



• U • C •

**FDUC** FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Raíssa Gambarra Soares

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO CRIME DE LENOCÍNIO NA  
PERSPECTIVA LUSO-BRASILEIRA**

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/Menção em Direito Penal, sob a orientação Exma. Senhora Professora Doutora Maria João da Silva Baila Madeira Antunes.

**COIMBRA  
2015**

*Dedico este trabalho à minha família,  
alicerce fundamental da minha vida.*

## AGRADECIMENTOS

Não posso iniciar os meus reconhecimentos sem antes agradecer aos meus pais, que proporcionaram a experiência de estudar na Universidade de Coimbra, em um país diferente, cujo todo conhecimento adquirido fará parte de meu patrimônio cultural.

Em especial, aos funcionários da Universidade de Coimbra que propiciaram o funcionamento desta, orientando os estudantes sobre como desempenha o sistema da biblioteca, sala de revistas, dos institutos, bem como ao corpo docente da Universidade, particularmente, aos Senhores Doutores Cláudia Cruz Santos, Pedro Caeiro, Susana Aires de Sousa, Helena Moniz, Rui Manuel de Figueiredo Marcos, os quais me enriqueceram através de seus conhecimentos e paciência para debater ideias.

Agradeço, com devido destaque, a minha Orientadora, Senhora Doutora Maria João Antunes, que acolheu e mostrou interesse pela investigação, respondendo sempre prontamente às indagações.

Aos meus amigos Camila Moura, Camila Rodrigues, Fernanda Soares, Gilvardo Filho e Raíssa Mendes, que estiveram presentes em todos os momentos desta longa jornada, com amizade, solidariedade e ensinamentos, compartilhando os sorrisos e lágrimas por todo caminho percorrido.

Agradeço, ainda, de forma muito especial, a meu noivo Fábio Queiroz, por ter ajudado com sua compreensão, auxílio, dedicação e incentivo a seguir e persistir nesta longa jornada.

Por fim, mas não de forma menos especial, a Deus por me guiar e amparar em todas as dificuldades e momentos felizes.

## RESUMO

A presente investigação tem por finalidade analisar o crime de lenocínio, em especial, o crime de lenocínio simples do Código Penal português e brasileiro, de forma a apresentar as questões discutíveis do ponto de vista jurídico e doutrinário. Dentre as questões intrínsecas a este crime está a problemática da tutela do bem jurídico, nomeadamente, os questionamentos referentes à dificuldade de identificação (e interpretação), como também o argumento proferido por alguns de que se tutela, na verdade, valores morais, e não a liberdade sexual. Devido a estes questionamentos, originam-se críticas e divergências a respeito da norma jurídica vigente, na qual existem autores que defendem a inconstitucionalidade, outros que argumentam a validade do crime. Dessa forma, analisamos a vigência do crime de lenocínio simples através da teoria do bem jurídico e da natureza subsidiária do Direito Penal, comparando a atividade da exploração sexual com o crime de tráfico de pessoas. Desta feita, mediante a aplicação da questão do consentimento nos crimes sexuais, em especial ao crime de lenocínio simples, constatamos que trata-se de um crime contaminado de incoerência e contradições, das quais nenhum bem jurídico é verdadeiramente posto em perigo.

**Palavras-chave:** Bem Jurídico. Código Penal brasileiro. Código Penal português. Consentimento. Direito Penal. Inconstitucionalidade. Lenocínio Simples.

## **LISTA DE SIGLAS**

Art. – artigo

CF – Constituição Federal

CP – Código Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

TC – Tribunal Constitucional

TRP – Tribunal da Relação do Porto

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>7</b>
<b>CAPÍTULO I – O bem jurídico nos crimes sexuais.....</b>	<b>9</b>
1.1) Breve sumário da teoria do bem jurídico .....	9
1.1.1) Conceito Material de crime .....	12
1.1.2) Conceito de bem jurídico-penal.....	14
1.2) A concepção do bem jurídico nos crimes sexuais.....	27
1.2.1) O bem jurídico como fator delimitador entre o direito e a moral .....	27
1.2.2) O bem jurídico como fator delimitador entre o direito e o livre desenvolvimento da personalidade .....	32
<b>CAPÍTULO II – O crime de Lenocínio no Direito Penal Português e Brasileiro .....</b>	<b>39</b>
2.1) Do crime de Lenocínio no Direito Português: Percurso histórico das Reformas penais..	39
2.1.1) Crime de lenocínio simples .....	43
2.1.2) Do crime de lenocínio qualificado.....	45
2.1.3) A (in)constitucionalidade do art. 169º , n.º1, do CP: divergência na doutrina.....	46
2.1.4) Decisões do Tribunal Constitucional .....	54
2.2) Do crime de lenocínio no Direito brasileiro: percurso histórico das Reformas penais ....	58
2.2.1) Lei n.º 12.015 de 7 de agosto de 2009 .....	62
2.2.2) Projeto do novo Código Penal (Projeto Lei do Senado n.º 236 de 2012) .....	71
<b>CAPÍTULO III – A (in)constitucionalidade do crime de lenocínio. A questão do consentimento e a relação com o crime de tráfico de pessoas .....</b>	<b>73</b>
3.1) Do crime de lenocínio e tráfico de pessoas: identificação e delimitação dos campos de aplicação.....	73
3.1.1) Do crime de Tráfico de Pessoas no Brasil .....	80
3.2) A questão do consentimento nos crimes sexuais. A (in)constitucionalidade do crime de lenocínio.....	84
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>89</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>91</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo analisar o crime de lenocínio simples do Código Penal português e brasileiro, especialmente do ponto de vista jurídico e dogmático, mas sem negligenciar as questões sociais e o contexto histórico intrínseco a esta problemática. No que importa aos questionamentos atinentes à tutela jurídica deste crime, pretende-se reconhecer os valores que tal norma visa tutelar, bem como abordar, criticamente, o seu alcance prático.

Por conseguinte, com objetivo de alcançar uma melhor circunscrição dessa problemática, começaremos por desenvolver uma análise acerca do entendimento da função precípua do Direito Penal, nomeadamente, a tutela de bens jurídicos. Sendo assim, levaremos em consideração as diferentes doutrinas referentes à teoria do bem jurídico, no âmbito nacional e internacional, e a sua aplicação nos crimes de natureza sexual, assim como os imperativos legais da Constituição como hipótese limitadora das normas penais e a sua implicação no crime de lenocínio.

Ao longo das últimas décadas, o tratamento normativo do crime de lenocínio no ordenamento jurídico português sofreu diversas alterações jurídicas, desde a descriminalização da prática da prostituição e do rufianismo, até as alterações sobre sua sistemática ou conteúdo do elemento típico que constitui o crime em questão. Estas mudanças são reflexo da evolução da sociedade e da consequente necessidade do Direito Penal em acompanhar suas transformações. Analisaremos, portanto, as diversas alterações até atingir a norma vigente, percorrendo o aspecto moralista até chegar à atual concepção libertadora, pertencente à esfera particular de cada pessoa.

No que concerne o direito brasileiro, o crime de lenocínio também sofreu diversas alterações ao longo dos anos e, conforme era estabelecido em Portugal, ainda é tipificado juntamente com o crime de tráfico de pessoas no capítulo V e desmembrado em quatro artigos: “Mediação para Servir a Lascívia de outrem”, “Favorecimento da Prostituição ou outra forma de Exploração Sexual”, “Casa de Prostituição” e o “Rufianismo”. Dessa forma, abordaremos todas estas modalidades, juntamente com o projeto de lei do senado, que reforma o código penal brasileiro.

Além disso, dos tipos legais de crimes que estão diretamente relacionados com a prostituição, daremos atenção especial ao crime de tráfico de pessoas no direito português

e no direito brasileiro, verificando o bem jurídico tutelado e as alterações provocadas pelo direito internacional, em especial, o Protocolo de Palermo<sup>1</sup>, que contém a definição ampla do crime de tráfico de pessoas. Desta feita, será analisado o alcance efetivo da punição do tráfico de pessoas, assim como a interpretação do conceito de “aproveitamento de situação de especial vulnerabilidade da vítima”.

Entretanto, não obstante a breve abordagem de outro tipo de crime de natureza sexual, o âmbito do nosso estudo estará limitado ao crime de lenocínio, tendo em vista as diferentes opiniões que existem na esfera da doutrina e jurisprudência, estabelecidas, fundamentalmente, no que diz respeito à aparente dificuldade de interpretação de valores que a tutela penal desta lei pretende proteger.

Portanto, após debruçarmos nas divergências doutrinárias a respeito do bem jurídico protegido nos crimes sexuais, analisaremos as formas, condições e os pressupostos que eximem o autor do crime através do consentimento. Deste modo, perfilharemos a tese com base na relevância da questão do consentimento e da problemática em relação ao bem jurídico tutelado, questionando a possibilidade de declarar a inconstitucionalidade do crime de lenocínio simples na redação vigente.

É importante ressaltar que há diferenças, durante o trabalho, no vocabulário utilizado na língua portuguesa, em virtude das transcrições efetuadas na doutrina e jurisprudência de Portugal e do Brasil.

---

<sup>1</sup> Protocolo de Palermo entrou em vigor em 29/09/2003 e no Brasil foi promulgado pelo Decreto n. 5.017 de 12/03/2004 e em Portugal através da Resolução n. 33/2004 da assembleia da República e Ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 19/2004 de 02 de Abril. (Protocolo adicional à Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado relativo à prevenção, repressão e punição do tráfico de pessoas, em especial mulheres e crianças).

## CAPÍTULO I – O bem jurídico nos crimes sexuais

### 1.1) Breve sumário da teoria do bem jurídico

Seguindo a proposta do presente trabalho, traduzida na análise do crime de lenocínio, iremos fazer algumas considerações acerca do entendimento da função precípua do Direito Penal, nomeadamente, a tutela de bens jurídicos. Todavia, antes de tratar diretamente da questão dos bens jurídicos protegidos nos crimes sexuais, precisamente no que se refere ao crime de lenocínio, será, antes de mais, oportuno fazer algumas considerações do que vem a ser bem jurídico, estabelecendo uma breve análise sobre sua noção através do trajeto histórico, além de considerar os limites ao exercício do *jus puniendi* do Estado.

O Direito Penal visa, essencialmente, a proteção e tutela dos bens jurídicos, de maneira que os bens juridicamente tutelados emergem de uma seleção de valores da vida em sociedade, reconhecidos como significativos e consensualmente necessários a integrar tal categoria <sup>(2)</sup>. Assim, a questão do bem jurídico é ponto fulcral para o Direito Penal, onde se busca por meio da proteção a tais bens, combater comportamentos passíveis de fazer perigar a convivência social. Institui-se assim, um “imperativo hipotético da razão, cuja finalidade será, principalmente, a redução da criminalidade” <sup>(3)</sup>.

Com base nesta breve introdução, torna-se evidente que a questão do bem jurídico é certamente motivo de reflexão e atenção para a maior parte dos pensadores do direito e, por esta razão, iremos ensaiar uma breve introdução a esta matéria para posteriormente especificarmos o bem jurídico no que importa aos crimes sexuais. Assim, através do fundamento de que a teoria do bem jurídico representa o ponto fundamental para o Direito Penal, faremos aqui uma abertura analisando o papel do Direito Penal no combate a criminalidade.

A legislação penal, por meio de proteção do bem jurídico, tem a faculdade de qualificar determinadas condutas criminosas e puni-las com uma sanção penal. Neste contexto, os Estados e a lei penal encaram um grande desafio em relação ao

---

<sup>2</sup> “O direito penal está vocacionado para funções de controlo social tendo como principal, mesmo única, função a protecção de bens jurídicos”. SILVA, Fernando – *Direito Penal Especial: Crimes Contra as Pessoas*. Lisboa: Quid Juris, 2008, p. 8.

<sup>3</sup> TORRÃO, Fernando. A propósito do bem jurídico protegido nos crimes sexuais (Mudança de Paradigma no novo Código Penal), *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Volume LXXI. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra Editora, 1995, p. 545-570.

desenvolvimento das práticas criminosas. Posto que, o fenômeno das organizações criminosas, bem como, o surgimento de novas formas de crimes cada vez mais difíceis de identificar e/ou punir <sup>(4)</sup>, poderão ameaçar, em sua maioria, os “direitos, a democracia, a paz” <sup>(5)</sup> e o futuro do planeta.

Frente a esta problemática, o Direito Penal surge como um instrumento de controle social – regulador das condutas em sociedade e a principal ferramenta de aplicação de penas – destinado a combater este fenômeno e a possibilitar a convivência humana, na manutenção da harmonia e dos valores da sociedade.

Entretanto, importa assinalar, que o Direito Penal juntamente com o *jus puniendi* <sup>(6)</sup>, configura uma das características essenciais de um Estado democrático de Direito, bem como um instrumento imprescindível para a prerrogativa sancionadora do Estado. O *jus puniendi* é limitado pelos pressupostos da legalidade e empregado de maneira coativa por parte do Estado, que possui o monopólio legítimo da força. Ainda assim, é necessário destacar que os requisitos para a ocorrência do poder punitivo alcançam a dimensão de meios externos ao Direito Penal, mormente pelo Direito Constitucional <sup>(7)</sup>. Deste modo, os princípios constitucionais limitadores da atividade punitiva estatal são de tamanha importância para a Dogmática Penal, mas não se localizam no âmbito do Direito Penal subjetivo <sup>(8)</sup>.

Na verdade, da ligação do Direito Penal com a Constituição podemos extrair alguns princípios que estão expressamente dispostos na Constituição Federal (outros são implícitos), que funcionam como limites internos do poder punitivo. Todavia, dos

---

<sup>4</sup> Para melhor desenvolvimento ver, p. ex., BRAZ, José. *Investigação Criminal: A organização, o Método e Prova, Os Desafios da Nova Criminalidade*. Coimbra: Almedina, 2009.

<sup>5</sup> FERRAJOLI, Luigi. Criminalidade e Globalização. In: *Revista do Ministério Público*, ano 24, n.º 96, Outubro-Dezembro, 2003, p. 9.

<sup>6</sup> A distinção entre direito objetivo e subjetivo surge no século XIX, identificando-se o Direito Penal em sentido objetivo como a norma penal em si, e o subjetivo com o *jus puniendi*, quer dizer, o Direito de punir, cuja titularidade pertence ao Estado. Consoante a este aspecto, o Direito Penal subjetivo (ou *jus puniendi*) figura a capacidade que o Estado tem de realizar e exercer suas normas, bem como executar as decisões condenatórias proferidas pelo poder judiciário. Em suma, o Direito Penal subjetivo pode ser interpretado como uma decisão político-criminal baseada em uma norma que se declara punível uma conduta e seu autor. Para melhor desenvolvimento, BUSTOS RAMIREZ, Juan J e MALARÉE, Hernán Harmazábal. *Leciones de Derecho Penal*. Volumen I. Madrid: Editorial Trotta, 1997. p.63.

<sup>7</sup> No que concerne à questão dos limites do poder punitivo, em um padrão de estrita legalidade, é imprescindível que a elaboração das normas esteja de acordo com a base principiológica de um Estado Constitucional de Direito. FERRAJOLI, LUIGI. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: RT, 2002.

<sup>8</sup> Não tem sentido se apoiar a uma distinção proferida no século XIX, pois, esta, não se justifica perante o panorama jurídico-penal contemporâneo. A faculdade de punir é atributo da soberania do Estado e não do direito subjetivo do Estado. (JIMENEZ DE ASÚA, Luis. *Principios de Derecho Penal: La Ley y el Delito*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1997. p.21)

princípios constitucionais relevantes que compõem a Constituição, todos convergem para o princípio-síntese do Estado Democrático de Direito, que é a dignidade humana (<sup>9</sup>). Dignidade esta que constitui a base de todos os outros princípios constitucionais penais, na qual nenhuma “ordem jurídica (constitucional, infraconstitucional e internacional) pode contrariá-lo”. (<sup>10</sup>)

Conforme restou compreendido, o bem jurídico é ponto chave para a caracterização do crime no entendimento da dogmática penal. E no que diz respeito a sua concepção, é componente integrante do conceito material de crime, constituindo sua essência, independentemente da concepção adotada no seu sentido concreto, alcance, conteúdo e efeitos (<sup>11</sup>).

Assim, o bem jurídico se figura como delimitador do conceito material de crime, uma vez que só existe crime quando determinadas condutas lesionam os bens jurídicos. Nesse diapasão, evidencia-se a importância de uma noção delimitadora do conceito material de crime, uma vez que tal delimitação consiste em saber quais comportamentos humanos devem ser considerados crimes, ou quais condutas através da sua natureza e consequências põem em causa a existência da comunidade que em que se inserem. Esta tarefa de selecionar comportamentos e classificá-los como crime decorrerá dos estudos de várias disciplinas, nomeadamente, a sociologia, a antropologia cultural e a Política Criminal – que tem ganhado relevo nas investigações do Direito penal. (<sup>12</sup>)

Posto isto, atribui-se que o direito só deve intervir para proteger bens jurídicos e por mais imoral ou indesejável que a conduta se apresente, não havendo violação de um bem jurídico individual, o Direito Penal não está legitimado para interferir. Ou seja, o Direito Penal só deve interferir quando uma conduta lesionar bens jurídicos tutelados. Acrescenta-se que, mesmo quando uma conduta lesione um bem jurídico, os instrumentos jurídico-penais devem ser afastados sempre que a lesão conseguir ser controlada ou

---

<sup>9</sup> Nesse sentido, Mir Puig compreende que o Estado Democrático de Direito relaciona o Direito Penal a estar a serviço do cidadão, o que pode ver-se como a origem de certos limites vinculados aos princípios da dignidade humana e igualdade. (MIR PUIG, Santiago – *Derecho Penal. Parte General*. Reimpresión de la 3ª Edición. Barcelona: PPU, 1995, pp. 81 e 82); Da mesma forma, o *jus puniendi* estatal se encontra limitado pelos princípios da “necessidade, da subsidiariedade, adequação e proporcionalidade”. RAMOS, José. Constituição e Bem Jurídico. In: *Estudos Comemorativos dos 25 anos do ISCPSI em homenagem ao Superintendente-Chefe Afonso de Almeida*. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 507 e 508.

<sup>10</sup> GOMES, Luiz Flávio. Limites do "ius puniendi" e bases principiológicas do garantismo penal. *Material da 1ª aula da Disciplina Teoria do Garantismo Penal, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Ciências Penais, Porto Alegre: UNISUL, 2007.*

<sup>11</sup> RAMOS, José – *op. cit.*, p. 505.

<sup>12</sup> TORRÃO, Fernando – *op. cit.*, p. 546.

contrariada por instrumentos não criminais de política social. Deste modo, importa que a “necessidade social” constitui um parâmetro decisivo para a intervenção do Direito Penal e as condutas de natureza não penais devem ser excluídas. <sup>(13)</sup>

Essas orientações de política criminal - suscitam da ideia de que, em um Estado de Direito material, de aspecto social e democrático, “o direito penal só pode intervir onde se verifiquem lesões insuportáveis das condições comunitárias de livre desenvolvimento e realização da personalidade de cada homem” <sup>(14)</sup> – vão determinar uma alteração no conteúdo material da noção de crime sexual. Dessa forma, mostra-se apropriado fazer uma análise do conceito material de crime.

### 1.1.1) Conceito Material de crime

Na perspectiva de versar, em modos conceituais, a natureza e o alcance da figura do bem jurídico, mostra-se apropriado fazer uma verificação do conceito material de crime. Visto que o conceito de bem jurídico assume um papel delimitador do conceito material de crime, na medida em que só existe crime quando há lesão do bem jurídico. Assim, para melhor entendimento sobre este conceito, recorreremos a quatro perspectivas, proferidas de acordo com a concepção de Figueiredo Dias <sup>(15)</sup> e que, a seguir, serão relatadas resumidamente.

Em primeiro lugar, a perspectiva positivista-legalista, que assente no entendimento de que será considerado crime todas as condutas que o legislador considerar como tal. Aqui, o conceito material de crime viria a corresponder o que diz ser sua definição formal de crime. Tal perspectiva conduziria o conceito de bem jurídico-penal à vontade do legislador ordinário e, conseqüentemente, o bem jurídico não possuiria qualquer conteúdo material próprio. Ainda assim, uma concepção como esta “não permite ligar a questão da concepção material do crime ao problema, em que aquela verdadeiramente se inscreve, da *função* e dos *limites* do direito penal” <sup>(16)</sup>. Por

---

<sup>13</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Código Penal e Outra Legislação Penal*, ed. Aequitas, Lisboa, 1993, p.10 e 11.

<sup>14</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português – Parte Geral II: As conseqüências jurídicas do crime*. 4<sup>o</sup> reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, setembro 2013, p.65.

<sup>15</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral – Tomo I*, 2<sup>o</sup> edição. Ed: Coimbra Editora, 2007, p., 106-114.

<sup>16</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral... Op.Cit.*, p., 106-107.

consequente, tal concepção do bem jurídico-penal viria a corresponder afinal à afirmação de um conceito formal e positivista-legalista do crime. <sup>(17)</sup>

Em segundo lugar, a perspectiva positivista-sociológica que, na tentativa de superar as deficiências da perspectiva positivista-legalista, se configura numa perspectiva oposta a anterior, na ideia de alcançar o conteúdo do crime numa noção sociológica. Esta perspectiva, portanto, “reconduz o universo dos bens jurídico-penais a um pré-existente conjunto de valores imutáveis da vida e como que transcendentem à realidade histórica humana” <sup>(18)</sup>. No entanto, esta perspectiva na determinação do conceito material de crime abarca um conteúdo largo e impreciso, na construção de um padrão crítico de toda a criminalização. Pois, ainda que o crime se revele num comportamento de dano ou de ofensa social, nem toda aquela danosidade deve-se constituir legitimamente crime. <sup>(19)</sup>

Em terceiro lugar, a perspectiva moral (ético)-social, não isenta de críticas pela doutrina, esta concepção – moralista do bem jurídico – não se adequa a um Estado de Direito Democrático e pluralista dos nossos dias. Visto que não é função do direito penal a tutela concepções éticas e morais. Pelo contrário, as sociedades contemporâneas exigem pluralismo nos valores pessoais e liberdade de opção na sua escolha <sup>(20)</sup>, de maneira que tal perspectiva não se adequa a tais exigências modernas nem sequer possui a capacidade de determinar-se como padrão crítico de ordenamento jurídico-penal. <sup>(21)</sup>

E, o último passo na evolução do conceito material de crime, a perspectiva racional, que pode se classificar em teleológico-funcional e racional <sup>(22)</sup>. No primeiro sentido, ficou reconhecido que o conceito material de crime não podia ser depreendido de qualquer ordem extra-jurídica e extra-penal, mas na perspectiva imposta ou permitida “pela própria função ao que o direito penal adscresse no sistema jurídico-social” <sup>(23)</sup> e, no segundo sentido, de que o conceito material de crime decorre da função conferida ao direito penal da tutela de bens jurídicos providos de dignidade penal. Portanto, nesta perspectiva, o conceito material de crime não pode ser identificado em proposições normativas, e sim na aceitação da função do Direito Penal.

---

<sup>17</sup> CARVALHO, Taipa de Carvalho. *Direito Penal: Parte Geral*. Questões fundamentais. Teoria Geral do Crime. 2.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 45.

<sup>18</sup> *Idem*.

<sup>19</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral... Op.Cit.*, p., 108.

<sup>20</sup> RAMOS, José – *op. cit.*, p. 511, *maxime* liberdade de consciência como direito fundamental, cf. art.º 9.º, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

<sup>21</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral... Op.Cit.*, p., 113.

<sup>22</sup> *Idem* – p., 114.

<sup>23</sup> *Idem*

Posto isto, após examinar resumidamente as quatro perspectivas proferidas por Figueiredo Dias, resta, porém, esclarecer uma série de questões e problemas no que se refere ao bem jurídico, dos quais os mais importantes serão, desde já, evidenciados e tratados.

### 1.1.2) Conceito de bem jurídico-penal

Para melhor nos posicionarmos historicamente, no que versa a teoria do bem jurídico, importa assinalar uma breve introdução histórica do seu conceito na discussão sobre o conteúdo material do Direito Penal. Convém, de maneira sucinta, analisar algumas teses concernentes a teoria do bem jurídico na doutrina estrangeira, a fim de considerar a complexidade do tema em questão, visto que, desde o surgimento do conceito em *Birnbaum*, passando pela Escola de Baden e até as posições mais extremas de *Jakobs*, as concepções externadas estão longe de constituir um entendimento consensual que, a princípio, esta concepção exigiria.

Dessa forma, faz-se necessário ressaltar que o iluminismo representou um avanço no estudo dos conceitos penais, no qual o direito de punir não se baseava mais na vontade divina, mas nos conceitos científicos fundamentados em normas previstas na natureza humana. Ainda, durante o iluminismo, iniciou-se a construção do significado do bem jurídico-penal, com a criação de limites à prática do *jus puniendi*, por meio de corolários fundamentais (princípio da legalidade e seus desdobramentos <sup>24</sup>) para o Direito Penal até os dias atuais.

As primeiras definições do bem jurídico, no entanto, surgem no século XIX com *Birnbaum* (<sup>25</sup>) – segundo a opinião geral, embora não universal - que visava compreender o bem jurídico como um conteúdo individualista, revelador de interesses da pessoa

---

<sup>24</sup> HASSEMER, Winfried. *Crítica al Derecho Penal de Hoy: Norma, interpretación, procedimiento*. Trad. Patricia S. Ziffer. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003.

<sup>25</sup> No entanto, Bitencourt compreende que o conceito de bem jurídico surge no século XIX, na concepção dos iluministas com Feuerbach, que entendia que em “todo preceito penal existe um direito subjetivo, do particular ou do Estado com objetivo de proteção” (BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte geral*. Volume 1, 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. – São Paulo: Saraiva, 2012, p.130). Já Costa Andrade entende que *Feuerbach* foi a primeira tentativa da *definição científica e crítica do conceito material* em detrimento da ordem jurídica vigente, em que se definiu o crime como uma “violação de um direito subjectivo do cidadão ou do próprio Estado”. *Feuerbach* instala uma nova fase do Direito Penal – e separa o Direito e a moral – basicamente por tratar a “danosidade social” como um elemento essencial para a concepção de crime material. ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em Direito Penal: Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*. Reimpressão. Editora: Coimbra Editora, 2004, p.43.

individual, “nomeadamente, a sua vida, o seu corpo, a sua liberdade e o seu património”<sup>(26)</sup>. Tal paradigma dispensa qualquer referência sistêmico-social e imprime um novo parâmetro à abordagem da danosidade social. Além disso, *Costa Andrade* alega que o ponto central da análise do crime estava nos direitos em si, através das relações entre os homens, legitimadas pelo direito. Ainda assim, o referido autor compreendeu que a “lesão do bem jurídico aponta antes para o mundo exterior e objetivo de que preferentemente revalam as «coisas» valoradas como bens jurídicos”.<sup>(27)</sup>

A partir de *Birnbaum* os bens passaram a constituir uma posição de protagonismo, segundo o qual pretendia abranger um complexo de fundamentos, de conteúdo extremamente liberal e de valores ligados aos indivíduos, que apresentassem como base satisfatória para a punibilidade de condutas ofensivas, evitando as ideias genéricas e metafísicas<sup>(28)</sup>. Entretanto, cabe assinalar que a formulação do paradigma de *Birnbaum* não se encontrava realmente acabada. Além disso, o mesmo não chegou a utilizar-se da expressão *bem jurídico*, apesar de ter utilizado um conteúdo descritivo que representa essencialmente o bem jurídico. Deste modo, foi apenas a partir da segunda metade do século XIX, com os contributos de Binding (positivismo legalista) e Liszt (positivismo naturalístico) que o bem jurídico passa a ser estabelecido dentro de uma estrutura puramente científica.<sup>(29)</sup>

A codificação germânica do Código Penal do império (1871) e a obra de *Die Normen* de *Binding* foram decisivos para a consolidação de novos rumos na análise do bem jurídico, especialmente por este passar a assumir uma posição basilar no sistema dogmático penal, assim como uma etapa privilegiada do novo discurso político-criminal<sup>(30)</sup>.

Nesse período, o positivismo se instaura como a principal escola penal, substancialmente por seus fundamentos e critérios metodológicos. Assim como

---

<sup>26</sup> Figueiredo Dias, diz que da concepção de *Birnbaum* até a noção de bens jurídicos com “direitos subjectivos fundamentais da pessoa individual”, foi só um passo. E ainda, o referido autor enfatiza que *Feuerbach* havia apenas configurado um conexto análogo e pronunciador do bem jurídico. (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral...*, op.cit., p.115)

<sup>27</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. *Op. Cit.* pps., 51-52.

<sup>28</sup> Nesse sentido: PALMA, Maria Fernanda. *Direito Penal. Parte Geral*. Lisboa: A.A.F.D.L., 1994, p. 31; LIVIANU, Roberto. *Corrupção e Direito Penal – Um Diagnóstico da Corrupção no Brasil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 71.

<sup>29</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. *Op. Cit.* pps., 52 e 65. Ainda, desde logo podemos notar a postura metodológica divergente adotada por esses dois autores, no que tange a questão da legitimidade do legislador e da lei penal para definição do bem jurídico.

<sup>30</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. *Op. Cit.* p., 61.

consequência do sucesso das ciências naturais e exatas, o Direito Penal passa por uma transformação de paradigmas que, de acordo com *Manuel da Costa Andrade*, se traduzia no:

Desprendimento (e emancipação) não apenas em relação às construções cosmológicas ou às ontologias do jusnaturalismo, mas também e de forma mais imediata, em relação aos seus sucedâneos devidos ao romantismo ou hegelianismo <sup>(31)</sup>.

O pensamento jurídico deixa de ser, então, habitado por questões típicas da realidade e da sociedade - das quais seria possível analisar criticamente e responder o problema dos fins do Estado - para a perda de relevo do problema dos fins do Estado. Ou seja, surge o entendimento do Estado como um fim-em-si-mesmo e de um Estado de direito em termos puramente formais. <sup>(32)</sup>

*Karl Binding* <sup>(33)</sup> (como *Von Liszt*) notabilizou-se por ser um expoente do Positivismo Jurídico. Conforme expressado pela doutrina, coube a ele a criação do termo “bem jurídico” (*Rechtsgut*), bem como ter conferido ao mesmo “o direito de cidadania na dogmática jurídico-penal” <sup>(34)</sup>.

Deste modo, adepto ao positivismo legal, *Binding* compreende que comete exclusivamente à lei a competência para determinar o bem jurídico e apontar as formas de condutas que necessitam da intervenção do Direito Penal. Por outro lado é vedada ao jurista a posição de sugerir o que seria um bem jurídico e socialmente danoso para efeito de proteção legal. A ele só resta sujeitar-se ao que foi previamente delimitado como bem jurídico pelo legislador <sup>(35)</sup>.

---

<sup>31</sup> *Idem*, p. 62.

<sup>32</sup> Ainda, o referido autor demonstra que a questão dos fins Estado e a sua representação como fim-em-si-mesmo, mostra-se determinante na compreensão da teoria do Estado e a doutrina do direito penal, surgem três entendimentos: O primeiro, de um estado de direito formal; Em segundo, institui um Estado não só portador de direitos ou bens jurídicos, mas também como referentes do sentido da criminalização; Em terceiro lugar, as implicações no material do objeto do crime. (ANDRADE, Manuel da Costa. *Op. Cit.*, pps., 62-63).

<sup>33</sup> Foi *Binding* quem realmente impôs o conceito de «bem jurídico», segundo o qual, o único ponto determinante era o legislador conceder a proteção jurídica a um bem. Em contrapartida, a doutrina neokantiana, tentou desenvolver parâmetros ilegais. Definiu o bens jurídicos como interesses humanos, mas não conseguiu desenvolver com precisão quais interesses que merecem proteção penal e quais não merecem. STRATENWERTH, Gunter. *Derecho penal: Parte general I – El derecho punible*, Meliá, Manuel Cancio, *ET. Al*, (trad.), Editora Aranzadi, Navarra, 2000.

<sup>34</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. *Op. Cit.*, p. 65.

<sup>35</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. *Op. Cit.*, p. 65.

Como consequência lógica, a pessoa humana encontrava-se num estado de absoluta subordinação ao poder estatal. *Binding* compreendia que não poderia haver deslize mais grave do que considerar o bem jurídico na perspectiva individualista, visto que considerava que o direito é uma elaboração da convivência social, das pessoas, das coisas, enquanto elementos da comunidade jurídica. Diante desse contexto *Manuel da Costa Andrade* preleciona:

A eficácia corrosiva da lesão do bem vai muito além da esfera jurídica do indivíduo. O bem jurídico é um conceito da ciência do direito público e não do direito privado. O bem jurídico é sempre bem jurídico da totalidade, por mais individual que ele possa aparentemente ser. <sup>(36)</sup>

Diante disso, *Binding*, ao determinar que o bem jurídico seria tudo aquilo que a norma manifestasse, concepção esta submetida exclusivamente ao poder legislativo do que pode ou não ser criminalizado, não compatibilizava com a essência de crime material construído desde o iluminismo. Assim, a faculdade de definir o que é crime, assumindo uma posição essencialmente positivo-legalista, “não permite ligar a questão do conceito material de crime ao problema em que aquela verdadeiramente se inscreve, a saber, ao problema da função e dos limites do Direito Penal” <sup>(37)</sup>

Por outro lado, *Franz Von Liszt*, autor alemão pertencente à Escola de Munique, encontra-se sujeito a uma metodologia divergente a de *Binding*, a qual se baseia na realidade sociológica, na premissa de que o Direito tem como fito principal a proteção de interesses da vida humana. Aqui, é o contexto da realidade social que origina interesses fundamentais do homem ou da coletividade, que o ordenamento jurídico reconhece e tutela como bens jurídicos <sup>(38)</sup>. Em outras palavras, a ordem jurídica não tem a faculdade de fazer surgir o interesse. Pelo contrário, o interesse preexiste ao ordenamento jurídico e, apenas com advento da lei, haverá a transformação de interesse para o bem jurídico.

Desta forma, *Liszt* contribuiu com uma concepção material de bem jurídico que ultrapassava o organicismo jurídico, consistindo-se em um elemento determinante do *jus puniendi* do Estado. No entanto, no que diz respeito a quais *interesses da vida humana* deveriam ser qualificados como bens jurídicos, cabe assinalar que estes não foram

---

<sup>36</sup> *Idem* – pps., 68 e 69.

<sup>37</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português – Parte Geral II...*, op.cit., p. 42

<sup>38</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. *Op. Cit.*, p. 66.

passíveis de ser caracterizados de maneira precisa, no sentido de determinar quais interesses deveriam constituir tal proteção jurídica <sup>(39)</sup>.

Posto isto, *Binding* e *Liszt* contribuíram na construção da concepção do bem jurídico e colocaram-no no centro da estruturação doutrinal do crime. Além disso, estes foram responsáveis por suscitar controvérsias referentes ao objeto do crime e ao conteúdo material da ilicitude. Contudo, apesar de contribuírem na concepção do bem jurídico, não trouxeram uma resposta exata aos questionamentos mais complexos originados por tal concepção. Nesse seguimento, suas obras encontravam-se sedimentadas na divergência, como também, por equívocos, prontos para conduzir debates na pulverização de escolas.<sup>(40)</sup>

Na segunda metade do século XX, a Escola de Baden, representada por *Windelband*, *Rickert* e *Lask*, originou uma virada dogmática com o intitulado conceito metodológico de bem jurídico, de caráter normativista, relacionado aos desígnios do pensamento neokantista, como resposta à premissa do legalismo e do positivismo do direito. Com efeito, esta escola parte da vertente teleológica entre dois domínios: um do ser (*sein*) e outro do dever ser (*sollen*) cuja concepção faz dos bens jurídicos meras “fórmulas interpretativas dos tipos legais de crime” <sup>(41)</sup>.

No entanto, tal compreensão do bem jurídico deve ser rechaçada, visto que, a concepção perde toda relação político-criminal e deixa de ser considerada como padrão crítico de conferência da legitimidade da criminalização, ou seja, perde toda importância para a definição do conceito material de crime. Uma posição exclusivamente hermenêutica traduziria o seu conteúdo num conceito legal que de nada adiantaria frente à interpretação teleológica da norma. <sup>(42)</sup> Posteriormente, no finalismo, *Welzel* veio resgatar o conceito de bem jurídico acabando por reelegê-lo a valores ético-sociais <sup>(43)</sup>.

Do que foi brevemente exposto, resta claro que a evolução da concepção do bem jurídico é relacionada à própria evolução do conceito material de crime, do qual são

---

<sup>39</sup> PELARIN, Evandro. *Bem jurídico penal: um debate sobre a discriminação*. Revista Brasileira de Ciências Criminais - IBCCrim, São Paulo, 2002, pps. 59 e 60.

<sup>40</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. Ob. Cit. p., 84-85.

<sup>41</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral...*, op.cit., p.116.

<sup>42</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral...*, op.cit., p. 116.

<sup>43</sup> “Bien jurídico es un bien vital del grupo o del individuo, que em razón de su significación social, es amparado jurídicamente (...) es, por tanto, todo estado social deseado que el derecho quiere asegurar contra lesiones” (WELZEL, Hans. *Derecho Penal –Parte General*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956., p. 05-06.)

indiscutíveis as zonas de conexão e conflitos, estabelecidos entre ambos. Posto isto, iremos abordar algumas concepções relacionadas ao atual paradigma de bem jurídico-penal.

*Roberto Livianu* (<sup>44</sup>), numa perspectiva contemporânea, assegura que a concepção do bem jurídico foi acolhida no Direito penal através de duas grandes teorias: as teorias sociológicas e as teorias constitucionalistas. As primeiras são representadas pelas correntes funcionalistas, no sentido de que se tornou praticamente impossível uma determinação concreta de valores de bens jurídico-penais. Tal impossibilidade decorre da imprescindibilidade de sobrevivência do *Status Quo* comunitário, o qual estabelece meios de atingir e limites concretos que a sociedade define e criminaliza. Os bens jurídicos são enquadrados nestes comportamentos sociais, que, conseqüentemente, é impossível de determinar um conceito material do que viola uma conduta delitativa, assim como responder por que uma sociedade criminaliza certos comportamentos e outras não. Já as teorias constitucionalistas reconhecem e concedem à Constituição licitude axiológica para formalmente regularizar a escolha de bens jurídicos sujeitos à proteção penal, razão pela qual o legislador está pautado por diretrizes de política criminal extraídas do texto Constitucional. Estamos, pois, diante de uma corrente que reconhece a necessidade de congruência entre os bens escolhidos para tutela penal e o texto constitucional, recorrendo à Constituição como fonte incorporadora da concepção do bem jurídico, corrente esta aceita por grande parte da doutrina.

Entretanto, *Jeschek* defende os valores sociais como critérios de escolha de bens a tutelar criminalmente. Neste sentido, não serão as normas, mas os valores sociais imprescindíveis para convivência humana na comunidade, que devem ser tutelados pelo poder coativo do Estado através da sanção pública. Além disso, sustenta que determinados valores ético-sociais, de crenças morais inerentes à sociedade devem ser incorporados pela concepção de bem jurídico (<sup>45</sup>).

Num ponto de vista de rejeição da contemplação de bens jurídicos-penais de aspecto coletivo e universal, *Winfried Hassemer* assegura que, os bens jurídicos correspondem sempre a valores ligados à pessoa e a seus interesses concretos de natureza individual. De maneira que tais bens se configurariam como valores conectados a pessoa,

---

<sup>44</sup> As teorias sociológicas tem como fundamento a teoria de *Luhmann*, no entendimento que vê a sociedade como uma autopoiese: um complexo de interações, em que o direito penal se configura no mais rigoroso instrumento de controle social. (LIVIANU, Roberto. *Op.Cit.*, 2007, p., 76 a 78).

<sup>45</sup> JESCHEK, Hans-Heinrich – *Tratado de Derecho Penal – Parte General*. Granada: Editorial Comares, 1993, pps. 6 e ss.

bem como as suas necessidades e interesses fundamentais, como a saúde, a vida e a liberdade (<sup>46</sup>).

De posicionamento mais razoável e atendendo ao interesse coletivo, *Roxin* confere ao bem jurídico a tradução de condições ou finalidades fundamentais para o desenvolvimento da pessoa, no sentido da realização dos seus direitos fundamentais e do funcionamento de um “sistema estatal construído em torno dessa finalidade” (<sup>47</sup>). A constituição materializa a atividade punitiva estatal através do conceito de bem jurídico e, tal bem, enquanto garantia de liberdade, fundamenta-se na legalidade da incriminação quando a conduta provocada coloca em causa o livre desenvolvimento do indivíduo e as condições necessárias para esse desenvolvimento (<sup>48</sup>).

De posicionamento divergente a *Roxin*, *Jakobs* defende que o Direito Penal não protege os bens jurídicos, mas sim a vigência da norma. É certo que tal posicionamento, um tanto extremista, se apoia num excessivo normativismo de que a norma é seu único fim. Aqui, o objeto de proteção não é o bem jurídico, mas exclusivamente a norma vigente. Porém, a pena serve, antes de tudo, para contribuir com a prevenção de “lesões reais, individuais e sociais (ou seja, ofensas a bens jurídicos)” (<sup>49</sup>).

Em manifestação crítica equivalente à *Jakobs* (<sup>50</sup>), *Santiago Mir Puig* procura integrar a função do bem jurídico em uma tripla perspectiva dogmática. Primeiramente, na função sistemática, relacionada ao ordenamento sistemático de crimes na sua codificação, levando em consideração a proteção dos bens jurídicos em causa. Na segunda perspectiva, a função guia de interpretação, assente na interpretação teleológica, na qual poderá excluir do âmbito de aplicação das condutas que não produzam lesões ou que não ponham em

---

<sup>46</sup> “Esto indica, ante todo, que la protección de las instituciones solo puede llegar hasta El punto em que es condición de la posibilidad de protección de la persona”. (HASSEMER, Windried. Lineamientos de una Teoria Personal del Bien Jurídico. Doctrina Penal: Teoria y Práctica en las Ciencias Penales. In: *Revista Trimestral*. Abril-Setiembre, 1989, p. 282).

<sup>47</sup> Ainda, *Roxin* determina que “a missão do Direito Penal consiste em assegurar aos cidadãos uma convivência livre e pacífica, garantindo todos os direitos jurídico-constitucionalmente estabelecidos. Se esta missão é denominada, de modo sintético, pela ideia de proteção de bens jurídicos, então estes bens corresponderão a todas as condições e finalidades necessárias ao livre desenvolvimento do indivíduo”. (ROXIN, Claus. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Trad. Susana Aires de Sousa. O conceito de Bem Jurídico como Padrão da norma penal posto à prova. Editora: Coimbra Editora, 2013, p., 12).

<sup>48</sup> (ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoria del Delito*. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997, p. 56). No Brasil, a doutrina de *Roxin* encontra ressonância nos estudos de *Luís Greco* que defende que o bem jurídico tem importância vital no ordenamento jurídico brasileiro, desde que estejam previamente determinados pelo legislador. (GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais* n. 49, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, jul./ago. 2004, p. 92).

<sup>49</sup> ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico..., *op. cit.*, p., 11.

<sup>50</sup> *Idem*.

perigo o bem jurídico em questão. E a terceira perspectiva, a função de critério de medição da pena, traduzida na circunstância da maior ou menor grau de perigosidade da conduta, poder servir de fundamento para o julgador destinar a medida da pena. (<sup>51</sup>)

Após a análise das várias doutrinas estrangeiras referentes à teoria do bem jurídico, permitimo-nos mencionar a complexidade do tema em causa, desde o surgimento do conceito em *Birnbaum*, percorrendo a escola de *Baden* até os posicionamentos mais recentes, embora divergente, de *Jakobs* e *Roxin*, para compreendermos que as concepções expressadas ficam aquém de um entendimento uniforme e consensual que esta temática exige.

No que concerne a doutrina portuguesa, *Germano Marques da Silva* (<sup>52</sup>) defende que o bem jurídico “é objeto jurídico do crime, é o interesse ou bem que a norma penal incriminadora visa proteger”. O bem jurídico tutelado há de ser, essencialmente, um fato que provoque dano à sociedade, que lese ou coloque em perigo de lesão um bem jurídico. Para ele, a Constituição funciona como referência e assegura a estabilidade para o amparo de valores que o legislador busca na vida em comunidade.

*Taipa de Carvalho*, numa concepção mais aprofundada de bem jurídico, determina quatro perspectivas distintas: em primeiro lugar na perspectiva positivista-legalista, na qual confere ao bem jurídico qualquer valor em que o legislador atribuir como proteção penal, constituindo-se, dessa forma, em um Estado de Direito formalista. Em segundo lugar, a concepção jusnaturalista, em que os bens jurídico-penais advém de um conjunto preexistente de valores imutáveis e superiores à realidade histórica humana, que se revalam no decorrer do desenvolvimento histórico da humanidade. Em terceiro lugar, a perspectiva moralista, segundo a qual o referido doutrinador assinala que é inadmissível um Estado Democrático de Direito estabelecer às pessoas, uma seleção de valores originados de determinada religião. Por ultimo, a perspectiva sociológica sistêmico-funcionalista, a qual estabelece o Direito Penal como garante da funcionalidade social, em contrapartida, esta não confere ao Direito Penal a autonomia para selecionar quais valores devem se determinar como bens jurídico-penais (<sup>53</sup>).

---

<sup>51</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho PENAL: Parte General*. 9ª edição, Barcelona: Editorial Repertor, 2011, p.,164.

<sup>52</sup> SILVA, Germano Marques da. *Direito Penal Português: Teoria do Crime*, Volume I, ed. Universidade Católica editora, Lisboa, 2012, pps. 26 e 27.

<sup>53</sup> CARVALHO, Américo Taipa de – *Direito Penal. Parte Geral...*, op. cit., pps. 45 a 52;

De todas as concepções estabelecidas, nenhuma possui todos os pressupostos aceitáveis para composição do bem jurídico-penal. Aliás, *Taipa de Carvalho* critica estas perspectivas, ao defender uma concepção ético-social do bem jurídico-penal que se define na pessoa humana mediatizada pela Constituição. Assim, entende-se que apenas devem ser qualificados como bens jurídicos os valores considerados essenciais para os membros da sociedade.

*Fernando Torrão* (<sup>54</sup>) propõe uma estrutura onco-valorativa do bem jurídico, no seguimento de que o bem jurídico-penal deve ser encontrado nos grandes espaços do consenso social, retratando valores fundamentais que estarão materialmente compreendidos na ordem axiológica social, nas palavras de *Stratenwerth* (<sup>55</sup>):

A experiência valorativa em que se apoia a lei penal pode ser problemática. Numa sociedade aberta e pluralista as profundas divergências de opinião acerca das normas sociais devem aceitar-se não só como uma questão inevitável, mas também da livre discussão dos problemas sociais. Por isso é incompatível criminalizar uma conduta que se oponha à concepção da maioria ou ao modelo médio de comportamento (...). A estigmatização de um comportamento como criminoso deve (...) limitar-se à violação daquelas normas sociais em relação às quais existe um consenso praticamente ilimitado e com as quais, no mínimo em geral, é possível as pessoas conformarem-se. (<sup>56</sup>)

O consenso que importa só será ético-socialmente valioso quando for devidamente embasado. No sentido de que nem toda realidade social poderá ser transmitida para a legislação penal, o comportamento social tem que corresponder a um consenso bem fundamentado. Assim, o legislador penal tem que atentar para que os valores da sociedade em causa sejam determinados através de uma percepção exposta no discurso intersubjetivo dos seus vários componentes. (<sup>57</sup>)

Também em uma perspectiva de interesse coletivo, surge *Fernando Silva* (<sup>58</sup>), cuja concepção do bem jurídico-penal se estabelece na vida emergente e dos valores que a sociedade vive, mas que são mutáveis em razão da evolução da mesma. O Direito Penal especial é marcado pelas questões da política criminal, da qual configuram os bens

---

<sup>54</sup> TORRÃO, Fernando – *op. cit.*, pp. 553 e 554.

<sup>55</sup> *Stratenwerth* abandona o conceito de bem jurídico. Para ele, o fundamento da incriminação é a não observação de normas de conduta fundamentais, que são consensualmente concebidos pela sociedade.

<sup>56</sup> No mesmo sentido, KARL NATSCHERADETZ, *O Direito Penal Sexual: Conteúdo e Limites*, ed. Almedina, Coimbra, 1985, p.19, *apud* TORRÃO, Fernando – *op. Cit.*, p. 553.

<sup>57</sup> TORRÃO, Fernando. *Op.Cit.*, pps. 553 – 554.

<sup>58</sup> SILVA, Fernando – *Direito Penal Especial: Crimes Contra as Pessoas*. 2.<sup>a</sup> ed., rev. e act.. Lisboa: Quid Juris, 2008. ISBN: 978-972-724-373-0, p., 11 a 15.

jurídicos que são dignos de proteção penal e, simultaneamente, os comportamentos que devem ser punidos. Nessa perspectiva, o bem jurídico condiciona e limita a ação do Direito Penal e, dessa forma, podemos falar de uma dupla fragmentação axiológica do direito penal, na qual o direito penal deve intervir apenas para proteger bens jurídicos fundamentais e para punir as condutas mais graves. O Direito Penal não se vincula exclusivamente à proteção de bens jurídicos estabelecidos na Constituição. O referido autor, portanto, fixa os limites da intervenção do Direito Penal e dos princípios de intervenção, mas não da administração das políticas criminais, ao qual compete ao legislador penal, e obriga a uma consideração de valores, para saber quais devem ser configurados à proteção penal.

Posto isto, faz-se necessário esclarecermos os problemas e questionamentos atinentes à noção do bem jurídico, muito embora, não seja possível - ou até hoje não foi possível - obter uma concepção objetivamente precisa que permita traçar sem confusão o que pode e o que não pode ser criminalizado. No entanto, mesmo que não estejamos diante de um o conceito fechado, existe uma consonância sobre sua essência, em que se poderá definir o bem jurídico, conforme os ensinamentos de *Figueiredo Dias*:

Como a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente conhecido como valioso<sup>(59)</sup>.

Assim, foi reconhecida uma perspectiva que *Figueiredo Dias* denomina como teleológico-funcional e racional: a concepção material de crime viria a resultar da função atribuída ao direito penal de tutela (subsidiária) de bens jurídicos (dotados de dignidade penal) cuja lesão se manifeste digna de punição<sup>(60)</sup>.

Dessa maneira, o conceito deve obedecer a três condições: primeiramente, o conceito deve traduzir um conteúdo material; em segundo lugar, deve servir de padrão crítico das normas incorporadas ao ordenamento jurídico ou a incorporar, no sentido de que, apenas assim, pode ser arvorado em critério legitimador da criminalização ou descriminalização de comportamentos, por último, deve ser político-criminalmente

---

<sup>59</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral...*, op. cit., p. 114.

<sup>60</sup> RODRIGUES, Joana Amaral. A Teoria do bem jurídico-penal: várias dúvidas e uma possível razão. *In Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra Editora, 2013, N ° 2, p. 175-176 *Apud* DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal...*, op. cit., p. 107 e 116. No mesmo sentido das duas últimas proposições, (SILVA, Fernando. *Ob. Cit.* pps. 11 a 15).

orientado e, dessa forma, intra-sistemático relativamente ao sistema social e ao sistema jurídico-constitucional. <sup>(61)</sup> O problema se configura em saber de qual forma a concepção pode obedecer todas essas condições e, ao mesmo tempo, alcançar a materialidade e a solidificação imprescindíveis para que se torne utilizável no ato da aplicação do direito penal.

Ainda, *Figueiredo Dias* sustenta que um bem jurídico político-criminalmente tutelável será concretizado em função de uma preordenação axiológica de origem jurídico-constitucional <sup>(62)</sup>, razão pela qual, devemos encontrar na Constituição o respaldo necessário para tutela penal de certos bens, refletindo os valores nela contidos e observando os princípios da mínima intervenção.

No que se refere à vinculação entre as ordens penal e constitucional, *Figueiredo Dias* considera que deve haver uma relação de mútua referência, ou seja, uma relação de analogia material, estabelecida na correspondência de sentido (no sentido da sua tutela) e de fins. Assim, a ordem constitucional <sup>(63)</sup> representa um cenário de referência e, também, um critério que regula a atividade punitiva do Estado. Portanto, é nesse contexto que os bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal devem se estabelecer, considerando os valores constitucionais que estão ligados aos deveres fundamentais e ao sistema social. <sup>(64)</sup>

Posto isto, analisadas as diversas teses anteriormente expostas, foram evidenciadas as diferentes concepções do bem jurídico. Como visto, o bem jurídico constitui o ponto fulcral do direito penal, logo seria muito importante a existência de uma concepção sistematicamente unitária. No entanto, como resultado de não constituir tal uniformidade, continuam a existir vários questionamentos a respeito da verificação concreta dos bens jurídicos de algumas incriminações.

Ainda, como consequência disto – de não constituir uma concepção precisa – muitas críticas são frequentemente dirigidas ao conceito de bem jurídico, visto que sua natureza excessivamente vaga limitaria sua potencialidade. Crítica esta imposta por

---

<sup>61</sup> Definições estas, “muitas vezes pluri-significativas ou mesmo equívoca e quase sempre evitada de dúvidas e controvérsias que ainda hoje não se encontram definitivamente decididas” (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral...*, op.cit...p.115)

<sup>62</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral...*, op. cit., p.120.

<sup>63</sup> Greco, compreende que a competência incriminadora do legislador partirá da própria legislação, ao afirmar “que o direito penal só pode tutelar valores acolhidos, ou ao menos não-vedados, pela Constituição” (GRECO, Luís. *Op. cit.*, p.99)

<sup>64</sup> SILVA, Fernando. *Op. Cit.*, pps., 11 a 15

*Dubber*, ao afirmar que a teoria do bem jurídico é superficial. Entretanto, muitos outros argumentos contrários surgiram por entender que o bem jurídico não é:

Uma concepção científica dotada de capacidade analítica; pelo contrário, é antes um instrumento que ofusca atitudes valorativas por si pressupostas, por vezes incertas e mais presentidas do que definidas com precisão <sup>(65)</sup>.

Certo é que os bens jurídicos têm sua origem em um juízo de valor. Motivo pelo qual, no interior de uma sociedade plural e multifacetada, dado que não existe uma concepção devidamente precisa e unitária de valores classificados como bens jurídicos, não é possível alçar uma teoria que seja vinculante e passível de consenso acerca das bases supralegais. Mas, conforme explanado por *Costa Andrade*, é justamente esse grau de “incerteza” que traz uma riqueza da teoria do bem jurídico <sup>(66)</sup>.

Assim, após instaurar a problemática do bem jurídico-penal, importa ressaltar que a lesão ou colocação em perigo do bem jurídico não estabelece, de forma alguma, um princípio único de limitação da punição. Visto que o direito público, civil e de mera ordenação social, também visam a tutela de valores consideráveis na vida em sociedade. Entretanto, insta saber se, mesmo na violação daqueles valores, a sua tutela deve verificar-se por meio do direito penal ou através de outra forma jurídica. Assim, consubstanciando o limite do poder punitivo do Estado, está o princípio da subsidiariedade, que reconhece ao direito penal a função de “proteção subsidiária”. <sup>(67)</sup>

Diante do exposto, a teoria do bem jurídico se define num agrupamento de ideias político-criminais, com respaldo no texto constitucional e posto à disposição do legislador. Logo, não tendo por finalidade a proteção de um bem jurídico-penal, qualquer lei que incrimine determinado comportamento será materialmente inconstitucional, por violação do art.º 18.º, n.º 2, da CRP <sup>(68)</sup>. A violação de um bem jurídico não é suficiente para que haja intervenção penal. Antes de tudo, a violação tem que ser absolutamente substancial ao livre desenvolvimento da personalidade de cada pessoa na comunidade. De maneira que o

---

<sup>65</sup> ROXIN, Claus. *O conceito de bem jurídico...*, op. cit., p. 13-14.

<sup>66</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. *Op. Cit.*, p.178.

<sup>67</sup> ROXIN, Claus. *O conceito de bem jurídico...*, op. cit. p. 25.

<sup>68</sup> O artigo 18º n.º 2 da CRP, preleciona que “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”. PORTUGAL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: Abril de 2015.

direito penal constitui a *última ratio* <sup>(69)</sup> da política social e sua intervenção é de natureza subsidiária.

Assim, podemos afirmar que a concepção material de crime é fundamentalmente constituída pela noção de bem jurídico provido de dignidade penal e, a função substancial do direito penal “reside na tutela *subsidiária (de ultima ratio) de bens jurídico-penais*” <sup>(70)</sup>.

Ainda que se defenda a concepção do bem jurídico como padrão crítico da legislação (defendido aqui por *Roxin*), permanecem ainda questões decorrentes da criminalização de condutas que não são ofensivas ao bem jurídico. Nesse sentido, o princípio proporcionalidade, enquanto princípio fundamental de um Estado de Direito, aparece como justificativa da criminalização de uma conduta não ofensiva ao bem jurídico. No entanto, tal princípio não parece revelar um fundamento convincente para solucionar todas as normas que não pressupõem a ofensa de um bem jurídico <sup>(71)</sup>.

Por vezes, há quem compreenda – principalmente no que confere à doutrina brasileira <sup>(72)</sup> – que a fonte integradora do bem jurídico deve procurar-se num quadro supra constitucional, no princípio da dignidade da pessoa humana. Este entendimento responde em determinada altura, a interesses que se mostram essenciais para persecução do interesse pessoal e da própria comunidade. Inclusive, em dado momento, *Figueiredo Dias* determina “o entendimento subjacente à lei radica, em suma, na protecção por meios penais contra a necessidade de utilizar a sexualidade como modo de subsistência, protecção *diretamente fundada no princípio da dignidade da pessoa humana*” <sup>(73)</sup>.

---

<sup>69</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a ultima ratio da protecção dos bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal. In: *Revista brasileira de Ciências Criminais*. Coimbra: Revista dos Tribunais, março/abril de 2005, p. 9.

<sup>70</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral...*, op.cit., pp. 128-129.

<sup>71</sup> Para um melhor desenvolvimento: (ROXIN, Claus. *O conceito de bem jurídico...*, op. Cit., p. 33 e ss).

<sup>72</sup> No Brasil, o título empregado aos crimes sexuais no Código Penal brasileiro é: “Título VI – Dos crimes contra a dignidade sexual”; “Capítulo I – Dos crimes contra a liberdade sexual” e “Capítulo II – Dos crimes sexuais contra vulnerável”. De modo que, o próprio título conferido a norma jurídica já apresenta a ideia da dignidade humana. Sendo assim, *Bitencourt* preleciona: “Na realidade, também nos crimes sexuais, especialmente naqueles praticados *sem o consenso* da vítima, o *bem jurídico* protegido continua sendo a *liberdade individual*, na sua expressão mais elementar: a *intimidade e a privacidade*, que são aspectos da *liberdade individual*; a intimidade e a privacidade assumem dimensão superior quando se trata da *liberdade sexual*, atingindo sua plenitude quando se trata da *invulnerabilidade carnal*. Protege-se, genericamente, a *dignidade sexual individual*, de homem e mulher, indistintamente, consubstanciada na liberdade sexual e direito de escolha. Em outros termos, o presente tipo penal insere-se na finalidade abrangente de garantir a todo ser humano, que tenha capacidade de autodeterminar-se sexualmente, que o faça com liberdade de escolha e vontade consciente”. (BITENCOURT, César Roberto. Código Penal Comentado, 7ª edição, São Paulo: Saraiva, 2012, p., 1120)

<sup>73</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. O “Direito Penal do bem jurídico” como princípio jurídico-constitucional: Da doutrina penal, da jurisprudência constitucional portuguesa e das suas relações. In *XXV anos de*

Porém, entendemos – assim como *Figueiredo Dias* (<sup>74</sup>) – que invocá-lo como um limite absoluto da intervenção estatal, como fundamento de veto a qualquer atividade que não respeite aquela dignidade, seria desastroso. Tal proposição deve e pode concretizar-se no modo incompleto e lacunoso da tutela penal, em determinados bens jurídicos, como, se apresenta o caso, da liberdade e autodeterminação sexual. Todavia, o referido princípio não deve assumir fundamento de validade constitucional de uma criminalização como o lenocínio (art. 169º), mas pode ao menos, em certas circunstâncias, ser legitimamente invocado como fundamento de sua inconstitucionalidade.

Portanto, mesmo que a concepção do bem jurídico esteja sujeita a críticas e não consiga apresentar um consenso, o nosso entendimento emerge, assim, das teses de autores aqui referidos, precisamente no que explana *Figueiredo Dias*, cujo fundamento se baseia na punição de condutas em nome da tutela de bens jurídicos coletivos. Assenta-se, então, no entendimento da manutenção fiel do paradigma jurídico-penal, instaurado no período iluminista, que ainda hoje se encontra em desenvolvimento.

## **1.2) A concepção do bem jurídico nos crimes sexuais**

Nos últimos tempos, as concepções dos crimes sexuais na sociedade sofreram uma completa metamorfose. O cariz moralista deu lugar a uma concepção libertadora, na qual as práticas sexuais passaram a ser encaradas como pertencentes à esfera individual. Neste contexto, será importante apresentar a questão da separação entre o direito e a moral.

### **1.2.1) O bem jurídico como fator delimitador entre o direito e a moral**

A relação entre o Direito e a moral ou o *Ethos* tem sido objeto de uma importante controvérsia, sendo uma das questões essenciais da Filosofia do Direito. No entanto, apenas aprofundaremos essa questão para melhor compreendermos a concepção do bem jurídico nos crimes sexuais. Portanto, será destacada a relação entre o direito e a moral, mais precisamente, uma separação entre as questões jurídicas e as questões morais.

---

*jurisprudência constitucional portuguesa – Colóquio comemorativo do XXV aniversário do Tribunal Constitucional*. Coimbra editora, 2009, p. 40.

<sup>74</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *O “Direito Penal do bem jurídico”...*, *op. cit.* p, 41.

Nesse diapasão, recorremos aos fundamentos de *Luigi Ferrajoli* <sup>(75)</sup>, que destaca duas posições opostas que revelam uma antiga separação entre duas filosofias morais e duas filosofias jurídicas correlativas. Primeiramente a posição da “confusão”, representativa de uma implicação mútua entre as questões morais e as questões jurídicas. Trata-se, pois, de uma posição expressa de imoralidade (presumível) de determinado comportamento assumida por muitos católicos, no entendimento de que todo comportamento imoral deve ser tratado como crime e proibido pelo direito. A segunda posição assente na “separação” axiológica entre o direito e a moral. Trata-se de uma tese iluminista, apoiada por *Hobbes, Locke, Bentham, Beccaria, Stuart Mill, Bobbio e Hart*, traduzida no pensamento de que o Direito se aplica apenas no âmbito do dano ou do prejuízo de interesses ou da violação dos deveres (externos), ou seja, não é nem deve ser instrumento da moral, materializando assim a separação axiológica entre o direito e a moral <sup>(76)</sup>.

Identificamos esta posição da separação axiológica como o primeiro postulado do liberalismo, caracterizada pelo princípio do pluralismo moral e cultural que devemos tolerar na sociedade. O direito e a moral devem permanecer como sistemas separados, onde todos devem estar submetidos ao mesmo direito, sendo uma condição de igualdade e papel normativo do Direito. Ao passo que, numa sociedade liberal, as pessoas não precisam ter os mesmos valores, opiniões e crenças. É nesta assimetria que o Direito moderno se baseia: na moral laica fundada, ou seja, na autonomia da consciência individual e na secularização do direito e na laicidade do Estado <sup>(77)</sup>.

Esta segunda posição, além de ser um pressuposto axiológico do liberalismo, é correspondente ao princípio do utilitarismo jurídico, que pode ser compreendido como o outro lado do liberalismo <sup>(78)</sup>. Em virtude deste princípio, o Direito e o Estado não representam os valores morais, apenas têm o dever de garantir os direitos dos cidadãos. O Estado não deve, portanto, interferir nas concepções morais e estilos de vida das pessoas, seu dever é proibir condutas que prejudiquem terceiros e garantir a igualdade, liberdade e

---

<sup>75</sup> FERRAJOLI, Luigi. A questão do embrião entre direito e moral. In: *Revista do Ministério Público*, Ano 24, n.º 94, Abril-Junho, 2003, pp. 11 e 12;

<sup>76</sup> Neste seguimento, *Ferrajoli* cita o artigo 4.º, da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, “A liberdade consiste em fazer tudo aquilo que não prejudica os outros. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem outros limites, senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo destes mesmos direitos. Estes limites só podem ser determinados pela lei”. (FERRAJOLI, Luigi. A questão do embrião..., *op.cit.*, p.12)

<sup>77</sup> FERRAJOLI, Luigi. A questão do embrião..., *op.cit.*, p.11.

<sup>78</sup> *Idem* – pps. 11-12

os mínimos vitais (direitos fundamentais que estão presentes na Constituição). É precisamente na sua neutralidade moral, na não invasão da vida privada dos indivíduos, que reside a laicidade do direito e do Estado liberal. Por esse motivo, o direito penal foi o lugar onde nasceu o liberalismo e o Estado de Direito. O princípio da ofensividade, como critério de justificação do que é punível, é um corolário do princípio liberal e, neste seguimento, o único pressuposto pelo qual se pode legitimamente realizar o poder sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra a sua vontade, será para evitar prejudicar terceiros <sup>(79)</sup>. *Luigi Ferrajoli* ainda sugere a aplicação dessas duas teses – que foram anteriormente explícitas – aos diversos valores, mormente, bens jurídicos, que estipulada norma visa tutelar.

No que confere os ensinamentos de *Hespanha* <sup>(80)</sup>, em sua doutrina, tem sido considerado o Direito da modernidade como um “fator e um resultado da atomização da sociedade”, da criação de uma “sociedade individualizada”, em que a equiparação entre os interesses particulares e os interesses comunitários sofre de uma constante tendência individualista. Essa problemática marcada pela singularidade das relações humanas, substituiu-se a um direito feito de normas que “externalizam” as pessoas, submetendo as relações entre ambos a padrões de valorações que destinam o “bem geral” ou estabelecem os interesses individuais no “padrão exclusivo ou dominante de conduta” (como ocorre, nas formas de utilitarismo e individualismo liberal).

A questão é saber se o desejo de suprir as deficiências do direito corresponderá a um o retorno da moral, ou se poderá o retorno da moral corresponder a uma submersão do direito. No entanto, tal afirmação do “retorno da moral” é rigorosamente equívoca. Por outro lado, o referido autor dispõe que poderá a moral corresponder a uma submersão do direito, no desaparecimento de normas jurídicas, a exemplo das normas que regulam a comunidade política, deixando esse campo à sensibilidade axiológica de cada um, ou na redução do âmbito juridicamente regulado, de forma que este deixasse mais espaço à ética

---

<sup>79</sup> *Stuart Mill* apresenta a formulação do nexa entre o liberalismo político e o utilitarismo jurídico “o bem do indivíduo, seja ele físico ou moral, não é uma justificação suficiente. Não se pode obrigar a fazer ou não fazer qualquer coisa porque é melhor para ele, porque o vai tornar mais feliz, ou porque, na opinião de outro é oportuno ou até certo: estes são bons motivos para discutir, protestar, convencê-lo ou suplicá-lo, mas não para o obrigar ou para o punir de qualquer maneira no caso de ele se comportar de maneira diferente”, (MILL, John Stuart – (1861), *On Liberty*, tradução italiana de S. Magistretti, Saggio Sulla Libertá, II, Saggiatore, Milão, 1981, “Introdução”, pp. 32-33, *apud* FERRAJOLI, Luigi. A questão do embrião..., *op. cit.*, p. 12).

<sup>80</sup> HESPANHA, António Manuel – Que espaço deixa ao direito uma ética da pós-modernidade?, *In: Themis*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Ano VIII, n.º 14, Coimbra: Almedina, 2007, pp. 57 e ss.

(<sup>81</sup>). Assim *Hespanha*, aponta duas lições fundamentais para compreender esta problemática:

A primeira lição [...] é da necessidade de proceder a uma radical baixa de expectativas quanto à função humanista do direito [...] como garante da autonomia moral dos indivíduos [...] como factor de responsabilização dos indivíduos [...] e como modelo geral de resolução de dilemas humanos.

A segunda lição é de assumir que o direito, não podendo cumprir objectivos éticos, deve procurar antecipar a ética, constituindo-se sobre um princípio idêntico, o da solicitude (viver para o outro), ou que, pelo menos, o clássico princípio da mera tolerância (viver com o outro) com que o direito moderno se bastava (nos termos do tal mínimo ético) tem que ser substituído por um princípio mais exigente, o da solidariedade mais fundamental (viver para, viver como se o outro fosse eu) <sup>82</sup>.

Conforme já tratamos, a concepção do bem jurídico é um complexo não uniforme e de fácil discussão. Portanto, quando nos referimos à concepção do bem jurídico no âmbito dos crimes sexuais, parece existir uma condição de renascimento da mesma concepção como fator delimitador da distinção entre o direito e a moral, conforme assinala *Tomás Antón* (<sup>83</sup>). Nessa perspectiva, o autor argumenta que é imprescindível para o sistema democrático a separação entre o direito e a moral, distinção esta que não deve ser aplicada apenas nos comportamentos sexuais, mas também, em comportamentos políticos, sob pena de serem postos em causa as liberdades mais básicas, como a livre ideologia ou expressão e o livre desenvolvimento da personalidade.

Ainda, *Tomás Antón* entende que a moral (utilizada em sentido amplo) não pode, legalmente, limitar o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e, conseqüentemente, da liberdade de expressão. No entanto, não se afasta a possibilidade de se legislar protegendo determinados valores de caráter moral (<sup>84</sup>) e, no que concerne a doutrina da Espanha, nos casos em que se encontra uma remissão do direito para a moral,

---

<sup>81</sup> “A problematização do direito como ordem dirigida à regulação de comportamentos de pessoas terá que ser mais limitada, ficando-se pelo reconhecimento de que a solução jurídica nunca resolve definitivamente os problemas de legitimidade ética do comportamento pessoal. Pelo reconhecimento de que, durante e depois da resolução do caso jurídico, cada uma das partes, mas também o julgador, continuam a ser interpelados sobre a legislação do seu comportamento, sobre a sua conformidade com os padrões morais, irredutivelmente pessoais, da responsabilidade de cada um, incodificáveis e, por isso, pleno de incertezas e de riscos”, (*idem* – *op. cit.*, p.61)

<sup>82</sup> HESPANHA, António Manuel. *op.cit.*, p.75.

<sup>83</sup> VIVES ANTÓN, Tomás – Sistema Democrático y Concepciones del Bien Jurídico. *Lusitana*. Direito. Série II, n.º 4/5. Lisboa: Universidade Lusitana Editora, 2007. ISSN: 0872-2498, p. 159.

<sup>84</sup> Assinala a Declaração Europeia dos Direitos do Homem, no seu art.º 29.º, n.º 2, o Convénio de Roma, de 04-11-1950, no seu art.º 10.º, e ainda o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, de 19-12-1966, nos quais se estabelecem limites com vista a satisfazer as justas exigências da moral, e para a protecção da moral pública. (VIVES ANTÓN, Tomás. *Op. Cit.*, p. 161).

devemos interpretar como uma moral pública, ou seja, valores morais reconhecidos e consentidos, em sua maioria, pela comunidade. <sup>(85)</sup>

Inaceitável, porém, é que uma remissão desse aspecto tenha como finalidade qualquer ideologia religiosa ou filosófica. Nesse sentido, é absolutamente necessário, no que se refere ao bem jurídico objetivo previsto na norma que, o que se pretende tutelar não pode consistir de moral sexual, visto que as normas não têm outra objetividade a não ser o que a lei formamente proporciona <sup>(86)</sup>.

Após dispor sobre alguns doutrinadores, o que importa saber é se o Direito Penal pode, constitucionalmente, tutelar bens morais. Tal questão que não pode ser esclarecida, sem antes dispor previamente sobre o que se entende por bens morais. Apesar de existir posições extremas, tanto de quem reconhece que o direito tem legitimidade para impor coletivamente valores morais, quanto de quem acentua a total separação entre o Direito e a Moral, percebe-se que existem valores morais que participam da legitimação do Direito.

Dessa forma, mesmo levando em consideração a separação radical entre o Direito e a moral, não se deixa de reconhecer que o Direito pode tutelar valores morais, sem que, por esse motivo, o Direito e a Moral se misturem <sup>(87)</sup>. Porém, o ponto fulcral da nossa investigação é questionar o crime de lenocínio, precisamente no artigo 169º, nº 1 do CP português, que protege valores fundamentados em uma perspectiva moral. Ora, resposta esta na qual reconhecemos que estamos diante de uma perspectiva firmada no comportamento histórico e cultural da sociedade, numa situação da prostituição, nas quais existe um aproveitamento financeiro por terceiro da pessoa prostituída.

Nesse seguimento, é evidente que esta perspectiva reside na ideia do comportamento cultural e histórico da sociedade, mas deve-se compreender que o significado assumido pelo legislador penal é, em primeiro lugar, o da tutela da liberdade das pessoas que se prostituem. Ou seja, o que se pretende dizer é que o Estado pode tutelar concepções morais, contudo, o direito penal deve, acima de tudo, destinar para a proteção dos bens jurídicos.

---

<sup>85</sup> VIVES ANTÓN, Tomás – *op. cit.*, p. 169.

<sup>86</sup> *Idem* – *op.cit.*, p. 172.

<sup>87</sup> KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito; trad. port. de Baptista Machado, 7º edição, Coimbra: Almedina, 2008.

Portanto, não podemos deixar de assinalar que, conforme os preceitos de *Figueiredo Dias* (<sup>88</sup>), o Estado tem legitimidade para tutelar quaisquer concepções morais. Entretanto, cabe ao direito penal o papel de proteção dos bens fundamentais da sociedade e das condições necessárias ao livre desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo.

### **1.2.2) O bem jurídico como fator delimitador entre o direito e o livre desenvolvimento da personalidade**

Do que vem sendo dito, no campo de análise da concepção do bem jurídico, ao qualificar determinados valores como bens jurídicos e estabelecer consequências punitivas para que coloque em perigo ou ofenda os respectivos bens jurídico-penais, ficará vedada a incriminação de condutas que não prejudiquem a convivência social e o livre desenvolvimento da pessoa (<sup>89</sup>). Destaca-se, dessa forma, a denominada concepção personalista do bem jurídico.

Estes comportamentos adquirem importância fundamental quando incide no livre desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo. *Fernando Torrão* (<sup>90</sup>) apresenta uma concepção personalista do bem jurídico, na qual entende que a concepção que vem sendo sustentada obriga a não fundamentar as incriminações nas convicções de determinada ideologia política ou moral. Visto que, existem condutas que, apesar de serem consideradas como imorais, como, por exemplo, a prática da prostituição, o incesto, entre outras, quando praticadas em privado e com livre consentimento entre os adultos, não afetam a liberdade de ninguém e, conseqüentemente, não podem ser incriminadas. A classificação de uma prática sexual como crime só pode acontecer quando não houver o consentimento entre um dos envolvidos, ou quando a pessoa se encontrar em uma situação (física ou psíquica) condicionadora da liberdade de motivação. Ainda, nas palavras do respectivo autor, “o

---

<sup>88</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal e Estado de Direito Material (Sobre o Método, a Constatação e Sentido da Doutrina Geral do Crime), in *Revista de Direito Penal*, n. ° 31, Janeiro-Junho, 1981, Rio de Janeiro Apud PATTO, Pedro Vaz. Direito Penal e Ética Sexual. Direito e Justiça. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, Volume XV, Tomo 2, 2001, p. 124.

<sup>89</sup> Roxin refere-se à doutrina do bem jurídico como “uma doutrina liberal referida à pessoa” (ROXIN, *Tratado*, 13, n. ° 12 Apud TORRÃO, Fernando – *op. cit.*, p. 556).

<sup>90</sup> TORRÃO, Fernando – *op. cit.*, p. 557; no mesmo sentido, este autor cita NATSCHERADETZ, Karl – *op. cit.*, p. 120.

bem jurídico protegido nos crimes sexuais não deve ser outro que não a liberdade sexual ou a liberdade de autodeterminação sexual”<sup>(91)</sup>.

*Costa Andrade* <sup>(92)</sup> entende que a consagração da liberdade e autodeterminação sexual como bem jurídico penalmente protegido configura como um valor a proteger e promover, seja expressando-se na sua dimensão negativa (resistindo a imposições não queridas), seja na dimensão positiva (pelo comprometimento livre e autêntico em formas de comunicações intersubjetivas). No entanto, insta salientar que a excessiva intervenção do direito penal nos crimes sexuais pode limitar a liberdade sexual do indivíduo, dependendo assim da:

[...] contenção necessária para obviar ao perigo da criação, interpretação e aplicação de incriminações, que ao pretenderem maximizar, pela via negativa, a tutela do bem jurídico, acabam por impor limitações ou sacrifícios particularmente drásticos na sua vertente positiva. Desta forma [...] a coacção jurídica, e sobretudo a coacção penal, só é legítima quando cria mais liberdades do que destrói <sup>(93)</sup>.

Portanto, importa salientar que é essencial levar em consideração a liberdade ética e individual das pessoas como limite necessário a interferência do Estado, no sentido de que “o direito penal só pode intervir onde se verifiquem lesões insuportáveis das condições comunitárias essenciais ao livre desenvolvimento e realização da personalidade de cada homem” <sup>(94)</sup>. Ou seja, o legislador só deve intervir quando a conduta exercida provoque uma ofensa grave ao livre desenvolvimento da pessoa.

No entanto, através de uma perspectiva completamente diferente, *Pedro Vaz Patto* <sup>(95)</sup> justifica o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento para a punição de quem explora ou se serve do exercício da prostituição por outrem. O entendimento aqui é que o bem jurídico protegido seja a dignidade da pessoa que se prostitui (ou se vê obrigada a prostituir-se), isto é, a vítima do crime e não o agente do crime de lenocínio. Sustenta ainda que a destinação do Direito Penal Sexual é tutelar a dignidade da pessoa humana enquanto bem jurídico pessoal, em virtude de “opções éticas

---

<sup>91</sup> No mesmo sentido, referindo-se às reformas estabelecidas no Direito Penal Sexual, em especial no direito germânico, ressalta: “Todas as vicissitudes, incongruências e mesmo contradições da reforma entre parênteses, um princípio parece adquirido: só a liberdade e autodeterminação da expressão sexual pode valer como bem jurídico digno de tutela penal”. (ANDRADE, Manuel da Costa. *Op. Cit.*, p. 395).

<sup>92</sup> ANDRADE, Manuel da Costa – *op.cit.*, p. 395.

<sup>93</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. *Op. Cit.*, p. 395.

<sup>94</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português...*, *op.cit.*, pps. 38 e ss.

<sup>95</sup> PATTO, Pedro Vaz – *op. cit.*, p. 144.

em matéria sexual a que o direito penal não pode estar alheio”. Dos princípios que governam o Estado Democrático de Direito, pressupõe, por parte do Estado e da justiça penal, uma atitude agnóstica ou relativista no âmbito sexual. Entretanto, as leis do Direito Penal podem contemplar escolhas éticas referentes às condutas sexuais (<sup>96</sup>). Enfatiza-se, no entanto, que a legitimidade da intervenção estatal estará circunscrita nos comportamentos que lesem ou explorem terceiros. Não poderíamos deixar de ressaltar que o Direito Penal não pode impor qualquer moral privada (<sup>97</sup>), visto que o único escopo cuja prossecução pode ser realizada poder sobre qualquer pessoa da comunidade contra seu arbítrio é, de acordo com a opinião de *Stuart Mill*:

O de impedir danos a outros... o seu próprio bem físico ou moral não é justificação bastante... sobre si mesmo, sobre o seu corpo e espírito, o indivíduo é soberano. (<sup>98</sup>)

Posto isto, a maioria da doutrina, em termos nacionais e internacionais, parece ter o mesmo posicionamento quanto à legitimidade da intervenção penal. De acordo com *Pedro Vaz Patto* (<sup>99</sup>), existe um movimento crescente de descriminalização de condutas imorais que não causem danos a terceiros, mais especificamente, afasta-se da tutela penal a moral sexual em si mesma, “traduzida em conceitos e expressões como bons costumes, pudor público ou sentimentos gerais da moralidade sexual”. A reforma do Código Penal de 1995 (Decreto-Lei 48/95) distanciou os crimes sexuais da justificativa ético-social da vida em sociedade e passou a conceituar como crimes contra a liberdade a autodeterminação sexual, eliminando desta maneira as concepções moralistas de tutela penal. Assim, pois, é o objetivo do direito penal sexual privilegiar a liberdade e autodeterminação sexual como bem jurídico indispensável a proteger nos crimes sexuais.

Dessa forma, procura-se abolir da interpretação das normas todos os sinais de outras visões dispostas por “moralistas”. A expressão “acto sexual de relevo” (operada em

---

<sup>96</sup> PATTO, Pedro Vaz – op.cit., p. 123.

<sup>97</sup> No mesmo sentido : “O Estado, que se baseia na soberania popular, não prossegue qualquer finalidade divina ou transcendente, não tem por função corrigir moralmente pessoas maduras, mas apenas garantir as condições vitais da vida em comunidade e do livre desenvolvimento da personalidade humana. Tutela bens valiosos para todos como a vida, a integridade física, a liberdade de actuação ou a propriedade”. (ROXIN, Claus – Sentido e Limites da Pena Estatal. In: *Problemas Fundamentais do Direito Penal*. Lisboa, 1986, apud PATTO, Pedro Vaz – Direito Penal e..., p. 125).

<sup>98</sup> MILL, John Stuart – *On Liberty*, 1859, Edição de J. M. Robson, 1966, p. 13, apud PATTO, Pedro Vaz – Direito Penal e..., p. 124.

<sup>99</sup> PATTO, Pedro Vaz. *Op.Cit.*, p. 126.

vários tipos dos crimes previstos no capítulo V do CP português) deverá ser regulamentada em função da liberdade de autodeterminação sexual da pessoa. Contudo, no que diz respeito ao crime de lenocínio (artigo 169º, n.º1), questiona-se a legitimidade material da incriminação da atividade profissional ou com intenção lucrativa de fomento, favorecimento ou facilitação do exercício da prostituição, ou mesmo a incriminação dessa conduta quando se “exploram necessidade econômica ou situações de abandono”, visto que, sob esta perspectiva, estaríamos diante de um crime sem vítima e diante de uma proteção transpessoal. <sup>(100)</sup>

Portanto, na visão de *Pedro Vaz Patto* <sup>(101)</sup>, não se pode considerar a moralidade em si mesma sem qualquer justificação ligada a interesses sociais, bem como não parece legítimo punir condutas com a justificativa única de que a maioria da população não aceita. Também, não parece que os princípios que regem o Estado democrático de Direito originem da necessidade do completo neutralismo do Estado, e igualmente do Direito Penal, em matéria de ética social.

Devemos, portanto, fazer a distinção entre o Direito e a Moral. No entanto, não devemos desconsiderar que existem pontos de convergência entre ambos, pois os bens jurídicos a serem tutelados pelo Direito Penal não abrangem apenas as necessidades de ordem material (não devemos rejeitar a significância ética desses bens <sup>102</sup>). Dessa forma, *Pedro Vaz Patto* <sup>(103)</sup> determina que é imprescindível que essa tutela se revele consoante aos princípios da necessidade e da subsidiariedade, necessários para a subsistência da sociedade para a legalidade da intervenção.

Por fim, para a este último autor, a dignidade da pessoa humana, no qual o Estado Democrático de Direito fundamenta-se, constitui reflexos de ética social que podem ser socialmente e juridicamente pertinentes, dado que “não se trata de tutelarem sistema de ética sexual enquanto tal, mas de tutelar a dignidade da pessoa humana enquanto bem jurídico pessoal” <sup>(104)</sup>. Desta proteção ocorrem opções éticas em matéria sexual a que o direito penal não pode ser indiferente. Conclui-se, então, que não podemos verificar um

---

<sup>100</sup> Ver, neste sentido, ANABELA RODRIGUES, *In Comentário Coninbricence ao Código Penal*, Parte Especial, Tomo I, pgs, 518 e 519.

<sup>101</sup> PATTO, Pedro Vaz. *Op.Cit.*, pps. 131-132.

<sup>102</sup> Sobre essa questão, CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, *Constituição e Crime, Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*, Porto, 1995, pgs. 83-84.

<sup>103</sup> PATTO, Pedro Vaz – *op.cit.*, p. 132.

<sup>104</sup> *Idem* – p. 144.

absoluto rompimento entre o direito penal e a ética sexual num Estado Democrático de Direito.

Para *Maria do Carmo Dias* (<sup>105</sup>), o paradigma do direito penal sexual assenta na necessidade de garantir as condições mínimas e essenciais para a promoção da autorrealização de cada pessoa da sociedade, ou seja, “reduzir-se ao mínimo indispensável” (<sup>106</sup>). O exercício da liberdade sexual pressupõe e depende, preliminarmente, da completa capacidade de autodeterminação sexual. Assim, o Direito penal tem o dever promover e garantir (e não restringir) a liberdade de autodeterminação sexual das pessoas capazes e incapazes de se expressar sexualmente. Dessa forma, toda a pessoa maior de idade e plenamente capaz tem o direito de “exercer a atividade sexual em liberdade” (<sup>107</sup>). Consequentemente, quando condutas sexualmente ilícitas ocorrem, através do consentimento entre as partes, no âmbito privado e entre maiores de idade, a estabilidade da sociedade não é posta em causa e, dessa forma, não estamos perante a uma conduta que prejudique o livre desenvolvimento de terceiros. Logo, não devemos criminalizar penalmente tal conduta.

No entanto, quando a conduta referida anteriormente (consensual e entre maiores) acontecer na esfera pública, não deve existir a obrigação de intervir penalmente, a não ser que tal ato praticado venha a colidir com “núcleo essencial” da liberdade sexual de um terceiro. (<sup>108</sup>) Desta maneira, o exercício da liberdade de cada indivíduo somente é limitado quando prejudicar a liberdade sexual de outra pessoa. Por fim, *Maria do Carmo Dias* defende que o bem jurídico a proteger nos crimes sexuais deve ser a liberdade e a autodeterminação sexual. (<sup>109</sup>)

---

<sup>105</sup> DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes Silva. Repercussões da Lei n.º 59/2007, de 4/9 nos “crimes contra a liberdade sexual”. Jornadas sobre a revisão do Código Penal: estudos organizados pelo Centro de Estudos Judiciários. In: *Revista do CEJ*, 1.º semestre, número 8 (especial), Lisboa: CEJ, 2008, pp. 213 a 279.

<sup>106</sup> Acrescenta-se que “a sociedade pluralista há-de adoptar uma atitude neutra perante a conduta sexual no seu conjunto, já que, dadas as suas aspirações e propósitos político-criminais, não precisa de promover uma determinada orientação global para preservar sua existência” (DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *El Derecho Penal Ante El sexo (límites, critérios de concreción y contenido del Derecho Penal Sexual)*, Barcelona: BOSCH, 1981, pp. 38-39 *apud* DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes Silva, *op.cit.*, p.219).

<sup>107</sup> ORTS BERENGUER, Enrique – *Delitos Contra la Libertad Sexual*, Valencia: Tirand lo Blanch, 1995, p. 24, *apud* DIAS, Maria do Carmo Silva – *op. cit.*, p. 220.

<sup>108</sup> Para melhor compreensão: “[...] apenas o respectivo portador individual (isto é, o portador concreto) – pleno gozo da sua capacidade de autodeterminação – pode dispor livremente da sua sexualidade e exercê-la, mesmo que de forma irracional, quando, com quem e como quiser, mas sempre sem prejuízo dos direitos de terceiros” (DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes Silva, *op.cit.*, pps.220-221).

<sup>109</sup> DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes Silva – *ob. cit.*, pp. 213 a 279

Após nos atermos sobre os diversos posicionamentos adotados pelos autores que aqui foram abordados, se faz necessário destacar que, no que concerne aos crimes sexuais, há uma predisposição de atrelar tais crimes a valores morais. Dessa maneira encontramos, nos crimes sexuais, eventualmente, uma discussão entre a relação do direito e a moral, traduzida nos diversos estudos referentes à delimitação do bem jurídico a tutelar.

Entretanto, conforme restou explicitado, o Direito Penal não deve ser visto como instrumento para instituir ilimitadamente comportamentos fundamentados em valores de caráter moral, visto que, se qualquer norma de caráter moral (ou ética) reclamasse por si e fundamentasse uma incriminação, o Direito Penal perderia a autonomia funcional e, conseqüentemente, a sociedade se veria submetida por normas penais com teor insuportável, de modo que, acarretaria no sacrifício da liberdade pessoal <sup>(110)</sup>.

Claro que o compromisso com o liberalismo (com laicidade) que está subentendido nestas afirmações é, afinal, o próprio o acolhimento de um “moralismo”: no entendimento em que suscita a defesa de valores (liberdade, autonomia, etc), o liberalismo também é um moralismo. Contudo, a verdadeira natureza desses valores é de forma a que se não prestem à defesa deles centrada em si mesma, ou seja, em valores de autonomia pessoal. É necessário que se respeite, pela ordem jurídica, a liberdade individual de cada um. <sup>(111)</sup>

Assim, conforme assinalado anteriormente, o Direito Penal pode proteger, sempre subsidiariamente (o critério da necessidade ou carência de tutela penal – que acresce o da dignidade penal – implica que o Direito penal constitua a *ultima ratio* da política criminal, como decorrência do princípio da proporcionalidade em sentido amplo <sup>112</sup>), de forma a manter a equiparação entre o poder punitivo e a liberdade humana.

O que pretendemos dizer é que toda visão de moralidade sexual é legítima e credora de respeito numa sociedade pluralista – enquanto ideal pessoal – desde que tal visão não possa ser usada como fundamento de imposição jurídico-normativa do direito

---

<sup>110</sup> ALBERGARIA, Pedro Soares; LIMA, Pedro Mendes. O crime de lenocínio entre o moralismo e o paternalismo jurídicos. *In Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n. ° 2, abril-junho, Coimbra Editora, 2012, p., 211.

<sup>111</sup> Para melhor desenvolvimento: “O centro da questão é, pois, o valor da autonomia pessoal, bem que não pode ser simplesmente alinhar-se com outros como apenas ‘um específico bem mais’. Situado a um nível mais abstracto do que os demais, como ‘bem de segunda ordem’, o exercício da autonomia é condição de escolha, por cada um, da forma de ‘vida boa’ que mais lhe convenha”. Ainda citando “não é um valor entre valores, nem um valor oposto a outros, mas antes a ‘regra de convivência de todas as possíveis filosofias’”. (ALBERGARIA, Pedro Soares e LIMA, Pedro Mendes. *Op. Cit.*, p. 212).

<sup>112</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal – Parte Geral, I*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 127 *Apud* ALBERGARIA, Pedro Soares e LIMA, Pedro Mendes. *Op. cit.*, p. 213.

penal. Existe também a tendência de fundamentar a intervenção estatal dos crimes sexuais com base na dignidade humana. Comprendemos, no entanto, que o referido princípio não deve assumir o fundamento de validade constitucional do crime de lenocínio, mas, em determinadas circunstâncias, pode concretizar-se no modo lacunoso e incompleto da tutela penal. Seria, portanto, desastroso conferir à dignidade da pessoa humana como fundamento concreto, antes de observar o objetivo principal do crime em análise: a liberdade individual da pessoa.

## CAPÍTULO II – O crime de Lenocínio no Direito Penal Português e Brasileiro

### 2.1) Do crime de Lenocínio no Direito Português: Percurso histórico das Reformas penais

O crime de lenocínio foi objeto, por muitas vezes, de várias alterações no decorrer da evolução de sua vigência no Direito Penal português. Muitas reformas foram feitas, sobretudo aquelas que provocaram diversos efeitos sobre sua sistemática ou no conteúdo dos elementos que preenchem o tipo de crime. Neste diapasão, iremos contextualizar o percurso histórico das reformas penais para depois darmos seguimento sobre a atual aplicação do crime de lenocínio.

Inicialmente, no que respeita o Ordenamento Jurídico português, tais infrações surgiram enquanto “crimes morais”. Os Códigos Penais de 1852 e 1886 eram determinados por “crimes contra honestidade” no âmbito de “crimes contra as pessoas”, segundo os quais a lei não distinguia o sexo da pessoa ofendida e utilizava mais a expressão “corrupção” da pessoa do que “prostituição”<sup>(113)</sup>. Posteriormente, foram registradas as transformações de vários decretos, entre os quais: “Decreto de 27 de Maio de 1911 (art. 170.º, § único); Decreto n.º 20 431, de 24 de outubro de 1931; e Decreto-Lei n.º 44 579, de Setembro de 1962”<sup>(114)</sup>. Nestas reformas ocorridas, as prostitutas não foram mais punidas, somente o proxenetismo. No entanto, não se impediu que as vítimas fossem identificadas como:

Raparigas e mulheres que habitualmente se entregam à prática de relações sexuais ilícitas com qualquer homem, delas obtendo remuneração ou qualquer outro proveito econômico. <sup>(115)</sup>

---

<sup>113</sup> O crime de lenocínio no código de 1886 definia-se como o fato de “exercitar, favorecer ou facilitar a corrupção de alguém, para satisfazer os desejos desonestos de outrem” (COSTA, José Martins Barra da. O crime de lenocínio. Harmonizar o Direito, compatibilizar a Prostituição. *In Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 1, janeiro-março, 2002, p. 428). Vera Lúcia descreve que: “O ascendente do direito romano, e mais tarde do direito canônico, converteu o nosso ordenamento jurídico-penal numa amálgama de sentimentos moralistas, que instigava, à punição da actividade sexual extra-matrimonial ou qualquer outra de cariz supostamente indecoroso (crimes contra o pudor). A proclamação da família monogâmica e a sacralização do casamento construíram o pilar de toda uma construção dogmática moralista”. (RAPOSO, Vera Lúcio. Da Moralidade à liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual, *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, p. 936).

<sup>114</sup> COSTA, José Martins Barra da. *Op. Cit.*, p. 428.

<sup>115</sup> *Idem* – pps. 428 – 429.

Esta definição suprimia os homens, não afastava da prostituta o caráter criminoso, implementava o componente “habitualidade” e perpetuava o termo “ilícito” atendendo ao afastamento da punibilidade. A prostituta não deixava de ser identificada como aquela que violava os bons costumes e a ordem social. Esse sistema autoritário, que desconhecia a prostituição masculina, perdurou até o final de 1982.

Com a entrada em vigor do CP/1982, pretendeu-se a libertação da legislação penal de “excrescências moralistas” (ainda que parcial) <sup>(116)</sup>, passando a tutelar um novo bem jurídico, que surgiu sendo identificado como “uma determinada dimensão da liberdade sexual” <sup>(117)</sup>. A versão originária do referido código possuía o título de “crimes contra valores e interesses na sociedade” e o crime de lenocínio se encontrava disposto no artigo 215º do capítulo de crimes contra os “fundamentos éticos-sociais da vida social”, com a redação de:

1. Quem fomentar, favorecer ou facilitar a prática de actos contrários ao pudor ou à moralidade sexual, ou prostituição relativamente:
  - a) A pessoa menor ou portadora de anomalia psíquica;
  - b) A qualquer pessoa, explorando situação de abandono ou de extrema necessidade econômica; (Será punido com pena de prisão até 2 anos e multa até 100 dias)
2. Na mesma pena incorre quem explorar o ganho imoral de prostituta, vivendo, total ou parcialmente, a expensas suas. <sup>(118)</sup>

A redação do artigo 216 determinava que o crime qualificado se caracterizava se o agente realizar com intenção lucrativa, profissionalmente, ou se usar fraude, violência ou grave ameaça ou também se a vítima for “cônjuge, ascendente, descendente, filho adoptivo, enteado ou tutelado do agente ou que foi entregue em vista da sua educação, direcção, assistência, guarda ou cuidado” <sup>(119)</sup>.

Assim, o Direito Penal passou a proteger bens e interesses fundamentais para o livre desenvolvimento do indivíduo. A sexualidade livre do indivíduo, ou a liberdade

---

<sup>116</sup> Vera Lúcia preleciona que o Código Penal de 1982 “procurou concretizar o princípio da congruência ou analogia substancial entre a ordem de valores jurídico-constitucional e a ordem de valores penal”. Acrescenta ainda que ocorreu uma grande onda de despenalização do ordenamento jurídico-penal. (RAPOSO, Vera Lúcia. *Op. Cit.*, pps. 936-937).

<sup>117</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre a Reforma do Código Penal Português, *in Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, ano 3.º, n.º 2 a 4, p. 462.

<sup>118</sup> MALAFAIA, Joaquim. A Inconstitucionalidade do n.º 1 do artigo 169.º no Código Penal. *in Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, ano 19, n.º 1, 2009, p. 40.

<sup>119</sup> MALAFAIA, Joaquim. *Op. Cit.* pp. 39-52.

sexual, foi assumida como um dos valores a serem protegidos. No entanto, mesmo com o acréscimo substancial, o Código Penal de 1982 não estava isento de críticas.

Desde então, a inserção do texto do crime sexual nos “crimes contra os fundamentos ético-sociais da vida em sociedade” constituía penas muito aquém, especialmente, quando comparadas às penas dos crimes patrimoniais. Além disso, o Código de 1982 foi incapaz de romper toda referência moralista, visto que continha crimes relativos ao pudor. A verdade é que não se poderia regular qualquer tipo de autodeterminação sexual, enquanto estes crimes não superassem a moral sexual comunitária, subordinada a bens jurídicos supra-individuais. Dessa forma, a lei deve assumir o “caráter não apenas de limite (necessário) da liberdade, seco e duro, mas de instrumento da liberdade, porque mesmo no seu seio está sempre a pessoa humana e o cuidado estadual com ela”.<sup>(120)</sup>

Entretanto, podemos dizer que após a reforma penal de 1995<sup>(121)</sup>, os crimes sexuais se afastaram de todas as conotações moralistas relacionados aos “sentimentos gerais da moralidade” e a reforma de 1998 apenas limitou-se a aprofundar o que foi feito, sem alterar a ideologia da codificação de 1995.

Contudo, a reforma penal de 1998 contribuiu para alargar o crime de lenocínio simples, eliminando o elemento do tipo, que consistia, nomeadamente, na exigência de exploração de situação de abandono ou necessidade da vítima<sup>(122)</sup>. Logo após, ocorreu a reforma penal de 2001, com advento da Lei n.º 99/2001, de 25 de agosto, no qual o legislador voltou a promover um alargamento no crime de lenocínio qualificado<sup>(123)</sup>.

A reforma penal operada em 2007 (pela Lei n.º 59/2007 de 4 de setembro) veio novamente a alargar o crime de lenocínio qualificado, incluindo a referência ao “abuso de

---

<sup>120</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. Oportunidade e sentido da revisão do Código Penal português, *jornadas de...*, cit., p. 27 *apud* RAPOSO, Vera Lúcia. *Op. Cit.*, p. 937,

<sup>121</sup> “A reforma de 1995 entendeu (e corretamente) que a violação não passa de uma especialização da coação sexual. Consequentemente, procedeu-se a uma aproximação das molduras penais” (RAPOSO, Vera Lúcia. *Op. Cit.*, p. 939)

<sup>122</sup> A versão anterior ao Código Penal de 1998, no que tange ao crime de lenocínio simples, era disposta da seguinte maneira: “Quem profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa de prostituição ou a prática de actos sexuais de relevo, explorando situações de abandono ou de necessidade económica, é punido com pena de prisão de 6 meses a 5 anos”; Com o advento da Lei n.º 65/98, de 2 de Setembro, promoveu uma alteração a este preceito, retirando-lhe o elemento do tipo “explorando a sua situação de abandono ou necessidade”. (MALAFAIA, Joaquim. *Op. Cit.* pp. 39-52).

<sup>123</sup> A referência ao “abuso de autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, económica ou de trabalho”, assim como, o aproveitamento de qualquer “situação especial de vulnerabilidade” foi introduzida pela Lei 99/2001. (RODRIGUES, Anabela; FIDALGO, Sónia. *In: Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial*, Tomo I, artigos 131º a 201º, 2º edição, Coimbra Editora, 2012, p. 802)

autoridade resultante de uma relação familiar, de tutela ou curatela”, bem como a eliminar a referência às “práticas sexuais de relevo” do crime de lenocínio simples. Ainda, o crime em questão foi reenumerado para o artigo 169º do Código Penal português. <sup>(124)</sup>

Atualmente, a disposição do capítulo referente aos crimes sexuais no Código Penal português está dividida em três seções. Na primeira, estão dispostos os “crimes contra a liberdade sexual”, independentemente da idade ou sexo, onde o bem jurídico tutelado em causa é a liberdade sexual da pessoa, ou seja, “a autoconformação da vida e das práticas sexuais das pessoas” <sup>(125)</sup>. A liberdade pessoal pode ser entendida como a faculdade de agir ou não agir, enquanto a liberdade sexual se refere à disposição da própria vida no âmbito sexual.

Na segunda seção estão os “crimes contra a autodeterminação sexual”, que envolvem as normas que não seriam crimes se realizados entre adultos (ou que assumiriam menor gravidade), mas quando se trata de um menor, é caracterizado como crime. O bem jurídico deve se estabelecer como o “desenvolvimento sem entraves da identidade sexual do menor” <sup>(126)</sup>. Por fim, a terceira seção, contém disposições comuns às outras duas seções anteriores.

Importa ressaltar que, no concerne as duas primeiras seções, especialmente no que se refere à primeira, é visível a libertação de concepções arcaicas, que foram impostas por influência moralista. Esta imposição, que há muito tempo dominava as normas legislativas, mas aos poucos foi se transformando em alterações, assim como na descriminalização das normas penais <sup>(127)</sup>. Diante desse contexto, compreendemos que a reforma penal de 1995 foi estritamente necessária, por afastar normas que continham conotações moralistas.

Portanto, resumidamente, a evolução da legislação penal nos crimes sexuais, é de cariz lento. Inicialmente, isso pode ter acontecido por tais crimes atraírem fortes convicções morais da sociedade, na qual o legislador ao elaborar tais normas, acabava sendo influenciado pela comunidade em que vive e, conseqüentemente, tendo dificuldade de se libertar de tais preceitos. E, atualmente, devemos nos questionar se existe coerência de fato em se aplicar a incriminação do crime de lenocínio simples centrada na liberdade sexual, visto que, o bem jurídico protegido não é (como deveria ser), a liberdade de

---

<sup>124</sup> RODRIGUES, Anabela; FIDALGO, Sónia. *Comentário...*, *op.cit.*, pps. 796-802.

<sup>125</sup> RAPOSO, Vera Lúcia. *Op. Cit.*, p. 938.

<sup>126</sup> RODRIGUES, Anabela; FIDALGO, Sónia. *Comentário...*, *cit.*, p. 711.

<sup>127</sup> RAPOSO, Vera Lúcia. *Op. Cit.*, p. 939.

expressão sexual da pessoa. Posto isto, iremos a seguir aprofundar sobre a questão em debate.

### 2.1.1) Crime de lenocínio simples

Conforme estabelecemos acima, o crime de lenocínio simples sofreu diversas alterações desde o seu surgimento em 1852. Na redação da reforma penal estabelecida em 1982, exigia-se que o agente estivesse a explorar uma pessoa numa “situação de abandono ou de extrema necessidade económica”<sup>(128)</sup>. Esta orientação manteve-se vigente até a reforma penal de 1998 que, de alguma maneira, eliminou a verificação deste elemento típico que o crime visava tutelar. Esta questão desencadeia uma reflexão, especificamente na identificação do bem jurídico a tutelar.

A questão não é pacífica, de forma que há autores que entendem que poderá a referida norma proteger o bem jurídico liberdade sexual da pessoa que se dedica a prostituição<sup>(129)</sup>, ou proteger valores morais através do direito penal<sup>(130)</sup>. Esta divergência, no que tange ao bem jurídico protegido e o conseqüente âmbito da incriminação da norma, afeta também a Jurisprudência<sup>(131)</sup>.

---

<sup>128</sup> RODRIGUES, Anabela; FIDALGO, Sónia. *In Comentário...*, cit. p. 797

<sup>129</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – *Comentário do Código Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. 2.ª ed.* Lisboa: Universidade Católica, 2008, p. 526.

<sup>130</sup> “Tudo mais – a incriminação do lenocínio prevista no artigo 169º - 1, pelo que agora nos interessa – é proteger bens jurídicos transpersonalistas de étimo moralista por via do direito penal – que se tem hoje por ilegítimo – aproximando-nos perigosamente de um direito penal de ‘fachada’”. (RODRIGUES, Anabela Miranda. *In Comentário...*, cit. p. 797-798). Da mesma forma (RAPOSO, Vera Lúcia. *Op. Cit.*, p. 950), que determina que o bem jurídico tutelado “não se trata da liberdade sexual, mas de valorações morais sobre a condução da vida – não atinge a dignidade penal. Poderá tal ser condenável no plano moral, mas é excessivo puni-la criminalmente (...)”.

<sup>131</sup> O **Ac. TRP n.º 021782, de 06/05/1987**, determina que só haverá o crime de lenocínio se a vítima se encontrar numa situação de “abandono ou de extrema necessidade económica”. O **Ac. TRP n.º 0414, de 14/06/1989**, conclui que o crime de lenocínio “duas ordens de valores: a) o interesse pessoal da vítima e a liberdade individual no aspecto sexual; e b) os valores da comunidade e as concepções ético- -sociais dominantes”. O **Ac. TRL n.º 021385, de 15/12/1992**, (insta salientar que esta decisão estava sobre vigência do CP português de 1982), conclui que: “Não há crime de lenocínio se a acusação não alegou que o arguido viveu a expensas sãs prostitutas e se não está indicado que explorem situações de extrema necessidade económica, não devendo ser a tal equiparados o aluguer de quartos pagos pelos clientes”. O **Ac. STJ n.º 047992, de 13/11/1996**, conclui que o arguido explorava mulheres, mas não existia fatos integradores por parte daquele em “situações de abandono ou de exploração das necessidades económicas das mulheres prostitutas” e, portanto, “tal conduta não pode julgar-se ainda punível à luz da nova lei, que já foi despenalizada”, no mesmo sentido: o **Ac. STJ n.º 048854, de 28/02/1996**. Em sentido oposto, **Ac. TRP n.º 02103337, de 26/02/2002**, estabelece que, “Na previsão normativa do n.1 do artigo 170 do Código Penal, epigrafado de lenocínio, o que está em causa, mais do que tudo, é a exploração de uma pessoa por outra, ‘uma espécie de usura ou extorsão em que a ameaça ou tráfico de protecção se pode confundir com a exploração afectiva’”. **Ac. n.º 0411434, de 26/05/2004**. Conclui que, condena-se o dono do estabelecimento pelo crime de lenocínio na forma continuada, pelo fato de: “Segundo as regras da experiência comum, tem de

Portanto, interessa saber se e em que medida a não exigência do elemento do tipo (que era referida quando se trata da exploração da pessoa em “situação de abandono ou de extrema necessidade econômica”) implica no resultado de que estamos diante de outro bem jurídico, ou se não há qualquer bem jurídico a ser protegido. Ora, como é sabido, o bem jurídico em causa do crime de lenocínio é a “liberdade de expressão sexual da pessoa”. No entanto, não conseguimos compreender a incriminação deste crime, ou melhor, não

---

se concluir que pratica o crime de lenocínio o indivíduo que explora um estabelecimento comercial composto por bar, sito no rés-do-chão do edifício, onde os clientes são atendidos por mulheres que os induzem a beber e a oferecer-lhes bebidas a preços elevados, dos quais cobram para si uma comissão, e de quartos de dormir, no 1º andar do edifício, que eram utilizados pelas referidas mulheres para a prática de actos sexuais com os clientes do bar”. O **Ac. n.º 07P1125**, de **25/09/2007**, assenta que o crime de lenocínio simples (art.º 170º, n.º 1, do CP português) no que concerne ao bem jurídico protegido “não é exclusivamente o aspecto estrito de liberdade e autodeterminação sexual, como bem pessoal, que subjaz à criminalização do lenocínio. [...] Assim entendida, a prática do lenocínio, p. e p. pelo n.º 1 do art. 170.º do CP, configura uma clara violação da dignidade humana, da integridade moral e física da pessoa humana e, por isso, obstáculo à livre realização da respectiva personalidade, valores constitucionalmente protegidos – cf. arts. 25.º e 26.º da CRP. [...] o que está em causa é a exploração de uma pessoa por outra, espécie de usura ou enriquecimento ilegítimo resultante do comércio do corpo humano”. Da mesma maneira, o **Ac. TRL n.º 4591/2008-3**, de **11/02/2009**, sobre a inconstitucionalidade do crime de lenocínio (art.º 170º, n.º 1), conclui que, “A criminalização do crime de lenocínio [...] configura-se como constitucional [...] tendo a conduta do arguido/recorrente traduzido numa clara violação da dignidade humana, da integridade moral e física da pessoa humana e, por isso, o obstáculo à livre realização da respectiva personalidade, valores constitucionalmente protegidos – art.ºs 25º e 26º da CRP”. O **Ac. TC n.º 396/2007**, Maria João Antunes declara o voto defendendo a inconstitucionalidade do art.º 170º, n.º 1, na qual, determina: “Votei vencida por entender que o artigo 170º, n.º 1, do Código Penal, na redacção dada pela Lei nº 65/98, de 2 de Setembro, é inconstitucional, por violação do artigo 18º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa (CRP)”, visto que, ‘A Lei nº 65/98 alterou a estrutura típica do crime de *Lenocínio*, previsto no artigo 170º do Código Penal, eliminando a exigência típica da “*exploração dum situação de abandono ou necessidade*”, ao arpejo de uma evolução legislativa, em matéria de crimes sexuais, que se inscreve num paradigma de intervenção mínima do direito penal, o ramo do direito que afecta, mais directamente, o direito à liberdade (artigo 27º, nºs 1 e 2, da CRP). Num paradigma em que a intervenção é apenas a *necessária* para a tutela de *bens jurídicos* (não da moral), que *não obtêm protecção suficiente e adequada* através de outros meios de política social”. O **Ac. STJ n.º 47/07.6PAAMD-P.S1**, de **13/04/2009**, sobre a admissibilidade do bem jurídico protegido no crime de lenocínio, conclui que, “O crime de lenocínio é um crime que tem como objecto da tutela um bem jurídico eminentemente pessoal – ‘a liberdade sexual da pessoa que se dedica à prostituição ou, por outras palavras, a liberdade e autodeterminação sexual da pessoa’, arredados que foram bens jurídicos de natureza supra-individual da comunidade ou do Estado ‘relacionados com concepções de ordem moral enquanto fundamentadoras da incriminação de condutas’. [...] O que caracteriza este tipo legal de crime e lhe confere legitimidade constitucional é a ‘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’ e, por isso, deve fazer-se uma interpretação restritiva do tipo “no sentido de exigir a prova adicional do elemento típico implícito da “exploração económica e social” da vítima prostituta – cf. Ac’s. do TC n.ºs 144/2004 e 196/2004.”, disponíveis em: «www.dgsi.pt» e «www.tribunalconstitucional.pt», acesso em: abril de 2015. Por fim, podemos ressaltar que existe uma visível divergência na Jurisprudência, especialmente, no que respeita a determinação do bem jurídico tutelado. Todas essas reformas estabelecidas ao longo dos anos, sobre o crime em apreço, originaram diversos acórdãos divergentes no fundamento do carácter jurídico-penal e jurídico-constitucional. Em especial, a reforma penal de 2008, originou a jurisprudência do Tribunal Constitucional e suscitou divergência de teses distintas no que respeita o bem jurídico protegido, à delimitação do âmbito de aplicação da norma, bem como, à unidade ou pluralidade de infrações. Neste contexto, de divergência, é que a Jurisprudência ainda se encontra.

conseguimos entender o que o direito penal busca proteger, senão a ideia de “defesa do sentimento geral de pudor e moralidade” (<sup>132</sup>).

O direito penal só deve intervir quando é posto em causa o desenvolvimento de menores, ou quando, numa relação entre adultos, se utilize de meios violentos, enganosos, se provoque erro, ou quando se tire proveito do estado da pessoa indefesa. (<sup>133</sup>) Nessa perspectiva, há o entendimento que a eliminação do elemento do tipo (exigência que era estabelecida até a reforma penal de 1998) gerou a inconstitucionalidade da norma (<sup>134</sup>). Entretanto, entendemos que nem mesmo a verificação do elemento do tipo justificava a incriminação, pois o que a versão de 1998 fez foi corroborar para o entendimento de que não se protege a liberdade sexual do indivíduo, mas um bem jurídico transpessoal de origem moralista, através do direito penal (<sup>135</sup>).

### **2.1.2) Do crime de lenocínio qualificado**

O lenocínio qualificado disposto, atualmente no artigo 169º, n.º 2, representa a agravação da conduta do agente, prevendo situações em que este, ao cometer o crime previsto no número anterior (nomeadamente, aquele que profissionalmente ou com intenção lucrativa fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa de prostituição), recorrer por meio de violência ou ameaça grave, através de ardil ou manobra fraudulenta, com abuso de autoridade resultante de uma relação familiar, de tutela ou curatela, ou de dependência hierárquica, ou de trabalho, ou aproveitando-se de incapacidade psíquica ou de situação especial de vulnerabilidade da vítima (<sup>136</sup>).

Aqui, diferentemente do que acontece com a incriminação do crime de lenocínio simples – como foi referido anteriormente – protege um comportamento verdadeiramente merecedor de tutela penal. Pois, consideramos que este preceito tutela de forma clara o

---

<sup>132</sup> RODRIGUES, Anabela; FIDALGO, Sónia. *In Comentário...*, *cit.*, ps. 798.

<sup>133</sup> *Idem.*

<sup>134</sup> Ac. 396/2007 do Tribunal Constitucional, disponível em: «[www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)», acesso em: abril de 2015. Sendo assim, “deve proceder-se a uma interpretação constitucional restritiva do tipo penal no sentido de exigir a prova adicional de elemento típico implícito da ‘exploração da necessidade econômica e social’ da vítima prostituta”. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Op. cit.*, p. 528.

<sup>135</sup> Para melhor desenvolvimento: (RODRIGUES, Anabela; FIDALGO, Sónia. *In Comentário...*, *cit.*, pps. 797-798)

<sup>136</sup> Tais situações encontram-se previstas no artigo 169º do Código Penal português, respectivamente, no n.º 1 e no n.º 2, nas alíneas a), b), c) e d), que representam os requisitos para que determinada conduta seja executável no crime de lenocínio qualificado.

bem jurídico liberdade e autodeterminação da pessoa (<sup>137</sup>). Os meios de execução do lenocínio qualificado estão devidamente tipificados (<sup>138</sup>). No crime qualificado, o agente que atue profissionalmente ou com intenção lucrativa só será incriminado se agir por meio de violência ou ameaça grave; havendo uma ameaça simples, a prostituição não é punida como lenocínio (<sup>139</sup>).

Portanto, ao contrário do que apresenta no lenocínio simples, o crime aqui se apresenta justificável, pois a referência de que o agente atue através de meios violentos para que a vítima exerça a prostituição justifica a incriminação. Visto que o agente explora a vítima através de qualquer tipo de “pressão” (<sup>140</sup>).

### 2.1.3) A (in)constitucionalidade do art. 169º , n.º1, do CP: divergência na doutrina

Conforme referimos anteriormente, o tratamento normativo nos crimes sexuais tem sofrido, no decorrer do tempo, consideráveis mudanças. Em um período de vinte e cinco anos – até a reforma penal de 2007 – os crimes sexuais sofreram cinco alterações. No entanto, estas transformações, para boa parte da Doutrina, não têm sido consideradas como algo progressista (<sup>141</sup>).

O que se propõe a proteger nos crimes de lenocínio é a liberdade sexual do indivíduo. Esta liberdade realiza, no sistema penal, uma dupla função: restringe o *jus puniendi* do Estado e, nos casos particulares, justifica esse exercício. No que importa à restrição do *jus puniendi*, o Direito Penal não deve intervir na vida particular da pessoa ou procurar impor qualquer padrão particular de comportamento, visto que não é lícito determinar sanções para condutas que se enquadrem no âmbito pessoal e não lesem terceiros. Tal aplicação infringe o princípio da necessidade penal, sobretudo o princípio do Estado de direito democrático, disposto nos artigos 2º e 18º, n.º 2, da CRP. (<sup>142</sup>)

---

<sup>137</sup> RODRIGUES, Anabela; FIDALGO, Sónia. *In Comentário...*, *op. cit.*, ps. 802.

<sup>138</sup> Ver os artigos: 154º (violência física e psíquica); 155º, n.º1, al. b); 158º, n.º 2, al. e) e 218º, n.º 2, al. c) (“especial vulnerabilidade da vítima), ALBUQUERQUE. Paulo Pinto de. *Op.cit.*,529.

<sup>139</sup> *Idem*

<sup>140</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. *In Comentário...*, *cit.*, ps. 798.

<sup>141</sup> Mouraz Lopez critica a incriminação do rufianismo, pelo fato de que, este, deixou de ser criminalizado, para depois voltar a constituir um ilícito criminal, sendo que agora, “travestido de lenocínio”. (LOPES, José Mouraz – Os crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual na reforma do Código Penal de 2007. *In: Galileu: Revista de Economia e Direito*, Volume XII, n.º 2, Lisboa: Edival, 2007, pp. 160 e 162).

<sup>142</sup> PEREIRA, Rui Carlos – Liberdade Sexual: a sua tutela na reforma do Código Penal, *Sub Júdice: Justiça e Sociedade*, n.º 11, Janeiro-Junho, 1996, p. 41.

Depois de expor sobre o percurso percorrido nas reformas penais, principalmente no que concerne ao crime de lenocínio simples, somos assolados por diversos problemas, especialmente no que concerne ao bem jurídico a ser protegido. Ou seja, o que está em questão é se devemos proteger exclusivamente a liberdade e autodeterminação sexual da pessoa ou se é legítima a expansão do seu campo de aplicação. Posto isto, debruçaremos sobre o que a doutrina e o Tribunal Constitucional têm defendido nos crimes de lenocínio simples.

Após a reforma penal de 2007, alguns autores destacaram o fato da expressão típica “prática de actos sexuais de relevo” ter sido retirada da redação do crime. *Maia Gonçalves* <sup>(143)</sup> determina que a retirada desta expressão não causa alteração, pois reconhece que a concepção de prostituição também abrange os “actos sexuais de relevo”. Ainda, no que importa ao bem jurídico tutelado do crime de lenocínio simples, entende-se que protege um bem jurídico de natureza constitucional, nomeadamente, a dignidade da pessoa humana, estabelecida nos princípios fundamentais da República Portuguesa:

Assumindo-se como uma dimensão de tutela jurídico-penal da garantia da dignidade humana constitucionalmente consagrada e protegida constitucionalmente pelo artigo 26º/2 da Constituição, aqui na vertente da dignidade, ínsita à auto-expressividade sexual co-determinando tal inciso, axiológico-normativamente, a expressividade comunitária do modo de exercício do direito à liberdade e autodeterminação sexual, ou dito de outro modo, vinculando esse exercício de autodeterminação sexual, com projecção e relevância ético-sociais, à dignidade da pessoa, de forma a que esta não constitua mera mercadoria, *res possidendi*, mero instrumento de prestação sexual, ainda que com o consentimento da vítima, explorada profissionalmente ou com intenção lucrativa por outrem. <sup>(144)</sup>

Portanto, *Maia Gonçalves* assenta que o bem jurídico protegido, no crime de lenocínio simples, trata da dignidade da pessoa enquanto expressão comunitária da sua liberdade e autodeterminação sexual. Já *Mouraz Lopes* <sup>(145)</sup> destaca que a modificação penal de 2007, precisamente no artigo 169º, n.º1, reforça a ideia de que a prostituição é o único alvo do crime. Entretanto, considera que a natureza do bem jurídico protegido não é claro. Ou melhor, não está em causa qualquer bem jurídico tutelador da liberdade e

---

<sup>143</sup> GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. *Código Penal Português: Anotado e Comentado – Legislação Complementar*. 18.ª ed.. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN: 9789724032474, p. 642.

<sup>144</sup> GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. *op. cit., op.cit.*, pps. 643 e ss.

<sup>145</sup> LOPES, José Mouraz. *Os crimes sexuais...*, *op.cit.*, pp. 167 e 168

autodeterminação sexual, pois é a prostituição o objeto da censura penal e não um bem, acima de tudo, pessoal.

Este último autor diz que o artigo 18º da CRP (<sup>146</sup>) parece sustentar ainda mais dúvidas sobre a compatibilização constitucional do crime de lenocínio simples em causa. Consequentemente, importa sublinhar que, mesmo que o Tribunal Constitucional não tenha se pronunciado de forma favorável sobre a inconstitucionalidade da mesma, esta divergência, estabelecida tanto pela doutrina quanto assumida pelo Tribunal Constitucional, não foi totalmente desfeita (<sup>147</sup>).

*Maria do Carmo Silva Dias* (<sup>148</sup>) entende que a última reforma estabelecida, por um lado, alargou a área de tutela típica, mas por outro lado, acabou por restringi-la. Tal restrição ocorre devido à eliminação da expressão “actos sexuais de relevo” do crime de lenocínio simples, pela qual se verifica uma descriminalização parcial do crime. Entende-se que a prática de “striptease” e a participação em filmes pornográficos não são abrangidas pela incriminação. Entretanto, *Anabela Rodrigues* (<sup>149</sup>) entende que tal expressão eliminada não traduz qualquer mudança na tipificação do crime de lenocínio, pelo fato da concepção de prostituição ser de conteúdo abrangente e poder englobar também os “actos sexuais de relevo”.

Ainda, no tocante às divergências do bem jurídico protegido no crime de lenocínio e também nos crimes sexuais, *Fernando Ramos* (<sup>150</sup>) determina que, desde a instauração da revisão penal de 1982, entende-se que o bem jurídico a ser tutelado é a liberdade e a autodeterminação sexual. Bem jurídico este que agora deve estar alheio à qualquer concepção referente aos costumes ou a moralidade sexual. A liberdade sexual deve ser entendida não só como a livre disposição do sexo e do próprio corpo do indivíduo, mas também como o direito que cada pessoa tem de não suportar que o outro realize atos sexuais contra sua própria vontade, ou seja, sem seu consentimento. Em outra perspectiva, se traduz que o Direito Penal não deve limitar a liberdade sexual, ao contrário, deve ser um

---

<sup>146</sup> Constituição da República Portuguesa. Artigo 18.º n.º 2: “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”. *Supra*, nota de rodapé n.º 68.

<sup>147</sup> Os Acórdãos 144/04, 196/04, 303/04 e 170/2006, estes últimos, baseados na argumentação do primeiro (Acórdão 144/04), pronunciaram sobre a constitucionalidade da norma. (LOPES, José Mouraz. *Os crimes sexuais...*, *op.cit.*, p. 168-169).

<sup>148</sup> DIAS, Maria do Carmo Silva – *op. cit.*, pps. 249-250.

<sup>149</sup> RODRIGUES, Anabela; FIDALGO, Sónia. *In: Comentário...*, *cit.*, p. 801.

<sup>150</sup> RAMOS, Fernando. Notas sobre os crimes sexuais no projecto de revisão do Código Penal de 1982 e na Proposta de Lei n.º 92/VI, *Revista do Ministério Público*, Ano 15, Julho-Setembro, n.º 59, 1994, p. 30 e 31.

garantidor da liberdade, devendo, portanto, sua intervenção pautar-se pelos preceitos dos princípios da necessidade ou da dignidade penal.

*Victor de Sá Ferreira e Alexandre Lafayette* (<sup>151</sup>) apresentam uma visão detalhada do crime de lenocínio. Como já vimos, na redação do artigo 169º, o agente deste crime pode ser qualquer pessoa (homem ou mulher), desde que atue de modo a fomentar, favorecer ou facilitar, profissionalmente ou com intenção lucrativa. A vítima, também pode configurar qualquer pessoa (homem ou mulher), desde que maior de 18 anos (a vítima menor de 18 anos recai sobre o crime de lenocínio de menores). O elemento subjetivo de ilicitude traduz conforme a conduta do agente.

Assim, os elementos do ilícito típico objetivo traduzem-se no ato de “fomentar, favorecer, ou facilitar”. Na versão do CP português de 1995, exigia-se ainda que o agente atuasse explorando a vítima numa situação de “abandono ou de necessidade económica”. No entanto, fomentar significa, basicamente, incentivar, estimular, determinar, promover ou conservar, ao passo que favorecer ou facilitar é auxiliar ou ajudar. Na primeira conduta, o agente dispõe terceiro à prática de prostituição, enquanto que o agente que favorece e facilita apenas anui ou adere a um estado de espírito preexistente. Nestas, o agente não contribui propriamente com a formação da “vontade criminosa”, o que tem conduzido à distinção entre o lenocínio principal e o lenocínio acessório (<sup>152</sup>). Em suma, na visão de *Victor de Sá Ferreira e Alexandre Lafayette* o crime de lenocínio é um crime formal ou de mera atividade (<sup>153</sup>).

Nesse diapasão, encontramos uma das teses mais contrárias à criminalização do lenocínio simples, defendida por *Anabela Miranda Rodrigues* (<sup>154</sup>) – na qual compartilhamos do mesmo pensamento – que alega que a atual disposição do crime de lenocínio não tutela, como deveria tutelar, a liberdade de expressão sexual da pessoa, mas deixa transparecer uma certa ideia de “defesa do sentimento geral de pudor e da moralidade”. Sentimento este que não pode ser encarado como função do Direito Penal. Além disso, considera que estamos diante de uma proteção de “bens jurídicos

---

<sup>151</sup> PEREIRA, Victor de Sá; LAFAYETTE, Alexandre – *Código Penal Anotado e Comentado*. Lisboa: Quid Juris, 2008, pp. 458 e 459.

<sup>152</sup> *Idem* – *op. cit.*, 459.

<sup>153</sup> *Idem*.

<sup>154</sup> RODRIGUES, Anabela; FIDALGO, Sónia. *In: Comentário Conimbricense...*, *op.cit.*, pps. 796 e ss.

transpersonalistas de étimo moralista por via do direito penal, aproximando-nos perigosamente de um direito penal de ‘fachada’”<sup>(155)</sup>.

Ainda, segundo a autora, no que importa ao crime de lenocínio, a única conduta merecedora de proteção penal encontra-se no n.º 2 do artigo 169º (crime de lenocínio qualificado), pois o bem jurídico tutelado é verdadeiramente a liberdade e a autodeterminação sexual. Aqui, da mesma forma que foi estabelecida anteriormente por *Victor de Sá Ferreira* e *Alexandre Lafayette* <sup>(156)</sup>, o agente e a vítima são os mesmos. Não obstante, entende-se que estamos presente a um crime sem vítima e, também, a um crime de resultado. Muito embora só possa ser entendido como um crime de resultado se o bem jurídico a proteger for à liberdade e a autodeterminação da pessoa (como pretende ser entendido). Assim, para o tipo subjetivo de ilícito, exige-se o dolo. Já nas formas de aparecimento de crime, tratando-se de um crime de resultado, a consumação depende do exercício da prostituição, enquanto a tentativa se preenche na hipótese de não se chegar a verificar o exercício da prostituição. <sup>(157)</sup>

Outro defensor da inconstitucionalidade do crime de lenocínio simples é *Joaquim Malafaia* <sup>(158)</sup>, que defende que estamos diante o exercício de uma profissão imoral e punindo uma imoralidade. Assim, após compreender o crime desta maneira, ele alega que, ao criminalizar um comportamento imoral, não existe um bem jurídico a proteger e, por isso, estamos diante de uma inconstitucionalidade <sup>(159)</sup>. Logo, as pessoas que, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentem, facilitem ou favoreçam o exercício, por outrem, da prostituição, contanto que não condicionem a livre vontade da pessoa que se prostitui, não devem ser responsabilizadas criminalmente. Em suma, conclui que a norma em apreço deve ser considerada inconstitucional, por inexistência do bem jurídico.

Nesse mesmo seguimento, *Mouraz Lopes* <sup>(160)</sup> determina que a reforma penal de 2007 apenas reforça a ideia de que a prostituição é o único alvo do tipo de crime e que não

---

<sup>155</sup> JESCHECK, H. – *Niederschriften VIII*, p. 299, discussão na *GrobeStrafrechtskommission*, a propósito do caso de arrendamento de quartos numa pensão de hóspedes constituídos por casais não casados, *apud* RODRIGUES, Anabela; FIDALGO, Sónia. *In: Comentário Conimbricense...*, *op.cit.*, p.797-798.

<sup>156</sup> PEREIRA, Victor de Sá; LAFAYETTE, Alexandre – *op. cit.*, p. 458-459.

<sup>157</sup> RODRIGUES, Anabela; FIDALGO, Sónia. *In: Comentário Conimbricense*, pps. 796- 815.

<sup>158</sup> MALAFAIA, Joaquim. *Op. Cit.* pp. 39-52.

<sup>159</sup> O autor procura basear a sua tese com base na exposição de fundamentos da revisão penal de 2007, “A revisão procura fortalecer a defesa dos bens jurídicos, sem nunca esquecer que o direito penal constitui a *última ratio* da política criminal do Estado”. (MALAFAIA, Joaquim. *Op.Cit.*, p.40).

<sup>160</sup> LOPES, José Mouraz – *Os Crimes Contra a Liberdade...*, *op. cit.*, p. 86

há muita clareza na natureza do bem jurídico que se pretende tutelar. Este autor entende também que, no crime de lenocínio simples, não está em causa qualquer bem jurídico que tutele a liberdade e autodeterminação sexual. Por isso, justifica que a norma em apreço padecerá de uma inconstitucionalidade material, por lesar o artigo 18º da CRP, em consequência da indefinição do bem jurídico por ela tutelado.

De forma mais objetiva, *Sénior Reis Alves* (<sup>161</sup>) determina que o bem jurídico tutelado não é, como também não deveria ser, a liberdade e autodeterminação sexual das pessoas, mas certamente o “interesse geral da sociedade na preservação da moralidade sexual e do ganho honesto”, onde se propõe a inserção sistemática do crime em apreço no Título VI, “Dos crimes contra a vida em sociedade”.

Entretanto, para *Pedro Vaz Patto* (<sup>162</sup>), a fundamentação da incriminação para quem “explora o, ou serve do, exercício da prostituição por outrem” estabelece no “princípio da proteção da dignidade da pessoa humana”. Determina, portanto, que o “bem jurídico protegido não é o da moralidade sexual”, assim como, não estamos perante um crime “sem vítima”. O bem jurídico é o da dignidade da pessoa que se prostitui (ou que se vê forçada a isso) e, esta é a vítima em questão.

O autor *Paulo Pinto de Albuquerque* (<sup>163</sup>) entende que o bem jurídico tutelado trata-se da liberdade sexual da pessoa que se dedica à prostituição. Quanto ao grau de lesão do bem jurídico protegido, este se figura em um crime de dano e quanto à forma de consumação do ataque do objeto da ação, se figura em um crime de mera actividade. O tipo objetivo se configura no agente com intuito lucrativo, de fomentar, favorecer ou facilitar o exercício da prostituição. A vítima e o agente podem ser qualquer pessoa, sendo que àquela, tem que ser maior de 18 anos. O referido autor comenta sobre a decisão da comissão do CP português de 1989-1991 da descriminalização do rufianismo e, também, sobre o âmbito de punibilidade do lenocínio, o qual foi retirado com a revisão do CP de 1998 a expressão “exploração da situação de abandono ou de necessidade econômica” da vítima. Assim, com tal eliminação, a legitimidade constitucional do tipo passou a depender da:

---

<sup>161</sup> ALVES, Sénior Reis – *Notas e comentários aos artigos 163º a 179º do Código Penal*, Livraria Almedina, Coimbra, 1995, p. 67 e ss. *Apud* DUARTE, Jorge Dias - Crime de Lenocínio: unidade ou pluralidade de infracções, *In: Sub Júdice: Justiça e Sociedade*, n.º 26, Outubro-Dezembro, 2003, p. 31.

<sup>162</sup> PATTO, Pedro Vaz – Direito Penal e Ética Social, *in* *Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, vol. XV, 2001, Tomo 2, p. 138.

<sup>163</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – *Comentário do Código Penal...*, pp. 526 a 530.

[...] 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. Sendo assim, deve proceder-se a uma “interpretação constitucional restritiva do tipo penal no sentido de exigir a prova adicional de elemento típico implícito ‘exploração da necessidade económica e social’ da vítima prostituída.”<sup>164</sup>

Ainda, *Paulo Pinto de Albuquerque* comenta que não há uma definição legal da prostituição, mas sua concepção no domínio jurídico-penal pode ser retirada do crime previsto no artigo 174º. Portanto, prostituição consiste na conduta da pessoa (homem ou mulher) que pratica um ou mais atos sexuais de relevo (cópula, coito anal ou oral e a introdução vaginal ou partes do corpo ou objetos), mediante pagamento ou outra contrapartida. O tipo subjetivo admite qualquer forma de dolo, exceto a conduta ardilosa ou fraudulenta (que é incompatível com o dolo eventual). Nos casos em que o agente atua com intenção lucrativa, acarreta o dolo na sua forma mais grave. A tentativa é punível em termos gerais e a consumação realiza-se com o primeiro ato de prostituição. O lenocínio se traduz em um crime de participação necessária na modalidade de “crime de encontro”, não sendo punível a pessoa que se dedica à prostituição (participante necessário). O agente comete tantos crimes de lenocínio quanto as pessoas cuja prostituição “fomentar, favorecer ou facilitar”, atenta a natureza pessoalíssima do bem jurídico protegido.<sup>(165)</sup>

Posto isto, fica bastante evidenciada a sensibilidade da criminalização operada no artigo 169º n.º 1, tanto que, no âmbito da própria Comissão Revisora, *Figueiredo Dias*<sup>(166)</sup> tem se mostrado simpatizante a uma “acção descriminalizadora neste domínio”, visto que, “no fundo se trata de um problema social e de polícia”. As decisões jurídicas a respeito deste crime mostram não só a divergência quanto ao bem jurídico tutelado, como também quanto à questão da unidade ou pluralidade de infrações.

Dessa forma, no tocante ao concurso de crimes, *Jorge Duarte*<sup>(167)</sup> assegura que o crime de lenocínio não pode deixar de ser considerado como um bem jurídico acima de tudo pessoal e, conseqüentemente, o agente do crime de lenocínio implicará, em concurso efetivo de crimes, “na prática de tantos crimes quantas as pessoas vítimas da sua conduta,

---

<sup>164</sup> Ac. TC n.º 144/2004 e Ac. TC n.º 196/2004, *apud* ALBUQUERQUE, Paulo Pinto De – *Comentário do Código Penal...*, *op.cit.*, p. 526.

<sup>165</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – *Comentário do Código Penal...*, *op.cit.*, pps. 527 a 529.

<sup>166</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo – *Código Penal: Atas e Projecto da Comissão Revisão, Ministério da Justiça, Rei dos Livros*, p. 259 *apud* DUARTE, Jorge Dias – *op. cit.*, p. 31.

<sup>167</sup> DUARTE, Jorge Dias – *op.cit.*, p. 31 a 35.

ainda que a sua conduta seja animada de um único desígnio criminoso de cometer actos subsumíveis à previsão típica daquele normativo do Código Penal” (168).

Após analisar os diferentes posicionamentos sobre o crime de lenocínio simples, principalmente no que se refere às questões de impasse entre o bem jurídico protegido, a sua conformidade constitucional e a sua unidade ou pluralidade de infrações, constatamos a existência de uma notória divergência. Desta maneira, entendemos que – em conformidade com o entendimento de *Anabela Rodrigues* (169) – atendendo sobre a distinção entre lenocínio principal e o lenocínio acessório, na qual se traduz na conduta em que o agente fomenta, favorece ou facilita o exercício da prostituição, a condução da diferenciação desta pouco importa para o preenchimento do tipo. Visto esta distinção das atividades, o agente apenas colabora com o encaminhamento da vítima para o exercício da prostituição, mas não a obriga ou determina a sua vontade para praticar os atos em questão.

Já no que concerne o bem jurídico protegido nos crimes de lenocínio simples, entendemos que – conforme a redação atualizada – este não representa qualquer tutela da liberdade sexual, mas de valorações morais estabelecidas na sociedade, que não atinge a dignidade penal. É excessivo aplicar tal conduta criminalmente, visto que a redação do crime estabelecida no artigo 169º n.º 1 não coloca a vítima em situação de privação da liberdade de se decidir sobre a prática da prostituição. Ou seja, diferentemente da prática no n.º 2 do artigo 169º, o qual exige que o agente utilize a violência sob aquele que está numa posição de dependência ou debilidade, aqui não se exige qualquer coação sobre a vítima. Ora, a conduta típica estabelecida pelo ato de “fomentar, favorecer ou facilitar” o exercício por outra pessoa da prostituição se traduz apenas numa colaboração/auxílio à prática da prostituição, e não numa obrigação da qual não reste alternativa de escolha da vítima.

Portanto, não cabe a tutela penal de práticas estabelecidas em privado, entre adultos e com o devido consentimento entre as partes, logo, a conduta estabelecida no n.º 1 deveria ser descriminalizada. As incriminações só se justificam quando o agente recorrer à

---

<sup>168</sup> *Jorge Duarte*, assegura que ainda se mantém válido o entendimento afirmado pelo STJ do AC. De 27 de janeiro de 1994 de que “... é inadmissível a figura do crime continuado em relação a condutas em que se verifique a violação de bens jurídicos eminentemente pessoais”, entre os quais está incluído, a liberdade sexual (DUARTE, Jorge Dias – op. cit., p. 35). Ainda, *Anabela Rodrigues*, diz poderá haver concurso efetivo entre o crime de lenocínio e o crime de tráfico de pessoas para fins de exploração sexual, apesar do bem jurídico protegido em ambos os casos ser a “liberdade da pessoa”, mas manifestadas de maneiras diferentes: no primeiro caso é a “liberdade de acção ou decisão”, e no outro, a “liberdade sexual”. (RODRIGUES, Anabela; FIDALGO, Sónia. In: *Comentário Conimbricense...*, op.cit., p. 814)

<sup>169</sup> RODRIGUES, Anabela; FIDALGO, Sónia. In: *Comentário Conimbricense...*, op.cit., pps. 798- 815.

violência, ameaça grave, ou o agente prevalecer da incapacidade da vítima (169.º/2), ou quando se prejudicar o desenvolvimento de menores (artigo 176.º, lenocínio de menor).<sup>(170)</sup>

Como já tivemos a oportunidade de referir anteriormente a respeito da integração do bem jurídico e de sua conformidade com a Constituição, entendemos que, para a ascensão e identificação de determinado valor à categoria de bem jurídico-penal, devemos considerar como quadro de referência os valores Constitucionais. Valores estes ligados expressa ou implicitamente aos direitos e deveres fundamentais e à ordenação social, política e econômica da sociedade. Ou melhor, os bens jurídicos tutelados pelo direito penal constituem uma “ordenação axiológica”<sup>(171)</sup> da Constituição, entre os quais se verifica uma fundamental correspondência de sentido e de ordem jurídico-constitucional.

Esta acepção se tornou constitucionalmente vinculante através do artigo 18.º, n.º 2, da CRP, o qual estabelece que a legitimidade das incriminações deve “limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”<sup>(172)</sup>. No entanto, ocorre que, após a eliminação da exigência de que o favorecimento da prostituição se correlacionava à “exploração de situações de abandono ou de necessidade econômica” da vítima (da reforma penal de 1998), o crime de lenocínio simples passou a afetar mais diretamente o bem jurídico liberdade e a autodeterminação sexual e tornou-se “infiel ao princípio do direito penal do bem jurídico”<sup>(173)</sup>. Portanto, com a retirada daquela exigência típica, o legislador incrimina condutas que lesionam o bem jurídico da liberdade sexual e, conseqüentemente, deixa de salvaguardar o direito a liberdade sexual.

Posto isto, iremos analisar a fundamentação de alguns acórdãos do Tribunal Constitucional a respeito da inconstitucionalidade material do artigo 169º, n.º 1 por violação do artigo 18º n.º 2 da Constituição da República Portuguesa.

#### **2.1.4) Decisões do Tribunal Constitucional**

---

<sup>170</sup> RAPOSO, Vera Lúcia. *Op. Cit.*, p. 950.

<sup>171</sup> Para melhor desenvolvimento: DIAS, Jorge de Figueiredo – *O Direito Penal do bem jurídico... cit.*, p.34-35.

<sup>172</sup> CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 2º edição, I vol., anotação ao artigo 18.º, ponto X *apud* Dias, Jorge de Figueiredo – *O Direito Penal do bem jurídico...*, *op. cit.*, p.35.

<sup>173</sup> Dias, Jorge de Figueiredo – *O Direito Penal do bem jurídico...*, *op. cit.*, p.39.

Depois de suscitadas as questões sobre uma possível inconstitucionalidade do crime de lenocínio simples, o Tribunal Constitucional através do Ac. n.º 144/2004 <sup>(174)</sup> pronunciou-se sobre esses questionamentos. O conteúdo deste acórdão fundamenta-se na constitucionalidade do referido crime, por considerar que não existe violação dos artigos (18.º, n.º 2, 41.º, 47.º, n.º 1, 27.º, n.º 1 e 58.º, n.º 1) da CRP.

A arguida em questão invoca que o crime de lenocínio simples é inconstitucional por “limitar e condicionar a consciência pessoal e a liberdade de escolher livremente a profissão ou gênero de trabalho”, dado que entende que o crime em questão viola os artigos 41º, n.º 1 e 47º, n.º 1, da CRP <sup>(175)</sup>. Em resposta, o Ministério Público argumentou que o crime de lenocínio não pune a prática da prostituição, mas de quem fomenta, favorece e facilita tal atividade, com intenção lucrativa ou profissionalmente; ratifica que tal crime não viola qualquer normativo constitucional (nomeadamente os artigos 41º e 47º do CRP) e condena a arguida, com pena de prisão, sob justificativa de proteger a pessoa que se dedica à prática de prostituição e acaba por ser explorada por terceiro. O Ministério Público ainda alegou que tal recurso não merecia provimento, posto que “o que está em causa não é a liberdade de escolha de profissão, a não ser que seja profissão viver à custa de outras pessoas, nomeadamente explorando a sua prostituição (...)”<sup>(176)</sup>. Os fundamentos apresentados pela recorrente incidem especialmente sobre a tutela de bens morais por parte do direito penal, ao qual o referido acórdão procurou dispensar <sup>(177)</sup>.

O acórdão em causa motivou a análise de *Carlota Pizarro de Almeida* <sup>(178)</sup>, na qual, após demonstrar as diversas alterações impostas no crime de lenocínio, especifica que a eliminação da expressão “explorando situação de abandono ou de necessidade econômica” originou o alargamento do campo de aplicação da norma e gerou uma

---

<sup>174</sup> **Ac. 114/2004 de 10 de Março, Proc. nº 566/2003**, disponível em: <www.tribunalconstitucional.pt>, Acesso em: abril de 2015.

<sup>175</sup> O **artigo 41º**: “Liberdade de consciência, de religião e de culto”, n.º 1: “A liberdade de consciência, de religião e de culto é inviolável”. O **artigo 47º**: “Liberdade de escolha de profissão e acesso à função pública”, n.º 1: “Todos têm o direito de escolher livremente a profissão ou o gênero de trabalho, salvas as restrições legais impostas pelo interesse colectivo ou inerentes à sua própria capacidade”. *Supra*, nota de rodapé n.º 68.

<sup>176</sup> **Ac. 114/2004 de 10 de Março, Proc. nº 566/2003**, p. 1 a 9, disponível em: <www.tribunalconstitucional.pt>, Acesso em: abril de 2015.

<sup>177</sup> No contexto de que: “6. Não se terá, aqui, de responder à questão geral sobre se o Direito Penal pode, constitucionalmente, tutelar bens meramente morais”, sem deixar de ressaltar que “há valores e bens tidos como morais e que relevam, inequivocamente, no campo do Direito. [...] Mesmo as posições mais favoráveis à autonomia do Direito não negam que possam existir valores morais tutelados também pelo Direito, segundo a lógica deste e por força dos seus critérios”. *Idem* – p.5.

<sup>178</sup> ALMEIDA, Carlota Pizarro de. *O Crime de Lenocínio no Artigo 170º, n.º 1 do Código Penal*. Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 144/2004 (relat. Conselheira Maria Fernanda Palma). *Jurisprudência Constitucional*, n.º 7, Julho-Setembro, 2005, pp. 21 a 35.

discussão sobre a legitimidade da tipificação em causa. A justificativa para tal alteração foi de 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 punidas (<sup>179</sup>).

A subtração da expressão do tipo incriminador foi justificada no sentido da sua inaplicabilidade, nesse sentido, *Vera Jardim* defende que retire do tipo incriminador do lenocínio “a exigência de que seja para abusar da situação de carência da vítima, o que não se permite culpar, nem criminalizar, nem prender ninguém, porque essa circunstância nunca se prova” (<sup>180</sup>). Entretanto, a autora em causa assegura que não é digno legitimar a incriminação do lenocínio simples com os argumentos de que muitos casos de proxenetismo passariam impunes à luz da redação de 1995 e, de que ficou mais difícil fazer prova do elemento que foi retirado na redação 1998. Posto que existiram casos que escaparam da punição correspondente à eliminação daquele elemento do tipo – que a exploração ocorresse em situação de abandono e de extrema necessidade – foi pela “bondade dessa opção que está em causa, não a consequências a ela inerentes” (<sup>181</sup>), e o argumento de dificuldade de prova não poderá legitimar a elaboração de um tipo criminal.

Ainda, no que tange aos argumentos invocados pelo Tribunal no Acórdão 144/04, *Carlota Pizarro de Almeida* destaca que as objeções do Ministério Público assentam em valorações éticas sem apoio jurídico-penal e, muito menos, jurídico-constitucional (<sup>182</sup>). Dessa forma, a mesma contesta alegando que o direito penal moderno não deve se destinar a defender a moral social, por entender ser clara a disposição dos artigos: 18º, n.º 2, do CRP e 40º, do CP. Outro argumento concedido pelo Ministério Público perante a questão do bem jurídico tutelado no crime de lenocínio simples é de que se trata de um “bem jurídico complexo” e que “abarca o interesse geral da sociedade relativo à postura sexual e o ganho honesto”, afirmação a evocar, outra vez, concepções afastadas pelo direito penal

---

<sup>179</sup> ALMEIDA, Carlota Pizarro de. *Op. cit.*, p. 28.

<sup>180</sup> VERA JARDIM, Ministro da Justiça, *Diário da Assembleia da República*, I Série 48/VII-3, de 13 de Março, p. 1626, VII Legislatura, 3.ª Sessão Legislativa, Reunião de 12 de Março de 1998, *apud* ALMEIDA, Carlota Pizarro de – *op. cit.*, p. 28.

<sup>181</sup> *Idem.*

<sup>182</sup> A justificativa do Ministério Público junto com o Tribunal da Relação de Guimarães ao dizer que o lenocínio não pode ser considerado uma profissão “a não ser que seja profissão viver à custa de outras pessoas, nomeadamente explorando a sua prostituição”. (*Idem* – p. 29).

(<sup>183</sup>). A mencionada autora segue constatando que, para entender o lugar ocupado pelo crime de lenocínio no direito penal, é necessário entender igualmente o lugar ocupado pela prostituição na sociedade. Ressalva, também, que a conduta do cliente não se revela para o direito penal, apenas a pessoa que retira dividendo e a pessoa que se prostitui (<sup>184</sup>). Por fim, conclui atribuindo razão ao legislador de 1995, ao ressaltar que, após a retirada da exigência de exploração de “abandono ou necessidade da vítima”, passamos a estar diante de um crime sem vítima (<sup>185</sup>).

Outro acórdão do Tribunal Constitucional, que merece destaque é o Ac. TC n.º 522/2007, onde o Conselheiro *Gil Galvão* defende seu voto, alegando que o legislador não está constitucionalmente proibido de criminalizar a conduta prevista no artigo 169.º, n.º 1 do CP (<sup>186</sup>). Em entendimento contrário, destacamos o voto (polêmico) de vencida, sustentado pela Conselheira *Maria João Antunes* no Ac. n.º 396/2007, ao defender a inconstitucionalidade do crime de lenocínio simples, na redação dada pela lei n.º 65/98, por violação do artigo 18.º, n.º 2, da CRP (<sup>187</sup>).

Entendemos, portanto, que a questão constitucional do crime de lenocínio simples será, provavelmente, a questão crucial de divergência jurídica. Posto que, depois de analisar todos os fundamentos, sejam os argumentos apontados pela inconformidade constitucional, sejam os fundamentos apresentados pela constitucionalidade, estes foram necessários para compreendermos que, mesmo tendo a Jurisprudência decretado a sua constitucionalidade, tais argumentos não são suficientes para que o crime de lenocínio simples se torne aceitável.

Portanto, acresce-nos dizer que um dos principais pressupostos para uma eventual inconstitucionalidade do crime de lenocínio simples é que estamos incriminando uma imoralidade. Imoralidade esta que foi corretamente abordada acima por *Carlota Pizarro de*

---

<sup>183</sup> Idem.

<sup>184</sup> ALMEIDA, Carlota Pizarro de – op. cit., p. 32.

<sup>185</sup> Idem – p. 34. Defende também que depois da alteração de 1998 “não se tutela agora a liberdade sexual de alguém” (LOPES, José Mouraz – Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual... cit., p. 71). Assim como, *Anabela Rodrigues*, que vai até mais longe, ao considerar que “nem mesmo a exigência que se fazia na versão anterior do código quanto a verificação do elemento típico ‘exploração de situações de abandono ou necessidade econômico’, justificava [...] a incriminação” (RODRIGUES, Anabela; FIDALGO, Sónia. In: *Comentário Conimbricense... op.cit.*, pps. 798).

<sup>186</sup> “votei a decisão por entender, como resulta dos acórdãos N.ºs 170/2006 e 396/2007, que o Legislador não está constitucionalmente proibido de adoptar um tipo criminal como o previsto no artigo 170.º, N.º 1, do Código Penal”. Conselheiro *Gil Galvão*, in Ac. TC n.º 522/2007, de 18 de outubro. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070522.html>> Acesso em: abril de 2015.

<sup>187</sup> Conselheira *Maria João Antunes* in Ac. TC n.º 396/2007, de 10 de Julho 2007. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070396.html>>. Acesso em: Abril de 2015.

*Almeida*, na qual o direito penal não pode defender a moral social, conforme se apresenta claro no disposto no artigo 18.º, n.º 2, do CRP e no artigo 40º, do CP. Na verdade, o conteúdo do Ac. 114/2004 de 10 de Março serviu de base para a fundamentação de acórdãos posteriores que continuam a combater o entendimento adotado pelo TC, mas que se abstém de averiguar algumas questões discutíveis. Por exemplo, não se procurou definir ou identificar o bem jurídico protegido no crime de lenocínio simples, tampouco, aprofundou-se na questão da legitimidade do direito penal intervir em matérias associadas à moral.

Em suma, o entendimento concedido pelo TC nos acórdão supracitados mostra-se frágil em alguns aspectos (<sup>188</sup>), e no caso concreto, não está em causa a prática de uma atividade (prostituição) e seu reconhecimento como profissão, nem a punição de uma conduta imoral, mas preliminarmente na tutela penal de um comportamento de exploração sexual de terceiros, onde se criminaliza quem fomenta, favorece, facilita o exercício da prostituição com fins lucrativos. Desta feita, reconhecemos o fundamento do voto da Conselheira *Maria João Antunes*, levando em consideração a difícil aplicação do bem jurídico da liberdade sexual na redação dada pela Lei n.º 65/98 do crime de lenocínio simples.

## **2.2) Do crime de lenocínio no Direito brasileiro: percurso histórico das Reformas penais**

O Código Penal que vigora no ordenamento jurídico brasileiro foi instaurado através do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (<sup>189</sup>). Consequentemente, devido à redação ter sido elaborada há várias décadas, uma das principais críticas radicadas é que trata-se de uma legislação obsoleta, retrógrada, com muitas falhas e que está longe de refletir quais bens são mais caros à sociedade brasileira. Assim, em razão dessa necessidade, já existe um projeto de lei do senado que reforma do código penal brasileiro, mas que ainda está sujeito a críticas e debates acalorados (<sup>190</sup>). Ocorre que, por se tratar de

---

<sup>188</sup> Abordados acima por: ALMEIDA, Carlota Pizarro de – *op. cit.*, pps. 21-35.

<sup>189</sup> BRASIL. CÓDIGO PENAL. Decreto-Lei n.º 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)> Acesso em: Maio de 2015.

<sup>190</sup> BRASIL. PROJETO LEI DO SENADO, N.º 236 de 2012. Reforma do Código Penal Brasileiro. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=106404](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106404)>. Acesso em: Maio de 2015. Uma das críticas mais severas sobre a redação do novo código penal é feita por *Miguel Reale Júnior*, que classifica o projeto enviado ao Congresso como: “O projeto é uma obscenidade, é gravíssimo. Erros da maior gravidade técnica e da maior gravidade com relação à criação dos tipos penais, de

um código instaurado há muito tempo, várias leis buscaram promover alterações e revogações que foram necessárias e condizentes para acompanhar a evolução da sociedade.

No que importa ao objetivo pretendido pelo nosso estudo sobre os crimes sexuais, especialmente o crime de lenocínio, é importante ressaltar que este percorreu um caminho de várias reformas e atravessou dúvidas quanto ao bem jurídico que pretendia ser tutelado e na sua nomenclatura. No entanto, com o passar do tempo, essas dúvidas foram sendo solucionadas e se transformando na promulgação de reformas penais e de leis, das quais, de forma sucinta, iremos percorrer e analisar, até a redação atual.

Antes de adentrar nas reformas penais provocadas nos crimes de lenocínio, será apresentado um quadro explicativo da transformação dos crimes sexuais no Direito brasileiro <sup>(191)</sup>:

Quadro 1: Quadro comparativo da evolução dos crimes sexuais no Código Penal brasileiro

<b>Código Criminal 1830</b>	<b>Código Penal 1890</b>	<b>Código Penal 1940</b>	<b>Lei 12.015/2009</b>
<b>Parte Terceira</b> <b>Título II</b> “Dos Crimes Contra a Segurança individual”.	<b>TÍTULO VIII</b> “Dos Crimes Contra a Segurança da Honra e Honestidade da Família e do Ultraje Público ao Pudor”.	<b>Título VI</b> “Dos Crimes Contra os Costumes”	<b>Título VI</b> “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”
<b>Capítulo I</b> “Dos Crimes Contra a Segurança da Pessoa, e Vida”	<b>Capítulo I</b> “Da Violência Carnal”	<b>Capítulo I</b> “Dos Crimes Contra a Liberdade Sexual”	<b>Capítulo I</b> “Dos Crimes Contra a Liberdade Sexual”
<b>Capítulo II</b> “Dos Crimes Contra a Segurança da Honra”	<b>Capítulo II</b> “Do Rapto”	<b>Capítulo II</b> “Da Sedução e da Corrupção de Menores”	<b>Capítulo II</b> “Dos Crimes Sexuais Contra Vulnerável”
<b>Capítulo III</b> “Dos Crimes Contra a Segurança da Honra”	<b>Capítulo III</b> “Do lenocínio”	<b>Capítulo III</b> “Do Rapto”	<b>Capítulo III</b> Revogado
	<b>Capítulo IV</b> “Do adultério ou infidelidade conjugal”	<b>Capítulo IV</b> “Disposições Gerais” - Formas qualificadas - Presunção de violência - Ação Penal - Aumento de Pena	<b>Capítulo IV</b> “Disposições Gerais” - Ação Penal - Aumento de pena

proporcionalidade. E a maior gravidade de todas está na parte geral, porque é uma utilização absolutamente atécnica, acientífica, de questões da maior relevância, em que eles demonstram não ter o mínimo conhecimento de dogmática penal e da estrutura do crime”. CANÁRIO, Pedro; VASCONCELLOS, Marcos de. *Falhas Conceituais: "Novo Código Penal é obscenidade, não tem conserto"*, 02 de setembro, 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-set-02/entrevista-miguel-reale-junior-decano-faculdade-direito-usp>> Acesso em: Maio de 2015.

<sup>191</sup> CORREA, Everton Gomes e SILVA, Jéssica Aline de S. – Aspectos dos crimes contra a Dignidade Sexual, *In: Revista Jurídica UNIGRAN*, vol. 12, ano 24, Dourados: Mato Grosso do Sul, 2010, p. 168.

	<b>Capítulo V</b> “Do Ultraje Público ao Pudor”	<b>Capítulo V</b> “Do Lenocínio e do tráfico de Pessoas”	<b>Capítulo V</b> “Do Lenocínio e do Tráfico de Pessoa Para Fim de Prostituição ou Outra Forma de Exploração Sexual”
		<b>Capítulo VI</b> “Do Ultraje Público ao Pudor”	<b>Capítulo VI</b> “Do Ultraje Público ao Pudor”
			<b>Capítulo VII</b> “Disposições Gerais” - Aumento de pena

Fonte: CORREA, 2010, p. 168.

No que se refere ao crime de lenocínio, a primeira tipificação surgiu com o Decreto lei n.º 847 de 11 de outubro de 1890, no intitulado “Código Penal dos Estados Unidos Do Brasil”, que tipificava o crime de lenocínio, no capítulo III, do Título VIII (“Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje publico ao pudor”), nas suas formas simples e agravada, com a seguinte redação:

Do Lenocínio Art. 277. Excitar, favorecer, ou facilitar a prostituição de alguém para satisfazer desejos desonestos ou paixões lascivas de outrem: Pena – de prisão celular por um a dois anos.

Parágrafo único. Se este crime for cometido por ascendente em relação á descendente, por tutor, curador ou pessoa encarregada da educação ou guarda de algum menor com relação a este; pelo marido com relação á sua própria mulher: Pena – de prisão celular por dois a quatro anos.

Além desta pena, e da de interdição em que incorrerão, se imporá mais:

Ao pai e mãe a perda de todos os direitos que a lei lhe concede sobre a pessoa e bens do descendente prostituído;

Ao tutor ou curador, a imediata destituição desse múnus;

Á pessoa encarregada da educação do menor, a privação do direito de ensinar, dirigir ou ter parte em qualquer estabelecimento de instrução e educação;

Ao marido, a perda do poder marital, tendo lugar a ação criminal, que prescreverá em três meses, por queixa contra ele dada somente pela mulher<sup>(192)</sup>.

Verificava-se, portanto, o excesso de aspectos morais na disposição do Código Penal de 1890. As expressões “desejo desonesto” e “paixões lascívias” apontavam para

<sup>192</sup> BRASIL. Promulga o Código Penal. Código Penal de 1890, Decreto lei n.º 847 de 11 de outubro de 1890. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: Maio de 2015. Prado dispõe que “No reinado de Afonso IV o lenocínio já era reprimido em Portugal com açoites e perda de bens, alguns eram penalizados até com degrado para o Brasil Colônia. Posteriormente, surgira nas Ordenações Filipinas a tipificação penal do crime de lenocínio com penas de morte e perdas de bens, que nem assim fora recepcionado no Código Criminal do Império em 1830. O Código de 1890 trazia como crime o lenocínio em suas formas simples e agravado” (PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. vol. 3. 11º ed. São Paulo: RT, 2006, p.258).

valorações morais coletivas da comunidade, que eram legitimadas pelo Direito e que tinham por objetivo proteger a honra e honestidade das famílias. Posteriormente, o Brasil República regulamentou a incriminação do crime de lenocínio de várias maneiras. Em especial, podemos ressaltar o ano de 1951, em que o Brasil se posicionou a respeito da condenação do crime em questão, recepcionando a Convenção para a Repressão ao Tráfico de pessoas e do Lenocínio, que aconteceu em Lake Success nos Estados Unidos no ano de 1950 (<sup>193</sup>).

Com o passar do tempo e com a evolução da sociedade, a legislação penal foi se modificando e aprimorando sua tipificação penal. O atual Código Penal de 1940, por meio do Decreto Lei n.º 2.848 de 07 de dezembro (<sup>194</sup>), tipificou os crimes sexuais no título VI, sob a égide: “Dos Crimes Contra os Costumes”; e o crime de lenocínio, disposto no capítulo V, com a redação: “Do lenocínio e do tráfico de mulheres”. No entanto, esta denominação específica de gênero só foi suprimida com a promulgação da Lei n.º 11.106/2005 (<sup>195</sup>), no qual justificava que a redação dos crimes sexuais contemplava estereótipos, preconceitos e discriminação contra às mulheres, que não mais coadunavam com a contemporaneidade e luta por igualdades (<sup>196</sup>). Portanto, eliminou-se a referência “mulheres” do capítulo V para, a partir de então, dispor especificamente “Do Lenocínio e do Tráfico de Pessoas”.

Pouco tempo depois, houve outra alteração no que tange aos crimes sexuais, através da Lei n.º 12.015 de 2009 (lei atualmente vigente), consoante a qual provocou reformas mais profundas nos crimes sexuais. As alterações aplicadas pela reforma penal de 2009 deixaram de tutelar os bons costumes e a moralidade pública e passaram a tutelar a dignidade sexual da pessoa (<sup>197</sup>). Posto isto, iremos analisar e questionar a revisão penal de 2009, com mais destaque, no próximo tópico.

---

<sup>193</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. vol. III. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 590.

<sup>194</sup> *Supra*, nota de rodapé n.º 189.

<sup>195</sup> BRASIL. LEI Nº 11.106, DE 28 DE MARÇO DE 2005. Altera os arts. 148, 215, 216, 226, 227, 231 e acrescenta o art. 231-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111106.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111106.htm)>. Acesso em: Maio de 2015.

<sup>196</sup> BERNARDI, Iara. Projeto Lei 2.848 - Modifica os artigos 216 e 231 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para suprimir o termo “mulher honesta”. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=4E71CC16CEA674886865E46079EAC069.proposicoesWeb1?codteor=114145&filename=PL+117/2003](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=4E71CC16CEA674886865E46079EAC069.proposicoesWeb1?codteor=114145&filename=PL+117/2003)>. Acesso em: maio de 2015.

<sup>197</sup> O *caput* do capítulo V passou a ser, após a redação dada pela Lei n.º 12.015 de 2009, “Do lenocínio e do Tráfico de Pessoa para fim de Prostituição ou outra forma de exploração sexual” e o título VI passou a vigorar como “Dos crimes contra a Dignidade Sexual”. BRASIL. Lei n.º 12.015 de agosto de 2009. *Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da*

### 2.2.1) Lei n.º 12.015 de 7 de agosto de 2009

No que concerne o objeto de estudo deste trabalho, nomeadamente, o crime de lenocínio, importa dizer que este possui uma aplicação diferenciada no Brasil. Tal delito encontra-se disposto no capítulo V, sob epígrafe: “Do lenocínio e do Tráfico de Pessoa para fim de Prostituição ou outra forma de Exploração Sexual” e desmembra em quatro artigos: o artigo 227º (Mediação para Servir a Lascívia de outrem), artigo 228º (Favorecimento da Prostituição ou de outra forma de Exploração Sexual), artigo 229º (Casa de Prostituição) e o artigo 230º (Rufianismo). Os artigos 231º e 231º-A do capítulo V atribuem-se ao Tráfico de Pessoas.

De acordo com os preceitos de *Bittencourt* (<sup>198</sup>), o crime de lenocínio, em sentido abrangente, é compreendido como o ato de “prestar assistência ou auxiliar a vida libertina de outrem, ou dela tirar proveito”. Este crime abarca o proxenetismo (mediação para satisfazer a lascívia de outrem), o favorecimento à prostituição e o rufianismo e, inclusive, tráfico de pessoas para fins de exploração sexual.

Primeiramente, o artigo 227º do Código Penal brasileiro não sofreu alterações com o advento da última reforma penal (lei 12.015/2009). No entanto, a reforma penal anterior (11.106/2005) provocou mudanças no seu parágrafo 1º, modificando a expressão “marido” por “cônjuge ou companheiro”. Assim, a redação atual do artigo 227º é disposta da seguinte maneira:

Mediação para servir a lascívia de outrem

Art. 227 - Induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem:

Pena - reclusão, de um a três anos.

§ 1º Se a vítima é maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos, ou se o agente é seu ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro, irmão, tutor ou curador ou pessoa a quem esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda: (Redação dada pela Lei nº 11.106, de 2005)

Pena - reclusão, de dois a cinco anos.

---

*Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores.* Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm#art2](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm#art2)>. Acesso em: Maio de 2015. Nesse mesmo contexto *Rogério Greco* assegura que: “A expressão crimes contra os costumes já não traduzia a realidade dos bens juridicamente protegidos pelos tipos penais que se encontravam no Título VI do Código Penal. O foco da proteção já não era mais a forma como as pessoas deveriam se comportar sexualmente perante a sociedade do século XXI, mas sim a tutela da sua dignidade sexual”. (Greco, Rogério. *Curso de Direito Penal... cit.*, p. 579).

<sup>198</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado...*, op.cit., p.1133.

§ 2º - Se o crime é cometido com emprego de violência, grave ameaça ou fraude:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, além da pena correspondente à violência.

§ 3º - Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa<sup>(199)</sup>.

O tipo disposto no artigo 227º do CP brasileiro é conhecido como “uma hipótese de lenocínio principal, no qual o sujeito ativo toma a iniciativa de induzir a vítima à prostituição”<sup>(200)</sup>. Dessa forma, é necessário que haja o induzimento (promessas/súplicas) a satisfazer a lascívia de outrem. O crime se consuma na prática efetiva de qualquer ato que importe na satisfação de terceiro, a quem a mediação favoreça. Portanto, trata-se de um crime comum (sem condição especial do sujeito ativo), material, comissivo, unissubjetivo (praticado apenas por intermédio de um agente), plurissubsistente (conduta composta de uma variedade de atos distintos) e instantâneo<sup>(201)</sup>.

As formas qualificadas do referido crime estão dispostas nos três parágrafos, sendo que o primeiro parágrafo contém duas formas qualificadas: a menoridade da vítima e a autoridade do agente. As outras duas formas qualificadas são expressas no parágrafo 2º e 3º do artigo em questão. No que concerne o concurso de crimes, *Hungria*<sup>(202)</sup> entende que esta previsão legal estaria reconhecendo o concurso material entre a mediação para satisfazer a lascívia de outrem e o resultado da violência que consistir em si mesmo crime. No entanto, *Bittencourt* rebate este entendimento, pois acredita que o que caracteriza o concurso material de crimes não é a soma ou cumulação de penas, mas a pluralidade de condutas, pois “no *concurso formal impróprio*, isto é, naquele cuja conduta única produz dois ou mais crimes, resultantes de *desígnios autônomos*, as penas também são aplicadas *cumulativamente*”<sup>(203)</sup>. Portanto, entendemos que a aplicação cumulativa com a pena correspondente ao emprego de violência não criou uma espécie de *sui generis* de concurso material, mas adotou o “sistema de cúmulo material”<sup>(204)</sup> de aplicação de penas. Todavia, nada impede que possa acontecer, concretamente, concurso material com outras infrações penais.

---

<sup>199</sup> *Supra*, nota de rodapé n.º 189.

<sup>200</sup> MIRABETE, Julio Fabrini. Manual de Direito Penal. v. 2. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 430.

<sup>201</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. Código comentado... *cit.*, p.1134.

<sup>202</sup> HUNGRIA, Nelson e FRAGOSO, Heleno. *Comentários ao Código Penal*, vol. 8, Editora Forense, p. 31, *apud* BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado... cit.*, p. 1135.

<sup>203</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado... cit.*, p. 1135.

<sup>204</sup> *Idem*.

Após dispor da classificação do crime em questão, entendemos que, tratando-se de crimes em que o direito penal tem o dever de proteger a liberdade sexual da pessoa, o crime disposto no artigo supracitado parece mais uma proteção de desenvolvimento da prostituição. Ora, tal artigo criminaliza o ato de “induzir” (instigar/levar alguém a um ato) para satisfazer lascívia de terceiro. No entanto, de acordo esta redação, não parece que objetivo pretendido é proteger a liberdade sexual da pessoa. Assim, a prática deste crime, sem que seja exercida qualquer violência ou grave ameaça <sup>(205)</sup>, não deve ser criminalizada. Entretanto, reconhecemos que, quando se trata de sua forma qualificada (parágrafo 1º e 2º do artigo 227º), na qual se criminaliza um crime cometido com emprego de violência e contra menores de idade, o crime é justificável. Portanto, o que a disposição do artigo 227º protege é uma moralidade pública e social com objetivo de evitar o desenvolvimento da prostituição <sup>(206)</sup>.

Outro artigo que compõe o capítulo V é o 228º (Favorecimento da Prostituição ou de outra forma de Exploração Sexual), que está disposto da seguinte forma, após a reforma operada pela Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009:

Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Art. 228. Induzir ou atrair alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilitá-la, impedir ou dificultar que alguém a abandone: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 1º Se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 2º - Se o crime, é cometido com emprego de violência, grave ameaça ou fraude: Pena - reclusão, de quatro a dez anos, além da pena correspondente à violência.

§ 3º - Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa <sup>(207)</sup>.

---

<sup>205</sup> No mesmo sentido: “a liberdade sexual, exercida sem violência ou grave ameaça não deve ser tutelada pelo Estado”.(NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual. Comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 101), também no mesmo sentido: (ESTEFAM, André. *Crimes sexuais. Comentários à Lei n. 12.015/2009*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.25).

<sup>206</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado... cit.,* p. 1135.

<sup>207</sup> *Supra*, nota de rodapé n.º 189.

No que concerne o supracitado artigo, pode-se afirmar que a alteração instaurada pela Lei 12.015 de 2009 não provocou nenhuma mudança significativa em relação ao conteúdo do texto anterior do mesmo dispositivo legal. O que ocorreu foi o acréscimo do elemento de referência “ou outra forma de exploração sexual”, a inclusão do verbo “facilitar” no *caput* do artigo, bem como o acréscimo expresso da figura qualificada no parágrafo primeiro. Na redação anterior, apenas existia referência à figura qualificada do artigo 227º § 1, nomeadamente, “Se ocorre qualquer das hipóteses do § 1º do artigo anterior”.

Assim, após expor as mudanças trazidas pela reforma penal, faz-se necessário dizer que a redação da lei 228º do CP brasileiro é a que mais se assemelha ao crime de lenocínio disposto no artigo 169º do CP português. Também, é necessário destacar que os doutrinadores brasileiros criticam bastante o fato do legislador não ter excluído essa tipificação legal do ordenamento jurídico com a reforma penal de 2009 <sup>(208)</sup>. Aliás, devemos levar em consideração que o fundamento principal da proposição da reforma penal em causa é a proteção da liberdade sexual da pessoa. Entretanto, contraditoriamente, este texto criminaliza o exercício dessa liberdade, pois, quando se trata da prostituição entre adultos, sem emprego de violência ou ameaça grave <sup>(209)</sup>, não conseguimos compreender a legitimidade do legislador para criminalizar o exercício da liberdade sexual do indivíduo.

Sabemos que a prostituição não é crime. O que o legislador criminaliza é o ato de atrair ou induzir alguém à prostituição. Entretanto, quando o legislador direciona a criminalização para a prostituição de menores, o bem jurídico protegido ganha outra importância. Mas tratando-se da prostituição de adultos, sem violência e grave ameaça, não

---

<sup>208</sup> Para Nucci: “[...] perdeu-se a oportunidade de extirpar da legislação penal brasileira esse vetusto e desacreditado crime”. (NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a Dignidade Sexual – Comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 74). Bittencourt assegura que “O falso moralismo impediu o legislador contemporâneo de excluir do ordenamento jurídico brasileiro um tipo penal completamente superado e absolutamente desacreditado, em razão de sua (praticamente) inaplicabilidade ao longo de quase sete décadas de vigência. Contraditoriamente, para um legislador que pretende proteger a liberdade sexual individual, que é a finalidade que este texto se autoatribui (Lei n. 12.015/2009), criminaliza, ao mesmo tempo, o exercício dessa liberdade”. (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado...*, *op.cit.*, p. 1137).

<sup>209</sup> Luiz Flávio Gomes “Enquanto de adulto se trate, cada um dá à sua vida sexual o rumo que bem entender. O plano moral não pode ser confundido com o plano jurídico. O Estado não tem o direito de instrumentalizar as pessoas (como dizia Kant) para impor uma determinada orientação moral ou sexual”. (GOMES, Luiz Flávio. *Crimes contra a Dignidade Sexual e outras reformas penais*. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1872027/crimes-contra-adignidade-sexual-e-outras-reformas-penais>>. Acesso em: abril de 2015).

há sentido para a tutela penal do Estado, pois, estamos nitidamente diante de um crime em que o legislador viola o princípio da intervenção mínima e o da ofensividade <sup>(210)</sup>. É interessante observar que o legislador aplica a mesma pena tanto para a prostituição de menores quanto para adultos.

Para *Nucci* <sup>(211)</sup>, trata-se de um crime em que o sujeito ativo e passivo pode ser qualquer pessoa, e que secundariamente, o sujeito passivo é a sociedade. Para ele, o sujeito passivo não pode ser a pessoa prostituída, pois, acredita-se que não tem sentido preservar o comportamento de adultos na esfera sexual. As formas “facilitar, impedir ou dificultar” o abandono, sem utilizar a forma qualificada do §2 (violência ou grave ameaça), soam como crime de “configuração impossível”, face ao bem jurídico protegido, nomeadamente, a dignidade sexual. O autor ainda acrescenta que é contraditório criminalizar o agente que facilita a prática da prostituição, visto que a prostituição não é uma prática apontada como criminosas.

Assim, o crime em questão tem como elemento normativo do tipo a prostituição, expressando o comércio habitual da atividade sexual, ou seja, a conduta demanda tempo e frequência. A expressão “exploração sexual” também constitui outro elemento normativo do tipo, que depende da prova de fraude ou outro meio enganoso. Não se admite a forma culposa, apenas a dolosa. O bem jurídico protegido não é a liberdade sexual (como deveria ser), mas a moralidade sexual pública. O crime é material e não admite tentativa por se tratar de um crime condicionado <sup>(212)</sup>.

A pena cominada é a pena de reclusão (dois a cinco anos), cumulada com a pena de multa, independentemente da existência da finalidade econômica. Pois, após a reforma aplicada, a pena de multa foi imposta na figura do *caput*, ou seja, quando houver favorecimento da prostituição de adultos, a pena de multa é obrigatoriamente aplicada. Isso entra em contradição com a disposição do artigo 218-B <sup>(213)</sup>, que não exige a cominação de multa no *caput*, apenas quando houver vantagem econômica.

Por fim, o tipo penal em questão, após a reforma penal de 2009, foi mantido com poucas alterações, que não produziram o efeito pretendido, foram inócuas e sem aplicação

---

<sup>210</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Op.cit.*, p. 74.

<sup>211</sup> *Idem* – p. 75.

<sup>212</sup> *Idem* – p. 76.

<sup>213</sup> Art. 218-B: “Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone”. *Supra*, nota de rodapé n.º 189.

prática. Portanto, esperamos que o legislador atente para os ditames Constitucionais, especialmente o direito à intimidade e à vida privada e, por consequência disso, elimine a criminalização de condutas que acometem o cenário do relacionamento sexual entre adultos.

Assim, outro artigo que compõe o capítulo V (Do lenocínio e do Tráfico de Pessoa para fim de Prostituição ou outra forma de exploração sexual) é o artigo sobre a Casa de Prostituição (art. 229º do CP brasileiro), que está disposto, após a reforma de 2009, da seguinte maneira:

Casa de prostituição

Art. 229. Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente:

— *Caput* com redação determinada pela Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009.

Pena — reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa <sup>(214)</sup>.

Neste artigo, diferentemente do anterior – no qual a pretensão do legislador era coibir o sujeito ativo que facilitasse a prostituição de uma pessoa certa e determinada – se impede outra forma de favorecimento à prostituição, qual seja “a manutenção de local para o exercício da prostituição” <sup>(215)</sup>. O ato de criminalizar a manutenção da casa de prostituição expõe, mais uma vez, o contrassenso do legislador penal que proíbe a exploração de uma atividade de cariz permitido e mistura o direito com a moral, criminalizando a realização da prostituição. Dessa forma, a norma supracitada é mais uma espécie do crime preestabelecido de favorecimento à prostituição ou outra forma de exploração sexual, do artigo 228º do CP brasileiro.

O bem jurídico a ser tutelado, como ocorre em todos os crimes dispostos no Título VI do CP brasileiro, é a dignidade sexual do ser humano. No entanto, a norma prevista no artigo 229º tem a pretensão de tutelar a “moralidade sexual pública” <sup>(216)</sup>, projetando, particularmente, evitar o desenvolvimento da prostituição. O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, desde que seja proprietário ou gerente e mantenha o estabelecimento, com ou sem finalidade lucrativa. O sujeito passivo será sempre a pessoa prostituída, sem

---

<sup>214</sup> *Supra*, nota de rodapé n.º 189.

<sup>215</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Código penal comentado... p., 1143.

<sup>216</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Código penal comentado...cit., p., 1143

distinção de gênero <sup>(217)</sup>. O tipo objetivo é representado pela manutenção do estabelecimento em que ocorra exploração sexual. Manter implica na ideia de habitualidade, continuação, que não se confunde com permanência. Trata-se, portanto, de um crime formal <sup>(218)</sup>, de forma livre, comissivo (“manter” configura a ação do agente), unissubjetivo (praticado por apenas um agente), plurisubsistente (necessidade de reiteração dos atos) e habitual.

Como já ficou esclarecido, a prostituição é uma atividade lícita e permitida, e a liberdade sexual é um direito de todos. Entretanto, a conduta dos proprietários ou responsáveis pelo estabelecimento poderá ser típica, mas não será antijurídica, quando se tratar do consentimento dos supostos ofendidos. Em outras palavras, *Luiz Flávio Gomes* complementa: “As pessoas maiores frequentam essas casas se quiserem (e quando quiserem). São livres para isso. Nos parece um absurdo processar o dono de um motel ou de uma casa de prostituição, que é frequentada exclusivamente por pessoas maiores de idade” <sup>(219)</sup>.

As penas aplicadas, cumulativamente, são de reclusão (dois a cinco anos) e multa, pois o exercício do crime visa, quase sempre, a obtenção de lucro. A ação Penal, para *Bitencourt* <sup>(220)</sup> será pública e incondicionada, independente de quem tomou a iniciativa.

Por fim, o rufianismo, o último artigo do capítulo V – que compõe os crimes de lenocínio – antes de adentrar na questão do tráfico de pessoas. Neste crime, o legislador, através da reforma penal de 2009, apenas limitou-se a alterar o conteúdo das formas qualificadoras, sem mudar aplicação da pena. Assim, o rufianismo está atualmente disposto da seguinte maneira:

#### Rufianismo

---

<sup>217</sup> Em sentido contrário *Nucci* assegura que “a pessoa que se prostitui não é sujeito passivo, tendo em vista que o ato em si não é considerado *ilícito penal*, além do que ela também está ferindo os bons costumes, ao ter vida sexualmente desregrada, de modo que não pode ser vítima de sua própria liberdade de ação”. (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*, 15ª edição, editora: Método/Forense, 2015, p. 699).

<sup>218</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a Dignidade sexual...*, op. cit., p. 81.

<sup>219</sup> GOMES, Luiz Flávio. Crimes contra a Dignidade Sexual e outras Reformas Penais. In JUSBRASIL, 2010. Disponível em: <<http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/1872027/crimes-contra-a-dignidade-sexual-e-outras-reformas-penais>> Acesso em: Maio de 2015.

<sup>220</sup> (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado...cit.*, p., 1149). Em sentido contrário, *Nucci* afirma que “O crime do art. 229 pode ser condicionado à prova de delito precedente. Nesses casos, somente se pode punir o proprietário do estabelecimento se houver prova, ao menos da materialidade, do crime sexual, configurando a exploração sexual. Sem tal prova, inexistente possibilidade de formação do art. 229”. (NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a Dignidade sexual...cit.*, p. 81).

Art. 230 - Tirar proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça:  
Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa

§ 1º Se a vítima é menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos ou se o crime é cometido por ascendente, padrasto, madrastra, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou por quem assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 2º Se o crime é cometido mediante violência, grave ameaça, fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vontade da vítima: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, sem prejuízo da pena correspondente à violência. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009) <sup>(221)</sup>

O crime em questão consiste em penalizar o rufião, aquele que vive à custa da prostituição alheia. Mais uma vez, trata-se de uma figura ultrapassada, na qual se busca proteger exageradamente qualquer forma de “agenciamento ou condução empresarial da atividade” <sup>(222)</sup> da prostituição. Importa evidenciar que em Portugal, conforme vimos no ponto supracitado 2.1.3 <sup>(223)</sup>, a figura do rufianismo foi descriminalizada.

O sujeito ativo do crime de rufianismo pode ser qualquer pessoa; mesmo que na prática seja um crime normalmente praticado por homem, nada impede que a mulher também possa praticar. O sujeito passivo também poderá ser qualquer pessoa <sup>(224)</sup>. A ação tipificada é tirar proveito da prostituição alheia e o tipo subjetivo é constituído pelo dolo. O crime só pode ser consumado através da prática habitual (não devendo confundir com permanência), ou seja, o crime será consumado quando o agente participar efetivamente dos lucros ou for sustentado por quem pratica a prostituição. Além disso, o crime é habitual, não se admite tentativa. A ação penal será pública e incondicionada. <sup>(225)</sup>

Finalmente, o disposto no § 2º do artigo em causa não corresponde a uma nova definição de concurso material de crimes, visto que tal definição não se traduz pela cumulação de penas, mas a pluralidade de condutas. Assim, o dispositivo legal (230º §2) trata do concurso formal impróprio, que não deve ser confundido com o concurso material. Contudo, nada impede que ocorra o concurso material, desde que haja “pluralidade de

---

<sup>221</sup> *Supra*, nota de rodapé n.º 189.

<sup>222</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a Dignidade sexual...cit.*, p. 85.

<sup>223</sup> Grifo nosso, p. 45.

<sup>224</sup> *Entretanto*, Nucci entende que: “sujeito passivo principal é a pessoa que exerce a prostituição. Secundariamente, a sociedade”. (NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a Dignidade sexual...op. cit.*, p. 85).

<sup>225</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado...cit.*, p., 1154.

condutas e pluralidade de crimes”.<sup>(226)</sup> As penas atribuídas para as condutas estão devidamente estabelecidas na norma: um a quatro anos para as condutas determinadas no *caput*; no §1 será a pena de reclusão de três a seis anos mais a multa e a hipótese descrita no §2 é de dois a oito anos, sem multa. Contraditoriamente, o legislador emprega pena de multa para a figura simples do *caput*, mas quando recai sobre a forma qualificada do §2, a pena aplicada será sem multa.

Após dispor de todos estes crimes que compõem o crime de lenocínio, nos parece que o legislador brasileiro ao elaborar as leis, desconsidera os limites do Estado, enquanto Estado Democrático de Direito<sup>(227)</sup>. Ora, sabemos que o legislador, ao elaborar as normas, deve atentar para os princípios fundamentais que regem o Estado, sob pena de atentar contra a liberdade e os direitos fundamentais da pessoa. Aliás, como já foi analisado anteriormente, o direito penal constitui a *ultima ratio* do Estado e só deve ser usado quando realmente necessário. Portanto, o Estado não pode impor leis que ultrapassem certos pressupostos, tais como o princípio da liberdade, e criminalizar condutas que não têm relação com o bem jurídico que se pretende tutelar. É necessário, portanto, que o legislador atente para o princípio da ofensividade, ou seja, que haja o mínimo de perigo concreto, real e efetivo ao bem jurídico protegido<sup>(228)</sup> para que se justifique a intervenção estatal.

Portanto, mesmo após a alteração de 2009, muitas condutas ainda continuam sendo criminalizadas com fundamentos que não têm relação com o bem jurídico que deveria ser protegido. Aliás, percebe-se que o legislador brasileiro desmembrou o crime de lenocínio em várias condutas diferentes e de forma desnecessária. Dessa forma, a alteração implementada pela Lei 12.015 de 2009 alterou muitos pontos supérfluos e inúteis, abstendo-se de constatar o centro das questões dos tipos penais que estão carentes de reformulação.

---

<sup>226</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado...cit.*, pps., 1153-1154.

<sup>227</sup> “Os princípios penais constituem o núcleo essencial da matéria penal, alicerçando o edifício conceitual do delito – suas categorias teóricas -, limitando o poder punitivo do Estado, salvaguardando as liberdades e os direitos fundamentais do indivíduo, orientando a política legislativa criminal”. (PRADO, Liz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro. Volume I – Parte Geral – arts. 1º a 120*. 7ª Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2007, p. 131)

<sup>228</sup> Bittencourt preleciona: “Somente se justifica a intervenção estatal em termos de repressão penal se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente, no mínimo, perigo concreto ao bem tutelado (...). Em outros termos, o legislador deve abster-se de tipificar como crime ações incapazes de lesar ou, no mínimo, colocar em perigo concreto o bem jurídico protegido pela norma penal”. (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Volume 1: Parte geral – 14ª Ed.* Saraiva. São Paulo. 2009, p. 22).

### 2.2.2) Projeto do novo Código Penal (Projeto Lei do Senado n.º 236 de 2012)

O Código Penal brasileiro vigente foi instaurado em 1940 e elaborado na vigência do Estado Novo (<sup>229</sup>), nascendo associado aos velhos dogmas do liberalismo clássico. Entretanto, a Constituição, ao direcionar o Brasil na concepção de um Estado social e Democrático de Direito, conduziu a tutela do direito para a proteção coletiva da sociedade. Dessa forma, para manter a soberania, o Estado, deve estar atento à evolução da sociedade, para regular novas interações sociais, econômicas e políticas.

Desta feita, o atraso de uma instauração de um novo Código Penal fez com que leis esparsas fossem criadas para atender necessidades imediatas. Consequentemente, acarretou num total prejuízo da sistematização e organização dos tipos penais, bem como da proporcionalidade das penas. Estes problemas fizeram com que suscitasse uma insegurança jurídica, ocasionada pela existência de muitas interpretações desencontradas, jurisprudências contraditórias e penas injustas. Portanto, foi neste contexto que surgiu a necessidade da criação de um novo Código Penal. Todavia, o mesmo ainda se encontra em processo de tramitação e de discussão, através de uma Comissão Temporária (<sup>230</sup>), que tem por objetivo analisar, discutir e deliberar sobre o PLS n.º 236, que institui o novo Código Penal.

Assim, conforme restou dito, o novo Código Penal ainda não foi promulgado e passa por modificações (<sup>231</sup>), mas quando se trata especificamente da redação dada ao Crime de lenocínio, esta foi disposta da seguinte maneira:

Exploração sexual

Art. 183. Obrigar alguém a exercer a prostituição ou impedir ou dificultar que a abandone:

Pena – prisão, de cinco a nove anos. (<sup>232</sup>)

---

<sup>229</sup> Regime Político instituído por Getúlio Vargas (1937-1945) que se traduzia pela centralização do poder, nacionalismo, anticomunismo e por seu autoritarismo.

<sup>230</sup> BRASIL. PROJETO LEI DO SENADO Nº 236 de 2012. Comissão Temporária Destinada à Análise de Projeto de Reforma do Código Penal. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=112765&tp=1> Acesso em: Maio 2015.

<sup>231</sup> Foram apresentadas 76 emendas para modificações. Para melhor desenvolvimento: DA COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA, sobre o Projeto de Lei do Senado n.º 236, de 2012, do Senador JOSÉ SARNEY, que institui novo Código Penal. Rel. Vital do Rêgo. Disponível em: [http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=106404](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106404) Acesso em: Maio de 2015.

<sup>232</sup> SENADO FEDERAL. Projeto Lei do Senado n.º 236, de 2012. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1> Acesso em: Maio de 2015.

No tópico supracitado, comentamos que é desnecessário o legislador desmembrar o crime de lenocínio em tantas tipificações parecidas. Todavia, nos deparamos com a proposta de uma nova legislação disposta da seguinte forma: o título IV “Dos crimes contra a Dignidade Sexual”, dividido em apenas dois capítulos, nomeadamente, os “Crimes contra a liberdade sexual” e os “Crimes sexuais contra vulnerável”. Portanto, aqui se criminaliza o ato de obrigar ou forçar alguém a exercer a prostituição ou dificultar que abandone contra sua vontade. Achemos superficial a abordagem do crime de exploração sexual, pois não existem formas qualificadas, tampouco uma descrição mais precisa da imputação do crime. A cominação da pena foi aumentada consideravelmente e bem jurídico tutelado é a liberdade sexual da pessoa.

Posto isto, acreditamos que o legislador peca em não estabelecer modalidades qualificadas de exploração sexual. Além disso, a prática de obrigar alguém a se prostituir contra sua vontade sem dispor de qualquer tipo de violência, ameaça grave, se consubstancia na dificuldade de verificação de provas. No entanto, estamos perante uma reforma penal que ainda não foi promulgada, que está em processo de discussão e revisão, da qual esperamos algumas modificações.

### **CAPÍTULO III – A (in)constitucionalidade do crime de lenocínio. A questão do consentimento e a relação com o crime de tráfico de pessoas**

#### **3.1) Do crime de lenocínio e tráfico de pessoas: identificação e delimitação dos campos de aplicação**

O crime de tráfico de pessoas integra o título dos crimes contra as pessoas e está atualmente estabelecido no artigo 160º, capítulo IV (Dos crimes contra a liberdade pessoal) do CP português (<sup>233</sup>). Antes da Revisão penal de 2007, era disposto no Capítulo V, juntamente com o crime de lenocínio, mas com o advento da referida revisão, teve a maioria das disposições legais alteradas e inovadas (<sup>234</sup>). Não obstante, decidimos dar-lhe o devido destaque, por compreendermos que este crime está ligado diretamente ao ponto fulcral do nosso estudo: o crime de lenocínio simples.

A partir da reforma penal de 2007, o crime de tráfico de pessoas atravessou um processo de alargamento da tipificação, passando a abranger não só o tráfico para fins de exploração sexual, mas também a exploração laboral e a extração de órgãos. Esta alteração culminou a partir das normas estabelecidas no direito internacional e no direito europeu, que há alguns anos, contêm esta definição da concepção do tráfico de pessoas. Assim, podemos dizer que esta definição foi baseada no Protocolo relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em especial de Mulheres e Crianças, ratificado por Portugal e, posteriormente, seguido pela Decisão-Quadro do Conselho de 19 de julho de

---

<sup>233</sup> Tráfico de Pessoas: Artigo 160º ”1. Quem, oferecer, entregar, aliciar, transportar, alojar ou acolher pessoa para fins de exploração sexual, exploração do trabalho ou extracção de órgãos: a) Por meio de violência, rapto ou ameaça grave; b) Através de artil ou manobra fraudulenta; c) Com abuso de autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, econômica, de trabalho ou familiar; d) Aproveitando-se da incapacidade psíquica ou de situação de especial vulnerabilidade da vítima; ou d) Mediante a obtenção do consentimento da pessoa que tem o controlo sobre a vítima; é punido com pena de prisão de três a dez anos. 2. A mesma pena é aplicada a que, por qualquer meio, aliciar, transportar, proceder ao alojamento ou acolhimento de menor, ou o entregar, oferecer ou aceitar, para fins de exploração sexual, exploração do trabalho ou extracção de órgãos. 3. No caso previsto no número anterior, se o agente utilizar qualquer dos meios previstos nas alíneas do n.º 1 ou actuar profissionalmente ou com intenção lucrativa, é punido com pena de prisão de três a doze anos. 4. Quem, mediante pagamento ou outra contrapartida, oferecer, entregar, solicitar ou aceitar menor, ou obtiver ou prestar consentimento na sua adopção, é punido com pena de prisão de um a cinco anos. 5. Quem, tendo conhecimento da prática de crime previsto nos nos 1 e 2, utilizar os serviços ou órgãos da vítima é punido com pena de prisão de um a cinco anos, se a pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal. 6. Quem retiver, ocultar, danificar ou destruir documentos de identificação ou de viagem de pessoa vítima de crime previsto nos nos 1 e 2 é punido com pena de prisão até três anos, se a pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal”. (CARVALHO, Américo Taipa de. *In: Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo I, 2º edição, Coimbra Editora, 2012, p. 676).

<sup>234</sup> *Idem* – p. 677.

2002, no âmbito da União Europeia e no âmbito do Conselho da Europa, a Convenção de Varsóvia, no seu artigo 4º. <sup>(235)</sup>

Assim, *João Ataíde Neves* <sup>(236)</sup> descreve o tráfico de pessoas como uma triste realidade no mundo, na qual as pessoas são comercializadas como se fossem mercadorias, desprovidas do valor fundamental da pessoa humana, nomeadamente, a sua dignidade. Afirma, no entanto, que o tráfico de pessoas é uma atividade organizada, desenvolvida em várias fases, todas elas reveladoras da comercialização da pessoa (incluindo as crianças) e acredita que o elemento fundamental do crime deve se concentrar no objetivo de exploração <sup>(237)</sup>.

No que concerne o bem jurídico protegido do crime em questão, da mesma maneira que ocorre com o crime de lenocínio, o tráfico de pessoas origina confusão a respeito da temática em causa. Desde logo, podemos dizer que *Américo Taipa de Carvalho* <sup>(238)</sup> defende que, pelo fato deste tipo legal de crime estar inserido nos crimes contra a liberdade pessoal, o bem jurídico tutelado será necessariamente a liberdade pessoal. No entanto, entende também que qualquer crime que afete a liberdade individual afetará diretamente a dignidade da pessoa humana. No mesmo sentido, *Pedro Vaz Patto* <sup>(239)</sup> preleciona que, devido à sua inserção sistemática, o bem jurídico que está em causa no tráfico de pessoas é a liberdade pessoal. Entretanto, não se trata de qualquer violação da liberdade pessoal. Trata-se de uma “qualificada” violação da liberdade pessoal, pois afeta particularmente a dignidade da pessoa humana. Dessa forma, a concepção de tráfico evoca uma percepção de um comércio das pessoas, reduzidas a um preço ou a um objeto, quando lhes é inerente uma dignidade. Este último autor conclui dizendo que o que está em causa na criminalização do tráfico de pessoas, para além da liberdade pessoal, é a dignidade da pessoa humana e que isso é o que atribui particular gravidade ao crime.

---

<sup>235</sup> *Pedro Vaz Patto* determina que o Protocolo de Palermo, estatui no seu artigo 3º, a) que “a exploração a que se destina o tráfico de pessoas em causa deverá incluir, pelo menos, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho de serviços forçados, a escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão e a extração de órgãos”. (PATTO, Pedro Vaz. O Crime de Tráfico de Pessoas no Código Penal Revisto. Análise de Algumas Questões. *Revista do CEJ*. 1.º semestre, número 8 (especial), Lisboa: Edição do Centro de Estudos Judiciários, 2008, pp. 180).

<sup>236</sup> NEVES, João Ataíde – Avançar no Combate ao Tráfico de Seres Humanos. In: *Sub Júdice: Justiça e Sociedade*. Crimes Sexuais, o direito em acção, Outubro-Dezembro, n.º 26, 2003, pps. 37- 42.

<sup>237</sup> *Idem* – p. 38

<sup>238</sup> CARVALHO, Américo Taipa de. In *Comentário Conimbricense do Código Penal*, op. cit., p. 678.

<sup>239</sup> PATTO, Pedro Vaz. *O Crime de Tráfico de Pessoas no Código Penal...* op.cit., pps.182-183.

Em sentido diverso, *Paulo de Souza Mendes* (<sup>240</sup>) entende que o tráfico de pessoas é um crime contra a liberdade pessoal e que, por isto, o direito penal deve tutelar este bem jurídico de titularidade individual. Nessa mesma perspectiva, *Guzmán Dalbora* (<sup>241</sup>) aponta, de forma mais crítica, que a dignidade da pessoa humana não pode ser considerada um bem jurídico, e que representa um erro sustentar que a prática de tal crime a violaria. Ainda, quanto ao objeto protegido pelo crime, este último autor entende que é um equívoco “confundir o atributo da pessoa com aqueles elementos que possibilitam a sua conservação no gozo de tal prerrogativa” (<sup>242</sup>). Nesse seguimento, entende que o caminho torna-se perigoso com o abrigo de termos incompreensíveis para designar bens jurídicos desprovidos de um preciso objeto de proteção que, na verdade, num olhar mais crítico, revela intenção moral.

O crime de tráfico de pessoas, assim como outros crimes de exploração sexual, desencadeia entendimentos divergentes na Doutrina. Um deles é questão do bem jurídico protegido que, conforme estabelecido acima, origina dúvidas relativamente no mesmo sentido do crime que designamos analisar: o crime lenocínio. Ou seja, questionamos aqui, da mesma forma que nos crimes de lenocínio, se estamos diante da tutela da liberdade ou de um valor transpessoal de interesse coletivo. Outra divergência diz respeito à questão do conteúdo vago e subjetivo de determinados elementos, tais como “situação de especial vulnerabilidade da vítima”. E o terceiro questionamento se refere à criminalização do tráfico de pessoas e a questão do consentimento.

Na problemática envolvendo o bem jurídico tutelado, posicionamos no fundamento de que a dignidade humana não pode ser considerada um bem jurídico. Dessa forma, para melhor compreender esta questão, recorreremos aos ensinamentos de *Vicente Greco Filho* (<sup>243</sup>), que preleciona sobre existência de dois problemas a serem enfrentados na classificação dos crimes. Primeiramente, diz respeito ao inter-relacionamento dos bens

---

<sup>240</sup> Ainda, *Mendes* faz uma comparação com o crime de auxílio a imigração, dizendo que este tutela bens jurídicos de titularidade coletiva e que mesmo ofendendo titularidade diversa, haverá situações em que o auxílio à “imigração ilegal surgirá com um menos em relação ao tráfico de pessoas, quando não se conseguir provar a exploração sexual ou laboral”. (MENDES, Paulo de Sousa – Tráfico de Pessoas. *Revista do CEJ*. 1.º semestre, número 8 (Especial), Lisboa: Edição do Centro de Estudos Judiciários, 2008, p.175).

<sup>241</sup> DALBORA, José Luis Guzmán – O Tráfico de Pessoas e o Problema do seu bem jurídico. *In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 18, n.º 4, Outubro-Dezembro, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 460 e 463.

<sup>242</sup> DALBORA, José Luis Guzmán – *op. cit.*, pps. 460-461.

<sup>243</sup> GRECO FILHO, Vicente. Tipicidade, bem jurídico e lavagem de valores. COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da. *In: Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão Luso-Brasileira*, São Paulo: Quartier Latin, 2006, pps. 159-161.

jurídicos, no sentido de que existem bens jurídicos nucleares e outros ao redor desses, menos valiosos e periféricos. Estes últimos servem de proteção para o bem jurídico nuclear. Outro problema é a existência de crimes pluriofensivos, ou seja, aqueles que atingem mais de um bem jurídico, mas que se deve escolher pelo bem jurídico principal. Posto isto, independentemente dos outros princípios que também se tutelam no crime de tráfico de pessoas, o bem jurídico liberdade sexual deverá ser o ponto principal a ser tutelado.

Portanto, no decurso de tudo o que foi desenvolvido até aqui, certificamos a dificuldade de identificação dos bens tutelados pelos crimes de lenocínio e de tráfico de pessoas, consubstanciado na dificuldade de delimitação e identificação do âmbito de aplicação dos respectivos crimes. Esta questão da dificuldade de delimitação e identificação revela um fato essencial para as questões da unidade ou pluralidade das infrações e no concurso de crimes.

No tocante ao tráfico de pessoas, o Protocolo de Palermo (<sup>244</sup>) delibera sobre a questão do consentimento da vítima no seu artigo 3.º, al. b, no qual determina que o consentimento da vítima deverá ser considerado irrelevante quando utilizado qualquer um dos meios previstos na al. a do mesmo artigo. No CP português, a questão do consentimento aplica-se diretamente a qualquer das circunstâncias que constam no n.º 1 do artigo 160º (<sup>245</sup>). Ora, essa afirmação da irrelevância do consentimento da vítima inclui a expressão de “especial vulnerabilidade da vítima”, disposto na al. d, n.º 1 do CP Português. Esta expressão trata-se de um conceito indeterminado e, como em todo conceito indeterminado, seu campo de aplicação é de difícil determinação e identificação. Dessa forma, importa tentar identificar e delimitar o seu conceito, pois um conceito indeterminado e interpretado de maneira restrita pode colaborar para uma situação de restrição dos casos que poderiam ser eventualmente enquadráveis, da mesma forma que, se

---

<sup>244</sup> “b) O consentimento dado pela vítima de tráfico de pessoas tendo em vista qualquer tipo de exploração descrito na alínea a) do presente artigo, deverá ser considerado irrelevante se tiver sido utilizado qualquer um dos meios referidos na alínea a)” PROTOCOLO DE PALERMO. Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional relativo à Prevenção, à Repressão e à Punição do Tráfico de Pessoas, em especial de Mulheres e Crianças. Disponível em: <<http://sinus.org.br/2014/wp-content/uploads/2013/11/OIT-Protocolo-de-Palermo.pdf>> Acesso em: Maio de 2015.

<sup>245</sup> CARVALHO, Américo Taipa de. *In Comentário Conimbricense do Código Penal*, op. cit., p. 681.

interpretado amplamente, pode fazer correr o risco de se confundir com outros crimes de menor gravidade (<sup>246</sup>).

Entende-se, então, que, nos casos em que a vítima se encontre em situação de vulnerabilidade, leia-se, que a vítima não possua outra “alternativa real e aceitável” que não seja se entregar ao tráfico (<sup>247</sup>), deve ser desta forma que os intérpretes judiciais devem seguir. Apesar disso, esta definição ainda tem suscitado discussões jurídicas internas nos países signatários, visto que, uma alternativa “aceitável” configura numa situação um tanto subjetiva e que precisa ser analisada para saber quais as condutas aceitáveis e quais condutas não são aceitáveis.

Nesse sentido, entendemos que a ideia de “aceitabilidade” se traduz em algo vago e indeterminado. Entretanto, de acordo com o entendimento de *Pedro Vaz Patto* (<sup>248</sup>), a questão da “aceitabilidade”, da qual se manifesta da expressão “especial vulnerabilidade da vítima”, invoca um critério de razoabilidade. Entendemos, contudo, que o critério de aceitabilidade significa “condições de manifesta exploração” (<sup>249</sup>) de trabalho ou de prática sexuais.

Assim, de acordo com o que ficou explicitado, essa questão de delimitar conceitos indeterminados se reveste numa grande complexidade e, para auxiliar na formulação da interpretação do crime em apreço, achamos pertinente a proposta estabelecida por *Pedro Vaz Patto* (<sup>250</sup>), traduzida no recurso a “técnica dos exemplos-padrão” de vários sistemas nacionais, como mecanismo para ajudar no esclarecimento da especificação da indeterminação desses conceitos. Ainda, segundo este último autor, não existe sentido confundir a punição entre o crime de lenocínio simples e o de tráfico de pessoas para exploração sexual, visto que configura dois crimes com condutas essencialmente diferentes, tanto na sua gravidade das penas aplicadas, quanto na comparação de condições de exercício da prostituição (<sup>251</sup>).

---

<sup>246</sup> PATTO, Pedro Vaz. *O Crime de Tráfico de Pessoas no Código Penal... op.cit.*, p.181.

<sup>247</sup> Esta definição consta nos trabalhos preparatórios do Protocolo de Palermo (PATTO, Pedro Vaz. *O Crime de Tráfico de Pessoas no Código Penal... op.cit.*, p. 185) e na Decisão-Quadro do Conselho de 19 de julho de 2002, em seu artigo 1.º, c) “Haja abuso de autoridade ou de uma posição de vulnerabilidade de tal ordem que essa pessoa não tenha outra alternativa real ou aceitável senão submeter-se a esse abuso;”. DIREÇÃO-GERAL DA POLÍTICA DE JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/anexos/2002-629-jai-decisao/>>. Acesso em: maio de 2015.

<sup>248</sup> PATTO, Pedro Vaz. *O Crime de Tráfico de Pessoas no Código Penal... op.cit.*, p.194.

<sup>249</sup> CARVALHO, Américo Taipa de. In *Comentário Conimbricense do Código Penal*, op. cit., p. 682.

<sup>250</sup> PATTO, Pedro Vaz. *O Crime de Tráfico de Pessoas no Código Penal... op.cit.*, p.193.

<sup>251</sup> *Idem* – p. 197.

Nesse diapasão, na busca de distinguir o tráfico de pessoas e crime de lenocínio, o último autor alude que as situações que conduzem à prostituição representam quase sempre uma situação de vulnerabilidade da vítima, ou há quem entenda que a prostituição, em si mesma, ofende a dignidade da pessoa humana. Entretanto, há de reconhecer que existem situações em que a vulnerabilidade é mais acentuada e outras, em que a *coisificação* da pessoa sé mais acentuada. O critério de distinção depende de uma comparação no que tange às condições do exercício da prostituição, fundamentada a partir da situação em que a vítima se dispõe no exercício da atividade <sup>(252)</sup>. Sustenta, portanto, que devemos distinguir o crime de lenocínio simples, lenocínio qualificado e o tráfico de pessoas, pelo grau de instrumentalização da vítima e, embora esta distinção das figuras seja de difícil de obtenção, a vigência das três permitirá evitar que eventuais dúvidas ou dificuldades de prova se consubstanciem numa punição injustificada. <sup>(253)</sup>

No mesmo sentido, *Paulo de Souza Mendes* <sup>(254)</sup> diz que concorda com o posicionamento de *Pedro Vaz Patto* de que a punição de tráfico de pessoas não pode ser confundida com a punição da prostituição em geral, pois esta última se reveste de menor gravidade do que a primeira. Entretanto, ressalta que existe uma dificuldade na qualificação jurídica dos fatos em determinadas situações, mas acredita que a distinção deve que ser feita com base nas tipologias indicativas e ponderadas no caso concreto. Salienta, também, que não tem intenção de oferecer orientações que ajudem na diferenciação o tráfico de pessoas e outras infrações – pois isso já foi estudado por *Pedro Vaz Patto* – mas que devemos alertar para o perigo que existe, conforme a redação em vigor do tráfico de pessoas, para os problemas da sua aplicação e da sua eventual transformação em uma atividade simbólica. <sup>(255)</sup>

Ainda no que tange ao crime de lenocínio e ao tráfico de pessoas, merece destaque a redação disposta no n.º 5, do artigo 160.º, do CP português, que consiste na criminalização do cliente que utilizar os serviços (sexuais ou laborais) ou órgãos da vítima de tráfico de pessoas, mediante o conhecimento da condição de traficada. Esta

---

<sup>252</sup> Codições estas “no que se refere à retribuição do serviço, à percentagem dessa retribuição que cabe à mulher, aos horários, à autonomia quanto a forma de exercício da actividade, à autonomia pessoal em geral”. (PATTO, Pedro Vaz. *O Crime de Tráfico de Pessoas no Código Penal... op.cit.*, p.197)

<sup>253</sup> *Idem* – 198.

<sup>254</sup> MENDES, Paulo de Sousa. *Op. Cit.*, p. 174.

<sup>255</sup> No sentido de que a criminalidade do tráfico de pessoas se torne uma bandeira dos direito humanos “que se desfralda na lei para efeitos de pura propaganda, ao mesmo tempo que o tipo legal de auxílio à imigração clandestina, cujos elementos são de prova menos exigente, acabaria cobrindo todas as situações descobertas da exploração sexual ou de exploração laboral de imigrantes” (MENDES, Paulo de Sousa. *Op.cit.*, p. 175).

criminalização abrange as condutas dispostas nos n.ºs 1 e 2 do mesmo artigo. A pena será de um até cinco anos de prisão.

Esta última disposição trata-se de uma inovação que tem como finalidade combater o tráfico através de medidas de desincentivo à procura dos serviços ou órgãos da pessoa traficada. Foi este entendimento que levou a aprovação do artigo 19º da Convenção de Varsóvia (<sup>256</sup>), na qual foi estabelecida a punição do utilizador de serviços que constituem objeto da exploração da prostituição, embora conste no Relatório Explicativo da Convenção que punição não pode interferir no tratamento geral da prostituição nas legislações de cada país. Dessa forma, existem países onde a exploração da prostituição é lícita, e outros, especificamente, no Brasil e em Portugal, onde é punida. (<sup>257</sup>)

Dessa forma, entendemos que a tipificação legal da incriminação estabelecida no n.º 5 do artigo 160º do CP se trata de uma elevada censurabilidade, na qual recai sobre o agente que, mediante o conhecimento do crime de tráfico de pessoas, se beneficia (usufrui do trabalho ou de um órgão) da pessoa traficada, mas que não intervém diretamente na prática, e logo não contribui para o processo do tráfico em si – este último verdadeiramente passível de lesar a liberdade individual. Ora, diante do fato de estarmos abordando um crime que tem como pressuposto proteger a liberdade pessoal, não nos parece que este é o bem jurídico verdadeiramente protegido na incriminação do n.º 5. A lei especifica que o agente deve ter pleno “conhecimento” da condição de traficada da vítima e, pelo que resulta claro, trata-se da criminalização do cliente da prostituição.

Parece-nos, portanto, que o legislador, ao estabelecer a redação do crime de tráfico de pessoas, teve a intenção de criar uma tipificação de crime abrangente que permitisse tutelar várias formas de tráfico, no âmbito da exploração sexual, laboral ou na extração de órgãos. Entretanto, ao estabelecer todas essas modalidades, especialmente, neste último ponto abordado, acabou por contribuir para o desmembramento do bem jurídico, o que pode acarretar dúvidas quanto à eficácia da norma. Ainda, a extensão do crime do Tráfico de Pessoas origina dificuldades de definição no que tange às fronteiras com outras infrações, nomeadamente lenocínio simples e o lenocínio qualificado. Apesar disso, a coexistência entre as três evitará que tais dúvidas se justifiquem numa eventual

---

<sup>256</sup> Artigo 19º: “Cada uma das Partes procurará adoptar as medidas legislativas e outras necessárias para qualificar como infração penal, nos termos do seu direito interno, a utilização dos serviços que constituem objeto da exploração referida na alínea a do artigo 4º da presente Convenção, com conhecimento de que a pessoa em causa é vítima de tráfico de seres humanos”. – *Idem*.

<sup>257</sup> PATTO, Pedro Vaz. *O Crime de Tráfico de Pessoas no Código Penal... op.cit.*, p. 199.

impunidade, resultante da dificuldade de provas ou dificuldade de interpretação <sup>(258)</sup>. Além disso, no que compreende a verificação do concurso de pessoas entre os crimes de tráfico de pessoas e o crime de lenocínio, estamos perante uma situação de concurso efetivo. Pois, apesar destes crimes tutelarem o mesmo o mesmo bem jurídico, a liberdade da pessoa, tutelam-se manifestações diferentes desta: de um lado a liberdade de ação ou decisão, do outro lado a liberdade sexual <sup>(259)</sup>.

### 3.1.1) Do crime de Tráfico de Pessoas no Brasil

Na redação original do Código Penal brasileiro de 1940 <sup>(260)</sup> do crime contra tráfico de pessoas (artigo 231º e 231-A), o legislador destinava o crime em questão ao “tráfico de mulheres”, ou seja, o sujeito passivo limitava-se ao gênero feminino. Com o advento da Lei n.º 11.106, de 28 de março de 2005 <sup>(261)</sup>, o legislador suprimiu a expressão “tráfico de mulheres” para adotar o “tráfico internacional de pessoas”. Para *Bitencourt* <sup>(262)</sup>, o tráfico internacional de pessoas para fins sexuais é uma prática criminosa que, geralmente, tem como vítima pessoas de origem de países subdesenvolvidos, que são levadas para países de primeiro mundo. Todavia, este último autor confere ao Brasil um problema de dois polos, visto que, por ser um país em desenvolvimento, possui muitas

---

<sup>258</sup> *Idem* – 198.

<sup>259</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda; Sónia Fidalgo. *In* Comentário Conimbricense..., *op.cit.*, p.814.

<sup>260</sup> **Artigo 231º**, Tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual: “Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro. (Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos). § 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la. § 2º A pena é aumentada da metade se: I — a vítima é menor de 18 (dezoito) anos; II — a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato; III — se o agente é ascendente, padrasto, madrastra, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou IV — há emprego de violência, grave ameaça ou fraude. § 3º Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa. ( — Artigo com redação determinada pela Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009)”. E o artigo **231-A**, Tráfico Interno de pessoa para fim de exploração sexual: “Promover ou facilitar o deslocamento de alguém dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos. § 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar, vender ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la. § 2º A pena é aumentada da metade se: I - a vítima é menor de 18 (dezoito) anos; II - a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato; III - se o agente é ascendente, padrasto, madrastra, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou IV - há emprego de violência, grave ameaça ou fraude. § 3º Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.( — Artigo com redação determinada pela Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009)”. *Supra*, nota de rodapé n.º 189.

<sup>261</sup> *Supra*, nota de rodapé n.º 198.

<sup>262</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado...cit.*, p., 1232.

vítimas do tráfico internacional, como também é o destino das vítimas de países mais subdesenvolvidos.

No que importa ao bem jurídico tutelado, *Nucci* (<sup>263</sup>) determina que, por fazer parte dos crimes inseridos no Título VI da parte especial do Código Penal, o bem jurídico a ser protegido, genericamente, é a liberdade sexual, assim como a moralidade sexual, pois pretende limitar e proibir o exercício da prostituição internacionalmente. O sujeito ativo e passivo pode ser qualquer pessoa. O elemento subjetivo é o dolo e não existe a forma culposa. O tipo objetivo é promover ou facilitar a entrada ou saída da pessoa no território nacional. O objeto material é a pessoa prostituída, ou explorada sexualmente.

O parágrafo 1º do artigo 231, CP, do crime em causa destaca expressamente que, para transportar, transferir e alojar, o agente deve ter conhecimento da condição da pessoa traficada. A tipificação legal do crime de tráfico de pessoas no Brasil tem nitidamente como finalidade combater o tráfico através de medidas repressivas de desincentivo à atividade de exploração sexual. Na verdade, incrimina-se aqui o agente que impulse, realize ou facilite o exercício da prática de prostituição. Não obstante, de acordo com a legislação estabelecida, fica claro que o legislador não teve preocupação de proteger o bem jurídico liberdade sexual. As inadequações da legislação vigente acontecem “na definição dos tipos penais, ou seja, nos verbos que constituem o núcleo, nos sujeitos passivos, no objeto jurídico e, ainda, na coerência entre as penas” (<sup>264</sup>).

Diferentemente de Portugal, o legislador brasileiro, mesmo após a reforma de 2009 não se preocupou em adequar a definição do crime de tráfico de pessoas dentro dos preceitos estabelecidos pelo Protocolo de Palermo. De maneira que a definição dos tipos penais está muito aquém do foi apresentado no direito internacional. Além disso, no que concerne o bem jurídico tutelado, a atual redação é totalmente incoerente com o objetivo proposto. Pois na prática, a legislação está mais em conformidade com a tutela de uma moral sexual, do que com a liberdade sexual.

---

<sup>263</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a Dignidade sexual...cit.*, p. 89. No mesmo sentido, *Bitencourt* acrescenta que o bem jurídico tutelado é a “dignidade sexual”, na sua generalidade, e a “moralidade pública sexual”. (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado...cit.*, p., 1232)

<sup>264</sup> CASTILHO, Ela Wiecko V. *In A legislação penal brasileira sobre tráfico de pessoas e imigração ilegal/irregular frente aos Protocolos Adicionais à Convenção de Palermo*. Disponível em: <[http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/pfdc/informacao-e-comunicacao/informativos-pfdc/edicoes-de-2006/maio-2006/seminario\\_cascais.pdf](http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/pfdc/informacao-e-comunicacao/informativos-pfdc/edicoes-de-2006/maio-2006/seminario_cascais.pdf)> Acesso em: Maio de 2015.

A concepção do tráfico de pessoas no Protocolo de Palermo <sup>(265)</sup> assume uma estrutura muito mais ampla, abrangendo além da exploração sexual o trabalho forçado e a remoção de órgãos, onde apenas é classificada como tráfico a conduta que envolver violência, coação ou fraude. No entanto, o Código Penal brasileiro não possui uma tipificação única que abarque todas as hipóteses estabelecidas pelo Protocolo de Palermo, mas possui algumas normas que se correlacionam com algumas destas formas estabelecidas, tais como a exploração laboral (trabalho escravo) <sup>(266)</sup>. Mas, mesmo existindo tais dispositivos que se relacionam às figuras previstas pela Convenção em questão, não podemos dizer que elas criminalizam nos termos do diploma internacional. Do exposto, temos que a legislação brasileira não tipifica criminalmente o tráfico de internacional de pessoas nas outras formas de exploração (exploração laboral e extração de órgãos). O que acontece é uma omissão no cumprimento do mandado internacional <sup>(267)</sup>, visto que, conforme o disposto no Guia Legislativo <sup>(268)</sup> do Protocolo de Palermo, a criminalização do tráfico é requisito obrigatório aos países signatários.

No entanto, é importante expor uma das melhores medidas produzidas no Brasil a respeito do crime em questão, que foi uma CPI destinada ao tráfico de pessoas, criada pelo Requerimento da Senadora Marinor Brito n.º 226/2011, com finalidade de “investigar o tráfico internacional de pessoas no Brasil, suas causas, consequências, rotas e responsáveis,

---

<sup>265</sup> Artigo 3º, a): “A expressão “tráfico de pessoas” significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos”. (BRASIL. DECRETO Nº 5.017, DE 12 DE MARÇO DE 2004. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm)> Acesso em: Maio de 2015).

<sup>266</sup> Os artigos do CP brasileiro 149º : Redução a condição análoga à de escravo; artigo 206º: aliciamento para fim de emigração; 207º : aliciamento de trabalhadores de um local para outro no território nacional; e os artigos 231º e 231-A que tratam do tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual, este último, trata do tráfico interno. (*Supra*, nota de rodapé n.º 202).

<sup>267</sup> CASTILHO, Ela Wiecko., *op. cit.* No mesmo sentido: GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. O tráfico de seres humanos como crime hediondo em sentido material. In Marzagão Júnior, Laerte (coord.) *Tráfico de pessoas*, São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 188-192.

<sup>268</sup> Gabinete para as Relações Internacionais Europeias e de Cooperação. Guia Legislativo para a Implementação do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional relativo à Prevenção, à Repressão e à Punição do Tráfico de Pessoas, em especial de Mulheres e Crianças. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-penal/textos-penal/onu/GuiaProtMulheres.pdf>> Acesso em: Maio de 2015.

no período de 2003 e 2011, compreendido na vigência da Convenção de Palermo”<sup>(269)</sup>. No entanto, esta CPI já foi encerrada, mas alertou sobre a necessidade de uma alteração urgente referente ao crime de tráfico de pessoas no CP. Além disso, após o relatório final da Comissão, foi suscitada a proposição de um Projeto de Lei, o qual prevê a alteração dos artigos 231º e 231-A, incluindo todas as formas de tráfico estabelecidas no Protocolo de Palermo (trabalho forçado, extração de órgãos e etc).

Portanto, após a Comissão da CPI destinada ao tráfico de pessoas de 2011, surgiu um novo Projeto de Lei n.º 7370/14<sup>(270)</sup>, trazendo várias mudanças na legislação para coibir o tráfico nacional e internacional de pessoas – que já foi aprovado na Câmara dos Deputados e espera aprovação do Senado. Este engloba a previsão existente do atual Código Penal, ou seja, o crime na modalidade de exploração sexual e nas outras “como adoção, trabalho análogo ao de escravo, remoção de órgãos, células, tecidos ou partes do

---

<sup>269</sup> BRASIL. SENADO FEDERAL..Requerimento n.º 226 de 2011. CPI do Tráfico nacional e Internacional de Pessoas. *Requerem, nos termos do art. 58 da Constituição Federal e na forma do art. 145 do Regimento Interno do Senado Federal, a instituição de Comissão Parlamentar de Inquérito para investigar o tráfico nacional e internacional de pessoas no Brasil, sua causas, consequências, rotas e responsáveis, no período de 2003 e 2011, compreendido na vigência da convenção de Palermo.* Disponível em: [http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=99441](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=99441). Acesso em: Maio de 2015.

<sup>270</sup> O projeto lei traz a seguinte redação: “Tráfico de pessoa Art. 149-A. Transportar, transferir, aliciar, recrutar, alojar ou acolher pessoa vinda do exterior para o território nacional, deste para o exterior, ou dentro do território nacional, recorrendo à ameaça, violência ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou ao pagamento, sem prejuízo da pena correspondente à violência, sendo irrelevante o consentimento da vítima, para os seguintes fins: I – adoção; II - exploração sexual; III - trabalho análogo ao de escravo; IV - remoção de órgãos, células, tecidos ou partes do corpo humano; V – submissão a qualquer tipo de servidão: Pena - reclusão, de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa. § 1º A pena é aumentada em um terço se: I - a vítima tem menos de 18 (dezoito) e mais de 14 (catorze) anos; II - a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato; III - se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância. § 2º A pena é aumentada pela metade se: I - a vítima tiver menos de 14 (catorze) anos; II - se o crime for cometido por servidor público no exercício da função. § 3º A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor colaborar espontaneamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, na identificação das rotas do tráfico e na localização e libertação das vítimas. § 4º Durante o cumprimento da pena, o condenado fica obrigado a participar de cursos de ética e direitos humanos. § 5º As vítimas de crime de tráfico de pessoa, independentemente de colaborarem com a justiça, quando necessário, poderão ser atendidas pelos programas especiais de proteção a vítima e testemunhas disciplinados pela Lei nº 9.807, de 13 julho de 1999.” BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. REDAÇÃO FINAL DO SUBSTITUTIVO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS AO PROJETO DE LEI Nº 7.370-B DE 2014 DO SENADO FEDERAL (PLS Nº 479/12 NA CASA DE ORIGEM). Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1305246&filename=Tramitacao-RDF+1+%3D%3E+PL+7370%2F2014](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1305246&filename=Tramitacao-RDF+1+%3D%3E+PL+7370%2F2014)>. Acesso em: Junho de 2015, pps. 15 a 17.

corpo humano e submissão a qualquer tipo de servidão” (<sup>271</sup>). Ademais, pretende aumentar a aplicação de pena, que antes era de dois a seis anos, para cinco a oito anos mais multa.

Após dispor da legislação brasileira do crime de tráfico, conclui-se que, devido às inadequações da redação vigente, a legislação brasileira precisa ser alterada o mais rápido possível, olvidando as recomendações estabelecidas no Protocolo de Palermo, mas considerando as normas já estabelecidas no direito interno, de modo a não infringir nenhuma lei. Além disso, cabe ressaltar que esse novo projeto de lei é altamente necessário para adequar a legislação brasileira às medidas internacionais que já foram sancionadas.

### **3.2) A questão do consentimento nos crimes sexuais. A (in)constitucionalidade do crime de lenocínio**

A sentença *volenti non fit injuria* (<sup>272</sup>) se configura na assunção voluntária dada ao titular do bem jurídico. A máxima de Ulpiano permaneceu em desuso por séculos, mas ultimamente, o consentimento da vítima voltou a ser reputado em alguns crimes (<sup>273</sup>). É o que acontece com os crimes sexuais, em virtude da norma em questão funcionar juridicamente como causa de exclusão da ilicitude e incidir sobre direitos disponíveis, considera-se, portanto, a relevância jurídica da aplicação deste instituto nos casos em que ocorra o consentimento do ofendido. Desta feita, depois de analisar as variadas divergências doutrinárias a respeito do bem jurídico protegido nos crimes sexuais, importa dizer que as formas, as condições e os pressupostos que eximem o autor do crime através do consentimento também geram divergências a respeito das diferentes concepções adotadas. Na verdade, existem três correntes diferentes, enumeradas por *Polaino-Orts* (<sup>274</sup>): a corrente unitária, a dualista e a diferenciadora, que serão determinadas a seguir.

A primeira corrente, unitária ou da atipicidade, considera desnecessária a diferenciação entre acordo e consentimento. Seguida por alguns doutrinadores (<sup>275</sup>), assenta

---

<sup>271</sup> PIOVESAN, Eduardo. Pena para Tráfico de pessoas aumentará. *In Câmara dos Deputados*, fevereiro de 2015. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITOS-HUMANOS/482381-PENA-PARA-TRAFICO-DE-PESSOAS-AUMENTARA.html>> Acesso em: Junho de 2015.

<sup>272</sup> Não se faz injúria àquele que consente.

<sup>273</sup> SILVEIRA, Renato de Melo Jorge. *Crimes Sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 221.

<sup>274</sup> POLAINO-ORTS, Miguel. Alegato en favor de un tratamiento jurídico-penal unitario para los casos de acuerdo y consentimiento como causas de atipicidad. *In Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, n.82, 2004, p. 64.

<sup>275</sup> Considerando a teoria da imputação objetiva, o mais correto seria integrar o consentimento nas causas de exclusão de tipicidade. (GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação da vítima em risco*. São Paulo:

na exclusão da tipicidade quando estivermos diante de um consentimento válido. Ou melhor, a corrente unitária se descreve pelo fato do sujeito passivo possuir autonomia e liberdade sobre a gestão dos bens jurídicos inerentes à sua titularidade, razão pela qual, nos casos em que houver o consentimento válido, exclui-se a tipicidade.

A segunda corrente, a teoria dualista, distingue acordo e consentimento. Quando há acordo, exclui-se a tipicidade e, quando há consentimento, aplica-se uma causa de justificação. Dominante na Alemanha, é baseada na tese elaborada por Geerds, em 1953, a qual estabelece que o acordo jurídico-penal válido exclui o tipo, pois o agir do agente, com ou sem o acordo da vontade do sujeito passivo, integra a descrição do tipo <sup>(276)</sup>. Um exemplo clássico é a invasão de domicílio (introdução em casa alheia, em Portugal), onde se o sujeito passivo estiver de acordo, não existe crime. Ainda na questão do acordo, *Manuel da Costa Andrade* <sup>(277)</sup> entende que os crimes sexuais se assemelham ao crime de invasão de domicílio, pois entende que “o bem jurídico assume a natureza de uma forma concreta de liberdade, por vezes referida como *autodeterminação sexual* e que talvez pudesse, com igual propriedade, nomear-se como *liberdade e autenticidade da expressão sexual*”. No seguimento da teoria dualista, a questão do consentimento exclui a antijuricidade, pois, independentemente deste, a lesão existiu. Um exemplo prático seria o crime de dano, pois, apesar da pessoa titular do bem consentir, existe a lesão e, conseqüentemente, o crime. Nesse caso, só caberia a justificação.

A terceira corrente, intitulada de diferenciadora, assim como a dualista, também distingue acordo e consentimento. O primeiro determinará a atipicidade, enquanto o segundo poderá ser a causa de atipicidade como também excludente de antijuricidade.

No Brasil, não existe disposição relativa à questão do consentimento na parte geral do Código Penal. Entretanto, na parte especial do Código Penal, existem leis cuja estrutura típica inclui o consentimento <sup>(278)</sup>. Dessa maneira, por não existir uma norma expressa configurando os limites de aceitação do consentimento, em diversos crimes, ainda

---

Revista dos Tribunais, 2004, p.100). No mesmo sentido, *Renato Silveira* diz que na maioria das situações que se verifica um consentimento válido, estaria concretamente diante de uma excludente de tipicidade. (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Op.cit.*, p.230).

<sup>276</sup> GRECO, Alessandra Orcesi Pedro e RASSI, João Daniel. *Crimes Contra a Dignidade Sexual*. São Paulo: editora atlas, 2º edição, 2011, p.93.

<sup>277</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. *Op.cit.*, pps. 382-383.

<sup>278</sup> Como nos artigos que tipificam o crime de aborto (artigos 125º e 126º do CP brasileiro), que determina: “Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante” e “Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante”, entre outras tipificações legais. (*Supra*, nota de rodapé n.º 202).

que o ofendido consinta, o texto da lei impede a incidência exculpante (<sup>279</sup>). É o que acontece com os crimes sexuais, em especial, o lenocínio e tráfico de pessoas, de acordo com o dispositivo previsto no CP brasileiro.

Em sentido contrário, o consentimento no CP português está previsto no artigo 38º (<sup>280</sup>), segundo o qual determina a possibilidade de exclusão da ilicitude do fato considerado crime. Entretanto, eximir o autor de um crime através da questão do consentimento não é tarefa fácil, visto que existem bens jurídicos que não podem ser objeto do consentimento, como os bens jurídicos cuja lesão se aplica contra a comunidade (coletividade). (<sup>281</sup>)

Dessa maneira, os bens jurídicos individuais, excluindo-se aqueles coletivos ou difusos, serão objeto do consentimento. Tal afirmação poderá provocar dificuldades, tanto nos casos em que o bem jurídico for contestável, como nos casos em que o tipo penal proteger bens jurídicos coletivos e individuais. Além disso, o consentimento não poderá excluir a tipicidade nas seguintes eventualidades: nos casos cuja lesão atente contra os bons costumes, quando o legislador desconsiderar o estado livre e responsável da vítima (pelo fato da sua inexperiência, debilidade mental, etc), ou nos casos em que a decisão precipitada ou influenciada por alterações psíquicas que podem causar danos irreparáveis à vítima (<sup>282</sup>).

Cabe ressaltar que a maior problemática doutrinária em relação ao consentimento se dá no crime de lesões. Alguns doutrinadores consideram puníveis as lesões praticadas com o consentimento que tenham a finalidade de preparar, ocultar ou simular um crime. Outros negam o valor do consentimento quando existir uma lesão considerável que atente

---

<sup>279</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Op.cit.*, p. 223. Ainda, o mesmo autor, diz que no tráfico de pessoas, no caso da vítima concordar com a atuação do agente, a conduta torna-se aceitável, fora do campo de atuação do Direito Penal, traduzindo numa conduta atípica. Dessa forma, o autor acredita que o consentimento deve estabelecer como parte da estrutura típica ou deve existir no tipo a menção da figura do consentimento. *Idem* – p. 226-227.

<sup>280</sup> Artigo 38º Consentimento 1- Além dos casos especialmente previstos na lei, o consentimento exclui a ilicitude a interesses jurídicos livremente disponíveis e o facto não ofender os bons costumes. 2- O consentimento pode ser expresso por qualquer meio que traduza uma vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido, e pode ser livremente revogado até a execução do facto. 3- O consentimento só é eficaz se for prestado por que tiver mais de 16 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta. 4 – Se o consentimento não for conhecido do agente, este é punível com a pena aplicável à tentativa. (PORTUGAL. Código Penal. Disponível em: <<http://www.codigopenal.pt/>> Acesso em: Maio de 2015.

<sup>281</sup> GRECO, Alessandra Orcesi Pedro e RASSI, João Daniel, *op.cit.*, p. 106

<sup>282</sup> Entretanto *Roxin* lembra que nos casos contra os bons costumes “não se pode extrair disso um salvo-conduto para restrições da faculdade de disposição por motivos puramente morais” (ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte geral*, t. I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2º ed. Madrid: Civitas, 1997, p. 530 *apud* GRECO, Alessandra Orcesi Pedro e RASSI, João Daniel, *op.cit.*, p. 106).

contra a dignidade humana. Este último argumento não parece aceitável de se considerar, posto que o conceito estende muito a punibilidade e é pouco compreensível<sup>(283)</sup>. Em acréscimo, seguindo o entendimento de *Roxin*<sup>(284)</sup>, a manifestação do consentimento não precisa ser expressa, mas deve ser apresentada através de uma ação conclusiva do consciente que possibilite ser compreendido.

Posto isto, após versar sobre as questões gerais atinentes ao consentimento, aplicaremos este estudo na investigação dos crimes de lenocínio simples. A questão do consentimento assume real importância, sempre que o exercício da prostituição não ocorrer de maneira forçada. Ou melhor, pode haver situações em que a vítima prostituída consente em exercer a atividade. Assim, no caso dessas situações, não concordamos com o posicionamento do Estado em considerar que uma pessoa adulta não possa escolher livremente o que deseja exercer sem que recaia numa intervenção.

Assim, ao aplicarmos a questão do consentimento diretamente no crime de lenocínio simples, temos que só podemos considerar a sua irrelevância, caso compreenda-se que o exercício da prostituição ofende um valor de interesse coletivo. Nesse caso, o tipo incriminador deveria integrar outra secção do Código Penal, que tutele bens de interesses coletivos e, desde logo, bens indisponíveis<sup>(285)</sup>. Dessa forma, a questão do consentimento da vítima passaria a ser irrelevante e a inserção sistemática deste crime consubstanciaria num bem jurídico, tal qual a dignidade da pessoa humana.

Em contrapartida, legitimar a tese por esse caminho, assumindo a prostituição como prática lesiva aos interesses da vida em sociedade, implicaria facilmente na regressão aos preceitos imorais, os quais não atinge dignidade penal. Assim, todo indivíduo é livre para condenar a prostituição no plano moral, mas não na esfera criminal. A mera atividade sexual em si mesma não deve ser sancionada pelo direito, pois, num Estado Democrático de Direito, o comportamento sexual deverá pertencer à livre disposição do indivíduo e só deverá existir intervenção penal, quando determinada conduta provocar uma ofensa àquela liberdade individual.

---

<sup>283</sup> Roxin não concorda com argumentos de que não existe a questão de consentimento quando se atente contra a dignidade humana, já que entende o conceito “incompreensível” e pouco explícito, e que implicaria na amplitude da punibilidade, visto que a “própria dignidade humana deve assegurar a liberdade autônoma do particular”. (GRECO, Alessandra Orcesi Pedro e RASSI, João Daniel, *op.cit.*, p. 105).

<sup>284</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte geral...*, *op.cit.*, p. 533 *apud* GRECO, Alessandra Orcesi Pedro e RASSI, João Daniel, *op.cit.*, p. 108.

<sup>285</sup> ALVES, Sénio M. Reis. *Crimes Sexuais – Notas e comentários aos arts. 163.º a 179.º do Código Penal*, Almeida, Coimbra, 1995, p.68 *apud* ALMEIDA, Carlota Pizarro de. *Op.cit.*, p.34-35.

Em suma, é neste sentido que perfilhamos a tese, no entendimento de que, mediante a questão do consentimento, bem como do princípio da necessidade, a atual redação dada ao crime de lenocínio simples no direito português e no direito brasileiro é inconstitucional. Trata-se, portanto, de um crime contaminado de incoerências e contradições, que envolve situações, nas quais, efetivamente, nenhum bem jurídico protegido é posto concretamente em perigo.

## CONCLUSÃO

O presente estudo teve por objetivo analisar a atual disposição do crime de lenocínio no direito penal português e no direito penal brasileiro, especialmente do ponto de vista jurídico e doutrinário. Nesse contexto, buscamos realizar uma abordagem de aspecto histórico para fundamentar a problemática envolvendo o bem jurídico tutelado, com o propósito de lançar alicerces para a construção de questionamentos do crime em questão.

Na doutrina portuguesa, a norma vigente estabelecida no artigo 169.º, n.º1 do CP português, origina conflitos no que diz respeito à difícil identificação do bem jurídico protegido e a questionável constitucionalidade da mesma. A falta de clarividência do bem jurídico tutelado e sua possibilidade de inconstitucionalidade estão entre umas das principais críticas apontadas pela maior parte da doutrina e jurisprudência. Estas críticas têm como fundamento substancial a problemática de que o crime em questão tutela uma moralidade sexual e não a liberdade sexual, que deveria ser protegida. Dessa forma, tal conduta criminalizada se reveste de incompatibilidade com a função exigida pelo Direito Penal.

De acordo com as divergências que foram asseguradas no estudo, encontramos o posicionamento de quem defende que apenas a liberdade e a autodeterminação sexual é considerável para representar o bem jurídico a proteger nos crimes de natureza sexual. Outros defendem que, para além desta representação, existem outros valores que devem ser levados em consideração, tal como a dignidade da pessoa humana. Também existe discordância, entretanto, apenas no que interessa o direito português, no que diz respeito à eliminação do elemento típico do crime de lenocínio. Ou seja, se com a eliminação do elemento típico da situação de carência econômica da pessoa que se prostitui, retira-se a principal justificativa válida para esta incriminação, ou se ela sempre foi inválida. Ainda, há a questão do consentimento vítima, na qual é debatido se a exigência de tal verificação, nos casos de manifestação da vontade da vítima, restringe a liberdade sexual da pessoa que quer se prostituir.

Todas estas questões divergentes estabelecidas na doutrina e jurisprudência são relevantes para justificar a necessidade ou não da conduta estabelecida no crime de lenocínio. Entendemos, portanto, que o ponto fulcral do direito penal é a proteção de bens jurídicos e, ao interpretar, consideramos que, nesta situação, o direito penal não está

tutelando devidamente a liberdade sexual, mas valores transpessoais de interesses coletivos. Acreditamos também que, com a eliminação da exigência da “exploração de situações de abandono ou necessidade econômica”, estabelecida no direito português através da reforma penal de 1998, a redação do crime de lenocínio simples passou a afetar, de forma mais direta, o bem jurídico liberdade sexual e, conseqüentemente, deixou de salvaguardar o direito à liberdade sexual. Além disso, entendemos que o consentimento deve ser levado em consideração, pois o exercício da prostituição ofende um valor de interesse pessoal.

Nesse contexto, é a partir dessas críticas que o Tribunal Constitucional português vem sendo acionado constantemente sobre a inconstitucionalidade da incriminação do lenocínio simples. Conseqüentemente, mesmo contaminado de incoerências internas, o Tribunal Constitucional continua sustentando a constitucionalidade da norma em apreço. Entretanto, compreendemos que a mera atividade sexual não deve ser sancionada pelo direito. Desse modo, o comportamento sexual deverá pertencer à livre disposição do indivíduo e só deverá existir intervenção penal quando determinada ação provocar verdadeiramente uma lesão à liberdade sexual.

Posto isto, a situação do crime de lenocínio no direito brasileiro é um pouco mais complexa. Isto porque o crime estabelecido foi desmembrado desnecessariamente em quatro diferentes tipos. Muitas destas condutas continuam a ser criminalizadas com fundamentos que não tem relação com o bem jurídico protegido. Ora, o legislador brasileiro, ao elaborar tais normas, desconsiderou princípios fundamentais que regem o Estado Democrático de Direito. Ou melhor, ignorou que o direito penal constitui a *ultima ratio* e que não pode impor leis que ultrapassem certos pressupostos, tais como, o princípio da ofensividade e da intervenção mínima. Além disso, mesmo o novo Projeto de Lei do Senado n.º 236, que propõe uma reforma do Código Penal, não possui tipificação legal que satisfaça os preceitos do crime de lenocínio.

Desta feita, temos que, com base no entendimento da questão do consentimento e do princípio da necessidade, a atual redação do crime de lenocínio simples no direito português e brasileiro é inconstitucional. Pois, trata-se de um crime contaminado de incoerências e contradições, das quais nenhum bem jurídico é verdadeiramente posto em perigo.

## REFERÊNCIAS

### Livros, Revistas e Artigos

ALBERGARIA, Pedro Soares; LIMA, Pedro Mendes. O crime de lenocínio entre o moralismo e o paternalismo jurídicos. *In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 2, abril-junho, Coimbra Editora, 2012.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 2º ed. Lisboa: Universidade Católica, 2008.

ALMEIDA, Carlota Pizarro de. *O Crime de Lenocínio no Artigo 170º, n.º 1 do Código Penal*. Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 144/2004 (relat. Conselheira Maria Fernanda Palma). *In: Jurisprudência Constitucional*, n.º 7, Julho-Setembro, 2005.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em Direito Penal: Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*. Reimpressão. Editora: Coimbra Editora, 2004.

\_\_\_\_\_. Sobre a Reforma do Código Penal Português. *In: Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, ano 3.º, n.º 2 a 4.

BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte geral: Volume 1*, 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. – São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. *Código Penal Comentado*, 7º edição, São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Penal. Volume 1: Parte geral – 14ª Ed.* Saraiva. São Paulo. 2009.

BRAZ, José. *Investigação Criminal: A organização, o Método e Prova, Os Desafios da Nova Criminalidade*. Coimbra: Almedina, 2009.

BUSTOS RAMIREZ, Juan J e MALARÉE, Hernán Harmazábal. *Leciones de Derecho Penal*. Volumen I. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

CORREA, Everton Gomes e SILVA, Jéssica Aline de S. Aspectos dos crimes contra a Dignidade Sexual, *In: Revista Jurídica UNIGRAN*, vol. 12, ano 24, dourados: Mato Grosso do Sul, 2010.

CARVALHO, Taipa de Carvalho. *Direito Penal: Parte Geral*. Questões fundamentais. Teoria Geral do Crime. 2.º edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

\_\_\_\_\_. *In: Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo I, 2º edição, Coimbra Editora, 2012.

COSTA, José Martins Barra da. O crime de lenocínio. Harmonizar o Direito, compatibilizar a Prostituição. *In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 1, janeiro-março, 2002, p. 428.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime, Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*. Porto, 1995.

DALBORA, José Luis Guzmán. O Tráfico de Pessoas e o Problema do seu bem jurídico. *In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 18, n.º 4, Outubro-Dezembro, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português – Parte Geral II: As consequências jurídicas do crime*. 4º reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, setembro 2013.

\_\_\_\_\_. *Código Penal e Outra Legislação Penal*, ed. Aequitas, Lisboa, 1993.

\_\_\_\_\_. *Direito Penal: Parte Geral – Tomo I*, 2º edição. Ed: Coimbra Editora, 2007.

\_\_\_\_\_. O “Direito Penal do bem jurídico” como princípio jurídico-constitucional: Da doutrina penal, da jurisprudência constitucional portuguesa e das suas relações. *In XXV anos de jurisprudência constitucional portuguesa – Colóquio comemorativo do XXV aniversário do Tribunal Constitucional*. Coimbra editora, 2009.

DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes Silva. Repercussões da Lei n.º 59/2007, de 4/9 nos “crimes contra a liberdade sexual”. Jornadas sobre a revisão do Código Penal: estudos organizados pelo Centro de Estudos Judiciários. *In: Revista do CEJ*, 1.º semestre, número 8 (especial), Lisboa: CEJ, 2008.

DUARTE, Jorge Dias - Crime de Lenocínio: unidade ou pluralidade de infracções, *In: Sub Júdice: Justiça e Sociedade*, n.º 26, Outubro-Dezembro, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. Criminalidade e Globalização. *In: Revista do Ministério Público*, ano 24, n.º 96, Outubro-Dezembro, 2003.

\_\_\_\_\_. A questão do embrião entre direito e moral. *In: Revista do Ministério Público*, Ano 24, n.º 94, Abril-Junho, 2003.

\_\_\_\_\_. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: RT, 2002.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. *Código Penal Português: Anotado e Comentado – Legislação Complementar*. 18.ª ed. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN: 9789724032474.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. O tráfico de seres humanos como crime hediondo em sentido material. *In: Marzagão Júnior, Laerte (coord.) Tráfico de pessoas*, São Paulo: Quartier Latin, 2010.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro e RASSI, João Daniel. *Crimes Contra a Dignidade Sexual*. São Paulo: editora atlas, 2º edição, 2011.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação da vítima em risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 49, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, jul./ago. 2004.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. vol. III. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

GRECO FILHO, Vicente. Tipicidade, bem jurídico e lavagem de valores. COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). *In: Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão Luso-Brasileira*, São Paulo: Quartier Latin, 2006.

HASSEMER, Winfried. *Crítica al Derecho Penal de Hoy: Norma, interpretación, procedimiento*. Trad. Patrícia S. Ziffer. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003.

\_\_\_\_\_. Lineamientos de una Teoría Personal del Bien Jurídico. Doctrina Penal: Teoría y Práctica en las Ciencias Penales. *In: Revista Trimestral*. Abril-Setiembre, 1989.

HESPANHA, António Manuel – Que espaço deixa ao direito uma ética da pós-modernidade?, *In: Themis*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Ano VIII, n.º 14, Coimbra: Almedina, 2007.

JESCHEK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal – Parte General*. Granada: Editorial Comares, 1993.

JIMENEZ DE ASÚA, Luis. *Principios de Derecho Penal: La Ley y el Delito*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1997.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito; trad. port. de Baptista Machado, 7ª edição, Coimbra: Almedina, 2008.

LIVIANU, Roberto. *Corrupção e Direito Penal – Um Diagnóstico da Corrupção no Brasil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

LOPES, José Mouraz. Os crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual na reforma do Código Penal de 2007. *In: Galileu: Revista de Economia e Direito*, Volume XII, n.º 2, Lisboa: Edival, 2007.

MALAFIA, Joaquim. A Inconstitucionalidade do n.º 1 do artigo 169.º no Código Penal. *in Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, ano 19, n.º 1, 2009.

MENDES, Paulo de Sousa – Tráfico de Pessoas. *In: Revista do CEJ*. 1.º semestre, número 8 (Especial), Lisboa: Edição do Centro de Estudos Judiciários, 2008.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho PENAL: Parte General*. 9ª edição, Barcelona: Editorial Repertor, 2011.

- NEVES, João Ataíde – Avançar no Combate ao Tráfico de Seres Humanos. *In: Sub Júdice: Justiça e Sociedade*. Crimes Sexuais, o direito em acção, Outubro-Dezembro, n.º 26, 2003.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a Dignidade Sexual – Comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- PALMA, Maria Fernanda. *Direito Penal. Parte Geral*. Lisboa: A.A.F.D.L., 1994.
- PATTO, Pedro Vaz. Direito Penal e Ética Sexual. Direito e Justiça. *In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, Volume XV, Tomo 2, 2001.
- \_\_\_\_\_. O Crime de Tráfico de Pessoas no Código Penal Revisto. Análise de Algumas Questões. *In: Revista do CEJ*. 1.º semestre, número 8 (especial), Lisboa: Edição do Centro de Estudos Judiciários, 2008.
- PELARIN, Evandro. *Bem jurídico penal: um debate sobre a discriminalização*. Revista Brasileira de Ciências Criminais - IBCCrim, São Paulo, 2002.
- PEREIRA, Victor de Sá; LAFAYETTE, Alexandre – *Código Penal Anotado e Comentado*. Lisboa: Quid Juris, 2008.
- PEREIRA, Rui Carlos – Liberdade Sexual: a sua tutela na reforma do Código Penal, *Sub Júdice: Justiça e Sociedade*, n.º 11, Janeiro-Junho, 1996.
- POLAINO-ORTS, Miguel. Alegato en favor de un tratamiento jurídico-penal unitario para los casos de acuerdo y consentimiento como causas de atipicidad. *In Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, n.82, 2004.
- PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. vol. 3. 11 ed. São Paulo: RT, 2006.
- RAMOS, José. Constituição e Bem Jurídico. *In: Estudos Comemorativos dos 25 anos do ISCPSI em homenagem ao Superintendente-Chefe Afonso de Almeida*. Coimbra: Almedina, 2009.
- RAMOS, Fernando. Notas sobre os crimes sexuais no projecto de revisão do Código Penal de 1982 e na Proposta de Lei n.º 92/VI, *In: Revista do Ministério Público*, Ano 15, Julho-Setembro, n.º 59, 1994.
- RAPOSO, Vera Lúcio. Da Moralidade à liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual, *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora.
- RODRIGUES, Anabela; FIDALGO, Sónia. *In: Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial*, Tomo I, artigos 131º a 201º, 2º edição, Coimbra Editora, 2012.

ROXIN, Claus. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Trad. Susana Aires de Sousa. O conceito de Bem Jurídico como Padrão da norma penal posto à prova. Editora: Coimbra Editora, 2013.

\_\_\_\_\_. *Derecho Penal: Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoria del Delito*. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997.

SILVA, Fernando – Direito Penal Especial: Crimes Contra as Pessoas. 2.<sup>a</sup> ed., rev. e act.. Lisboa: Quid Juris, 2008. ISBN: 978-972-724-373-0.

SILVA, Germano Marques da. *Direito Penal Português: Teoria do Crime*, Volume I, ed. Universidade Católica editora, Lisboa, 2012.

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

STRATENWERTH, Gunter. *Derecho penal: Parte general I – El derecho punible*, Meliá, Manuel Cancio, *ET. AL*, (trad.), Editora Aranzadi, Navarra, 2000.

SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a ultima ratio da proteção dos bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal. In: *Revista brasileira de Ciências Criminais*. Coimbra: Revista dos Tribunais, março/abril de 2005.

TORRÃO, Fernando – A propósito do bem jurídico protegido nos crimes sexuais (Mudança de Paradigma no novo Código Penal), *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Volume LXXI. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra Editora, 1995.

VIVES ANTÓN, Tomás – Sistema Democrático y Concepciones del Bien Jurídico. *Lusíada*. Direito. Série II, n.º 4/5. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2007. ISSN: 0872-2498.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal – Parte General*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956.

### **Jurisprudências, legislações e sites**

CASTILHO, Ela Wiecko V. In *A legislação penal brasileira sobre tráfico de pessoas e imigração ilegal/irregular frente aos Protocolos Adicionais à Convenção de Palermo*. Disponível em: <[http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/pfdc/informacao-e-comunicacao/informativos-pfdc/edicoes-de-2006/maio-2006/seminario\\_cascais.pdf](http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/pfdc/informacao-e-comunicacao/informativos-pfdc/edicoes-de-2006/maio-2006/seminario_cascais.pdf)>. Acesso em: Maio de 2015.

CANÁRIO, Pedro e VASCONCELLOS, Marcos de. *Falhas Conceituais: "Novo Código Penal é obscenidade, não tem conserto"*, 02 de setembro, 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-set-02/entrevista-miguel-reale-junior-decano-faculdade-direito-usp>>. Acesso em: Maio de 2015.

GOMES, Luiz Flávio. Limites do " ius puniendi" e bases principiológicas do garantismo penal. *Material da 1ª aula da Disciplina Teoria do Garantismo Penal, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Ciências Penais, Porto Alegre: UNISUL, 2007.*

\_\_\_\_\_. *Crimes contra a Dignidade Sexual e outras reformas penais. In JUSBRASIL.* Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1872027/crimes-contra-adignidade-sexual-e-outras-reformas-penais>>. Acesso em: abril de 2015.

O Ac. STJ n.º 47/07.6PAAMD-P.S1, de 13/04/2009; Ac. TRL n.º 4591/2008-3, de 11/02/2009; Ac. n.º 07P1125, de 25/09/2007; Ac. TRP n.º 021782, de 06/05/1987; Ac. TRP n.º 0414, de 14/06/1989; Ac. TRL n.º 021385, de 15/12/1992; Ac. STJ n.º 047992, de 13/11/1996; Ac. STJ n.º 048854, de 28/02/1996; Ac. TRP n.º 02103337, de 26/02/2002. Disponível em: < [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)>. Acesso em: Maio de 2015.

Ac. TC n.º 396/2007; Ac. n.º 0411434, de 26/05/2004; Ac. 114/2004 de 10 de Março, Proc. n.º 566/2003. Disponível em: <[www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)>. Acesso: Maio de 2015.

Conselheiro Gil Galvão, in Ac. TC n.º 522/2007, de 18 de outubro. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070522.html>> Acesso em: abril de 2015.

Ac. TC n.º 396/2007, de 10 de Julho 2007. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070396.html>>. Acesso em: Abril de 2015.

BERNARDI, Iara. Projeto Lei 2.848 - Modifica os artigos 216 e 231 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para suprimir o termo “mulher honesta”. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=4E71CC16CEA674886865E46079EAC069.proposicoesWeb1?codteor=114145&filename=PL+117/2003](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=4E71CC16CEA674886865E46079EAC069.proposicoesWeb1?codteor=114145&filename=PL+117/2003)>. Acesso em: maio de 2015.

BRASIL. CÓDIGO PENAL. Decreto-Lei n.º 2.848 de 7 de dezembro de 1940. O Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o art. 180 da Constituição, decreta a seguinte lei. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)> Acesso em: Maio de 2015.

\_\_\_\_\_. SENADO FEDERAL..Requerimento n.º 226 de 2011. CPI do Tráfico nacional e Internacional de Pessoas. *Requerem, nos termos do art. 58 da Constituição Federal e na forma do art. 145 do Regimento Interno do Senado Federal, a instituição de Comissão Parlamentar de Inquérito para investigar o tráfico nacional e internacional de pessoas no Brasil, sua causas, consequências, rotas e responsáveis, no período de 2003 e 2011, compreendido na vigência da convenção de Palermo.* Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=99441](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=99441)>. Acesso em: Maio de 2015.

\_\_\_\_\_. CÂMARA DOS DEPUTADOS. REDAÇÃO FINAL DO SUBSTITUTIVO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS AO PROJETO DE LEI Nº 7.370-B DE 2014 DO SENADO FEDERAL (PLS Nº 479/12 NA CASA DE ORIGEM). Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1305246&filen ame=Tramitacao-RDF+1+%3D%3E+PL+7370%2F2014](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1305246&filen ame=Tramitacao-RDF+1+%3D%3E+PL+7370%2F2014)>. Acesso em: Junho de 2015.

\_\_\_\_\_. PROJETO LEI DO SENADO, N.º 236 de 2012. Reforma do Código Penal Brasileiro. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=106404](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106404)>. Acesso em: Maio de 2015.

\_\_\_\_\_. PROMULGA O CODIGO PENAL. Código Penal de 1890, Decreto lei n.º 847 de 11 de outubro de 1890. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: Maio de 2015.

\_\_\_\_\_. LEI Nº 11.106, DE 28 DE MARÇO DE 2005. Altera os arts. 148, 215, 216, 226, 227, 231 e acrescenta o art. 231-A ao Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111106.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111106.htm)>. Acesso em: Maio de 2015.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 12.015 de agosto de 2009. *Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores.* Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm#art2](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm#art2)>. Acesso em: Maio de 2015.

\_\_\_\_\_. DECRETO Nº 5.017, DE 12 DE MARÇO DE 2004. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm)> Acesso em: Maio de 2015.

PROTOCOLO DE PALERMO. Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional relativo à Prevenção, à Repressão e à Punição do Tráfico de Pessoas, em especial de Mulheres e Crianças. Disponível em: <<http://sinus.org.br/2014/wp-content/uploads/2013/11/OIT-Protocolo-de-Palermo.pdf>> Acesso em: Maio de 2015.