da balança. Nestes termos, afigura-se difícil um juízo positivo de constitucionalidade¹⁴⁵ – a balança apresenta-se (quantitativa e qualitativamente)

¹⁴⁴ Sem prejuízo de, dada a reprovação da restrição dos direitos fundamentais nos subprincípios anteriores, não ser necessária a averiguação da proporcionalidade em sentido estrito.

¹⁴⁵ Dificuldade exponenciada pelo facto do bem jurídico-penal protegido pela incriminação não estar concretamente identificado e, portanto, não existir um bem jurídico-penal num dos lados da balança, o que impede a realização do próprio juízo de proporcionalidade. Sem prescindir, mesmo no pressuposto da pretensão de tutela da liberdade sexual da pessoa que se prostitui, a balança apresenta-se claramente desequilibrada.

desequilibrada –, pois para acautelar *em abstrato* o *perigo* de lesão da liberdade sexual, o legislador sacrifica *antecipada e efetivamente* vários outros direitos fundamentais, quer do destinatário da incriminação, quer da pessoa que a mesma visa tutelar, inclusive a liberdade sexual que se pretende proteger. Em verdade, da incriminação resulta a restrição de diversos direitos fundamentais em ordem à proteção de um bem jurídico não só pode não ter sido lesado, como pode ter sido livremente realizado. Tal, além de desnecessário, é desproporcional, desrazoável e excessivo.

Face ao exposto, não procede também o argumento da legitimação da incriminação por via da liberdade de conformação do legislador, porquanto a norma é contrária ao princípio da proporcionalidade em sentido amplo e viola o princípio constitucional da subsidiariedade e proibição do excesso, enquanto limite ao poder punitivo do Estado.

10. Conclusão

O escopo da presente dissertação incidiu sobre o problema da inconstitucionalidade do crime de lenocínio simples, previsto e punido pelo artigo 169.º, n.º 1 do CP, na sequência da reforma do Código Penal operada em 1998. Na referida reforma foi eliminado do tipo legal o inciso ‘explorando situações de abandono ou de necessidade económica’, em virtude da dificuldade probatória deste elemento. Desde então, a incriminação está ferida de inconstitucionalidade, porque a conduta tipificada deixou de ter como consequência a lesão ou colocação em perigo do bem jurídico da liberdade sexual de quem se prostitui. Volvidos vinte e cinco anos, tristemente, o preceito mantém-se inconstitucional, fruto de uma Justiça cega quanto aos princípios basilares do Direito Penal e fiel a uma ordem moral.

Por fiel à proteção da moralidade, o crime de lenocínio simples tornou-se *infidel* ao bem jurídico da liberdade sexual. E infidelidade é um termo estranhamente adequado, na medida em que a configuração atual do crime de lenocínio pune condutas em que a pessoa cuja liberdade sexual se quer proteger está, em verdade, a exercê-la livre e conscientemente. Com o objetivo de punir criminalmente todas as condutas que coloquem em causa a liberdade sexual da pessoa que se prostitui, a incriminação está, ela mesma, a limitar o exercício dessa liberdade sexual, que compreende a decisão pela comercialização da sexualidade com o fomento, favorecimento e facilitação de um terceiro, ainda que este o faça com caráter profissional ou com intuito lucrativo.

Desde a decisão do TC pela constitucionalidade do artigo 169.º, n.º 1 do CP no Acórdão n.º 144/2004, o TC tem-se limitado a remeter a fundamentação das decisões de constitucionalidade do crime de lenocínio simples para este. Passaram-se dezanove anos desde a prolação deste ‘acórdão-modelo’ e, posteriormente, surgiram diversos argumentos doutrinários e jurisprudenciais em desfavor do juízo de constitucionalidade que refutam a argumentação vertida no acórdão de 2004. Por isso mesmo, é frustrante perceber que a grande maioria dos acórdãos do TC posteriores se limita a parafrasear o intocável acórdão de 2004.

Ao longo dos capítulos anteriores procuramos perceber a perspetiva do mundo sobre a prostituição ao longo dos tempos e, em particular, o tratamento legal dado à prostituição em Portugal, por forma a estabelecer uma ponte com o tratamento legal do lenocínio. Tratando-se de fenómenos intrinsecamente ligados, bem se compreende que o tratamento legal do último deve revelar-se coerente com o tratamento do primeiro, em cada momento. Tratamos, também, de refutar o núcleo essencial da argumentação mobilizada pelo TC para fundamentar a constitucionalidade da incriminação do artigo 169.º, n.º 1 do CP e, por nós, é evidente a inconstitucionalidade da norma à luz de um Direito Penal puro.

Compreende-se as reservas que o legislador sente relativamente ao lenocínio, dado o mesmo consistir no enriquecimento de um indivíduo através da comercialização da sexualidade de outrem. Igualmente, aceita-se que dos estudos empíricos se conclua que existe uma normal associação entre a atividade da prostituição e situações de carência socioeconómica. Reconhece-se também que, em virtude da obscuridade e clandestinidade em que a prostituição é exercida, não raras as vezes a conduta tipificada possa corresponder a exploração de pessoas de tal modo vulneráveis e condicionadas que se veem obrigadas à prática da prostituição. Inclusive, aceita-se o argumento do TC constante do famoso acórdão de 2004, segundo o qual “*uma Ordem Jurídica orientada por valores de Justiça e assente na dignidade da pessoa humana não deve ser mobilizada para garantir, enquanto expressão da 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*”. O que não se pode aceitar é a mobilização da Ordem Jurídico-Penal, orientada por princípios inerentes ao Estado de direito material democrático e assente na dignidade da pessoa humana, para garantir a prossecução de um fim político-social, em total desconsideração desses mesmos princípios.

Vejamos, não está aqui em causa o dever do Estado tutelar estas situações, simplesmente tal tutela não deve ter lugar mediante a intervenção penal, de *ultima ratio*. Ou, a ser objeto de intervenção penal, esta tem de ser formalizada em respeito pelos princípios jurídico-penais bases de todo o nosso sistema penal. Desde logo, o princípio constitucional implícito do bem jurídico-penal de FIGUEIREDO DIAS. Na esteira deste princípio, para que a intervenção penal seja

legítima deve a incriminação visar a tutela de um bem jurídico *digno e necessitado* de pena, o que, pelo menos desde a reforma de 1998, não sucede – nem a incriminação protege um bem jurídico com referência constitucional, nem a intervenção penal se revela necessária. Ainda que se compreenda a lógica da argumentação do TC, a verdade é que não pode generalizar-se os perigos e os índices de associação da conduta a uma exploração da liberdade sexual. “*Sem contestar esses índices de normalidade, a verdade é que, não sendo a prostituição um fenómeno de expressão uniforme, com a eliminação daquela exigência o legislador não evita consequências de sobreinclusão, do ponto de vista da necessidade de tutela da liberdade sexual da pessoa que se prostituí*”¹⁴⁶.

Em matéria de incriminação de condutas de foro sexual “*o direito penal só deva intervir em dois grupos de casos: quando está em causa o desenvolvimento sexual de menores (o que justifica a punição do lenocínio de menor(...)), ou quando, em relação a adultos, se utilize a violência, a ameaça grave, se provoque o erro ou se aproveite do seu estado de pessoa “indefesa” (a justificar, agora a punição, designadamente, dos arts. 163º, 164º, 165º, 166º, 169º-2)*”¹⁴⁷. Ponto certo e assente é o seguinte: as relações ou atos sexuais levados a cabo entre adultos livres e esclarecidos não é nem pode ser um campo de interferência do Estado, principalmente pela via penal, de *ultima ratio*.

Não se pode continuar à procura de bens jurídico-penais para fundamentar a constitucionalidade da incriminação. Uma evolução positiva nesta matéria exige, em primeira linha, o reconhecimento da inconstitucionalidade da atual configuração do artigo 169.º, n.º 1 do CP e, em segunda linha, a procura de uma solução não necessariamente penal que logre a tutela do risco que se pretende prevenir.

Como pudemos verificar, a atual configuração do crime de lenocínio simples não está preordenada à tutela de um qualquer bem jurídico-penal, pois a moral não é um bem jurídico digno de tutela penal e, muito menos, pode esta impor-se à livre realização da liberdade sexual de cada um. Nas palavras de Tatjana Hörnle: “*it is a part of positive sexual freedom to use*

¹⁴⁶ Acórdão do TC n.º 72/2021.

¹⁴⁷ RODRIGUES, Anabela Miranda e FIDALGO, Sónia *in* “Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial. Artigo 169.º”, Tomo I, Coimbra Editora, 2.ª Edição, 1999, p. 797.

*sexuality not only for pleasure or love, but also in a instrumental way as a means to avert an expected disadvantage*¹⁴⁸. No mesmo sentido, parafraseando MORRIS e HAWKINS¹⁴⁹, “Do ponto de vista do direito penal, cada pessoa tem o inaliável direito de ir para o inferno à sua própria maneira contanto que não lese directamente a pessoa ou propriedade alheias. O direito penal não é o instrumento indicado para impor aos outros a rectidão de vida”.

Repare-se, entre 1836 e 1949 (fase regulamentarista), a prostituição era encarada negativamente pelo Estado, contudo, perante a consciência da existência da mesma, imperava um controlo policial e sanitário. Hoje, volvidos setenta e quatro anos, a prostituição continua a ser encarada como algo moralmente errado, continua a haver consciência do exercício desta atividade em Portugal, mas a política adotada é a do ‘na dúvida, nada se diz’, por contraponto à tentativa de erradicação do fenómeno através da punição de toda e qualquer conduta associada à prostituição levada a cabo por terceiro, profissionalmente ou com intenção lucrativa.

Não podemos deixar de notar o retrocesso penal inerente à reforma de 1998. Vejamos, no artigo 2.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 44 579, de 19 de setembro de 1962 lia-se: “*são punidos com a pena de prisão, até um ano e multa correspondente todos os indivíduos que conscientemente fomentem, favoreçam ou de algum modo facilitem o exercício da prostituição ou nela intervenham com fins lucrativos*”. Posteriormente, fruto de uma profunda reforma penal – com o reconhecimento de áreas de tolerância a serem subtraídas à intervenção penal, não obstante a reprovação moral das condutas –, no Código de 1982 passou a exigir-se a ‘exploração de situação de abandono ou de extrema necessidade económica’. Atualmente, na sequência da reforma de 1998, a incriminação do lenocínio simples prevê que “*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*”. Assistiu-se, certamente, a um retrocesso penal – os elementos do tipo objetivo de ilícito atual são praticamente os mesmos do preceito de 1962, altura em que a prostituição era legalmente proibida e a moral

¹⁴⁸ TATJANA, Hörnle, *Apud.* CAEIRO, Pedro, “Observações sobre a projetada reforma do regime dos crimes sexuais e do crime de violência doméstica”, junho de 2019, p.28.

¹⁴⁹ MORRIS, Norval e HAWKINS, Gordon, “*The honest Politician’s Guide to Crime Control*”, Chicago, 1969, p. 2; *Apud.*, ANDRADE, Manuel da Costa, “Consentimento e Acordo em Direito Penal, Contributo para a Fundamentação de um Paradigma Dualista”, Coimbra Editora, 1991, p. 387.

sexual era retrógrada a ponto de em 1972 surgir a proposta de lei do Governo com o objetivo de proibir a homossexualidade.

Por nós, só às condutas tipificadas no n.º 2 do artigo 169.º do CP, no tipo qualificado, é que a liberdade sexual é lesada. No fundo, existindo autodeterminação sexual da pessoa que se prostitui, a conduta é punida pelo artigo 169.º, n.º 1 do CP; não havendo o exercício da liberdade sexual, o lenocínio é agravado. Resta-nos, por isso, concluir que o n.º 1 do artigo 169.º está previsto somente como válvula de escape, por forma poder punir-se os casos em que não se consegue provar uma qualquer circunstância agravante, isto é, por forma a punir-se os casos em que não se consegue provar a lesão do bem jurídico da liberdade sexual.

Não se pode olvidar da inconstitucionalidade do crime de lenocínio simples na sua configuração atual. Haverá que regulamentar a prostituição e atividades conexas, inserir novamente o inciso eliminado na reforma de 1998 ou, no mínimo, abandonar-se a hipocrisia da atual da incriminação e voltar a localizar sistematicamente a norma, sem mais, no Título IV, dos crimes contra a vida em sociedade.

O Direito Penal não é um direito que possa ser instrumentalizado para a tutela de alguma moral. A incriminação do artigo 169.º, n.º 1 do CP viola o princípio da dignidade penal do bem jurídico, da necessidade de intervenção penal e o princípio da proibição do excesso.

Em conclusão, socorrer-nos-emos das palavras de FIGUEIREDO DIAS: *“Porque o homem deve ser inteiramente livre no seu pensamento, na sua convicção e na sua mundividência – só deste modo se constituindo uma sociedade verdadeiramente pluralista – ao Estado falece, por inteiro, legitimidade para impor, oficial e coactivamente, quaisquer concepções morais, para tutelar a moral ou uma certa moral: neste campo tudo deve ser deixado à livre decisão individual”*¹⁵⁰.

¹⁵⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo, “Direito Penal e Estado de Direito Material. Sobre o Método, a Construção e o Sentido da Doutrina Geral do Crime”, in Revista de Direito Penal, 1982, p. 43.

Bibliografia

ALBERGRIA, Pedro Soares de e LIMA, Pedro Mendes, “O Crime de Lenocínio entre o Moralismo e o Paternalismo Jurídicos”, *in* Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 22, n.º 2.

AMARAL, Maria Lúcia, “Tribunal Constitucional Português. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência Constitucional. Relatório da Delegação Portuguesa”, *in* 9.ª Conferência Trilateral Itália, Espanha e Portugal, 2008.

ANDRADE, Manuel da Costa, “Consentimento e Acordo em Direito Penal, Contributo para a Fundamentação de um Paradigma Dualista”, Coimbra Editora, 1991.

ANTUNES, Maria João, “Tribunal Constitucional. Relatório Português. A Constituição e os princípios penais”, *in* XIII Conferência Trilateral Itália, Espanha, Portugal, 2011.

APDES, “Recomendações para a redefinição do enquadramento jurídico do trabalho sexual em Portugal - pela Agência Piaget para o Desenvolvimento (APDES) e Rede sobre Trabalho Sexual (RTS) com a parceria do Dr. Vítor Peixoto - à consideração dos Grupos Parlamentares da Assembleia da República Portuguesa”, 2012.

CAEIRO, António Pedro, “Observações sobre a Projectada Reforma do Regime dos Crimes Sexuais e do Crime de Violência Doméstica”, *in* Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 29, n.º 3, setembro-dezembro, 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, “Direito Constitucional”, 6.^a Edição revista, Livraria Almedina Coimbra, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital, “Constituição da República Portuguesa Anotada, Artigos 1º a 107º”, Vol. I. 4.^a Edição revista, Coimbra Editora, 2007.

CRUZ, Francisco Ignácio dos Santos, “Da Prostituição na Cidade de Lisboa”, Etnográfica Press, 1984; Disponível em: <https://books.openedition.org/etnograficapress/4633>.

DIAS, Jorge de Figueiredo, “*Lei Criminal e Controlo da Criminalidade. O Problema Legal-Social de Criminalização e de Descriminalização*”, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 77, 1976.

DIAS, Jorge de Figueiredo, “Direito Penal e Estado de Direito Material. Sobre o Método, a Construção e o Sentido da Doutrina Geral do Crime”, in Revista de Direito Penal, 1982.

DIAS, Jorge de Figueiredo, “Código Penal, Actas e Projecto da Comissão de Revisão”, Rei dos Livros, 1993.

DIAS, Jorge de Figueiredo, “Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial”, Tomo I, Coimbra Editora, 2.^a Edição, 1999.

DIAS, Jorge de Figueiredo, “XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa”, Coimbra Editora, 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo, “O direito penal do bem jurídico como princípio jurídico-constitucional implícito”, *in* Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 145, maio-junho, 2016, n.º 3998.

DIAS, Jorge de Figueiredo, “Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime”, 3.ª Edição, Gestlegal, 2019.

DIAS, Jorge de Figueiredo e ANTUNES, Maria João, “Da inconstitucionalidade da tipificação do lenocínio como crime de perigo abstrato”, *in* Estudos em Homenagem ao Senhor Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro, Vol. I, Almedina, 2019.

OLIVEIRA, Alexandra, “As Vendedoras de Ilusões – Estudo sobre Prostituição, Alterne e Striptease”, 1.ª Edição, Notícias Editorial, 2004.

OLIVEIRA, Alexandra, “Prostituição, exclusão e violência. Estudo empírico da vitimação sobre prostitutas de rua.”, *in* II Congresso Internacional de Investigação e Desenvolvimento Sócio-cultural, 2004.

PAIS, José Machado, “A Prostituição e a Lisboa Boémia do século XIX a inícios do século XX”, 3.ª Edição, Edições Machado, 1985.

PALMA, Maria Fernanda, “O mito da liberdade das pessoas exploradas sexualmente na Jurisprudência do Tribunal Constitucional e a utilização concetualista e retórica do critério do

bem jurídico”, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Ano LXII, n.º 1, Tomo 2, 2021.

Parlamento Europeu, “*Study on National Legislation on Prostitution and the Trafficking in Women and Children*”, 2005; Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL-JOIN_ET\(2005\)360488](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL-JOIN_ET(2005)360488).

PESSOA, Alfredo de Amorim, “História da Prostituição em Portugal, desde os tempos mais remotos da Lusitania até nossos dias”, in DUFOUR, Pedro, “História da Prostituição”, Vol. V, Lisboa, Typographia Luso-Brazileira, 1887.

PINTO, Paulo Mota, “O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade”, in Portugal-Brasil, ano 2000, Coimbra Editora, 1999.

ROBERTS, Nickie, “A Prostituição Através dos Tempos na Sociedade Ocidental”, tradução Editorial Presença, 1.ª Edição, 1996.

RODRIGUES, Anabela Miranda e FIDALGO, Sónia in “Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial. Artigo 169.º”, Tomo I, Coimbra Editora, 2.ª Edição, 1999.

SILVA, Gabriela Natalia, “As muitas faces da prostituição: uma abordagem histórica sobre o controle da sexualidade a partir de *foucault*”, in Divers@ Revista Eletrônica Interdisciplinar, ISSN: 1983-8921, v. 11, n.º 1, jan/jun 2018.

SILVA, Juliana Teixeira de Freitas da, “Esboço historiográfico sobre a prostituição feminina até o Século XVIII: do sagrado ao mal necessário cristão”, *in* Revista Sociologia Jurídica, ISSN: 1809-2721, n.º 16, Janeiro/Junho 2013; Disponível em: <https://sociologiajuridicadotnet.wordpress.com/esboco-historiografico-sobre-a-prostituicao-feminina-ate-o-seculo-xviii-do-sagrado-ao-mal-necessario-cristao/>.

SILVA, Susana, “Classificar e silenciar: vigilância e controlo institucionais sobre a prostituição feminina em Portugal”, *in* (Revista) Análise Social, Vol. XLII (184), 2007.

SILVA, Susana, “O Direito e a Sexualidade Feminina e Masculina. O Caso do Lenocínio”, *in* Revista ex æquo, n.º 15, 2007.

Jurisprudência