



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Ana Miguel Leal Gradim

**A MORAL NO ÂMBITO DOS CRIMES
SEXUAIS**

EM PARTICULAR, DA INCONSTITUCIONALIDADE
DO CRIME DE LENOCÍNIO SIMPLES

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

Outubro de 2020



Ana Miguel Leal Gradim

A moral no âmbito dos crimes sexuais.

**Em particular, da inconstitucionalidade do crime de lenocínio
simples**

Morals in the sex crimes

In particular, the pimping's inconstitucionality

*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*

Orientadora: Senhora Professora Doutora Maria João
da Silva Baila Madeira Antunes

Coimbra, 2020

AGRADECIMENTOS

À minha Mãe, Célia, pela constante partilha, incentivo e apoio e a quem tudo devo.

À minha família, em particular, à minha Avó Fernanda e à minha Tia Alzira, pelo carinho de sempre.

Ao Pedro pelo companheirismo e constante apoio.

A todos os amigos e amigas com quem tive o prazer de partilhar este doce caminho.

À minha orientadora, Senhora Professora Doutora Maria João Antunes, pelo despertar do tema e pelo seu imprescindível contributo na presente dissertação.

RESUMO

O objeto de estudo da presente dissertação incide sobretudo na análise da presença das concepções morais no seio dos crimes sexuais, em particular, do crime de lenocínio simples, previsto e punido pelo artigo 169º, número 1 do Código Penal.

É nossa pretensão aferir da legitimidade da intervenção penal na atual redação do artigo e da sua inconstitucionalidade material, à luz da teoria do bem jurídico.

Palavras-chave: moral sexual, bem jurídico, tutela penal, lenocínio, inconstitucionalidade

ABSTRACT

This dissertation focuses mainly on the analysis of the presence of moral concepts within sexual crimes, in particular, the crime of simple pimping, foreseen and punished by the article 169º, number 1 of the Penal Code.

It is our intention to assess the legitimacy of criminal intervention with the current wording of the article and its material unconstitutionality, in accordance with the theory of the legal good.

Key words: sexual moral, legal good, criminal dignity, pimping, unconstitutionality

Lista de Siglas e Abreviaturas

Ac. – Acórdão

art.º - Artigo

BFDUC – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Cfr. - Confrontar

CRP – Constituição da República Portuguesa

CP – Código Penal

p. - página

TC – Tribunal Constitucional

V.g. – *Verbi gratia*: por exemplo

ÍNDICE

| | |
|--|----|
| Lista de Siglas e Abreviaturas | 6 |
| Introdução | 8 |
| I. A legitimidade da intervenção penal | 10 |
| 1. A perspetiva positivista-sociológica | 11 |
| 2. A perspetiva moral (ético)-social | 12 |
| 3. A perspetiva teleológico-funcional e racional..... | 14 |
| II. O direito penal do bem jurídico | 16 |
| III. Os crimes sexuais | 30 |
| 1. Evolução legislativa | 30 |
| 2. O crime de atos homossexuais com adolescentes | 35 |
| 3. A rutura com as conceções morais - a liberdade sexual..... | 39 |
| IV. O lenocínio | 44 |
| 1. Evolução do fenómeno da prostituição e do lenocínio | 45 |
| 2. Da inconstitucionalidade material do crime de lenocínio simples – o artigo 169.º, número 1 do Código Penal | 48 |
| 3. O crime de lenocínio simples como crime de perigo abstrato..... | 58 |
| 4. O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 134/2020 | 62 |
| V. O papel da mulher no direito penal | 71 |
| 1. Lenocínio - uma questão de género? | 71 |
| Considerações Finais | 75 |
| Bibliografia | 78 |
| Jurisprudência | 82 |

Introdução

No ordenamento jurídico interno, a prática do crime de lenocínio há muito que é conhecida e tratada pelo Direito Penal, tendo sido objeto de diferentes perspetivas ao longo dos tempos. Contudo, a atual redação do artigo 169.º, n.º 1 do Código Penal, que prevê o crime de lenocínio simples, tem suscitado diversas questões, em especial, relativamente à sua inconstitucionalidade material.

Nesta esteira, *ab initio*, importa-nos a questão da legitimidade da intervenção penal. Em traços largos, que tipo de condutas devem, no seio de determinada comunidade, ser consideradas como criminosas. Quais são as condutas ou as ações que, com a sua prática, colocam de forma insuportável a sustentabilidade ou a própria existência dessa comunidade.

Para tal, não nos podemos bastar com o mero conceito formal de crime, sendo necessária a delimitação do seu conceito material, através da análise das conceções que procuraram responder a tal questão.

Chegaremos então ao ponto de partida de que a intervenção do Direito Penal é limitada à tutela de bens jurídicos dignos de pena, esses, que correspondem a valores e interesses de uma comunidade, e que encontram acolhimento na Constituição, seja direta ou indiretamente. Assim, é reconhecido ao direito penal um caráter de *ultima ratio*, intervindo apenas quando outros meios se revelem inaptos à tutela desses direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

Deste modo, e por via de um Estado de Direito democrático, rejeita-se a teoria das conceções morais como fundamento da legitimidade da intervenção penal, que não são mais do que obstáculos à tutela efetiva desses bens, tendo em conta o seu caráter mutável e subjetivo.

Nesta senda, e no que concerne aos limites do poder punitivo, os crimes sexuais representam o campo de eleição das já rejeitadas e ultrapassadas conceções morais ou éticas, que tendem a influenciar o legislador. É sabido que a sexualidade e a moral caminham juntas há vários séculos, tendo esta última modelado a legitimidade destes comportamentos e limitando-os. Contudo, com a passagem de um Estado de Direito formal ao Estado de Direito material, estas conceções, enquanto fundamento das incriminações, não podem ter mais acolhimento no ordenamento jurídico interno.

De facto, ao direito penal não caberá a sua tutela, mas sim a de bens jurídicos dignos de tutela penal. Porém, parecem subsistir, ainda, vestígios desta influência em diversas incriminações tipificadas no Código Penal, nomeadamente, no crime de lenocínio simples, previsto e punido pelo artigo 169.º, número 1 do CP.

Assim, num segundo momento, abordaremos, ainda que superficialmente, a evolução legislativa dos crimes sexuais, particularmente a revolucionária Reforma do Código Penal de 1995 e as suas implicações, designadamente, a consequente rutura com as conceções até aí vigentes.

A questão fundamental prende-se, então, com a limitação do poder punitivo do Estado e o seu dever de proteção, em contraposição ao direito à liberdade pessoal, e sobretudo, sexual do indivíduo.

Importará a ilustração do supra exposto através de dois exemplos paradigmáticos que espelham a influência das conceções morais no ordenamento jurídico português: os atos homossexuais com adolescentes, eliminados do nosso ordenamento jurídico apenas em 2007 e, em especial e com carácter mais aprofundado, o lenocínio e a sua aparente inconstitucionalidade material.

Finalmente, trataremos da questão do bem jurídico tutelado com a incriminação do lenocínio simples e a sua relação com os limites da intervenção penal, através de uma análise doutrinal e jurisprudencial.

Desta forma, questionamos qual o bem jurídico protegido com o atual crime de lenocínio. Será esta incriminação legítima no seio de um Direito Penal de *ultima ratio*? Em síntese, com o presente estudo, procuramos contribuir, ainda que de forma sintética e na medida do possível, para a elucidação do tema e das questões assim relacionadas, no seio de uma política criminal de última instância, limitada por critérios objetivos e não por ditames sociais aliados a uma conceção de moral sexual.

I. A legitimidade da intervenção penal

A análise da questão do objeto de proteção do Direito Penal é fundamental a título preliminar no presente estudo.

É certo que constitui tarefa do Direito Penal, em primeiro lugar, a proteção de valores e bens fundamentais de uma determinada comunidade, de modo a que seja possível o livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo. Daqui, como fundamento da sua intervenção, surge a necessidade, com a proteção de bens e interesses relevantes de uma determinada comunidade – a proteção de bens jurídicos.¹

Como tal, a pena pela prática de um crime, assenta na reparação da situação anterior à sua prática e a conformação do agente da prática do crime com o «dever-ser jurídico penal».²

O Direito Penal, na sua ambivalência, ao tutelar bens jurídicos dignos de pena e, simultaneamente, ao coartar as liberdades individuais dos agentes cujas condutas sejam ofensivas desses mesmos bens, é um direito de *última ratio*. Isto é, deve apenas intervir na ordem social, quando outros meios se revelem insuficientes ou inadequados.

Neste sentido, importa compreender que tipo de condutas consubstanciam a prática de um crime, ou seja, que comportamentos ofensivos para uma determinada comunidade, devem ser alvo do poder punitivo do Estado, sob pena de se perder a autonomia e função primordial do Direito Penal.

Abandonadas as concepções positivistas legalistas em que é crime «tudo e só aquilo que o legislador considerar como tal»³, impõe-se a necessidade de resposta à questão de saber o que é materialmente o crime, isto é, qual é a fonte da qual emerge e legitimidade para determinar que certos comportamentos são crime.⁴

¹ DIAS, Jorge de Figueiredo – “A Reforma do Direito Penal Português (Princípios e Orientações Fundamentais)”, BFDUC, 48, p. 117.

² *Ibidem*, p. 132.

³ DIAS, Jorge de Figueiredo – Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do crime, 3ª Ed., outubro 2019, p. 121.

⁴ *Ibidem*.

No período do Iluminismo Criminal, como meio de reação contra a arbitrariedade do poder punitivo do Estado e à colocação de limites na sua atuação⁵, várias perspectivas foram surgindo nesse sentido.

1. A perspectiva positivista-sociológica

GAROFALO enquadrava a noção de crime na «violação de sentimentos altruísticos fundamentais», através de uma conduta social danosa e do princípio da ofensividade, dando origem ao princípio do dano (*harm principle*).⁶

Revela-se, então, fundamental esclarecer o conceito de dano social. Este conceito implica a violação de direitos, mas também a violação de normas consideradas fundamentais para o correto funcionamento da sociedade.⁷ Também MILL, contribui consideravelmente para a questão da legitimação do direito penal, ao considerar o princípio do dano como fundamento das incriminações a favor da limitação do poder punitivo estadual.⁸

Para STRATENWERTH, a punição é legítima quando em causa esteja o incumprimento de normas, reconhecidas consensualmente pela sociedade sobre a sua natureza necessária.

No entanto, ROXIN afirma que esta conceção estará sujeita a várias críticas: primeiramente, o facto da maioria, em determinada sociedade, rejeitar certo comportamento, porque lhe causa repulsa ou porque simplesmente gera desagrado, não pode significar que deva ser punido, especialmente porque ninguém é por ele afetado; de seguida, é muito difícil que, na sociedade pluralista e multicultural em que nos

⁵ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da – *Constituição e Crime- uma perspectiva de criminalização e descriminalização*. Universidade Católica Portuguesa Editora, Porto, 1995, p. 29.

⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal: Questões Fundamentais. A Doutrina geral do crime, Parte Geral, Tomo I*, 3ª Ed. p. 123.

⁷ NATSCHERADETZ, Karl Prelhaz – *O Direito Penal Sexual: Conteúdo e Limites*, Almedina Coimbra, 1985, p. 29.

⁸ MILL, John Stuart – *Sobre a Liberdade*. Trad. de Pedro Madeira. Coleção Livros que mudaram o Mundo. Edições 70.

encontramos, se alcance um consenso relativamente a determinadas matérias⁹; por fim, atualmente, e ainda a respeito do consenso fundamental, este hoje é o de que a cada um cabe o direito de atuar desde que não coloque em causa os direitos de terceiros.¹⁰

FIGUEIREDO DIAS destaca a imprecisão da conceção descrita, por considerar difícil determinar e delimitar o objeto de dano social ou de ofensividade, bem como a dificuldade de delimitação da criminalização, exemplificando com o comportamento mentiroso que, pese embora possa acarretar dano social, nem todo pode consubstanciar comportamento criminoso. Contudo, e relativamente à legitimidade da incriminação, revela-se, para o Autor, insustentável o recurso à teoria do dano para criminalizar comportamentos e condutas como o consumo de drogas, o incesto entre adultos ou o lenocínio.¹¹

2. A perspetiva moral (ético)-social

Por conseguinte, surge a perspetiva ético-moral, defendida por WELZEL e JESCHECK e corresponde ao entendimento de que a moral é condição suficiente para legitimar uma incriminação. Deste modo, sempre que determinada conduta, dentro dos valores ético-morais de determinada comunidade, for considerada como contrária a estes mesmos valores, pode ser considerada crime.¹²

WELZEL considera que a principal finalidade do direito penal seria a de tutela de valores fundamentais de uma determinada comunidade e a proteção de bens jurídicos seria através destes mesmos valores, defendendo que «a sua tarefa mais profunda é de índole positiva, ético-social: pois ao prescrever e punir a violação dos valores fundamentais do sentimento jurídico manifesta o Estado, do modo mais expressivo de que dispõe, a

⁹ Note-se o caso da interrupção voluntária da gravidez ou do lenocínio, em que não são lesados diretamente os direitos de ninguém, a não ser o dos próprios indivíduos que os praticam.

¹⁰ ROXIN, Claus – “O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal”. In Revista Portuguesa de Ciências Criminais, Nº23, 2013, pp. 27 e 28.

¹¹ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal... ob.cit.* p. 126.

¹² *Ibidem*, p. 126.

intangível vigência desses valores positivos de ação, molda o juízo ético-social dos cidadãos e fortalece o seu sentimento de fidelidade ao direito».¹³

Desta forma, o Direito Penal estaria, assim, intimamente ligado a uma ordem de valores próprios de cada cultura, neste caso, profundamente influenciados por princípios religiosos aliados a concepções de pecado e honestidade.

Contudo, não se pode negar que os valores morais de determinada comunidade possam estar relacionados e, bem assim, estreitamente conectados com o conteúdo das normas penais. No entanto, não é tarefa do Direito Penal tutelar estes valores que, para além de mutáveis com a passagem do tempo e bem assim a assunção de diferentes valores como fundamentais, são variáveis de acordo com a sociedade que os acolhe e difíceis de determinar. Do mesmo modo, naturalmente, existirão condutas e comportamentos que possam ferir a tal moralidade social e não mereçam a tutela do direito penal, bastando-se com a cominação de outras sanções que não a pena.

Destacamos FEUERBACH na distinção entre direito e moral, cujo crime comportaria «a violação de um direito subjetivo do Estado ou do cidadão»¹⁴, sendo que, «quem ultrapassa as fronteiras da liberdade geral, comete a violação de um direito, uma ofensa (lesão). Quem viola a liberdade garantida pelo contrato estadual e protegida pelas leis penais comete um crime. Em sentido amplo, crime é, assim, a ofensa sancionada por uma lei penal, uma ação que contraria o direito de outrem.»¹⁵

FEUERBACH baseia o seu entendimento no idealismo Kantiano, sob o qual, «é na liberdade – e só na liberdade – que o direito encontra a raiz material e matriz da legitimidade»¹⁶, tendo, por conseguinte, o Estado, «a tarefa de assegurar o livre exercício da liberdade de cada um, no respeito pela liberdade dos outros».¹⁷

Revela-se inadequada, nas palavras de FIGUEIREDO DIAS, a perspetiva aqui descrita, uma vez que «não se adequa ao pluralismo ético-social das sociedades contemporâneas».¹⁸

¹³ WELZEL, H. – *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 11ª. Ed., Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1969 apud NATSCHERADTZ, Karl Prelhaz – *O Direito Penal Sexual... ob.cit.* p. 67.

¹⁴ ANDRADE, Manuel da Costa – *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Reimpressão (Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista), Coimbra Editora, junho de 2004, p. 49.

¹⁵ FEUERBACH, Paul Johann Anselm von - *Lehrbuch des peinlichen Rechts*, apud Costa Andrade, *Consentimento... ob. cit.*, p. 43.

¹⁶ *Ibidem*, p. 45.

¹⁷ *Ibidem*, p. 45.

¹⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal... ob. cit.*, p. 113.

ROXIN afirma, ainda, que «a «moral», ainda que amiúde se suponha o contrário, não é nenhum bem jurídico (...). Se uma ação não afeta o âmbito da liberdade de ninguém, nem tão pouco pode escandalizar diretamente os sentimentos de algum espectador porque é mantida oculta na esfera privada, a sua punição deixa de ter um fim de proteção (...)».¹⁹

Desta forma, para que se defina materialmente o que é o crime, deve haver uma separação entre direito e moral, em que «o direito tem o dever (...) de assegurar a paz e a convivência civil, impedindo os danos que as pessoas podem causar umas às outras – *ne cives ad arma veniant* – sem lhes impor sacrifícios inúteis ou insustentáveis.»²⁰, tese esta também apoiada por MILL, KANT, ou LISZT e, sobretudo, FEUERBACH, que procurou estabelecer a fronteira entre o direito e a moral.

É possível verificar o insucesso da conceção referida, quando surgiu o *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches*, em resposta ao desacordo suscitado com a publicação do Projeto governamental de Código Penal, altamente conservador, nele permanecendo a criminalização de várias condutas no âmbito do direito penal sexual, entre elas a homossexualidade entre adultos, a pornografia ou a sodomia.²¹

Coloca-se, neste sentido, a questão fundamental de delimitação do *ius puniendi* do Estado, surgindo a perspetiva teleológico-funcional e racional. Deste modo, o direito penal é, um direito de *ultima ratio*, que tutela bens jurídicos dignos de pena.

3. A perspetiva teleológico-funcional e racional

A introdução desta perspetiva possibilitou o encontro do conceito material de crime no âmbito da função do direito penal, isto é, na proteção, a título subsidiário, de bens jurídicos merecedores de tutela penal. Reconheceu-se que o conceito material de crime poderia ser apenas encontrado no âmbito da função do direito penal, e não deduzido das

¹⁹ ROXIN, Claus – *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, Vega, 3ª Ed., 1998, p. 30.

²⁰ FERRAJOLI, Luigi – “*A questão do embrião entre direito e moral*”. In ... pp. 10 e 11; Também Greco apresenta os conceitos de moralismo jurídico-penal e liberalismo jurídico-penal, por oposição. Cf. GRECO, Luís – “*Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto*”. In RBCC, Nº82, 2010, pp. 172 e 173.

²¹ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal... ob.cit.* p.129.

conceções vigentes, numa ordem extrajurídica, como meio de tutela subsidiária de bens e interesses fundamentais de uma determinada comunidade.²²

²² DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal ... ob.cit.* pp. 129 e 130.

II. O direito penal do bem jurídico

Apesar do consenso quanto ao núcleo essencial do bem jurídico e quanto à sua definição abstrata, até ao presente, não foi possível a determinação de uma noção que permita o seu conceito fechado, como conceito crítico, apto a orientar e delimitar a fronteira, vinculando o legislador, entre o que pode ou não considerar-se como crime.²³

As raízes históricas do conceito de bem jurídico-penal remontam à época do Iluminismo do século XVIII através, primeiramente, de BIRNBAUM, de carácter liberal e individualista, através da proteção dos interesses do indivíduo.²⁴

Com o período do Iluminismo Criminal, foram surgindo as primeiras conceções de articulação entre a liberdade individual e a necessidade do *ius puniendi* do Estado fundamentado pelo contrato social, isto é, na necessidade de delegação de parte do poder dos homens no Estado, para que este pudesse regular a sociedade. Contudo, esta delegação seria feita já não para o alcance de fins transcendentais no campo da moralidade, mas sim no mínimo indispensável para a defesa e proteção das liberdades e dos direitos dos indivíduos e da coletividade.²⁵

À ideia de contratualismo, estaria intimamente ligado o individualismo e o racionalismo, em que os direitos são «inatos, invioláveis, pré-jurídicos, de reconhecimento necessário pelo Direito, direitos que surgem simultaneamente como fundamento para o poder punitivo (o Estado está legitimado a intervir precisamente quando os direitos subjetivos são lesados) e como garantias face ao poder estadual».²⁶

Na linha de pensamento Iluminista «é o contrato social que fornece simultaneamente o fundamento, os fins e os limites do poder punitivo do Estado».²⁷

Neste sentido, releva, ainda, o abandono da lei divina na definição de crime, da visão teocêntrica, o que permitiu a separação entre o poder político e o poder da Igreja, e a retirada dos conceitos religiosos e das condutas imorais do Direito Penal.

²³ *Ibidem*, p.131; CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da – *Constituição e Crime...ob.cit.* p. 24.

²⁴ *Ibidem*, p. 131.

²⁵ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da – *Constituição... ob.cit.* pp. 31 e 32.

²⁶ *Ibidem*, p. 32.

²⁷ ANDRADE, Manuel da Costa – “*Contributo para o Conceito de Contra-Ordenação (A Experiência Alemã)*” in *Revista de Direito e Economia*, 6/7, Coimbra, 1989-1981 , p.88.

O período do Iluminismo, pese embora tenha sido fundamental na tentativa de determinação de um conceito material de crime, e bem assim, na delimitação do *ius puniendi* do Estado, este conceito continuou em desenvolvimento e foi alvo de grandes progressos. Tal não significa que seja pacífica a ideia de que entre o conceito material de crime do Iluminismo e a conceção primeira de bem jurídico por BIRNBAUM tenha decorrido uma linha de evolução constante e unilateral.²⁸

Para BECCARIA, também ele defensor do conceito de bem jurídico de cariz liberal, o direito penal justifica-se através da «necessidade de defender o depósito da saúde pública das usurpações particulares; e tanto mais justas são as penas, quanto mais sagrada e inviolável é a segurança, e maior a liberdade, que o soberano conserva aos súbditos.»²⁹

Já BINDING, na linha do positivismo legalista, enquadra a noção de bem jurídico («*Rechtsgut*») no abandono de uma qualquer legitimação material, uma vez que seria o próprio legislador a criar os bens jurídicos, numa ótica de um conceito inerente ao sistema jurídico. A sua conceção rompe com os ideais Iluministas, através da lesão de direitos subjetivos de existência pré-jurídica e inatos, uma vez que, no seu entendimento, os direitos não são inatos nem reconhecidos, são sim criados pela lei e atribuídos ao indivíduo.³⁰

Posteriormente, LISZT, igualmente positivista, diferente de BINDING, ao defender um positivismo de carácter naturalístico-sociológico, advogava que a pena não poderia ser um fim em si própria, mas antes a proteção de um bem jurídico, de acordo com um conceito de necessidade e idoneidade, quando outras formas de proteção dos bens jurídicos forem insuficientes.

O Autor defende a importância dos meios de política criminal para o combate a condutas não desejadas. Assim, seria a vida e as suas relações a oferecerem os critérios e os limites da legitimidade da intervenção penal, enquanto interesses vitais, e não a vontade do legislador. Consequentemente, com a mudança de tais interesses variaria a quantidade e a índole dos bens jurídicos, adaptando-se os indivíduos à «plasticidade reflexiva do Direito para responder às exigências duma realidade múltipla e diferente.»³¹

²⁸ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira – *Constituição...ob.cit.* p. 41.

²⁹ BECCARIA, *Dei Delitti e Delle Pene*, p. 6 e ss. *apud* CUNHA, Maria da Conceição Ferreira – *Constituição e Crime... ob.cit.* p. 30.

³⁰ CUNHA, *Constituição e crime... ob.cit.* pp. 50 e 51.

³¹ ANDRADE, Manuel da Costa – *Consentimento... ob.cit.* p. 69.

Pese embora as divergências das perspetivas de BINGING E LISZT, ambos partilham do entendimento do bem jurídico como «uma realidade do mundo exterior que conta com a proteção do Direito Penal».³²

Assim, enquanto BINDING confere ao legislador a autoridade para definir e delimitar os critérios orientadores do bem jurídico, a partir do direito positivo, LISZT parte das relações vitais para prosseguir a mesma tarefa. Porém, ao mesmo tempo que na teoria defendida por LISZT falta a delimitação de um critério concreto que permita identificar os interesses da comunidade e que merecem a tutela penal, BINDING limitou-se a identificar os bens jurídicos tal como o legislador os determinou.³³

Contudo, ambas as perspetivas contribuíram significativamente para o desenvolvimento da noção de bem jurídico, que foi seguida posteriormente por HONIG³⁴, através da «espiritualização e normatização do conceito de bem jurídico, libertando-se por um lado, da sua matriz empírico-naturalista – como «objeto do mundo exterior», de natureza material, apreensível pelos sentidos – e, por outro, da sua potencialidade crítica, delimitadora, transistemática».³⁵

Na doutrina de HONIG, com uma visão metodológica do bem jurídico, o conceito é de origem normativa, e funciona como padrão interpretativo das normas penais, sendo deste modo, «um produto de reflexão especificamente jurídica. Isto é: os objetos da tutela não existem enquanto tais, só ganham vida no momento em que nós consideramos os valores da comunidade como objeto do escopo das disposições.»³⁶

Posteriormente, o desenvolvimento desta conceção através de SCHWINGE e GRÜHNT leva à identificação do conceito de bem jurídico como a «*ratio legis*», no decorrer do esvaziamento do conceito e à perda da sua autonomia em relação à norma, restando-lhe, unicamente um carácter interpretativo. Por conseguinte, esta evolução do conceito operada por motivos políticos decorrentes da necessidade de defesa do conceito de bem jurídico aos ataques da tendência subjetivista do socialismo totalitário³⁷, por ser

³² *Ibidem*, p. 69.

³³ CUNHA, Maria da Conceição – *Constituição...ob.cit.* pp. 62 e 63.

³⁴ Em *Die Einwilligung des Verletzten*, 1919.

³⁵ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da – *Constituição... ob.cit.* p. 64.

³⁶ HONIG, *Die Einwilligung des Verletzten*, apud CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da – *Constituição... ob.cit.* p. 64.

³⁷ Pela Escola de Kiel e de Marburgo.

originário do período liberal, teve como consequência a perda da sua autonomia e da sua capacidade crítica enquanto fundamento e limite da intervenção penal.³⁸

A partir dos anos sessenta, na Alemanha e em Portugal, a concepção do bem jurídico retorna às origens através do recurso ao conceito material de crime do Iluminismo, advinda da necessidade de conferir ao bem jurídico uma limitação ao poder punitivo do Estado, em virtude da perda da sua autonomia funcional, com o objetivo de alcançar um conceito de bem jurídico metapositivo, vinculando, assim, o legislador para as reformas penais que se viam urgentes. Apesar de este atual conceito não se justificar no direito natural e nos direitos subjetivos do período Iluminista, existe, no entanto, «uma mesma intencionalidade crítica e transistemática, limitadora do poder criminalizador.»³⁹

Também as concepções sociológicas do Direito Penal, através da teoria funcionalista da danosidade social de AMELUNG e da teoria do consenso de HABERMAS contribuíram para o desenvolvimento da função delimitadora do *ius puniendi* do Estado.

A teoria da danosidade social de AMELUNG baseia-se na rutura entre o conceito material de crime oferecido no período Iluminista e a teoria do bem jurídico, procurando o conceito de danosidade social, à margem desta teoria. Para o Autor a teoria do bem jurídico originou um direito penal irracional, uma vez que «os bens jurídicos nascem de um ato de valoração cujo objeto é estabelecido pelo legislador (...). Ora, se os bens jurídicos dimanam de uma decisão de valor do legislador, então a legitimação do direito penal a partir da proteção de bens jurídicos mais não significa do que a legitimação do direito penal por ele próprio.»⁴⁰

Deste modo, poderão apenas ser criminalizadas as condutas disfuncionais, que ameacem a subsistência e a sustentabilidade da comunidade, impedindo a sua superação, através do conceito de “disfuncionalidade”. Assim, esta teoria defende a sobrevivência da sociedade, em detrimento da proteção individual, quando esta não tivesse por finalidade o funcionamento do sistema.⁴¹

Porém, a tese defendida do AMELUNG, como o próprio reconhece ao ter, posteriormente, de servir-se do conceito positivista de bem jurídico, não poderá definir materialmente o conceito de danosidade social, pela impossibilidade de alcance de um

³⁸ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da – *Constituição...ob.cit.* p. 66 e ss.

³⁹ *Ibidem*, p. 72.

⁴⁰ AMELUNG, *Rechtsguterschutz*, pp. 5 e 6 *apud* ANDRADE, Manuel da Costa – *Consentimento...ob.cit.* p. 96.

⁴¹ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da – *Constituição... ob.cit.* pp. 91 e ss.

conceito imutável, dependente da evolução da sociedade. Igualmente, poderá ser-lhe aposta a crítica da instrumentalização da pessoa humana, enquanto meio de proteção da sociedade coletiva, através de um conceito material vazio, que, não obstante o relevante contributo, não pode servir como critério de fundamento ao conceito de danosidade social, nem servir como critério de orientação para o legislador.⁴²

Também a teoria do consenso de HABERMAS se dedica a oferecer um critério de legitimidade através do consenso social, sendo necessária uma situação em que, na procura de uma identidade racional, os destinatários das leis se encontrassem em pé de igualdade, cabendo ao Direito a garantia da verificação desta igualdade de oportunidade. O Autor advogava que determinada criminalização seria legítima quando se fundamentasse num consenso racional, enquanto critério da verdade, para que «por via argumentativa, não emotiva nem norteada por motivações particulares, mas pela procura da verdade, se chegasse a esse consenso.»⁴³

Todavia, à conceção defendida por HABERMAS poderá ser aposta uma crítica, desde já relacionada com a dificuldade de serem criadas as condições para se chegar a um consenso racional, por todos os constrangimentos daí inerentes, nomeadamente, mas sem limitar, o grau de informação dos intervenientes, ou pelo facto de os intervenientes não serem movidos por interesses próprios em detrimento da solução racional. Igualmente, a questão entre justiça e verdade representa uma problemática, no sentido em que o consenso racional será um caminho para atingir a verdade, não se podendo afirmar com clareza que a verdade é baseada no consenso racional.⁴⁴

À semelhança, JAKOBS, numa ótica de transcendentalismo normativista da teoria do sistema, propõe a rutura da teoria do bem jurídico, em substituição do princípio da danosidade social, considerando que a pena só terá sentido quando visar a manutenção e o bom funcionamento da sociedade, em plena rejeição das teorias absolutas. O Autor perspetiva o direito penal «como um sistema específico de que se espera a estabilização social, a orientação da ação e a institucionalização das expetativas, pela via da restauração da *confiança* na vigência das normas».⁴⁵

⁴² *Ibidem*, p. 95.

⁴³ *Ibidem*, p. 99.

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 101 e 102.

⁴⁵ ANDRADE, Manuel da Costa – *Consentimento... ob.cit.* p. 114.

No entanto, a perspectiva de JAKOBS centra-se na função do direito penal, atribuindo-lhe uma «funcionalidade sistémico-social»⁴⁶, descurando a qualificação dos bens e interesses legalmente tutelados no que concerne à «hierarquização das infrações e à correspondente escala de reações penais.»⁴⁷

Apesar do percurso histórico e das diversas perspetivas no sentido de esclarecer as fronteiras do direito penal, é certo que a sua delimitação se torna ainda pouco clara.

Contudo, pese embora não tenhamos alcançado, ainda, um conceito fechado, podemos afirmar que, atualmente, a razão do direito penal, atenta a sua complexidade e sinuosidade, será a de proteção, a título subsidiário, de bens jurídicos dignos de pena, ancorados na Constituição, que, protegidos de outra forma, tornam impossível a vivência em comunidade.

Deste modo, assente numa conceção teleológico-funcional e racional do bem jurídico, o conceito deve, primeiramente, traduzir um conteúdo material, de padrão crítico das normas e, finalmente, deve ser político-criminalmente orientado relativamente ao sistema constitucional, traduzindo-se na proteção de «bens jurídicos dignos de tutela penal (bens jurídico-penais) através da “ordenação” axiológica jurídico-constitucional.»⁴⁸

Para que se alcance o conceito material de crime é necessária uma prévia valoração das condutas, apenas possível no âmbito de um determinado contexto social, partindo-se do princípio de que nenhuma conduta humana é naturalmente criminosa. Esta valoração será realizada através das normas, cabendo, assim, a essa comunidade a definição dos valores e interesses tidos como fundamentais e cuja lesão cause um grave dano social. Ora, esta determinação concretizar-se-á na Constituição.⁴⁹

Contrariamente ao conceito material de crime e à limitação da intervenção penal do período Iluminista, que encontrou respaldo sobretudo em conceitos de direito subjetivo e princípios do direito natural, agora, é na Constituição que se procura encontrar essa função legitimadora e, simultaneamente, limitadora do poder punitivo do Estado. O conceito de bem jurídico, assume, assim, outro significado, ainda que com a mesma intencionalidade do atribuído no período liberal.⁵⁰

⁴⁶ *Ibidem*, p. 117.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 119.

⁴⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal... ob.cit.* p. 136.

⁴⁹ NATSCHERADETZ, Karl Prehaz – *O Direito Penal Sexual... ob.cit.* p. 101.

⁵⁰ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira – *Constituição... ob.cit.* p. 72.

Assim, relativamente à legitimação da intervenção penal, esta advém da exigência de que «o estado só deve tomar de cada pessoa o *mínimo* dos seus direitos e liberdades que se revele indispensável ao funcionamento sem entraves da comunidade», remetendo assim para a ideia do «Estado de Direito democrático» e o «caráter pluralista e secularizado (laico) do Estado de Direito contemporâneo, que o vincula a que só utilize os meios punitivos próprios para a tutela de bens de relevante importância da pessoa e da comunidade e nunca para a instauração ou reforço de ordenações axiológicas transcendentales.»⁵¹

Naturalmente, o Direito Penal de um Estado democrático pressupõe a compatibilização entre o pluralismo e a tolerância tendentes ao livre desenvolvimento da personalidade individual. Um Estado de Direito material tenderá a fazer corresponder um conteúdo material, e não apenas meramente formal, aos valores de liberdade e igualdade.

Assim são direcionadas as concepções que fundamentam e limitam o poder punitivo do Estado na Constituição e que daí extraem a justificação dos fins das penas e a sua razão de ser.

Daqui decorrem três consequências: a primeira prender-se-á com a limitação do poder punitivo do Estado quando em causa estejam apenas puras violações éticas, morais, ideológicos ou religiosos, decorrente dos princípios de tolerância e pluralismo em que assenta o Estado de Direito, quando tal não configure um verdadeiro dano social. E compreende-se que assim seja, pois que, tendo em conta a diversidade cultural, religiosa e ideológica existente numa mesma comunidade, não seria possível encontrar o “consenso racional” que HABERMAS defendia. Não será fácil, relativamente a determinadas temáticas, encontrar uma moralidade maioritária e dominante. E mesmo que assim fosse, tal contrariaria a sobreposição dos valores de liberdade e de tolerância de um Estado de Direito; a segunda consequência, decorrente da primeira, será a de que a punição de condutas atentórias à moral social, será apenas legítima quando estas coloquem em causa a sustentabilidade da vida em comunidade, não sendo legítima a tutela da moral *per se*, enquanto bem ou interesse autónomo e digno de tutela jurídico-penal. Ora, concluiremos como preliminar, no que concerne à legitimação da tutela do direito penal, a ideia de dignidade penal, que se traduz em duas componentes indissociáveis: o dano social causado pela prática da conduta e a dignidade do bem ou interesse juridicamente relevante, isto é,

⁵¹ *Ibidem*, pp. 140 e 141.

do bem jurídico. Deste modo, não bastará a lesão de um bem jurídico digno de pena, mas é necessário que essa lesão cause um dano social relevante, que seja capaz de colocar a sustentabilidade da comunidade em causa. Assim, é necessário ter em conta os valores constitucionais para a determinação do bem jurídico, mas revela-se ainda imprescindível que, para a danosidade social, depois da determinação de tais interesses e bens, se indague sobre a consequência da sua lesão. Daqui decorre a terceira consequência, o cariz fragmentário do Direito Penal, isto é, nem todos os interesses e bens são dignos da sua tutela, são sim apenas aqueles cuja lesão seja grave de modo a afetar de forma substancial o bom funcionamento da comunidade.⁵²

Deste modo, em continuidade com o já exposto, a tutela penal, embora possa coincidir com a tutela de valores ético-morais, extravasa o seu conteúdo, tendo sempre como finalidade a proteção de um interesse ou bem fundamental de uma determinada comunidade.

Nesta senda, FIGUEIREDO DIAS define bem jurídico como «a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso.»⁵³

Ora, a primeira nota caracterizadora da noção de bem jurídico será a do seu valor social, ou seja, aquilo que uma sociedade define como fundamental para a sua auto-preservação. Esta escolha de direitos e liberdades reconhecidos como indispensáveis é fundamental para possibilitar a aferição da legitimidade da intervenção penal. Desta forma «a concreção do conceito de bem jurídico como função limitadora do poder punitivo, não pode ser indiferente à passagem de um Estado de Direito formal, mero garantidor (formal) de liberdades, não intervencionista, para um Estado de Direito que se quer material, democrático e social.»⁵⁴

O princípio da necessidade de tutela penal encontra consagração legal na CRP, no artigo 18º, número 2, com a seguinte redação «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».

⁵² CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da – *Constituição... ob.cit.* pp. 135 e ss.

⁵³ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal... ob.cit.*, p. 130.

⁵⁴ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da – *Constituição ... ob.cit.*, p. 80.

Deste modo, para que a restrição de direitos, liberdades e garantias se mostre legítima, terão de ser observados quatro requisitos, de acordo com GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA⁵⁵: a Constituição deve admitir expressamente tal restrição; tem que ter como finalidade a tutela de outro direito constitucionalmente tutelado; para essa tutela, a restrição tem que ser exigida e deve limitar-se ao estritamente necessário para esse fim; e o núcleo essencial do direito terá de ser mantido.⁵⁶

Assim, além da existência de um bem jurídico digno de tutela penal, para que a intervenção do Direito Penal seja legítima, este critério deve igualmente encontrar-se verificado. Ou seja, a intervenção do direito penal é subsidiária, apenas operando quando outros meios de política se mostrem «insuficientes ou inadequados.»⁵⁷

Este corolário decorre do princípio da proporcionalidade em sentido amplo que se desdobra, por sua vez, no princípio da adequação, no princípio da subsidiariedade e no princípio da proporcionalidade em sentido estrito. O primeiro, significará que as medidas adotadas no âmbito penal deverão ser adequadas à proteção de direitos e interesses constitucionalmente consagrados. O segundo princípio baseia-se na ideia de que as medidas do *ius puniendi* devem ser a última instância de proteção desses direitos e interesses, isto é, as únicas que se mostrem aptas a atingir essa finalidade de proteção, não o sendo possível através de outros meios. Por fim, o último princípio assenta na proporcionalidade das medidas restritivas, isto é, entre a proteção de um bem jurídico e a pena aplicável no caso da sua violação.⁵⁸

Para que uma incriminação seja legítima, deve tutelar um bem jurídico digno de tutela penal, sendo a Constituição o parâmetro de escolha de direitos que uma sociedade considera fundamentais e, no caso de ocorrer a violação dos mesmos, ocasione um dano real social.⁵⁹

O entendimento da Constituição como fundamento e não apenas como limite da intervenção penal, no decorrer na evolução do conceito material de crime do período

⁵⁵ Cfr. CANOTILHO, José Joaquim Gomes / MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa (Anotada)*, 2ª Ed., Vol. II, Coimbra Editora, 1984.

⁵⁶ CUNHA, Maria da Conceição – *Constituição ... ob.cit.* p. 201.

⁵⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal... ob.cit.*, p. 147.

⁵⁸ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da – *Constituição... ob.cit.* p. 233. No mesmo sentido, sobre a proibição da insuficiência e do excesso, em que estaremos perante o primeiro caso quando o Estado não atuar de acordo com os seus deveres de proteção e perante o segundo quando o Estado afeta desproporcionalmente um direito e interesse fundamental. cfr. SARLET, Ingo Wolfgang – “*Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*” in RBCC, N.º 47, 2004, p. 98.

⁵⁹ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da – *Constituição ... ob.cit.*, p. 217.

Iluminista, pode, nas palavras de MARIA JOÃO ANTUNES «significar muito mais do que afirmar que o direito penal não pode contrariar a Constituição, que certas normas incriminadoras são ilegítimas, que há bem jurídicos que devem ficar à margem da intervenção penal ou que certas sanções não são admissíveis.»⁶⁰

A este respeito, FIGUREIREDO DIAS defende a verificação de uma relação de «analogia substancial» entre a Constituição e ordem dos bens, de modo a «permitir afirmar que a ordem de valores jurídico-constitucional constitui o quadro de referência e, simultaneamente, o critério regulativo do âmbito de uma aceitável e necessária atividade punitiva do Estado», numa relação de «analogia substancial, fundada numa correspondência de sentido.»⁶¹

Contudo, releva a questão de saber se poderá o legislador decidir das incriminações livremente ou se terá alguma limitação a esta liberdade de decisão, imposta ou não pela Constituição, e ainda, qual a sua relação com o controlo das incriminações.

Creemos que o caminho passará pelo equilíbrio entre o legislador penal e o Tribunal Constitucional, isto é, entre o «*princípio in dubio pro libertate*» e o princípio da presunção da constitucionalidade das leis. A ter em conta individualmente cada um destes princípios, significaria que, no primeiro caso, o legislador teria o ónus da prova da danosidade social, devendo para tal fazer prova da efetiva lesão de um direito ou interesse fundamental de determinada comunidade, bem como da necessidade da intervenção penal. Tal desconsideraria a liberdade das vítimas e a da comunidade, em prol da garantia da liberdade do agente, o que poderia ter como consequência a desproteção e a insustentabilidade da comunidade. O segundo caso, por sua vez, tornaria impossível a aferição da legitimidade da incriminação, quando a danosidade social ocasionada pela conduta fosse dúbia. Deste modo, no caso de dúvida sobre a carência de tutela penal de determinada conduta, deverá existir, face a cada caso concreto e dentro da liberdade de

⁶⁰ ANTUNES, Maria João – *Constituição... ob.cit.* pp. 43 e 44.

⁶¹ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Os Novos Rumos...* pp. 15 e 16; No mesmo sentido «o facto é que a CRP vincula a restrição legal de direitos, liberdades e garantias (e de direitos fundamentais de natureza análoga), restrição que ocorrerá sempre que houver a aplicação de uma sanção criminal, à salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, constituindo o artigo 18.º, n.º2, um fundamento positivo, doutrinário e jurisprudencial, de grande relevo para a defesa de uma relação de referência entre a ordem axiológica jurídico-constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos que ao direito penal cumpre tutelar.» in ANTUNES, Maria João – *Constituição, Lei Penal e Controlo de Constitucionalidade*, Almedina, dezembro de 2019, p. 47.

conformação de cada um, um equilíbrio que permita, em função da gravidade do dano, a determinação do grau de prova do dano social pelo legislador.⁶²

Recorrendo ao entendimento do Ac. do TC n.º 377/2015 «não sendo a Constituição um código detalhado de relações sociais ou sequer do modo de organização do Estado, «o juízo sobre a necessidade do recurso aos meios penais cabe, em primeira linha, ao legislador» (Acórdão n.º 634/93, ponto 6), enquanto titular da função de primeiro mediador, ou concretizador, da ordem jurídico-constitucional (Acórdão n.º 347/86, ponto 7). Todavia, nem por isso chegará a concluir-se que, em Estado de Direito, é isenta de vínculos constitucionais a definição legislativa de medidas de política criminal. Nenhum poder o é; e muito menos o será o poder de definir novos crimes e de prever novas penas, o qual, pela sua especial natureza, não dispensará naturalmente a condição de poder constitucionalmente vinculado. Assim, e não obstante a larga margem conformadora que, neste domínio, deve ser reconhecida ao legislador, haverá sempre que concluir que a Constituição surge como o horizonte no qual há de inspirar-se, e por onde há de pautar-se, qualquer programa de política criminal.»

Apesar da discordância na doutrina quanto à Constituição como limite e fundamento da intervenção penal⁶³, e pese embora a discordância entre a doutrina constitucional quanto à vinculação do artigo 18.º, n.º 2 da Constituição, é certo que esta obriga, quando ocorrer a aplicação de uma pena, para a tutela de outros interesses e direitos, a restrição de direitos, liberdades e garantias, funcionando assim o artigo 18.º, n.º 2 como um «fundamento positivo, doutrinário e jurisprudencial, de grande relevo para a defesa de uma relação de referência entre a ordem axiológica jurídico-constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos que ao direito penal cumpre tutelar.»⁶⁴

O princípio da proporcionalidade, enquanto critério de controlo da legitimidade das incriminações, é a «expressão acabada da ligação irrecusável entre o direito penal e a proteção constitucional de direitos fundamentais», num duplo sentido: primeiramente, no

⁶² CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da – *Constituição... ob.cit.* pp. 159 e ss.

⁶³ Neste sentido, FÁRIA COSTA considera que o conceito de bem jurídico perde o seu teor «crítico-liberal, como pura e simplesmente se torna supérfluo», por via da permissão da tutela penal de «valores consagrados ou ao menos não excluídos pela constituição». Por outro lado, o autor defende ainda que a visão da constituição como fundamento e não apenas limite da intervenção penal acaba por «sobreestimar a capacidade de vinculação da constituição», concluindo que «o que se pode identificar é apenas uma tendencial relação de convergência entre os bens jurídico-penais, que pode muito bem ser afastada pela prerrogativa de avaliação do legislador ordinário – como mostra, v.g., a proteção penal da memória de pessoa falecida.». Cfr. COSTA, José de Faria - “*Sobre o objeto de proteção do direito penal... ob.cit.* p. 162

⁶⁴ ANTUNES, Maria João – *Constituição...ob.cit.* p. 47.

que o direito penal tutela bens jurídicos constitucionalmente consagrados, e ademais, a intervenção penal na restrição dos direitos fundamentais do condenado. O seu direito à liberdade, enquanto direito fundamental constitucionalmente consagrado no artigo 27.º, n.º 1 da CRP, quando lhe seja aplicada uma pena ou medida de segurança, é sempre restringido. Igualmente, são restringidos outros direitos fundamentais em virtude da definição como crime de determinados comportamentos, sendo que neste caso «a relação entre o direito penal e os direitos fundamentais estabelece-se em virtude da sanção que é aplicada e, também, em face da conduta que é tipificada, já que esta pode limitar ou circunscrever a esfera do exercício legítimo de direitos». Um desses casos é, precisamente, o comportamento de quem facilita, fomenta ou favorece o exercício da prostituição, profissionalmente e com intenção lucrativa. Com esta criminalização, presente no artigo 169.º, n.º 1 do CP, restringe-se o direito à liberdade de escolha de profissão e género de trabalho, bem como o direito à liberdade de iniciativa económica privada, direitos estes fundamentais e constitucionalmente consagrados, respetivamente, nos artigos 47.º, n.º 1 e 61.º n.º 1 da CRP.⁶⁵

O conceito de bem jurídico no seu papel «sistemático-interpretativo» e simultaneamente na sua dimensão «crítico-liberal», foi fundamental na racionalização do direito penal, não apenas no sentido da orientação do legislador e consequências correspondentes, mas sobretudo na distinção entre as concepções de moralidade e de pecado e o crime.⁶⁶

Já MILL advoga, no que concerne aos limites da intervenção do *ius puniendi* e à legitimação da incriminação no princípio do dano, que «o único fim para o qual as pessoas têm justificação, individual ou coletivamente, para interferir na liberdade de ação do outro, é a autoproteção», sendo que o seu próprio bem, não constitui justificação para tal demanda, pois que «a única parte da conduta de qualquer pessoa pela qual ela responde perante a sociedade, é a que diz respeito aos outros», no sentido em que «na parte da sua conduta que apenas diz respeito a si, a sua independência é, por direito, absoluta. Sobre si, sobre o seu próprio corpo e a sua própria mente, o indivíduo é soberano.»⁶⁷

⁶⁵ *Ibidem*, pp. 61 e 62.

⁶⁶ COSTA – José de Faria – “Sobre o objeto de proteção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito penal não iliberal” in Revista de Legislação e Jurisprudência, n.º 3978, p. 158.

⁶⁷ MILL, John Stuart – *Sobre a Liberdade... ob.cit.* p. 41, referindo-se aos indivíduos adultos e em plena capacidade das suas faculdades mentais; Apesar do enorme contributo de MILL para a questão da legitimação da intervenção penal através do princípio do dano (*harm principle*), a sua teoria parece

FIGUEIREDO DIAS destaca, ainda, que o direito penal «embora fundado na personalidade ética do homem, há-de estremar-se de qualquer ideia de censura e reprovação moral», sendo que apenas poderá alcançar-se uma «construção do direito penal que, sem abandonar a última justificação ética, cumpra ao mesmo tempo todos os imperativos de proteção da comunidade e de solidariedade social que lhe conferirão cunho verdadeiramente humanista».⁶⁸

Daqui decorre que nem a ofensa a valores morais, nem outros interesses subjetivos possam constituir fundamento das incriminações. Apesar de, muitas vezes, a moral social coincidir com as normas jurídicas, já que estas conceções são mutáveis com a evolução societária e sobretudo porque as condutas respeitantes à esfera privada dos indivíduos, e, mais ainda no que concerne à sua sexualidade, apenas a eles lhes interessam, não cabendo ao Direito Penal intervir.

Igualmente neste sentido, afirma MOURAZ LOPES que «o direito penal tem que distanciar-se dos programas de ética sexual, qualquer que seja a sua orientação. Os conceitos ético-sociais em matéria de sexo, evoluindo rapidamente de sociedade para sociedade e de cultura para cultura, não se compadecem com codificações perenes, ideológica e eticamente vinculadas», acrescentando ainda que «os hábitos e costumes de uma determinada cultura, devendo ser índices ou referências que o intérprete deve ir buscar para concretizar a ilicitude, não são regra para seguir e aplicar indiscriminadamente».⁶⁹

Assim, o Direito Penal terá como função a proteção subsidiária de bens jurídicos dignos de pena, que corresponderão a bens e interesses de uma comunidade, constitucionalmente consagrados, e de acordo com o seu quadro axiológico, preexistente ao ordenamento jurídico, sendo esta intervenção apenas legítima quando houver uma diminuição desse bem, através da sua lesão ou da sua colocação em perigo e quando outro meio de proteção desse bem não seja apto a essa finalidade de proteção.

insuficiente e desadequada, desde já, porque considera que o princípio do dano não é condição necessária para a legitimidade de determinada incriminação. Este modelo concorre para o alargamento da intervenção penal, na medida em que possibilita a intervenção do *ius puniendi* do Estado no campo da moral ou dos sentimentos. Tal consequência resultaria no abandono da «autonomia normativa construída com sangue, suor e lágrimas ao longo de séculos» e ainda num «insustentável retrocesso da história de racionalidade e humanização do direito penal». Cfr. COSTA, José de Faria – “*Sobre o objeto de proteção...*” *ob.cit.* pp. 168 e ss.

⁶⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo – “*A Reforma do direito penal português...*” *ob.cit.* p. 144.

⁶⁹ LOPES, José Mouraz - *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal*. 4ª Edição Revista e modificada de acordo com a Lei nº59/2007, de 4 de setembro. Coimbra Editora, 2008, p. 25.

Chegados a este ponto concluimos que o crime de lenocínio, com a sua redação atual, não poderá consubstanciar uma incriminação legítima à luz do princípio do bem jurídico nos termos já analisados, como adiante se desenvolverá.

III. Os crimes sexuais

1. Evolução legislativa

Os comportamentos e as práticas sexuais, ainda que mantidos na esfera privada de cada indivíduo, constituem o campo de eleição da dogmática penal *versus* os ditames sociais de cariz ético e moral e, bem assim, uma forma de aferição de respeito, por parte do legislador, pela liberdade individual de cada um.

Tendo em conta as diversas vertentes da moral, nas relações com o direito penal sexual, é o campo da moral social que nos importa. Esta poderá ser definida como o «conjunto das exigências morais de comportamento que a sociedade formula aos seus membros (...) representa a ordem de usos positivada pela sociedade para o seu espaço vital, uma forma social da moral».⁷⁰

Porquanto, a questão da legitimidade da intervenção penal na esfera dos crimes sexuais, sobre o que pode ou não ser crime em contraposição com os limites de atuação do indivíduo, há muito que gera conflito.

Em Inglaterra, o Wolfenden Report (*Report of the committee on homosexual offences*), de 1957, insere a temática do conflito entre a moral e a intervenção penal, gerando, mais tarde, o confronto entre a corrente conservadora⁷¹ e a liberal. Procedeu-se, então, à descriminalização da homossexualidade entre adultos e da prostituição, com a ressalva do seu afastamento dos locais públicos, pela suscetibilidade de ofensa à moral comum.

Igualmente, na Alemanha, durante as décadas de 60 e 70, por influência do estudo de Jäger, *Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*, previamente à reforma do direito penal sexual operada em 1974, com o Projeto Governamental de 1962 e o Projeto

⁷⁰ HENKEL, H. *Einführung in die Rechtsphilosophie. Grundlagen des Rechts*, C. H. Beck, Munchen und Berlin, 1964, p. 128 e ss. apud NATSCERADETZ, Karl Prelhaz – *O Direito Penal Sexual...ob.cit.p.65*.

⁷¹ Adotada por DEVLIN em *The enforcement of Morals*, e considerava que a função principal do direito penal passaria por tutelar os valores morais comuns em determinada sociedade, não podendo ser impostos ao Estado limites quanto a esta legislação. Deste modo, seria imperativa a existência de uma moral comum, padronizada, necessária para a convivência em sociedade.

Alternativo de 1968, acompanhados por um largo movimento doutrinal, a questão da relação entre o direito penal e a sexualidade foi largamente discutida.⁷²

Em Portugal, também esta questão foi alvo de polémica com o Código Penal de 1982, à semelhança das reformas penais a decorrer noutros ordenamentos jurídicos europeus. Durante séculos, a sexualidade e, bem assim, os crimes sexuais prenderam-se com fatores religiosos e morais, diretamente ligados, nos quais eram abundantes as concepções de pecado e honestidade. A divisão dos géneros era acentuada e a própria sexualidade era, largas vezes, tabu.

Não obstante a mudança dos tempos, a laicização do Estado e a sociedade pluralista atual, teimam em subsistir na legislação penal resquícios desta moral paternalista, que mais não faz, do que continuar a perpetuar as concepções já há muito abandonadas.

Como adiante se verificará, nem sempre os crimes sexuais visaram a tutela da liberdade sexual, como atualmente se configura. Com efeito, importa perceber e analisar o seu enquadramento jurídico, a sua conseqüente sistematização e conteúdo.

No Código Penal de 1852, apesar da rutura com a ideologia do *ancient regime* com a introdução dos princípios Iluministas, e não obstante a desagregação do mundo divino do âmbito do direito penal⁷³, os crimes sexuais estavam inseridos no capítulo dos crimes contra a honestidade.⁷⁴ Expressões como “mulher virgem”, “viúva honesta”, “satisfazer paixões lascivas” representavam claramente os bens que se pretendiam tutelar, nomeadamente os bons costumes, os valores morais e a manutenção das concepções de pecado, castidade e virgindade como elementos “sagrados” para o bom funcionamento da sociedade.⁷⁵ O adultério, em virtude dos cânones religiosos e morais, era considerado uma conduta criminosa, condenando o homem adúltero em multa e a mulher adúltera em degredo temporário, acentuando-se a dependência do caráter desigual das penas aplicadas pela prática do mesmo crime no sexo do agente.⁷⁶

⁷² NATSCHERADETZ, Karl Prehaz – *O Direito Penal Sexual: conteúdo e limites*, p. 10; Também ANDRADE, Manuel da Costa – *Consentimento...ob.cit.* pp. 388 e 389

⁷³ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal... ob.cit.* p. 76

⁷⁴ O CP de 1852 abandonou as incriminações do incesto, da homossexualidade e da prostituição, porém, continuou a demonstrar uma compreensão aliada a princípios marcadamente iliberais nos planos do matrimónio e da igualdade de género.

⁷⁵ RAPOSO, Vera Lúcia – “Da moralidade à liberdade: o em jurídico tutelado na criminalidade sexual”. In *Liber Discipulorum* para Jorge Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p.935.

⁷⁶ A mulher era colocada num cenário de subordinação perante o homem e a discriminação negativa para com ela era socialmente aceite, legitimada até, por vezes, pelo direito.

O CP de 1886 introduziu poucas alterações nesta matéria, sendo de realçar apenas que a vítima do crime de violação podia ser qualquer mulher e não apenas as mulheres honestas. As influências do direito romano e posteriormente do direito canónico contribuíram significativamente para a íntima ligação da sexualidade a valores moralistas, «que instigavam à punição da atividade sexual extramatrimonial ou qualquer outra de cariz supostamente indecoroso (...), a proclamação da família monogâmica e a sacralização do casamento enquanto fundamento ético da vida em sociedade constituíam o pilar de toda uma construção dogmática moralista.»⁷⁷

Este Código, nos termos do seu artigo 27º obrigava a reparação do dano causado na ordem moral da sociedade. A título ilustrativo, note-se o artigo 400.º no qual se podia ler que «nos casos de estupro e violação de mulher virgem o criminoso será obrigado a dotar a mulher ofendida», cessando todo o procedimento criminal ou a pena, quando em causa estejam crimes sexuais contra as mulheres, se o criminoso casar com a mulher ofendida. Não podemos deixar de notar o carácter de desigualdade de género manifesta nestas incriminações.⁷⁸

Bem assim, não bastaria que a mulher visse a sua liberdade sexual violada com a prática do crime. O dano seria reparado através do matrimónio, numa total desconsideração pela sua liberdade pessoal, em nome de uma moral social que considerava que o matrimónio poderia de algum modo corrigir tal situação.⁷⁹

O CP de 1982, como referido, por influência das reformas penais na maior parte dos países europeus, e na senda do Projeto Alternativo alemão, obedeceu a uma orientação de tutela de bens jurídicos, com a inserção dos crimes sexuais no Título III (Dos crimes contra valores e interesses da vida em sociedade), no Capítulo I (dos crimes contra os

⁷⁷ RAPOSO, Vera Lúcia – “*Da moralidade...*” *ob.cit.*, p. 936.

⁷⁸ Figueiredo Dias destaca o carácter «autonómico» do crime de violação, tradicionalmente designado como «constrangimento da mulher, através de certos meios típicos, à cópula extra-matrimonial», sendo que no âmbito de compreensão deste crime relevava primeiramente a cópula com mulher por daí poder resultar a gravidez, pois que «segundo as representações epocais comuns da moralidade sexual – a cópula forçada representaria para a mulher (nomeadamente para a mulher virgem, ou a mulher casada quando praticada por alguém que não o marido) um ataque particularmente e incomparavelmente grave ao seu pudor e à sua honradez tanto do ponto de vista individual, como social.» Cfr. *Comentário Conimbricense...* *ob.cit.* p. 743; Em sentido convergente, este entendimento subjaz um sentido da mulher como direito de propriedade do homem, traduzindo-se a violação numa desonra do proprietário e num ataque a “mercadoria” de outrem. Deste modo, o casamento simbolizava o único modo legítimo de «aceder à mercadoria “mulher” (que já não sendo já virgem representaria uma mercadoria defeituosa)». Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia – “*Da moralidade...*” *ob.cit.*, p. 942.

⁷⁹ Sobre o papel da mulher no direito penal, ainda que através de breves considerações desenvolveremos mais adiante.

fundamentos ético-sociais da vida em sociedade), na Secção II (Dos crimes sexuais). Com a sua entrada em vigor, e em realce, deu-se a redução das incriminações, nomeadamente a descriminalização do adultério, bem como a descriminalização da maior parte das infrações que constituíam crimes sem vítima.⁸⁰

Porém, as concepções morais entranhadas nas normas vigentes permaneceram, pois que, enquanto estes crimes não passassem de «espúrios tutores de uma (porventura já hipócrita) moral sexual comunitária ou estadual, subordinados a bens jurídicos supra-individuais, não se poderia legitimamente invocar qualquer tipo de autodeterminação sexual.»⁸¹

A título ilustrativo, note-se o crime de violação⁸², em que o sujeito ativo do crime de violação será sempre um homem, enquanto que o sujeito passivo será sempre uma mulher, pressupondo obrigatoriamente para a verificação do ilícito criminal uma relação heterossexual. Deste modo, do crime de violação estariam excluídos os casos de violação praticados por um homem a outro a homem, cuja prática consubstanciaria o crime de atentado ao pudor, com uma pena muito inferior, numa flagrante violação do princípio da igualdade.⁸³

Note-se a formulação do artigo, no seu número 3, cuja noção do atentado ao pudor será «o comportamento pelo qual outrem é levado a sofrer, presenciar ou praticar um acto que viola, em grau elevado, os sentimentos gerais da moralidade sexual».⁸⁴

Estariam ainda excluídos do crime de violação todos os outros atos sexuais a que a vítima, sempre mulher, fosse constrangida a ter que não a cópula, salvaguardando-se, mais do que a sua liberdade sexual, mas a liberdade de ser ou não mãe.⁸⁵

⁸⁰ ANDRADE, Manuel da Costa – *Consentimento...ob.cit.* p. 394; CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da – *Constituição... ob.cit.*, p.76.

⁸¹ RAPOSO, Vera Lúcia – “*Da moralidade...*” *ob.cit.* p. 937.

⁸² Previsto e punido pelo artigo 201º do CP de 1982, com a seguinte redação: 1- Quem tiver cópula com mulher, por meio de violência, grave ameaça ou, depois de, para realizar a cópula, a ter tornado inconsciente, ou posto na impossibilidade de resistir, ou ainda, pelos mesmos meios, a constranger a ter cópula com terceiro, será punido com prisão de 2 a 8 anos.

⁸³ Previsto no artigo 205º do CP sob a epígrafe Atentado ao pudor com violência», com a seguinte redação: 1- Quem, por meio de violência, ameaça grave ou depois de, para esse fim, a tornar inconsciente ou na impossibilidade de resistir, praticar contra outra pessoa atentado ao pudor, será punido com pena de prisão até 3 anos.

⁸⁴ No mesmo sentido, o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 31/10/1984, Colectânea de Jurisprudência, IX, 4, p. 88, que define atentado ao pudor como «o ato dirigido à excitação, satisfação ou expressão de paixões lascivas que ofende a honestidade, os sentimentos de decência, modéstia, vergonha e castidade, principalmente numa mulher, despertando-lhe natural reação de repulsa.»

⁸⁵ Cfr. RAMOS, Fernando João Ferreira – “*Os crimes sexuais no projecto de revisão do Código Penal de 1982*” in RPCC, Ano 3, Fasc. 1, janeiro-março 1993, pp. 61 e 62; Acentuamos o carácter paternalista do

Atente-se, também, no artigo 204.º sob a epígrafe "Estupro", que criminaliza o comportamento daquele que tiver cópula com maior de 14 anos e menor de 16 anos, abusando da sua inexperiência ou mediante promessa séria de casamento; ou o artigo 207.º do sob a epígrafe "Homossexualidade com menores" que incrimina o comportamento daquele que, sendo maior, desencaminhar menor de 16 anos do mesmo sexo para a prática de acto contrário ao pudor, consigo ou com outrem do mesmo sexo; ou artigo 212.º sob a epígrafe "Exibicionismo e ultraje público ao pudor" que pune aquele que, publicamente e em circunstâncias de provocar escândalo, praticar ato que ofenda gravemente o sentimento geral de pudor ou de moralidade sexual.

Foi em 1995 que a matéria dos crimes sexuais sofreu significativas e profundas alterações, passando a ser enquadrados no Capítulo V (Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual) do Título I (Dos crimes contra as pessoas).

Abandonaram-se verdadeiramente as concepções morais e foi adotada uma linguagem neutra em relação ao género. Reconheceu-se que apenas a liberdade sexual, enquanto bem jurídico individual, devia ser tutelada, expurgando do conteúdo das normas penais as referências a concepções de moral sexual. De outra forma, ou seja, crendo-se que o Estado pode ou deve intervir na liberdade sexual de cada um, significa que o Estado deve atuar dotado de um certo paternalismo e que o indivíduo não tem capacidades para dirigir o seu próprio comportamento, noção esta completamente contrária à de um Estado de Direito democrático.

Atualmente o Capítulo referente a estes crimes encontra-se dividido em duas secções. A primeira, consagra os crimes contra a liberdade sexual, aplicável a todos os indivíduos, sem distinção de idade. A segunda secção integra os crimes contra a autodeterminação sexual, abarcando estas condutas quando direcionadas a menores.

Não obstante, até há pouco tempo, o Código Penal respondia ainda à necessidade de proteção da moral sexual social. Um dos exemplos patentes, é o do crime sexual com adolescentes, cuja despenalização operou apenas em 2007.

Estado e o papel da mulher, como que não dispendo integralmente da liberdade do próprio corpo, através da desconsideração de todas as práticas sexuais praticadas contra a sua liberdade sexual.

2. O crime de atos homossexuais com adolescentes

A homossexualidade, porque perspetivada como uma conduta contranatura e pecaminosa, segundo a moral sexual social vigente, foi uma conduta desde muito cedo criminalizada.

Nas Ordenações Afonsinas a incriminação encontrava-se sob a epígrafe «Dos que cometem pecado de sodomia», aplicável somente aos indivíduos do sexo masculino. A pena era gravíssima, sendo que os homens que praticassem tal conduta eram queimados «de tal forma que nunca mais se pudesse ouvir falar deles ou houvesse memória dos seus corpos ou sepulturas.»⁸⁶

A incriminação perdurou com as Ordenações Manuelinas e posteriormente as Filipinas, agravando-se as sanções, alargando-se o seu âmbito de aplicação através da inclusão da mulher nos atos homossexuais, e colocando-se a tónica gradualmente acentuada nos facto destes comportamentos poderem ser vistos como desviantes e pecaminosos.

O Código Penal de 1852 eliminou do catálogo de crimes a sodomia, passando a prever os atos sexuais ilícitos no capítulo dos «crimes contra a honestidade», através da tipificação do crime de ultraje público ao pudor, crime de atentado ao pudor e crime de prática de cópula ilícita.

Após a reforma de 1912, os jovens menores de 16 anos encontravam-se também abrangidos pela proteção do crime de atentado ao pudor quando fossem vítimas da prática de atos homossexuais ainda que consentidos.

A partir da reforma de 1954 o homem homossexual passou a ser perspetivado como deficiente, doente e necessitado de tratamento pois a sua atuação não correspondia àqueles valores (a relação heterossexual, o casamento) que a sociedade determinava como corretos.

No Anteprojeto do Código Penal de 1966, no artigo 253º sob a epígrafe «Homossexualidade» previa-se a punição de atos homossexuais com menores de 16 anos, justificando-se pela vulnerabilidade da vítima.

Na versão original do Código Penal de 1982 surge o crime de homossexualidade com menores. O legislador entendeu que o direito do menor de 16 anos de se

⁸⁶ DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva – *Crimes Sexuais com Adolescentes. Particularidades dos artigos 174º e 175º do Código Penal Português*. Almedina, 2006, p. 68.

autodeterminar sexualmente, não deveria sofrer a intromissão ou a ingerência de alguém maior. Temia -se que «o sujeito passivo fosse «desencaminhado», isto é, fosse «desviado» por assim dizer do seu percurso «natural».

Com a revisão de 1995, e com a rutura, sobretudo na temática dos crimes sexuais, das conceções moralistas como legitimadoras do Direito, os atos homossexuais de relevo passam a ser punidos, quando praticados por pessoa maior com um menor, pelo artigo 175.º que dispunha que «Quem, sendo maior, praticar actos homossexuais de relevo com menor entre 14 e 16 anos, ou levar a que eles sejam por este praticados com outrem, é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias».

A discriminação presente nestas incriminações era clara. No que concerne às condutas homossexuais, não era exigido o abuso da inexperiência do menor e a norma abarcava todos os atos sexuais de relevo. Deste modo, e considerando que a jurisprudência assente entendia como atos sexuais de relevo um beijo ou uma carícia, se determinado indivíduo maior de idade praticasse alguma destas condutas com um menor entre 14 e 16 anos, do mesmo sexo, ainda que com o seu consentimento, seria punido pelo crime de atos homossexuais com adolescentes.⁸⁷

Contrariamente, quanto ao crime de atos sexuais com menores (atos heterossexuais este caso), previsto no artigo 174.º do CP com a seguinte redação «Quem, sendo maior, tiver cópula, coito anal ou coito oral com menor entre 14 e 16 anos, abusando da sua inexperiência, é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias» eram apenas punidos os atos sexuais de relevo mais graves, isto é, seria necessário que se tivessem verificado os seguintes comportamentos cumulativamente: cópula, coito anal ou coito oral, prática pelo próprio agente do crime e abuso da inexperiência do menor.

Por conseguinte, o bem jurídico tutelado em ambas as incriminações era diferente, apresentando-se uma dualidade de critérios em função da sexualidade do agente que a praticasse, pois, nos atos homossexuais com adolescentes, a liberdade e a autodeterminação sexual não eram os únicos bens jurídicos que a norma visava proteger.⁸⁸

⁸⁷ Cfr. Ac. do TC n.º 247/05. No mesmo sentido, ANTUNES, Maria João – “*Dos atos homossexuais com adolescentes aos atos sexuais com adolescentes (da norma dos casos à norma do artigo 173.º do Código Penal*”, in in Estudos em memória do Conselheiro Artur Maurício. 1ª Ed., dezembro, 2004, p. 1010.

⁸⁸ ALFAIATE, Ana Rita – *A Relevância Penal da Sexualidade dos Menores*. Coimbra Editora, 2009, pp. 78 e 79.

Parte da doutrina justificava a diferenciação das incriminações no facto de que qualquer ato sexual de relevo de carácter homossexual é mais ofensivo para a vítima do que se for de carácter heterossexual, como se de uma dupla limitação às liberdades do agente passivo se tratasse: a violação da sua liberdade sexual e a violação da sua autodeterminação no que concerne à sua própria orientação sexual.

A incriminação do artigo 175.º do CP viola não apenas o princípio da igualdade previsto no artigo 13.º, números 1 e 2 da CRP⁸⁹, como viola igualmente o direito ao desenvolvimento da personalidade, constitucionalmente consagrado como direito fundamental no artigo 26.º, número 1.⁹⁰

O princípio da igualdade, enquanto princípio estruturante de um Estado de Direito Democrático, postula que a situações de facto iguais se dê tratamento igual e, no mesmo sentido, para situações de facto desiguais que se dê um tratamento desigual, proibindo assim o seu inverso. Contudo, este princípio não impede que, o legislador, dentro da sua liberdade de conformação, estabeleça uma diferenciação de tratamento, sob pena de caso assim não suceda «estar o legislador a incorrer em arbítrio, por preterição do acatamento de soluções objetivamente justificadas por valores constitucionalmente relevantes».⁹¹

Deste modo, o princípio da igualdade atuará como «princípio negativo de controlo ao limite externo de conformação da liberdade do legislador (...) sem que lhe retire, no entanto, a plasticidade necessária para, em confronto com dois (ou mais) grupos de destinatários da norma, avaliar diferenças justificativas de tratamento jurídico diverso, na comparação das concretas situações fácticas e jurídicas postadas face a um determinado referencial (*tertium comparationis*).»⁹²

De todo o modo, através do número 2 do artigo 13.º da CRP, e com o elenco meramente exemplificativo de fatores que não podem justificar um tratamento desigual, estaremos perante um carácter presuntivo da diferença normativa, quando em causa esteja a violação do princípio da igualdade. No caso dos crimes homossexuais com adolescentes, o

⁸⁹ Pode ler-se «1- Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei. 2- Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social.

⁹⁰ Com a seguinte redação: A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação.

⁹¹ Cfr. Ac. do TC n.º 335/94, de 15 de setembro.

⁹² Cfr. Ac. do TC n.º 247/05, de 10 de maio. No mesmo sentido, cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª ed., Coimbra, 1993.

que está em causa, como fator comparativo com os crimes sexuais com adolescentes (de caráter heterossexual) será a orientação sexual, cuja liberdade de escolha é comum a todos os cidadãos e não pode ser restringida ou coartada gratuitamente.

O Ac. do TC n.º 335/94 preconiza, então, o entendimento de que «justificar uma diferença na ampliação de normas restritivas de direitos fundamentais com a proteção de outros na base de uma presumível lesão causada – e só causada – por uma determinada prática sexual que não é – e por não o ser – estatisticamente normal traduz-se, afinal, em tratar discriminatoriamente uma situação resultante da orientação sexual adotada, inerente ao direito à identidade pessoal e ao livre desenvolvimento da personalidade, ou seja, com violação do disposto nos artigos 13º, nº 1, e 26º, nº 1, da CRP. Está, assim, a admitir-se um "desvalor especial" relativo à homossexualidade».⁹³

De facto, esta desigualdade e dualidade de critérios pressupõe da parte do legislador a condenação da prática de atos homossexuais. Consequentemente, esta valoração tem na sua base a moral sexual social, contrária à autodeterminação sexual que se pretendeu tutelar com a inserção do crime no capítulo «dos crimes contra a autodeterminação sexual».

Recorrendo ao Ac. do TC n.º 247/05, de 10 de maio de 2005⁹⁴, através do qual o TC se pronuncia pela inconstitucionalidade da norma constante do artigo 175º do CP, pela violação dos artigos 13º, nº 2, e 26º, nº 1, da Constituição mesmo que não se verifique o abuso da inexperiência do menor entre 14 e 16 anos. O TC preconiza o seu entendimento na autodeterminação sexual do menor, uma vez que «uma sociedade que se pretenda neutral em termos de moralidade sexual apenas pode tratar de forma diversa aquilo que se apresente de forma diversa; assim apenas deverá ser penalmente perseguido o agente que conduza o menor entre 14 e 16 anos de idade à prática de atos homossexuais – de relevo – nos casos em que o mesmo atue de forma a que seja posta em causa a liberdade de autodeterminação sexual desse menor, do mesmo modo que, em idênticas circunstâncias, deverá ser punido o agente que levar o mesmo menor à prática de atos heterossexuais de relevo, pois só desta forma se assegurará uma efetiva tutela de liberdade de escolha – futura – daquele concreto jovem no que se refere à sua orientação e conseqüente escolha de parceiros (as) sexuais.»

⁹³ Cfr. Ac. do Tc n.º 335/94.

⁹⁴ Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>

Finalmente, em 2007 com a revisão do CP foi eliminada a consagração legal dos atos homossexuais com adolescentes, passando a ser punidos os atos sexuais de relevo praticados com menores abusando da sua inexperiência. Neste sentido e como refere ANA RITA ALFAIATE desvalorizou-se a conduta homossexual e os critérios de aferição dos atos sexuais são os mesmos, quer sejam de natureza homossexual ou heterossexual.⁹⁵

Como reitera MARIA JOÃO ANTUNES, «a falta de neutralidade face à orientação sexual, por via do estabelecimento de um tratamento diferenciado para as condutas homo e heterossexuais, poria a descoberto uma tutela penal desligada do bem jurídico-penal da liberdade e da autodeterminação sexual, bem jurídico que se alicerça nos direitos constitucionais à identidade pessoal e ao livre desenvolvimento da personalidade (artigo 26º, nº1).»⁹⁶

Daqui se compreende que, pese embora o abandono das concepções morais e éticas do seio dos crimes sexuais operadas com a Reforma do Código Penal de 1995, a incriminação mais benevolente para os crimes sexuais com menores de caráter heterossexual, explicar-se-ia apenas com uma concepção pecaminosa ou imoral da homossexualidade. Consequentemente, a heterossexualidade, ainda que relativamente à prática de um crime, seria mais legítima e, por isso, menos penalizada.

3. A rutura com as concepções morais - a liberdade sexual

O conteúdo da noção de liberdade apresenta-se complexo, destarte largamente amplo e ramificado. Contudo, na sua função no sistema penal, restringe o exercício do *ius puniendi* por parte do Estado, tendo em conta a ilegitimidade de aplicação de sanções de condutas inseridas na esfera pessoal do indivíduo e que não possam prejudicar terceiros, em virtude do princípio da necessidade, consagrado no artigo 18.º, número 2 da CRP, por

⁹⁵ ALFAIATE, Ana Rita – *A Relevância Penal...ob. cit.*, p. 81.

⁹⁶ ANTUNES, Maria João – “*Dos atos homossexuais com adolescentes aos atos sexuais com adolescentes (da norma dos casos à norma do artigo 173º do Código Penal)*”. In Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício. Coimbra, Coimbra Editora, 1ª Ed., 2014, p. 1018.

um lado; e, por outro, justifica ou impõe esse exercício, em determinadas situações e perante a prática de determinadas condutas lesivas da liberdade de outrem.⁹⁷

Uma das suas vertentes, apresenta-se na liberdade sexual do indivíduo, materializada num domínio de extrema importância da sua vida, como direito fundamental, e com consagração constitucional. Ora, os comportamentos sexuais desde sempre foram alvo do controlo social, advindo da necessidade de restrições a esta liberdade. Esta necessidade de regulamentação, não se mostra estática, é sim de carácter relativo e mutável de acordo com os tempos e a cultura de cada sociedade.⁹⁸

A necessidade de intervenção nos comportamentos do âmbito sexual sempre foi evidente, de modo a reprimir as «perversões, as ações humanas mais desconformes»⁹⁹.

A civilização judaico-cristã, atribuiu à sexualidade um carácter extremamente negativo, indissociável de sentimentos de vergonha e de culpa, o que posteriormente se seguiu com o cristianismo. A sexualidade constituía um tema proibido, em que os comportamentos a ela ligados seriam caracterizados como contranatura, em que o matrimónio, a virgindade ou a castidade seriam as únicas formas de expressão sexual valorizadas e autorizadas pela moral sexual cristã dominante.¹⁰⁰

Porém, assistiu-se a uma evolução em matéria de sexualidade, com a rutura do seu conceito repressivo e negativo, motivado pelas transformações económicas e sociais ao longo dos tempos. A introdução dos métodos contraceptivos, bem como a progressiva consideração da naturalidade da sexualidade permitiu a supressão de determinados preconceitos e concepções e, bem assim, a perspetiva de um sentido positivo da sexualidade. Ainda que não possamos afirmar objetivamente que a sociedade atual encara a sexualidade racionalmente, sem preconceitos ou moralismos, é hoje certo que a liberdade sexual individual constitui uma das esferas do desenvolvimento pessoal, «acentuando-se dentro de uma pluralidade de fins, o seu papel como produtora de prazer e como meio de relações

⁹⁷ Cfr. PEREIRA, Rui Carlos – *Liberdade sexual... ob.cit.* p. 41; A este respeito JOHN STUART MILL reconhece que «o conflito entre a liberdade e a autoridade é o aspeto mais saliente das porções mais recuadas da história de que temos conhecimento» em que «a liberdade significava proteção contra a tirania dos governantes políticos» in *Sobre a Liberdade... ob.cit.* pp. 29 e 30.

⁹⁸ Já FREUD defendia a ideia de que o controlo dos impulsos sexuais contribuiria para o desenvolvimento e progresso da sociedade, entendendo os instintos agressivos intrinsecamente ligados à sexualidade como um entrave à civilização. Cfr. NATSCHERADETZ, Karl Prelhaz – *O Direito Penal Sexual...ob.cit.* pp. 76 e ss.

⁹⁹ MOTA, Carmona da – “*Dos Crimes Sexuais*”. In Revista do Ministério Público, Ano 4º, Vol. 14, pp. 13 e 14.

¹⁰⁰ NATSCHERADETZ, Karl Prelhaz – *O Direito Penal Sexual...ob.cit.* pp. 80 e 81.

interpessoais e sociais, de fundamental importância para as necessidades do equilíbrio humano e da autorrealização da pessoa.»¹⁰¹

Consequentemente, recusa-se a classificação dos comportamentos sexuais como normais ou anormais, sendo cada vez mais propugnada a tolerância da liberdade sexual individual e dos comportamentos que cada indivíduo adote neste contexto.¹⁰² Esta questão da atual liberdade sexual remete-nos para a legitimidade da intervenção penal no âmbito dos crimes sexuais, quando em causa estejam condutas que possam configurar apenas e só a violação de uma certa moral social, atendendo ao abandono destas concepções.

Ora, a ideia do estado poder intervir na liberdade dos seus cidadãos, «é entender que esses indivíduos não são dignos da liberdade e que devem ser tratados de forma paternalista, impossibilitadora da emancipação e castradora de iniciativa própria, individual e auto-responsável».¹⁰³

Porquanto, as atuais sociedades democráticas e pluralistas não necessitam de um consenso global da sexualidade, do que será legítimo ou não, moral ou imoral, socialmente aceite ou reprovável. Esta diversidade de possibilidades e de sentidos da liberdade sexual contribui para o livre desenvolvimento de cada indivíduo no âmbito da sua esfera sexual.

104

Consequentemente, é esta liberdade de escolha, mantida na esfera individual, sem qualquer intervenção do poder estadual que permite não apenas tal desenvolvimento pessoal, mas sobretudo o estabelecimento da diferença de um estado material, democrático e tolerante, cuja política criminal se quer de última instância e subsidiária.

Podemos afirmar que a liberdade sexual comporta hoje duas dimensões: uma positiva, a que se atribui a liberdade de disposição do próprio corpo, de escolha e de opção de acordo com os seus desígnios, com o limite da liberdade de terceiros; e um sentido negativo, de cariz passivo, através do direito a não sofrer qualquer ingerência, seja esta física ou moral, de terceiros na sua esfera sexual.¹⁰⁵

Esta concepção mista da liberdade sexual, através da complementaridade dos dois sentidos, permite uma dupla proteção: perante o poder punitivo do Estado, e perante

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 84.

¹⁰² *Ibidem*, p. 85.

¹⁰³ TORRÃO, Fernando – *A propósito do bem jurídico protegido nos crimes sexuais*, Boletim da Faculdade de Direito: Universidade de Coimbra, V. 71, 1995, pág. 559.

¹⁰⁴ NATSCHERADETZ, Karl Prehaz – *O Direito Penal Sexual...ob.cit.p.* 71.

¹⁰⁵ NATSCHERADETZ, Karl Prehaz – *O Direito Penal Sexual... ob.cit. p.* 143.

terceiros que se pretendam imiscuir na esfera privada de alguém, através de qualquer tipo de constrangimento. Pela sua complementaridade, não devem ser consideradas de forma individual, pela «faculdade de fazer ou não uso do próprio corpo que assiste a cada pessoa, assim como a liberdade de acionar os meios protetores da função sexual pessoal face a condutas alheias da mesma natureza.»¹⁰⁶

Deste modo, o direito penal, na sua subsidiariedade, deve apenas tutelar a liberdade sexual, enquanto bem jurídico com dignidade penal, nomeadamente as condutas que atentem ou que lesem a liberdade de outrem, isto é, a tutela da liberdade sexual na sua dimensão negativa. Pois, caso assim não fosse, o direito penal imiscuir-se-ia na esfera pessoal do indivíduo, colocando em risco o seu livre desenvolvimento, próprio de uma sociedade democrática e pluralista. Só assim, com a proteção da liberdade sexual pessoal, através da incriminação de condutas que contra ela atentem, será possível a complementariedade das duas dimensões e uma efetiva proteção da liberdade sexual.

Acresce ainda que esta lesão do bem jurídico terá de ser suficientemente grave, não se bastando com «contactos fugazes e meras inconveniências»¹⁰⁷, implicando uma valoração da conduta, quanto ao seu dano social, atendendo ao contexto cultural e fatores inerentes, isto é, os costumes sociais. Esta valoração residirá, na falta de um critério científico, na possibilidade de com ela se protegerem interesses comuns e objeto de consenso no seio de uma determinada sociedade. Todavia, coloca-se a questão de saber se essa valoração não constituirá um meio de tutela baseado em conceções éticas e morais e bem assim uma forma flagrante de limitação da liberdade sexual pessoal, uma vez que não existe um critério pré-determinado e objetivo para aferir da danosidade da conduta.

NATSCERADETZ considera que a resposta a esta questão é negativa, uma vez que se recorre aos costumes sociais apenas na determinação das características quanto à relevância da conduta sexual, para que, subsequentemente se possa aferir da capacidade de limitação da liberdade sexual alheia. Estes costumes constituem o «sistema de expectativas de comportamento sexual, ou seja, determinadas convicções acerca da conduta sexual que se há-de esperar de terceiros, que assumem uma importância predominante na

¹⁰⁶ NAVARRETE, Polaino – *Introducción a los delitos contra la honestidad*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1975, p. 47 apud NATSCHERADETZ, Karl Prelhaz – *O Direito Penal Sexual...ob.cit.* p. 142.

¹⁰⁷ *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Besonderer Teil... apud NATSCHERADETZ, Karl Prelhaz – O Direito Penal Sexual...ob.cit.* p. 145.

concretização do conteúdo do elemento típico normativo, tendo todavia como objetivo a proteção da liberdade sexual individual e não a da moral sexual social.»¹⁰⁸

O facto de a sexualidade se interligar estreitamente, senão modelar-se através dos parâmetros ético-sociais da comunidade durante séculos, tal não pode significar que, atualmente, com o atual estado de direito material e com os progressos até aqui feitos no âmbito do conceito material de crime, que assim continue a ser. Condutas que seriam reprovadas no passado, são hoje toleradas ou até mesmo aceites, revelando o carácter mutável e a incapacidade destas conceções fornecerem sustento à legitimidade das incriminações.

Em suma, a liberdade sexual é o bem jurídico, de carácter iminente pessoal, digno de tutela no âmbito dos crimes sexuais, estando assim a legitimidade da incriminação dependente da sua violação através de condutas lesivas da liberdade sexual de outrem e causadoras de um dano suficientemente grave na sua esfera. Danos estes que não se consubstanciam em puras violações éticas ou morais, tendo a política criminal o dever de limitar essa liberdade quando um indivíduo, com a sua conduta e dentro da sua liberdade, lesar a liberdade de outrem e prejudique ou impeça ou seu livre desenvolvimento pessoal.

Assim, rejeita-se a tutela penal da moral sexual social, que, para além de não tutelar a liberdade sexual do indivíduo na sua dimensão negativa, contraria o princípio do bem jurídico de ordem constitucional e, conseqüentemente, os princípios de uma sociedade democrática e pluralista.

¹⁰⁸ NATSCHERADETZ, Karl Prehaz – *O Direito Penal Sexual... ob.cit.* p. 150.

IV. O lenocínio

A prostituição é um fenómeno muito antigo sendo, inclusivamente, referido popularmente como a profissão mais velha do mundo.

Ora, o vocábulo "prostituição" encontra a sua raiz no latim *prostituere*, «que significava expor publicamente, por à venda, entregar à devassidão. A prostituição consiste no exercício habitual do comércio do próprio corpo para a satisfação sexual de número indeterminado de pessoas.»¹⁰⁹

Aqui trataremos apenas da prostituição consentida, voluntária e acordada entre adultos, com o conhecimento, por parte de quem se prostitui como também de quem recorre à prostituição em tais circunstâncias. Descartaremos as situações em que existe o aproveitamento de uma qualquer situação de vulnerabilidade da pessoa que se prostitui ou, ainda, o lenocínio de menores.

Como é sabido, a prática da prostituição não é punida no ordenamento jurídico interno. O artigo 169.º do CP pune apenas «quem, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa de prostituição é punido com pena de prisão de seis meses a cinco anos».

Ainda que o objeto do presente estudo não assente na perspetiva sociológica do tema, para que se entenda a criminalização do lenocínio, e salvamos melhor opinião, há que compreender o fenómeno da prostituição, inclusiva e fundamentalmente através de alguns aspetos sociológicos.

Ora, já na Antiguidade Clássica, no contexto da escravatura, a prostituição existia. Aqui, o trabalho sexual não constituía uma prestação voluntária, mas sim forçada e sem qualquer contrapartida remuneratória¹¹⁰. Advogamos que, nos casos em que a prática da prostituição não seja de forma voluntária, consentida, informada e que não pressupõe uma contraprestação estaremos somente perante um ato de exploração sexual.¹¹¹ Neste último caso, «a pessoa é, contra a sua vontade ou induzida em erro (...) onde é forçada a prostituir-se, sendo tal pessoa autenticamente transformada num objeto que é colocado no

¹⁰⁹ CARDOSO, João Pedro Pereira - *O dever de dignidade da pessoa humana: inconstitucionalidade do crime de lenocínio*, in DataVenia Revista Jurídica Digital, N.º 11, Ano 2020, p. 207.

¹¹⁰ LEITE, Inês Ferreira – *Prostituição, Feminismo e Capitalismo*, p. 96.

¹¹¹ Neste sentido, Maria Luísa Maqueda Abreu, in *Prostitución, feminismos y derecho penal*, 2009, Ed. Comares, pp. 61 e 62.

mercado, estando acessível (ou obrigatoriamente disponível), ao uso de outra(s) pessoa(s) que se disponha(m) a pagar o respetivo preço ou custo»¹¹².

Reiteramos o evidente: nos casos de exploração sexual, em que determinado agente é privado da sua autodeterminação sexual por outro, a tutela penal é não só necessária como fundamental.¹¹³

1. Evolução do fenómeno da prostituição e do lenocínio

Na Idade Média o fenómeno da prostituição seria perspectivado de duas formas opostas: a que considera defensável a incriminação e perseguição penal da prostituição e, por outro lado, a perspectiva de tolerância, atendendo à realidade clandestina inerente à sua prática. Como hoje, coexiste «num limbo de repugnância, resultado da resignação perante a inevitabilidade do fenómeno e da tolerância, tendo em vista o que se supunha serem os benefícios da prostituição para a moderação dos apetites sexuais masculinos.»¹¹⁴

No final do século XIX e meados do século XX a prostituição começa a ser relevante em matéria de saúde pública. Em 1853 surge o Regulamento Sanitário das Meretrizes do Porto, e este foi o primeiro instrumento de regulamentarismo nesta matéria¹¹⁵. Até esta data, existiam apenas iniciativas legislativas avulsas, tendo em conta a

¹¹² DUARTE, Jorge Dias – “Tráfico e exploração sexual de mulheres” in Revista do Ministério Público, Ano 22.º, janeiro-março 2011, n.º 85, p. 67

¹¹³ Nesta esteira, FIGUEIREDO DIAS in *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Coimbra Editora 1999, Tomo I, p. 445 sustenta que «cada pessoa adulta tem o direito de se autodeterminar como quiser em matéria sexual, seja quanto às práticas a que se dedica, seja quanto ao momento ou ao lugar em que a elas se entrega ou ao(s) parceiro(s), também adultos, com quem as partilha – pressuposto que aquelas sejam levadas a cabo em privado e este(s) nelas consintam. Se e quando esta liberdade for lesada de forma importante a intervenção penal encontra-se legitimada e, mais do que isso, torna-se necessária».

¹¹⁴ LEITE, Inês Ferreira – “Prostituição...” *ob cit.* p. 96; Terá sido, igualmente entre os séculos XII e XIV, o surgimento de certas proibições dirigidas às pessoas que se prostituíam - vg. a primeira lei segregadora das prostitutas no reinado de D. Afonso V, em 1481 - perpetuando e acentuando o *gap* entre a “mulher honesta e respeitável” e as “outras”. Neste sentido, cfr. OLIVEIRA, Alexandra – “História...” *ob.cit.*

¹¹⁵ A seguir, são publicados outros Regulamentos, nomeadamente, em 1860 o Regulamento Policial e sanitário das meretrizes do Conselho do Porto e no ano de 1858 o Regulamento policial das meretrizes e casas de toleradas da cidade de Lisboa, começando subsequentemente a generalizar-se por todo o país, aperfeiçoados e com novas exigências. O conteúdo dos regulamentos visava a adoção de medidas a que as mulheres prostituídas estariam sujeitas, nomeadamente, o porte de um livrete individual, inspeções periódicas, os locais onde estas poderiam ou não estar, ou o internamento obrigatório em caso de infeção por qualquer doença sexualmente transmissível. Cfr. OLIVEIRA, Alexandra – “História...” *ob.cit.* p. 149.

hesitação dos monarcas, bem como a dos legisladores e da Igreja, entre os bons costumes e as suas «necessidades sexuais ilegítimas.»¹¹⁶

Em 1926, são dados os primeiros passos na tentativa da abolição da prostituição, através da realização do primeiro Congresso Abolicionista Português. O movimento abolicionista, com expressão em toda a Europa, tinha como principais finalidades «acabar com a regulamentação, eliminar a exploração da prostituição e conseguir a igualdade dos dois sexos face à lei, bem como punir o ultraje público ao pudor e a provocação pública ao deboche.»¹¹⁷

O Estado Novo com a ideia da prostituta como um mal social e já não como fruto da pobreza estrutural, contraposta à defesa da moralidade e dos bons costumes da época, fomentou e possibilitou o desenvolvimento deste movimento, que, para além de pretender incriminar a conduta típica do lenocínio, todos os que se relacionem na prática prostitucional, isto é, a pessoa que se prostitui e o indivíduo que a ela recorre.¹¹⁸

Contudo, o regulamentarismo mantém-se em Portugal até 1962, momento em que surge a lei que consagra o sistema proibicionista, através do DL n.º 44579, de 19 de setembro¹¹⁹.

Finalmente, em 1982, através do DL n.º 400/82 de 23 de setembro, assistimos à descriminalização do exercício da prostituição, bem como a conduta de quem a ela recorre, apenas persistindo dos resquícios do movimento abolicionista a punição de quem fomenta, favorece ou facilita o seu exercício.

Atentas as modificações ao longo dos tempos no âmbito dos desenvolvimentos do exercício da prostituição em Portugal, importa agora a análise da evolução legislativa do crime de lenocínio, atualmente consagrado no artigo 169.º do CP¹²⁰.

Como referido em momento anterior, com o Código Penal de 1982, a prostituição foi despenalizada, assim se mantendo até à presente data.

Contudo, não obstante a despenalização da prostituição, o lenocínio continuou a ser punido, inserindo-se assim, ao nível da sistematização, no Título III (dos crimes contra

¹¹⁶ OLIVEIRA, Alexandra Oliveira – “*História jurídico-legislativa da prostituição em Portugal*” in Revista do Ministério Público, Ano 25.º, Abril-Junho 2004, N.º 98, p. 147.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 149

¹¹⁸ LEITE, Inês Ferreira – “*Prostituição...*” *ob.cit.* p. 98.

¹¹⁹ Proibiu-se o exercício da prostituição, as “casas de tolerância” e o proxenetismo.

¹²⁰ Pode ler-se no n.º 1 «Quem, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa de prostituição é punido com pena de prisão de seis meses a cinco anos.

valores e interesses da vida em sociedade), no Capítulo I (dos crimes contra fundamentos ético-sociais da vida em sociedade), na Secção II dos crimes sexuais.

Com a reforma penal de 1995, aprovada pelo DL n.º 48/95, de 15 de março, o lenocínio passou a integrar o Título I (dos crimes contra as pessoas), Capítulo V (dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual), Secção I (crimes contra a liberdade sexual)¹²¹, acompanhando a tendência de integração dos crimes sexuais.

Posteriormente, com a reforma de 1998, através da Lei n.º 65/98, de 2 de setembro, o lenocínio foi objeto de uma nova redação, ao eliminar-se do tipo legal a “exigência de exploração de situação de abandono ou necessidade económica” da vítima, alargando-se o seu âmbito de aplicação e criminalizando-se desta forma condutas que até então não eram punidas.¹²²

Este alargamento justificou-se, por um lado, na sua inaplicabilidade, através da dificuldade de prova das circunstâncias, e por outro, no acréscimo de movimentos de imigração provindos do Brasil e da Europa de Leste, o que contribui para o aumento da prostituição e, neste contexto, a necessidade de combate aos crimes de tráfico e exploração sexual.¹²³

Na redação dada pela Lei n.º 99/2001, de 25 de agosto, alterou-se apenas o n.º 2 do artigo 170.º, relativo ao lenocínio qualificado.¹²⁴ E em 2007, através da Lei n.º 59/2007, de 04 de setembro, foi eliminado da norma o segmento «ou a prática de atos sexuais de relevo» e o lenocínio passou a estar consagrado no artigo 169.º do CP.¹²⁵

¹²¹ Podia ler-se no artigo 170º, n.º 1 do CP de 1995 «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 (...)».

¹²² ALMEIDA, Carlota Pizarro – “*O crime de lenocínio no artigo 170º, nº1, do Código Penal. Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional nº 144/04*”. In *Jurisprudência Constitucional*, Nº 7 Jul.-Set. 2005

¹²³ CARDOSO, João Pereira – *O dever de dignidade... ob.cit.* p. 212.

¹²⁴ Passando agora a incluir o uso de «violência, ameaça grave, ardil, ou manobra fraudulenta, abuso de autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, económica ou de trabalho ou se aproveitar de incapacidade psíquica da vítima.»

¹²⁵ Pode ler-se: 1 - Quem, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa de prostituição é punido com pena de prisão de seis meses a cinco anos. 2 - Se o agente cometer o crime previsto no número anterior: a) Por meio de violência ou ameaça grave; b) Através de ardil ou manobra fraudulenta; c) Com abuso de autoridade resultante de uma relação familiar, de tutela ou curatela, ou de dependência hierárquica, económica ou de trabalho; ou d) Aproveitando-se de incapacidade psíquica ou de situação de especial vulnerabilidade da vítima; é punido com pena de prisão de um a oito anos.

A este respeito, a doutrina e a jurisprudência têm-se dividido quanto à questão da constitucionalidade do lenocínio p.p. pelo artigo 169.º, n.º 1 do Código Penal e quanto ao bem jurídico tutelado com a incriminação.

Colocam-se ainda outras questões, nomeadamente a questão de saber se o crime previsto no artigo 169.º, n.º 1 do Código Penal constitui um crime de perigo abstrato.

Esta tipificação remete, igualmente, pela forma como se relaciona, para outras temáticas, como o caso da intervenção da moral e do direito penal paternalista no âmbito dos crimes sexuais, a dignidade da pessoa humana e, ainda, as liberdades que, com a prática do crime, são coartadas a título gratuito.¹²⁶

2. Da inconstitucionalidade material do crime de lenocínio simples – o artigo 169.º, número 1 do Código Penal

Após a reforma do Código Penal introduzida pela Lei n.º 65/98, de 2 de setembro, e com a consequente eliminação da exigência da exploração da situação de abandono ou de extrema necessidade económica da tipificação do crime, levantaram-se questões acerca da inconstitucionalidade material do crime de lenocínio simples.

Deste modo, tem sido o Tribunal Constitucional chamado a pronunciar-se quanto à questão da constitucionalidade da norma, pela recusa dos tribunais judiciais na sua aplicação, primeiramente através do Acórdão n.º 144/2004, seguido por uma vasta jurisprudência constitucional, nomeadamente pelos Acórdãos n.ºs 196/2004, 303/2004, 170/2006, 396/2007, 522/2007, 591/2007, 141/2010, 559/2011, 605/2011, 654/2011, 203/2012, 149/2014, 641/2016, 421/2017, 694/2017, 90/2018, 178/2018 e, mais recentemente o pioneiro Ac. n.º 134/2020 que julga inconstitucional a norma incriminatória constante do artigo 169º, número 1.

Apesar da constante remissão para o Ac. do TC n.º 144/2004 nos Acórdãos subsequentes, é de notar que a jurisprudência não é unânime no recurso aos fundamentos

¹²⁶ Aqui fazemos referência, relativamente ao agente que se prostitui, à sua liberdade sexual e à sua liberdade de escolha de profissão; à liberdade de quem recorre à prática da prostituição, como cliente e ainda a liberdade de quem pretende da sua vida profissional qualquer atividade que fomente ou facilite a prostituição.

da não inconstitucionalidade do crime de lenocínio simples. O Ac. n.º 144/2004 fundamenta o julgamento da não inconstitucionalidade do crime de lenocínio simples na dignidade da pessoa humana como parâmetro jurídico de validação constitucional, e não apenas como «mera proteção de sentimentalismos ou de uma ordem moral convencional»¹²⁷.

O Ac. do TC n.º 144/2004 realça ainda que a perspetiva de que ao lenocínio subjaz a ideia de exploração da pessoa que se prostitui e conseqüentemente um aproveitamento económico, é fundada na orientação da ordem jurídica assente na dignidade da pessoa humana, constitucionalmente consagrado no artigo 1.º da Constituição, e não pode ser entendida como justificação, dentro da liberdade de ação individual, de que uma pessoa possa ser «utilizada como puro instrumento ou meio ao serviço de outrem.». O TC socorre-se, neste sentido, à ratificação da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres¹²⁸ e ainda da Convenção para a Supressão do Tráfico de Pessoas e de Exploração da Prostituição de Outrem.¹²⁹

A fundamentação da não inconstitucionalidade por parte do Tribunal Constitucional, socorre-a ainda da comparação com a escravatura, no sentido em que «a própria condição da escravatura requer que o escravo não se veja a si próprio como alguém que possui ou a quem falta autonomia [...] Isto pode ser formulado dizendo que uma tal pessoa não se pode ver a si própria completamente. Como item da propriedade não possui um em si mesma"]».

FIGUEIREDO DIAS considera que «o entendimento subjacente à lei radica, em suma, na proteção por meios penais contra a necessidade de utilizar a sexualidade como modo de subsistência, proteção diretamente fundada no princípio da dignidade da pessoa humana»¹³⁰, contudo não pode ser invocado como um limite absoluto da intervenção penal.

Este apelo ao princípio da dignidade da pessoa humana enquanto «princípio prescritivo com um conteúdo fixo e imutável», apto na função de limitação da legitimidade

¹²⁷ Cfr. Ac. do TC n.º 144/2004. O TC justifica a incriminação sobretudo com o argumento de que é legítima a intervenção penal contra a «necessidade de se utilizar a sexualidade como modo de subsistência, proteção diretamente fundada no princípio da dignidade humana».

¹²⁸ Aprovada e publicada pela Lei n.º 23/80, de 26 de Julho de 1980.

¹²⁹ Aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 31/91, de 10/10, ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 48/91, de 10/10 e publicada pela Resolução da Assembleia da República n.º 31/91.

¹³⁰ 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 jurisprudência constitucional portuguesa” – Colóquio comemorativo do XXV aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra editora, 2009, p. 40.

da intervenção penal, para além de extravasar o princípio da proporcionalidade, constitucionalmente consagrado no artigo 18.º, número 2, contraria a sua própria natureza e finalidade, isto é, «a de se erguer como veto inultrapassável a qualquer atividade do Estado que não respeite a eminente dignidade da pessoa e, deste modo, ser limite de toda a intervenção estadual e não fundamento desta.»¹³¹

FIGUEIREDO DIAS advoga ainda que não é «essa a natureza do princípio, como não é essa a função de que surge investido em matéria penal; antes sim a de se erguer como veto inultrapassável a qualquer atividade do Estado que não respeite aquela dignidade essencial e, deste modo, antes que como *fundamento*, como *limite* de toda a intervenção estadual».¹³²

De facto, o princípio da dignidade da pessoa humana refere-se à pessoa em concreto, individualmente considerada, da pessoa enquanto homem ou mulher. Esta dignidade «pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas», afastando assim a Constituição «qualquer tipo de interpretação transpersonalista ou simplesmente autoritária que pudesse permitir o sacrifício de direitos ou até da personalidade individual em nome de pretensos interesses coletivos.»¹³³

E tal nos parece precisamente o que sucede quando o Ac. 144/2004 fundamenta o juízo de não inconstitucionalidade como uma «opção de política criminal».

Igualmente, CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA entende que no ordenamento jurídico interno, o direito penal não tutela comportamentos como a pornografia entre adultos ou a mendicidade por conta de outrem, concretizando do seguinte modo: «quem faz profissão de filmar ou fotografar pessoas a partir dos 14 anos, em poses ou atividades pornográficas, comercializando (entre adultos) os respetivos registos, pode viver de forma considerada reprovável pela maioria da sociedade, mas permanece (e bem) à margem do direito penal», sendo que apenas se demonstrando que o comportamento de quem disponibiliza o seu corpo para fins sexuais é «qualitativamente diferente» se poderia considerar que tal consubstanciaria uma conduta digna de tutela penal e a defesa da restrição da liberdade de profissão e escolha de trabalho, prevista constitucionalmente no

¹³¹ DIAS, Jorge de Figueiredo/ ANTUNES, Maria João – “*Da inconstitucionalidade...ob.cit.* p. 150.

¹³² DIAS, Jorge de Figueiredo - O “*direito penal do bem jurídico como princípio jurídico-constitucional implícito*”, in, Revista de Legislação e de Jurisprudência, Ano 145, p. 260.

¹³³ MIRANDA, Jorge – “*A Constituição e a dignidade da pessoa humana*» in Didaskalia, XXIX, 1999, p. 476 e 477.

artigo 47.º da CRP. Subsequentemente, seria ainda imperativo a demonstração do recurso à tutela penal, em nome do princípio da subsidiariedade.¹³⁴

Relativamente à fundamentação da não inconstitucionalidade do Tribunal Constitucional na Convenção para a Supressão do Tráfico de Pessoas e de Exploração de Outrem, não podemos admitir que ao seu recurso corresponda a resolução final desta questão. Como afirma CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA, é certo que o n.º 1 da Convenção dispõe que «As Partes na presente Convenção convencionam punir toda a pessoa que, para satisfazer as paixões de outrem: 1) Alicie, atraia ou desvie com vista à prostituição uma outra pessoa, mesmo que com o acordo desta; 2) Explore a prostituição de uma outra pessoa, mesmo com o seu consentimento»¹³⁵, contudo o seu artigo 27.º consagra a liberdade dos Estados, na medida em «Cada parte na presente Convenção compromete-se a tomar, de acordo com a sua Constituição, as medidas legislativas ou outras, necessárias para assegurar a aplicação da Convenção», em nada acrescentando ou dispondo sobre «o modus e os parâmetros legais em que o combate à prostituição deve ser travado.»¹³⁶

Ao Direito Penal cabe apenas intervir o mínimo indispensável para a garantia da «reciprocidade do respeito pela igual dignidade de todos», sendo que, «num campo onde opera a autonomia do interessado e o seu poder de conformação da própria vida, o Estado, a sociedade, a maioria (mesmo quando formada democraticamente) ou terceiros não podem impor ao indivíduo representações da dignidade com as quais não se identifica, recorrendo aqui, para o efeito, ao Direito Penal.»¹³⁷

Em suma, a dignidade da pessoa humana não constitui um bem jurídico digno de pena, nem pode funcionar como um critério legitimador de uma incriminação, quando em causa não esteja a tutela de bens ou interesses dignos de proteção constitucional, podendo apenas atuar como limite da intervenção penal.

¹³⁴ ALMEIDA, Carlota Pizarro de – “*O crime de lenocínio no artigo 170.º, n.º 1, do Código Penal. Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 144/02*” in *Jurisprudência Constitucional*, n.º 7, jul./set. 2005, pp. 29 e 30.

¹³⁵ Cfr. Convenção para a Supressão do Tráfico de Pessoas e de Exploração da Prostituição de Outrem, publicada em Diário da República I-A, n.º 233, de 10/10/1991 (Resolução da Assembleia da República n.º 31/91).

¹³⁶ ALMEIDA, Carlota Pizarro de – “*O crime de lenocínio... ob.cit.* p. 30.

¹³⁷ CARDOSO, João Pedro Pereira – “*O dever de dignidade da pessoa humana... ”ob.cit.* p. 74.

Esta problemática, que tem gerado grande discordância por parte da doutrina e da jurisprudência, remete-nos para a teoria do bem jurídico, como parâmetro controlador da constitucionalidade das normas, através do artigo 18.º, n.º 2 da CRP.

Atualmente, e em virtude do alargamento do âmbito de aplicação da norma decorrente da alteração de 1998, é difícil aferir da legitimidade do bem jurídico tutelado com a incriminação, não se tutelando claramente a liberdade sexual de ninguém, continuando a prevalecer «uma ideia de defesa de pudor e de moralidade, que não é encarada hoje como função do Direito Penal.»¹³⁸

A jurisprudência constitucional mais recente tem justificado a constitucionalidade da incriminação por razões de política criminal, com base na autonomia e liberdade do agente que se prostitui «numa perspetiva fundada de que as situações de prostituição, relativamente às quais existe promoção e aproveitamento económico por terceiros, comportam um risco elevado e não aceitável de exploração de uma situação de carência e desproteção social.»¹³⁹

O Ac. do TC n.º 178/2018 preconiza o entendimento de que as pessoas que se prostituem «prestam um consentimento meramente formal à atividade da prostituição, mas que não vivem em estruturas económico-sociais que lhes permitam tomar decisões em liberdade, por pobreza, desemprego e percursos de vida marcados pela violência e pelo abandono desde uma idade muito jovem».

O TC fundamenta igualmente a incriminação com a estreita ligação da prostituição com o fenómeno do tráfico humano, cuja dimensão tende a aumentar e a verificação de que o sistema «não tem instrumentos para distinguir, na prática, a ténue linha que separa o consentimento da pessoa para a prática de atos de prostituição das situações de tráfico e prostituição forçada. As leis que criminalizam o uso do serviço sem o consentimento da vítima enfrentam dificuldades sérias na sua implementação e o sistema não consegue aplicá-las efetivamente.»

Na verdade, a jurisprudência mais recente, tem vindo a realçar que o crime de lenocínio simples tutela bens jurídicos dignos de pena, defendendo a ideia de que o juízo

¹³⁸ RODRIGUES, Anabela; FIDALGO, Sónia – “Artigo 169º (Lenocínio). In *Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial*. Coimbra: Coimbra Editora, p. 797.

¹³⁹ Cfr. Ac. do TC n.º 641/2016.

de suficiência e adequação da intervenção penal à tutela desses bens, se situa dentro da liberdade de conformação do legislador.¹⁴⁰

Desta forma, o n.º 1 do artigo 169.º do CP tutela «uma determinada conceção de vida que não se compadece com a aceitação do exercício profissional ou com intenção lucrativa do fomento, favorecimento ou facilitação da prostituição.»¹⁴¹

Refere ainda MARIA JOÃO ANTUNES que a jurisprudência constitucional tem demonstrado um claro desvio ao princípio jurídico-constitucional do bem jurídico, ao justificar a incriminação do lenocínio na dignidade da pessoa humana e que «ao fazê-lo, contrariou o que é legitimamente esperado do princípio da dignidade da pessoa em matéria penal – ser *limite*, e tão-só limite, da intervenção penal e nunca o seu fundamento.»¹⁴²

Com a incriminação protegem-se «bens jurídicos transpersonalistas de étimo moralista por via do direito penal – o que se tem hoje por ilegítimo – aproximando-nos perigosamente de um direito penal de “fachada”», que mais não faz do que tutelar uma «quimérica moralidade, que hoje não existe e provavelmente nunca existiu – e nem sequer confere um mínimo de proteção àqueles que se dedicam a esse modo de vida, porquanto os expõe ainda mais a todo o tipo de brutalidades e vexames.»¹⁴³

Note-se que no âmbito da jurisprudência do Tribunal Constitucional as decisões não são unânimes e divergem por vezes. Atente-se nos Acórdãos do TC n.º 396/2007 e n.º 522/2007, na declaração de voto vencido de MARIA JOÃO ANTUNES, que sustenta a inconstitucionalidade da norma, por violação do artigo 18.º, número 2 da CRP. A Conselheira defende que com a eliminação da exigência da «exploração numa situação de abandono ou necessidade, operada pela Lei n.º 65/98, o legislador passa a incriminar condutas e comportamentos além dos que lesam o bem jurídico da liberdade sexual e «relativamente aos quais não pode ser afirmada a necessidade de restrição do direito à liberdade, enquanto direito necessariamente implicado na punição (artigos 18.º, n.º 2, e 27.º,

¹⁴⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo/ ANTUNES, Maria João – Da inconstitucionalidade...ob.cit. p. 154.

¹⁴¹ LOPES, José Mouraz - *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal*. 4ª Edição Revista e modificada de acordo com a Lei n.º59/2007, de 4 de setembro. Coimbra Editora, 2008, p. 85.

¹⁴² ANTUNES, Maria João – “*Género e racionalidade das leis penais*” in *Julgar com perspetiva de género – entre a constitucionalidade e a igualdade*, Centro de Estudos Judiciários, 2019, p. 63.

¹⁴³ RODRIGUES, Anabela/FIDALGO, Sónia – *ob.cit.*, pp. 797 e 798; RAPOSO, Vera Lúcia – *Da moralidade...ob.cit.* p. 951.

n.ºs 1 e 2, da CRP)». Sumariamente, a prática do lenocínio não consubstancia um comportamento digno de tutela penal.¹⁴⁴

Igualmente, no Acórdão do TC n.º 654/2011, em sentido divergente da maioria, JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO pugna pela inconstitucionalidade da norma. Em declaração de voto defende que com a eliminação do segmento típico, deixou de haver conexão com a proteção da liberdade da pessoa que se prostitui, sendo que esta é apenas visível nos casos previstos no número 2 do artigo 169.º do Código Penal.

O Conselheiro realça o contraste com as outras disposições do Código Penal em matéria de crimes sexuais, uma vez que nestas está presente como elemento típico a exigência de violência, coação ou no mínimo constrangimento à prática do ato. Em referência ao Ac. do TC n.º 144/2004, entende que «a excecional fundamentação direta e exclusiva de certa solução tuteladora de uma pretensão subjetiva em exigências postuladas pela dignidade da pessoa humana, sem passar pela mediação concretizadora de uma regra de proteção de um concreto bem jurídico, se possa ainda mover estritamente dentro do universo axiológico-normativo da Constituição», e neste sentido, o já referido Acórdão caminhou na direção oposta, quando considerou a dignidade da pessoa humana «não como fundamento de um direito contra o Estado, mas como fundamento do exercício do poder punitivo do Estado, em compressão de direitos fundamentais»¹⁴⁵

Neste sentido, a dignidade da pessoa humana não poderá significar um «conteúdo constitucionalmente determinado, capaz de validar a restrição a direitos fundamentais que a criminalização representa», ficando assim este conceito «esvaziado de carga normativa própria». Deste modo, o Conselheiro JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO considera que a intervenção do direito penal neste âmbito é justificada pela tutela dos bons costumes e de concepções morais e que, com a redação atual da norma, ultrapassa os limites da intervenção penal, em ofensa ao princípio da proporcionalidade.¹⁴⁶

Realçamos ainda as declarações de voto vencido de LINO RODRIGUES RIBEIRO aos Acórdãos do TC n.º 641/2016 e 694/2017 que, contrariamente ao entendimento do coletivo, advoga a inconstitucionalidade da norma, por violação do artigo 18.º, número 2 da Constituição da República Portuguesa.

¹⁴⁴ Cfr. Ac. do TC n.º 396/2007.

¹⁴⁵ Cfr. Ac. do TC n.º 654/2011.

¹⁴⁶ *Ibidem.*

LINO RODRIGUES RIBEIRO defende que em virtude da eliminação do elemento «exploração de situações de abandono ou de necessidade económica», o bem jurídico tutelado passou a ser indefinido, eliminando-se a conexão da conduta e a liberdade e autodeterminação sexual.

Deste modo, só através de uma interpretação restritiva da norma, e a sua aplicação somente aos casos de exploração de uma situação económica ou social, será possível defender que o bem jurídico tutelado com a incriminação é a liberdade sexual. Mais, se a intenção do legislador era a de proteção de outros bens jurídicos, a sua inserção sistemática deveria ser nesse sentido. Conclui admitindo que apenas neste último caso será necessária a tutela penal, e só com a introdução do elemento eliminado no tipo legal, será a norma conforme à Constituição.¹⁴⁷

Em sentido convergente, COSTA ANDRADE, em declaração de voto nos Acórdãos n.ºs 641/2016, 421/2017, 694/2017, 90/2018 e 178/2018 justifica a inconstitucionalidade da norma ao afirmar que com a reforma de 1998 e a consequente eliminação do inciso já referido, desassociou a conduta da liberdade sexual, deixando assim que a prática da prostituição deixasse de ser indiferente ao direito penal.

Assim, «o afastamento da liberdade sexual da área de proteção da norma deixa apenas em campo a prevenção ou repressão do pecado, um exercício de moralismo atávico, com que o direito penal do Estado de Direito da sociedade secularizada e democrática dos nossos dias nada pode ter a ver». No que à invocação da lesão à dignidade da pessoa humana concerne, COSTA ANDRADE, em sentido divergente do entendimento maioritário, refere que a incriminação é que pode consubstanciar um «atentado perverso» à dignidade das pessoas, que «sendo adultas, esclarecidas e livres – devem poder legitimamente escolher conduzir a sua vida tanto à sombra da “virtude” como do “pecado”. O constitucionalista afirma ainda que a incriminação consubstancia um crime sem vítima e que está presente uma ideia de prevenção do alegado risco de exploração de outrem que se prostitui, concebendo-se então a incriminação como um crime de perigo abstrato.¹⁴⁸

Podemos concluir que a norma incriminadora deve ser tida como materialmente inconstitucional, por não tutelar nenhum bem jurídico digno de tutela penal, mas pretende salvaguardar a moral social que a prática do lenocínio tende a lesar.

¹⁴⁷ Cfr. Ac. do TC n.º 641/2016.

¹⁴⁸ *Ibidem*.

Não discordamos que a prática de tal conduta possa ser condenável no âmbito ético e moral. Contudo, não cabe ao direito penal a sua tutela nem a sua proteção, sendo assim excessiva a sua punição. Esta incriminação justifica-se apenas nos casos em que o agente da prática do crime quando em causa estejam as situações previstas no n.º 2 do artigo 169º do CP, isto é, quem, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa de prostituição 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, económica ou de trabalho, ou aproveitando-se de incapacidade psíquica ou de situação de especial vulnerabilidade da vítima.¹⁴⁹

Note-se ainda que a norma contida no artigo 169.º, n.º 1 do CP é limitadora de direitos e liberdades em vários sentidos: primeiramente, limita o direito da pessoa que se pretende prostituir livremente, restringindo-se o seu próprio direito à liberdade sexual (neste caso, acentua-se o sentido positivo que compõe a liberdade sexual)¹⁵⁰; em segundo lugar, restringe-se o direito de quem pretende lucrar com a prostituição (aquele que «fomenta» ou «favorece»), pois nem todos os casos se afiguram como uma exploração, «podendo haver contraprestações, criando-se uma relação sinalagmática na qual, em troca do dinheiro cedido, a prostituta beneficie de alojamento, proteção contra clientes que não pagam ou se tornem violentos»¹⁵¹; por fim, limita-se o direito dos indivíduos que pretendem recorrer à prostituição de forma a concretizarem o seu direito à liberdade sexual (aqui também na asserção positiva do conceito).¹⁵²

¹⁵⁰ Poderá da mesma forma entender-se que também o direito à autodeterminação sexual de quem se prostitui, é restringido com a incriminação, tendo em conta que enquanto que a liberdade é um estado, a autodeterminação é «um caminho ao qual estão subjacentes, não só a existência de obstáculos ou restrições para o exercício da liberdade, mas também a existência de condições que permitam uma livre formação da vontade». Mais, «sem autodeterminação, não pode falar-se de uma verdadeira liberdade: a liberdade, nestes casos, reduzir-se-á a uma mera aparência», correspondendo a autodeterminação, deste modo, «ao processo de formação de uma vontade que deverá ser livre, esclarecida e autêntica, sendo uma componente indispensável e parte integrante da própria ideia de liberdade». Cfr. LEITE, Inês Ferreira – “*A tutela penal...*” *ob.cit.* pp. 40 e 41. De modo mais aprofundado, cfr. ALFAIATE, Ana Rita – *A relevância penal...* *ob.cit.* p. 89.

¹⁵¹ ALMEIDA, Carlota Pizarro de – “*O crime de lenocínio...*” *ob.cit.* p. 29.

¹⁵² Sobre o crime de lenocínio e uma perspetiva jurídico-sociológica da prostituição, Cf. COSTA, José Martins Barra da – “*O crime de lenocínio. Harmonizar o direito, compatibilizar a prostituição*”. In Revista Portuguesa de Ciências Criminais, Nº 12, 2002; No mesmo sentido, FIGUEIREDO DIAS «teríamos uma situação absolutamente anormal e incompreensível: a de o direito penal, pretendendo tutelar o bem jurídico da eminente dignidade (sexual) da pessoa, sacrificá-lo ou violá-lo justamente em nome daquela dignidade. Pois é claro que pertence à liberdade da vontade da pessoa dedicar-se ou não ao exercício da prostituição. O que colocaria o Estado (detentor do *jus puniendi*) na mais contraditória e perversa das situações: a de

A incriminação é passível de criar crimes sem vítima – *crimes without victims*, ou seja «crimes qualificados por uma permuta voluntária de bens e serviços cobiçados, que embora sancionada pela lei, não é em regra punida na prática porque criminoso e vítima se comprometem para alcançar vantagens recíprocas»¹⁵³ – e a sua descriminalização não significa que as condutas de quem favorece ou facilita a prostituição passem a ser vistas como aceites socialmente, significa tão-só que não devem ser envolvidas pelas redes do Direito Penal, por não tutelarem em concreto nenhum bem jurídico.¹⁵⁴

Já no que concerne ao n.º 2 do artigo 169.º do CP, a sua legitimidade é incontestável, e neste caso sim, tutela-se o bem jurídico pretendido com a incriminação – a liberdade sexual da pessoa que se prostitui.

Ora, como referido *supra*, o Direito Penal é um direito de última *ratio*, de natureza subsidiária, que apenas deve intervir quando outros meios (nomeadamente de política social) não sejam suficientes. Além de que, no caso do lenocínio, a restrição de direitos que ocorre com a incriminação é desproporcional e até contrária a um direito que se pretende proporcional face aos direitos que visa tutelar.

FIGUEIREDO DIAS, nesta esteira, afirma que «sempre que o legislador penal tome posição em controvérsias morais ou erija proibições que visem tão-só tutelar uma certa moral, estará com isso (...) a suscitar insolúveis conflitos de consciência aos seus destinatários, a penetrar na esfera inviolável da sua consciência moral e, nesta medida, a desumanizar-se».¹⁵⁵

sacrificar a integridade pessoal invocando como legitimação o propósito de a tutelar!» in “O ‘direito penal do bem jurídico’... *ob.cit.* p. 261.

¹⁵³ RAPOSO, Vera Lúcia – “Da moralidade ...”, *ob. cit.*, p. 934; Edwuin Schur, na sua obra “*Crimes Without Victims*”.

¹⁵⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo – “*Lei Criminal e Controlo da Criminalidade. O Processo Legal-social de Criminalização e de descriminalização*”. In Revista da Ordem dos Advogados, Ano 36, jan.-dez 1976. A designação de «crimes sem vítima», introduzida por Edwuin Schur em “*Crimes Without Victims*” contribuiu marcadamente para o liberalismo da política criminal, no seguimento do *Wolfenden Report* em Inglaterra e encontra o seu fundamento no facto de tais crimes tutelarem valores morais, religiosos ou outros que não consubstanciam diretamente a violação de um concreto bem jurídico. No mesmo sentido, COSTA ANDRADE, em declaração de voto ao Ac.do TC n.º 641/2016, referindo que «estamos perante uma manifestação concreta dos chamados “crimes sem vítima”, no sentido criminológico do termo, na linha da E. SHUR (*victimless crimes* ou *crimes without victims*)».

¹⁵⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo – A Reforma do Direito Penal Português... *ob. cit.* p. 144.

3. O crime de lenocínio simples como crime de perigo abstrato

A distinção entre crimes de dano e crimes de perigo advém da «forma como o bem jurídico é posto em causa pela atuação do agente» e neste sentido, importa uma brevíssima destrição e referência para melhor compreensão.¹⁵⁶

Enquanto que os crimes de dano pressupõe uma efetiva lesão ou ofensa efetiva a determinado bem jurídico, como ocorre com o crime de homicídio (artigo 131.º do CP), de dano (artigo 212.º do CP) ou da violação (art. 164.º), os crimes de perigo bastam-se com a colocação em perigo do bem jurídico, antecipando-se assim a sua tutela, e subdividem-se em crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstrato.

Nos primeiros, o tipo legal é apenas preenchido quando o bem jurídico tenha sido, efetivamente, colocado em perigo, como sucede, a título exemplificativo, no caso dos crimes de exposição ou abandono (artigo 138.º do CP) ou do crime de condução perigosa de veículo rodoviário (artigo 291.º do CP). Por outro lado, nos crimes de perigo abstrato, o perigo é apenas motivo da incriminação da conduta, o que significa que são qualificados como crime determinados comportamentos por serem suscetíveis, pela sua perigosidade, de lesarem bens jurídicos. Existe uma «presunção inelidível» de perigo, e, por esse motivo, o comportamento do agente que o pratica é punido, independentemente de ter havido ou não um efetivo perigo para o bem jurídico. Tal sucede, a título exemplificativo, no crime de condução de veículo em estado de embriaguez ou sob a influência de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas (artigo 292.º do CP) ou no crime de contrafação de moeda (artigo 262.º do CP). No primeiro caso, verifica-se que a prática da conduta é suscetível de lesão de bem jurídicos e nesse sentido o direito penal promove uma tutela antecipada, pré-existente e não determinada pela efetiva lesão do bem jurídico.¹⁵⁷

Porém, esta última categoria de crimes tem levantado questões sobre a sua inconstitucionalidade, pelo facto de lesarem o princípio da legalidade e o princípio da culpa, em virtude da tutela antecipada de um bem jurídico.¹⁵⁸ Pese embora o entendimento maioritário da doutrina e da jurisprudência no sentido da não inconstitucionalidade dos

¹⁵⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal... ob.cit.* pp. 359 e 360.

¹⁵⁷ *Ibidem* p. 360.

¹⁵⁸ Neste sentido, cfr. os Acórdãos do TC n.ºs 426/91, 246/96, 7/99 e 95/2001.

crimes de perigo abstrato, quando estes versarem sobre bens jurídicos «de grande importância, quando for possível identificar claramente o bem jurídico tutelado e a conduta típica for descrita de uma forma tanto quanto possível precisa e minuciosa»¹⁵⁹ alguns autores pugnam pela sua não punibilidade, quando «se comprove que na realidade não existiu, de forma absoluta, perigo para o bem jurídico, ou que o agente tomou todas as medidas necessárias para evitar que o bem jurídico fosse colocado em perigo.»¹⁶⁰

Tendo em conta a interligação do bem jurídico-constitucional e as consequências da sua lesão, existem determinados comportamentos e condutas as quais suscitam algumas reservas quanto à intervenção do direito penal, como é o caso do lenocínio simples, previsto no artigo 169.º, número 1 do Código Penal.

Assim, relativamente ao crime de lenocínio e à jurisprudência constitucional mais recente, sucede que se destaca «que o tipo incriminador de lenocínio simples, construído como crime de perigo abstrato, serve a tutela de bens jurídicos com dignidade pena, situando-se na margem de conformação do legislador democrático o juízo sobre a inadequação ou insuficiência de meios não penais de controlo social para a tutela dos bens jurídicos em proteção.»¹⁶¹

Apesar da jurisprudência constitucional através do Ac. do TC n.º 144/2004 ter identificado os bens jurídicos que fundamentam a incriminação, não foi apreciada a sua conformidade com a Constituição, na perspetiva da construção do tipo, não se procedendo à análise se a conduta do lenocínio constitui um perigo para o bem jurídico que se pretende tutelar. Desta feita, quando os tipos legais são formulados como crimes de perigo abstrato, advêm exigências em particular, pelo motivo de consubstanciarem uma «tutela antecipada dos bens jurídicos que intentam proteger.»¹⁶²

Porquanto, o Tribunal Constitucional tem destacado que «é ainda à luz do direito penal do bem jurídico que importa aferir da legitimidade constitucional das normas que preveem crimes de perigo abstrato.»¹⁶³

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 361. Neste sentido, cf. Acórdão do TC n.ºs 426/91, de 06/11/1991.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 361.

¹⁶¹ DIAS/Jorge de Figueiredo; ANTUNES, Maria João – Da inconstitucionalidade... ob.cit. p. 154.

¹⁶² *Ibidem*, p. 155.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 155. Nomeadamente através do Ac. do TC n.º 426/91, no qual o Tribunal entende que «em relação às incriminações de perigo (e, especialmente, às de perigo abstrato), sempre se poderá entender que não é indispensável a imposição dos pesados sacrifícios resultantes da aplicação de penas e de medidas de segurança, visto que não está em caus, tipicamente, a efetiva lesão de um qualquer bem jurídico.»

Neste sentido, nas palavras de FIGUEIREDO DIAS e MARIA JOÃO ANTUNES, o crime de lenocínio simples, na redação atual do artigo 169.º, n.º 1 do Código Penal, consubstancia uma conduta que «em si, não constitui, porém, qualquer perigo potencial para os bens jurídicos que o Tribunal Constitucional vem identificando para se manter fiel ao princípio jurídico-constitucional da necessidade das penas: os bens jurídicos da autonomia, da liberdade, da integridade pessoal e do livre desenvolvimento da personalidade do agente que se prostitui», concluindo que «a ação descrita não é perigosa para estes bens jurídicos.»¹⁶⁴

Mais, quando a jurisprudência constitucional suporta o seu entendimento de não inconstitucionalidade da norma com a colocação em perigo da «autonomia e liberdade do agente que se prostitui», como sucede nos Acórdãos n.ºs 641/2016 e 90/2018, coloca a tónica do perigo, não na prática de quem fomenta, favorece ou facilita o exercício da prostituição, mas sim a «exploração de uma situação de carência e desproteção social.»

Noutras palavras, o Tribunal Constitucional, ao fundamentar a não inconstitucionalidade da norma, primeiramente, no Acórdão n.º 144/2004, através de uma «opção de política criminal», que se justifica pelo risco de, com a prática da conduta, se verificar a exploração de uma situação de carência da pessoa que se prostitui, trata o crime de lenocínio simples como um crime de perigo abstrato.¹⁶⁵

Contudo, como refere CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA, apesar de ser tentadora a construção do crime de lenocínio simples como crime de perigo abstrato, a norma do artigo 169.º, número 1 do Código Penal não consubstancia um crime de perigo abstrato. E tal justifica-se, porque esta construção implica que a norma tipifique uma conduta provável de causar uma lesão ou um perigo a um bem jurídico, devendo essa lesão ser «elevada e empiricamente confirmada».¹⁶⁶

Para tal, a construção de uma incriminação como crime de perigo implica, desde logo, uma relação de causalidade entre a conduta e o perigo que, com a sua prática, decorre, sendo conseqüentemente necessária uma «relação de imputação – nem que apenas potencial como acontece nos crimes de perigo abstrato – entre a ação e o perigo para o bem jurídico, este último constituindo, ainda aqui e sempre, o *Leitmotiv* do direito penal». Assim, não basta uma mera associação como justifica o Acórdão 144/2004, ao referir a

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 156.

¹⁶⁵ ALMEIDA, Carlota Pizarro de – *O crime de lenocínio... ob.cit.* p.31.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 31.

«associação entre as condutas que são designadas como lenocínio e a exploração da necessidade económica e social», que pode servir de justificação a uma presunção, mas não se mostra suficiente para a construção de uma incriminação como crime de perigo. E é exatamente o que sucede na justificação do Tribunal Constitucional, quando entende pela não constitucionalidade da norma, quando procura legitimar a incriminação com a sua interligação direta a situações em que a pessoa prostituída é uma “vítima” que vê a sua liberdade restringida.¹⁶⁷

Conclui CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA que mesmo que se comprovasse diretamente esta relação entre a conduta proibida e a restrição da liberdade da pessoa que se prostitui, o crime de lenocínio, com a sua redação atual, não poderia ser considerado um crime de perigo, desde logo, porque não se encontra verificada a relação de imputação. Existe ainda uma diferença entre o crime de lenocínio previsto no artigo 169.º, número 1 do Código Penal e os crimes de perigo, que reside no facto de que nestes últimos, o agente é apenas punido se «realizar (efetiva e dolosamente) a atividade de que cuida a incriminação – a qual consiste num início do *iter criminis* que levará (ou levaria) previsivelmente (com base na experiência) à concretização do perigo e eventualmente da lesão (numa relação vertical, de causalidade).»; no caso do crime de lenocínio «induz-se, a partir de certos indícios, a verificação (concomitante mas numa relação apenas horizontal, de coincidência) da conduta proibida e que não se logra provar.»¹⁶⁸

No mesmo sentido, mesmo que se compreenda que determinada incriminação de crime de perigo abstrato é legítima, identificando-se o bem jurídico que se pretende tutelar, terá sempre de verificar-se, posteriormente, se é cumprido o princípio jurídico-constitucional da subsidiariedade, «sob pena de vulgarização do postulado da proporcionalidade e da proibição do excesso, com uma ingerência drástica do Estado nos direitos e liberdades fundamentais dos indivíduos».¹⁶⁹

Igualmente, INÊS FERREIRA LEITE enquadra o crime de lenocínio no conjunto dos crimes de perigo abstrato, tendo em conta a prática da jurisprudência constitucional. A Autora refere ainda que enquanto que no artigo 162.º, número 2 estamos perante a tutela da liberdade sexual «na modalidade de manifestação da sentido da vontade» nos casos previstos na alínea a), ou de «espontaneidade da vontade», nos casos das alíneas b) a e), no

¹⁶⁷ ALMEIDA, Carlota Pizarro de – “*O crime de lenocínio...*” *ob.cit.* p. 31.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 32.

¹⁶⁹ CARDOSO, João Pedro Pereira – “*O dever de dignidade...*” *ob.cit.* p. 234.

crime de lenocínio simples, previsto no número 1 do mesmo artigo, tutela-se «a própria autonomia na formação da vontade».¹⁷⁰

Deste modo, na ausência do tipo legal do preceito eliminado com a reforma de 1998, a incriminação é constitucionalmente ilegítima, uma vez que, as exigências advindas do princípio da necessidade das penas, relativamente aos crimes de perigo abstrato, impõe que apenas sejam legítimas as condutas descritas, através da concreta identificação do bem jurídico que se pretende tutelar, o que não sucede com a redação atual do crime de lenocínio simples, previsto no artigo 169.º, número 1 do Código Penal.¹⁷¹

Conclui-se que a punição da conduta de quem profissionalmente ou com intenção lucrativa fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa da prostituição «restringe direitos fundamentais do agente da prática do crime, sem que a restrição ocorra para salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos».¹⁷²

4. O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 134/2020

O Ac. do TC n.º 134/2020 é pioneiro em matéria do crime de lenocínio, por considerar, pela primeira vez no âmbito da jurisprudência constitucional, que a incriminação prevista no artigo 169.º, número 1 do Código Penal é inconstitucional, por violação dos artigos 18.º, número 2, e 27.º, número 1, da Constituição da República Portuguesa.

O referido Acórdão começa por incluir na sua fundamentação a ideia de que o legislador, dentro da sua margem de liberdade de conformação, dispõe da liberdade para definir as normas que regulam a vida em sociedade. Contudo, esta liberdade é limitada pela Constituição, através do princípio do direito penal do bem jurídico, decorrente do princípio da proporcionalidade. Daqui se conclui que a lei só pode considerar como crime um comportamento ou conduta com vista à salvaguarda de outros direitos e interesses constitucionalmente consagrados.

¹⁷⁰ LEITE, Inês Ferreira – “*A tutela penal...*” *ob.cit.* p. 53

¹⁷¹ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANTUNES, Maria João – *Da inconstitucionalidade...* *ob.cit.* p. 157.

¹⁷² *Ibidem*, pp. 157 e 158

Subsequentemente, através da dissecação de forma geral os fundamentos que serviram de base à fundamentação da não inconstitucionalidade dos Acórdãos precedentes, com especial incidência no tão recorrente Ac. do TC n.º 144/2004, o Tribunal acaba por concluir pela inconstitucionalidade da norma.

Inicialmente, o Tribunal Constitucional contraria, e bem, a justificação até então oferecida pela jurisprudência constitucional, de que o princípio da dignidade da pessoa humana possa ser considerado um bem jurídico apto a garantir a proporcionalidade necessária da restrição da liberdade em consequência da incriminação de uma conduta ou comportamento ou ainda que tal princípio possa sustentar autonomamente uma criminalização. E tal justifica-se, desde logo, no domínio da sistematização, porque o princípio da dignidade humana encontra-se consagrado na Constituição como princípio fundamental e não como direito fundamental. De seguida, já num plano teleológico, este princípio apresenta um elevado grau de abstração, não sendo por isso possível proceder à determinação concreta das suas funções.

O Tribunal invoca o Relatório da Delegação Portuguesa à 9.ª Conferência Trilateral (Itália, Espanha e Portugal), “O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência Constitucional”, e baseia a ideia de que o princípio da dignidade da pessoa humana é «algo mais e algo menos do que um direito. Quando muito o princípio confere ao sistema constitucional de direitos fundamentais unidade e coerência de sentido, ajudando as tarefas práticas da sua interpretação e integração. O que se lhe não pode pedir é que ele seja tomado, em si mesmo, como fonte de um outro e autónomo direito (fundamental)», sendo este o entendimento maioritário da doutrina com acolhimento na jurisprudência constitucional, desde logo no Acórdão do TC n.º 6/84.

Acrescente-se que se o princípio da dignidade da pessoa humana não pode, autónoma e diretamente, servir de base a direitos subjetivos, não pode igualmente justificar restrições a esses direitos.¹⁷³

Conclusivamente, o Tribunal entende que não é necessário um aprofundamento do tema, uma vez que em primeiro lugar, pelo seu assento doutrinário e jurisprudencial, e pelo facto de não ser possível um consenso acerca do seu conteúdo e, por isso, ser suscetível de oferecer resultados em concreto; de seguida, porque tem sido a jurisprudência constitucional até aqui existente, que parte do pressuposto que é fundamental para

¹⁷³ Cfr. Ac. do TC n.º 134/2020.

fundamental a não inconstitucionalidade da norma, ao estabelecer a relação entre o crime de lenocínio e os direitos da liberdade e autodeterminação sexual.

Refere-se também o Tribunal Constitucional aos dados oferecidos pelo Ac. do TC n.º 178/2018, relativos à relação da prostituição com as situações de violência, nomeadamente mas sem limitar através de condutas como a agressão, violação ou abuso. Este Acórdão que defende a não inconstitucionalidade da norma, acrescenta que a incriminação do lenocínio é baseada numa opção de política criminal, por não ser possível a distinção entre os casos de prostituição e os casos de tráfico e de exploração sexual. O Tribunal completa ainda com a justificação de que o consentimento das pessoas prostituídas é «meramente formal», «mas que não vivem em estruturas económico-sociais que lhes permitam tomar decisões em liberdade, por pobreza, desemprego e percursos de vida marcados pela violência e pelo abandono desde uma idade muito jovem.»¹⁷⁴

Ora, refuta o Tribunal Constitucional que nenhum destes argumentos é passível de afastar a ideia de que com a redação atual do artigo 169.º, número 1 do Código Penal, são abrangidas mais circunstâncias do que aquelas descritas, sendo que «o ponto essencial para a linha que afirma a inconstitucionalidade (...) é o de que é ilegítimo, em nome dessa tendencial associação e a fim de garantir a punição de todos os casos em que ela efetivamente se materialize, criminalizar hipóteses em que isso manifestamente não ocorre».¹⁷⁵

Inclusivamente, no seio da corrente doutrinária que entende pela inconstitucionalidade do crime de lenocínio, há quem fundamente a sua convicção numa interpretação restritiva da norma, devendo esta, apenas ser aplicada quando se verifique a exploração da situação da pessoa que se prostitui.¹⁷⁶

Neste sentido, INÊS FERREIRA LEITE entende que «mais importante do que construir o bem jurídico tutelado em torno de uma interpretação acrítica do tipo penal, será reconstruir o tipo penal em função de uma interpretação valorativa da incriminação, tendo como farol a verificação da lesão ou da colocação em perigo da liberdade sexual. Pelo que não se prescinde, na interpretação do disposto no n.º 1 do art. 169.º (...) do CP que haja uma efetiva “exploração” da pessoa que se prostitui, e, assim sendo, não se coloca em causa a legitimidade da mesma incriminação». A Autora acrescenta que o Estado restringe

¹⁷⁴ Cfr. Ac. do TC n.º 178/2018.

¹⁷⁵ Cfr. Ac. do TC n.º 134/2020.

¹⁷⁶ *Ibidem*.

o comportamento de quem explora em diversos setores, «estabelecendo valores mínimos para a retribuição laboral – evitando a “exploração de mão-de-obra” – e valores máximos para o ganho do capital (juro) – evitando a “exploração das necessidades económicas», dando, como exemplo do último caso a usura, prevista no artigo 226.º do Código Penal.¹⁷⁷

Contudo, e como refere o Acórdão em análise, não se pode admitir a interpretação restritiva da norma, partindo-se do pressuposto que o mesmo exija a exploração de uma situação de exploração de vulnerabilidade da pessoa prostituída, tendo em conta que, para além dessa exigência não constar da letra da lei, foi inclusivamente retirada pelo legislador na Reforma de 1998. Assim, essa interpretação não merece acolhimento, pois que tal representaria uma «denegação da intencionalidade normativa imprimida a esse tipo legal de crime pelo legislador, aqui sim em iminente ingerência na sua liberdade de conformação.»¹⁷⁸

De facto, a jurisprudência constitucional tem decidido pela não inconstitucionalidade da norma, sem o recurso a esta interpretação restritiva, e, bem assim, aferindo da sua inconstitucionalidade através da redação atual do artigo 169.º, número 1 do Código Penal.

O Acórdão n.º 134/2020 introduz ainda na sua fundamentação a questão do crime de lenocínio como crime de perigo abstrato, partindo da premissa que se é a liberdade sexual o bem jurídico que se visa tutelar com a incriminação, conclui-se forçosamente que o Tribunal, na fundamentação da não inconstitucionalidade, o considera um crime de perigo abstrato.

De facto, e no seguimento de CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA, como já supra exposto, o tipo legal do crime de lenocínio não implica um perigo concreto da lesão de um bem jurídico, e mesmo que se entenda que existe uma associação entre a prática da prostituição e a exploração de uma situação de vulnerabilidade da pessoa que se prostitui, o tipo legal de crime não deixa de ser objeto de um juízo de inconstitucionalidade.

E desde logo, pela dúvida da «solidez daquela premissa», e, bem assim, da necessidade de recurso à tutela penal, subjugando-se os restantes meios que permitem alcançar o mesmo fim, sem as consequências tão graves de uma pena. Partindo da

¹⁷⁷ LEITE, Inês Ferreira – “A tutela penal da liberdade sexual” in Revista Portuguesa de ciência criminal, 21, n.º 1, 2011, p. 82.

¹⁷⁸ Cfr. Ac. do TC n.º 134/2020.

associação em análise, e não num «autêntico nexos causal de perigosidade, a norma incriminatória perde o seu referente teleológico». ¹⁷⁹

Noutro sentido, a construção de uma incriminação como crime de perigo abstrato significa diversas exigências ao nível da determinação da conduta, em nome do princípio da tipicidade. É fundamental que o tipo legal identifique claramente qual é o bem jurídico tutelado com a incriminação e que a conduta seja descrita «de forma especialmente precisa». No que concerne ao lenocínio, o Tribunal reconhece que o tipo satisfaz ambas as exigências, não obstante a ausência de consenso quanto ao bem jurídico tutelado com a incriminação, «é de conceder que existem elementos suficientes para se concluir estar em causa a liberdade sexual». E pese embora o tipo «faça uso de elementos subjetivos e normativos, é relativamente indiscutível o seu âmbito de incidência». Conclui o Tribunal que o que falha na norma é «o facto de dela não emergir uma possibilidade de conjugação suficientemente robusta entre a primeira e a segunda exigências», sendo que «é a própria jurisprudência constitucional que tem reconhecido que o perigo pressuposto por este tipo legal de crime não é verdadeiramente o perigo de lesão da liberdade sexual, ou de qualquer outro direito titulado pela pessoa que se prostitui (à autonomia, à integridade pessoa, ao livre desenvolvimento da personalidade), mas o perigo de exploração de uma situação de especial vulnerabilidade em que a mesma se encontra», isto é, o perigo que o inciso retirado com a Reforma de 1998 representava. ¹⁸⁰

É verdade que a jurisprudência constitucional considera que essa exploração da pessoa que se prostitui coloca em perigo a sua autonomia e liberdade. Porém, essa exigência de exploração não é mais parte integrante do tipo legal, consubstanciando-se, atualmente, numa mera pressuposição. Assim, a única forma de se entender que o tipo legal de crime previsto no artigo 169.º, número 1 do Código Penal tutela bens jurídicos, de acordo com a conceção de que o crime constitui um crime de perigo abstrato, que visa a tutela do bem jurídico liberdade sexual, conduz a um elemento que já não consta do tipo legal. Deste modo, no crime de lenocínio encontram-se verificadas duas presunções, podendo afirmar-se que estamos perante um crime de perigo abstrato «elevado ao quadrado, em que i) a base é a presunção de que a exploração de que a exploração de uma situação de vulnerabilidade de quem prostitui encerra tipicamente um perigo para a sua liberdade sexual; e (ii) o expoente é a presunção de que a conduta de quem,

¹⁷⁹ Cfr. Ac. do TC n.º 134/2020.

¹⁸⁰ *Ibidem*.

profissionalmente, ou com intuito lucrativo, fomenta, favoreça ou facilite o exercício da prostituição encerra tipicamente um perigo de exploração de uma situação de vulnerabilidade de quem se prostitui.»¹⁸¹

Como consequência, o âmbito do crime de lenocínio simples é mais extenso do que deveria ser no seu «âmbito natural», sendo que, «entre este âmbito natural e aquele âmbito exponenciado está um conjunto indiferenciado de condutas que decerto incluirá situações em que há perigo concreto de lesão ou até dano do bem jurídico, mas isto constituirá uma pura contingência, pois nada há no tipo legal de crime que cuide realmente de direcioná-lo para a punição desses casos.»¹⁸²

É passível de consideração que, a redação atual do artigo 169.º, número 1 do Código Penal, na tentativa excessiva e antecipada de tutelar outros bens jurídicos que não a liberdade sexual da pessoa que se prostitui, acaba por deixar “a descoberto” situações de efetiva lesão de bens jurídicos dignos de tutela.¹⁸³

Finalmente, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 134/2020, destaca o acordo do portador do bem jurídico, sempre tido em consideração no âmbito dos crimes sexuais, pelo facto de que nos comportamentos sexuais em que falta o consentimento de um dos intervenientes será legítima e necessária a intervenção do direito penal, e por outro lado, condutas e comportamentos sexuais entre adultos com o consentimento de ambos¹⁸⁴, a tutela penal ser efetivamente ilegítima.¹⁸⁵

Daqui se compreendendo a relação com a dupla dimensão da liberdade sexual, na vertente negativa e na vertente positiva, respetivamente. Neste sentido, COSTA ANDRADE afirma que «razões técnicas de tutela explicam que o direito penal apenas intervenha, por princípio, na primeira», não se reclamando «que o direito penal se comprometa na promoção ativa da segunda, já se espera que ele não se constitua em motivo autónomo do seu sacrifício».¹⁸⁶

¹⁸¹ Cfr. Ac. do TC n.º 134/2020.

¹⁸² *Ibidem*.

¹⁸³ Em sentido convergente, INÊS FERREIRA LEITE realça que quanto maior o afastamento da doutrina e da jurisprudência da liberdade sexual como bem jurídico tutelado no âmbito dos crimes sexuais, mais estas decisões se tornam «confusas e contraproducentes nestas matérias.», in “*A tutela penal da liberdade sexual...*” *ob.cit.* p. 36

¹⁸⁴ INÊS FERREIRA LEITE, entende que a concordância da vítima no caso dos crimes sexuais exclui a tipicidade. Cfr. “*A tutela da liberdade...*” *ob.cit.* p. 85

¹⁸⁵ *Ibidem*.

¹⁸⁶ ANDRADE, Manuel da Costa – *Consentimento...* *ob.cit.* p. 395.

Não se duvida aqui da intervenção penal nos casos do lenocínio em que ocorre a exploração de uma situação de vulnerabilidade da pessoa que se prostitui, encontrando-se em situação de necessidade ou de abandono. Nesta hipótese «a vítima não decide em condições de liberdade aceitáveis e a sua instrumentalização retira qualquer valor ao seu consentimento».¹⁸⁷

Por consequência, releva nesta matéria, precisamente, a «problemática do consentimento/acordo, porquanto as incriminações em causa assentam na recusa da validade e eficácia à manifestação de vontade do portador individual do bem jurídico».¹⁸⁸

O Tribunal invoca a matéria do consentimento na tentativa de justificação da interpretação restritiva da norma, ao conceber o crime de lenocínio simples apenas nos casos em que exista uma exploração da situação da vulnerabilidade da pessoa que se prostitui. Porém, acaba o Tribunal por concluir que essa interpretação é «*contra legem*, sendo antes forçoso concluir que o legislador pretendeu de facto criminalizar, quando praticada profissionalmente ou com intuito lucrativo, a conduta de fomentar, facilitar ou favorecer a prostituição, independentemente de a pessoa que se prostitui ter oferecido o seu acordo à prática dos atos sexuais em que a mesma se traduz.»¹⁸⁹

É de referir que os crimes de perigo abstrato, por comparação aos crimes de perigo concreto ou aos crimes de dano, são mais difíceis de justificar, quando estejamos perante bens jurídicos passíveis de haver acordo, como sucede com a liberdade sexual. Assim, se o consentimento do portador do bem jurídico torna lícito o comportamento de terceiro e ainda «convoca à realização do bem jurídico», ao criminalizar-se o comportamento através de uma mera presunção, como sucede no caso do crime de lenocínio simples, está a «conformar-se com uma dada probabilidade de restringir o direito à liberdade do terceiro em nome de um direito que não sofreu perigo concreto e, além disso, com uma equivalente probabilidade de restringir o exercício desse mesmo direito por parte do seu portador».¹⁹⁰

Note-se que o crime de lenocínio diverge dos restantes crimes sexuais, uma vez que não se criminaliza qualquer conduta ou comportamento de cariz sexual, neste caso a prostituição, mas sim os de quem, fomenta, favorece ou facilita, com intenção lucrativa e

¹⁸⁷ CARDOSO, João Pedro Pereira – “*O dever de dignidade...*” *ob.cit.* p 259

¹⁸⁸ ANDRADE, MANUEL DA COSTA – *Consentimento...* *ob.cit.* p. 395.

¹⁸⁹ Cfr. Ac. do TC n.º 134/2020.

¹⁹⁰ *Ibidem.*

profissionalmente.¹⁹¹ Deste modo, o Tribunal considera que o tipo legal de crime não consubstancia propriamente uma restrição à liberdade sexual desproporcional de quem se prostitui, uma vez que a sua tipificação não impede diretamente a sua prática. Contudo, se não olvidarmos que, constitucionalmente, a única tutela legítima seria a do bem jurídico da liberdade sexual da pessoa que se prostitui, e que a construção do crime de lenocínio se baseia numa «cadeia de presunções», de acordo com a qual a pessoa que se prostitui não consentiu na prática de tal conduta, a perspetiva da interpretação restritiva da norma não deixa de ser aplicável. Desta feita, o principal fundamento da incriminação é a tutela de um direito que, tendo em conta a conduta descrita, pode inclusivamente ter sido exercido pelo portador do bem jurídico.¹⁹²

Acrescente-se que a Constituição não exclui a possibilidade de criação de crimes de perigo abstrato com vista à tutela de bens jurídico-constitucionais, desde que respeitados as exigências de tipicidade, porém, nos casos em que o nexo entre o facto típico e o bem jurídico tutelado for «débil», a possibilidade de esse bem jurídico ser objeto de acordo ou consentimento, reforça a conclusão de que o crime de lenocínio resulta numa restrição do direito à liberdade, previsto no artigo 27.º da Constituição, de modo desproporcional, da pessoa que facilite, fomente ou favoreça o exercício da prostituição, com intenção lucrativa ou profissionalmente.¹⁹³

Em suma, a norma constante do artigo 169.º, número 1 do Código Penal, é manifestamente desproporcional tendo em conta as limitações da incriminação e do facto de quem se prostitui poder dispor livremente do bem jurídico e como refere o Tribunal «não resiste ao teste da necessidade», principalmente, devida à inexistência ou à fraqueza do nexo entre a conduta do lenocínio e o bem jurídico da liberdade sexual.¹⁹⁴

Ainda assim, e mesmo que se insista na via da tutela do direito penal, podia o legislador diligenciar no sentido de uma restrição menor do direito à liberdade, através de uma tipificação do crime de lenocínio.¹⁹⁵ Ainda que construído como crime de perigo

¹⁹¹ No mesmo sentido, afirma JOÃO PEDRO PEREIRA CARDOSO que «sendo o bem jurídico visado a autonomia e liberdade sexual não se pode presumir, de forma categórica e inilidível, que as condutas descritas no tipo-de-ilícito (“quem fomente, favoreça ou facilite a prostituição”) traduzam em si uma perigosidade típica de lesão desse bem jurídico, isto é, põe em risco a liberdade sexual» in “*O dever de dignidade...*” *ob. cit.* pp. 236 e 237.

¹⁹² Cfr. Acórdão do TC n.º 134/2020.

¹⁹³ *Ibidem.*

¹⁹⁴ *Ibidem.*

¹⁹⁵ Neste sentido, JOÃO PEDRO PEREIRA CARDOSO considera que em face da ilegitimidade da incriminação em virtude da violação do princípio da necessidade, o bem jurídico presente na incriminação

abstrato, mas que configurasse um verdadeiro nexó entre a conduta tipificada e o bem jurídico que a incriminação visa proteger, em sentido diferente da atual configuração da norma, que restringe um direito em detrimento de um outro, neste caso, o da liberdade sexual, que pode nunca ter sido colocado concretamente em perigo e, inclusivamente ser exercido com o consentimento do seu portador, não carecendo, então, de qualquer tutela penal.¹⁹⁶

Considerações feitas acerca do Acórdão n.º 134/2020, é de notar que a sua fundamentação do juízo de inconstitucionalidade da norma prevista no artigo 169.º, número 1 do Código Penal, apresenta uma rutura com a da jurisprudência constitucional até então. De facto, ao desconstruir e decompor as justificações oferecidas pela jurisprudência que pugna pela não inconstitucionalidade do lenocínio simples, o Tribunal caminha, a nosso ver, no sentido de um direito penal livre de concepções éticas e morais, que, ao invés de tutelar o bem jurídico liberdade sexual, como seria suposto atenta a sua sistematização, mais não fazem do que limitá-la, na senda de concepções já há muito ultrapassadas.

seria tutelado de forma eficaz com uma «regulação administrativa da atividade». Deste modo, o Autor distingue os modelos de gestão da prostituição, nomeadamente: o proibicionismo, que criminaliza a atividade da prostituição e todas as com ela conexas, inclusivamente o cliente, como é o caso dos Estados Unidos da América à exceção do Estado do Nevada; o abolicionismo, vigente em Portugal, que considera que a atividade como contrária à dignidade da pessoa humana, e por esse motivo, persegue criminalmente quem a favorece, facilita ou fomenta; o novo abolicionismo, que entende a prostituição como uma questão de violência de género, criminalizando-a e a todos os seus intervenientes, vigente na Suécia, Noruega, Islândia, França e Irlanda do Norte; e o regulamentarismo, defendido pelo feminismo liberal e que entende que a prostituição é um fenómeno existente na sociedade e que, por esse motivo, é necessária a sua regulamentação, enquadrando as pessoas que se prostituem como trabalhadoras, com todos os direitos inerentes a essa categoria, como sucede na Alemanha e na Holanda. In “*O dever de dignidade...*” *ob.cit.* pp. 243 e 244.

¹⁹⁶ Cfr. Ac. do TC n.º 134/2020.

V. O papel da mulher no direito penal

1. Lenocínio - uma questão de género?

É certo que o princípio da igualdade, consagrado no artigo 13º da CRP, constitui um dos pilares fundamentais do ordenamento jurídico interno.

Contudo, a análise do papel da mulher – e apenas da mulher, individualizada, enquanto grupo maioritariamente afetado, no âmbito dos crimes sexuais - no direito penal é, a nosso ver, fundamental dentro do tema objeto da presente dissertação.

Tendo a incriminação do lenocínio o seu fim a punição de quem favorece ou facilita a atividade de quem se prostitui, revela-se pertinente compreender, *per si*, o desenvolvimento da mesma em relação à mulher.

E tal justifica-se porque a prostituição afeta, desde sempre, desproporcionalmente as mulheres, sendo de notar que a maior parte dos clientes são homens, e a maior parte das pessoas que se prostituem são mulheres. MARIA CLARA SOTTOMAYOR justifica este fenómeno devido à «tradição patriarcal de objetificação do seu corpo».¹⁹⁷

Como refere CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA, «o que esteve sempre em causa foi a mulher, a prostituta, e não a atividade em si», sendo que «na dicotomia cliente-prostituta, aquele tem direito ao livre exercício da sexualidade; esta vê, mais uma vez, a sua sexualidade regulada». Na perspetiva oposta, a prostituição representa «um dos inúmeros aspetos da utilização do objeto feminino».¹⁹⁸

A Autora acrescenta ainda que «numa visão condicionada por estes dois parâmetros, não há lugar para considerações sobre a categoria (inexistente, em termos teóricos) da mulher que dispõe do seu corpo – pois que este verdadeiramente não lhe pertence, sendo a respetiva utilização regulada pelo direito e (pre)conceitos de cada época e sociedade. O que esteve sempre em causa, na forma de encarar a prostituição, foi a mulher, a prostituta e não a atividade em si».¹⁹⁹

¹⁹⁷ SOTTOMAYOR, Clara – “*Direitos humanos, género e igualdade*” in *Julgar com perspetiva de género – entre a constitucionalidade e a igualdade*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2019, p. 40.

¹⁹⁸ ALMEIDA, Carlota Pizarro de – “*O crime de lenocínio...*” *ob.cit.* p. 33

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 33

Neste sentido, impõe-se a questão: será a criminalização do lenocínio uma questão (também) de gênero?

Parece-nos a nós que a resposta será afirmativa. É notório que o papel da mulher no Direito Penal, e sobretudo no âmbito dos crimes sexuais, tem sofrido diversas mutações.

Durante muito tempo, o Código Penal diferenciou acerrimamente o homem da mulher, em que esta última, no que às incriminações concerne, era objeto de um critério dualista, entre mulher pura e honesta, e nesse sentido, virgem enquanto solteira ou, por oposição, impura, e cuja atuação e comportamento não correspondia aos ditames sociais e morais da época.

Mesmo assim, abandonada a distinção dos crimes e da pena aplicável em função do gênero nas incriminações presentes no Código Penal, a equiparação dos cônjuges e a igualdade de direitos e deveres²⁰⁰, reconhecemos que nos casos de crimes contra a liberdade sexual as mulheres são, mais uma vez, desproporcionalmente afetadas.²⁰¹

Neste sentido, têm surgido diversos instrumentos europeus de combate a esta violência contra as mulheres²⁰², nomeadamente a Convenção de Istambul, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e a Convenção para a Supressão do Tráfico de Pessoas e de Exploração da Prostituição de Outrem.

Contudo, não podemos admitir que o lenocínio tutela «bens jurídicos portadores de dignidade constitucional – o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, o direito à autodeterminação sexual, à integridade pessoal, e o direito à identidade, enquanto direito a ser sujeito e não objeto de outrem», como defende MARIA CLARA SOTTOMAYOR.²⁰³

²⁰⁰ Em sentido mais aprofundado, cfr. BELEZA, Teresa Pizarro – *Mulheres, Direito, Crime ou A Perplexidade de Cassandra*, AAFDL, 1990, p. 141 e ss.

²⁰¹ Cfr. Lobby Europeu de Mulheres, Resolução do Parlamento Europeu, de 5 de abril de 2011. No mesmo sentido, cfr. preâmbulo da Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica, aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 4/2013, que reconhece que reconhece que as «mulheres e raparigas estão muitas vezes expostas a formas graves de violência, tais como a violência doméstica, o assédio sexual, a violação, o casamento forçado, os chamados «crimes de honra» e a mutilação genital, os quais constituem uma violação grave dos direitos humanos das mulheres e das raparigas e um obstáculo importante à realização da igualdade entre mulheres e homens», acrescentando ainda que «as mulheres e as raparigas estão expostas a um maior risco de violência de gênero que os homens».

²⁰² A Convenção de Istambul define-a, na alínea a) do seu artigo 3.º como «uma violação dos direitos humanos e é uma forma de discriminação contra as mulheres, abrangendo todos os atos de violência de gênero que resultem, ou possam resultar, em danos ou sofrimentos físicos, sexuais, psicológicos ou económicos para as mulheres, incluindo a ameaça de tais atos, a coação ou a privação arbitrária da liberdade, tanto na vida pública como na vida privada;

²⁰³ SOTTOMAYOR, Clara – *“Direitos humanos... ob. cit., p. 40.*

Inclusivamente, a Autora parte da premissa que as pessoas que se dedicam à prática da prostituição, estão inseridas num contexto de pobreza e exclusão social, constituindo um «grupo vulnerável, carecido de proteção», acrescentando ainda a associação deste fenómeno com o tráfico de mulheres para fins de exploração sexual. Mais, o desaparecimento do inciso com a reforma de 1998 situa-se «na margem de conformação do legislador democrático e visa, não a tutela de qualquer moral, mas a proteção de direitos fundamentais das pessoas à autonomia, à integridade pessoal, ao livre desenvolvimento da personalidade e à dignidade».²⁰⁴

Porém, parece-nos que nenhuma destas considerações pode servir de fundamento à legitimidade da incriminação.

Objetivamente, o crime de lenocínio, como já supra referido e analisado, encontra-se tipificado no Código Penal na secção “Dos crimes contra a liberdade sexual”. Por suposto, o bem jurídico tutelado com a incriminação seria a liberdade sexual da pessoa que se prostitui, em virtude do comportamento de quem com o intuito lucrativo ou profissionalmente, fomenta, facilita ou favorece esta atividade.

No entanto, e pese embora o acolhimento da doutrina que considera a prostituição uma questão de violência de género, e por este motivo, advoga pela sua não inconstitucionalidade, desde já, com ela não podemos concordar.

A prática da prostituição, embora por vezes possa coincidir com situações de uma efetiva exploração, é uma manifestação da liberdade individual e sexual de quem se prostitui. Por consequência, a prática de quem a facilita, fomenta ou favorece, profissionalmente ou com intuito lucrativo, constitui igualmente uma expressão da liberdade de escolha de profissão e de género de trabalho.

Com a incriminação, problematiza-se a questão da mulher enquanto conjunto e vítima do crime. Atente-se, a título elucidativo, a Lei n.º 13.104, de 9 de março de 2015 no Brasil, que prevê o feminicídio e a sua integração no catálogo dos crimes hediondos. Poderá afirmar-se que a categorização das vítimas, conectada com uma nova perspetiva sobre determinados direitos, contribui para um alargamento do âmbito da tutela penal, ao serviço do populismo atual?

²⁰⁴ SOTTOMAYOR, Maria Clara – “*Direitos humanos...*” *ob.cit.* pp. 41 e 42.

Neste sentido, MARIA JOÃO ANTUNES realça que, por via de um «populismo»²⁰⁵ punitivo a partir da notícia da prática de crimes de determinada natureza, que conduziu a uma resposta política», o bem jurídico assume um papel justificativo da intervenção do *ius puniendi* e já não a sua função delimitadora, o que, por consequência, nos faz duvidar da intervenção penal no âmbito de um Estado de Direito democrático, assente no princípio da tutela subsidiária de bens jurídicos.²⁰⁶

Conclusivamente, não obstante a prática do lenocínio afetar de maneira desproporcionada as mulheres, a incriminação não poderá ser justificada por esta via.

De facto, seguimos o entendimento de que com a atual redação do artigo 169.º, número 1 do Código Penal, não é o bem jurídico da liberdade sexual que se visa tutelar, mas sim, um certo paternalismo e um tendencial populismo, associados a concepções de cariz moral. Esta tutela traduz a ideia de que a pessoa que se prostitui é restringida na sua liberdade de se autodeterminar sexualmente, como se a ela não lhe assistisse o direito de dispor do próprio corpo, e quem favorece, facilita ou fomenta a sua atividade é punido igualmente no seio de uma visão antagónica à de um direito penal de um Estado de Direito democrático.

²⁰⁵ Igualmente neste sentido CAEIRO, Pedro; FIGUEIREDO, José Miguel, em comentário ao artigo 170º do Código Penal, identificam o «populismo demagógico» que se tem sobreposto a necessidades político-criminais «racionalmente fundadas e devidamente filtradas pelos princípios da necessidade e subsidiariedade da lei penal». In – “Ainda dizem que as leis não andam: reflexões sobre o crime de importunação sexual em Portugal e em Macau”, p. 161, disponível em https://www.fd.uc.pt/~pcaeiro/2016_Ainda_dizem_que_as_leis_ao_andam.pdf

²⁰⁶ A título de exemplo, a incriminação do comportamento de quem alicia menores para fins sexuais, p.p. pelo artigo 176.º-A do CP, o comportamento de quem importunar outra pessoa, formulando propostas de teor sexual ou constringendo-a a contacto de natureza sexual, p.p. pelo artigo 170.º do CP. Cfr. ANTUNES, Maria João – *Constituição, Lei Penal e Controlo de Constitucionalidade*. Almedina, Dezembro 2009, p. 34; No mesmo sentido, ROXIN afirma que «a função liberal da ideia de bem jurídico consiste precisamente também em proteger a minoria contra o domínio da maioria. (...) não deve esquecer-se que a opinião pública sobre a aprovação ou reprovação de determinadas condutas não ofensivas de bens jurídicos, em especial referentes a convicções políticas, religiosas ou sexuais, é mutável e suscetível de manipulação. Logo, não pode ser este o fundamento de uma política jurídico-penal que se pretenda racional». In “*O conceito de bem jurídico...*” *ob.cit.* pp. 30 e 31.

Considerações Finais

Aqui chegados somos a concluir que a intervenção do direito penal na prática do lenocínio é ilegítima, por não tutelar nenhum bem jurídico digno de pena.

Ora, na sua função subsidiária de tutela de bens e interesses constitucionalmente protegidos, o direito penal acompanha os bens jurídicos que pretende proteger. Como o tempo, não estagna nem é imutável.

A esfera dos crimes sexuais, por constituir uma matéria tão sensível na medida em que se liga profundamente à liberdade pessoal de cada um e ao seu livre desenvolvimento, sempre foi alvo de concepções muito marcadas.

O conteúdo e os limites da sexualidade foram, desde sempre, objeto de necessidade da imposição de restrições por parte da comunidade. Restrições estas, que, muitas das vezes, não se prendiam com a tutela de um bem ou interesse fundamental da comunidade, mas sim com uma certa moral social que se impunha a todos os indivíduos.

Como se pretendeu demonstrar estas concepções estiveram, durante séculos, ligadas a padrões morais que determinada sociedade valorizava e considerava como fundamentais.

A laicização do estado bem como o lento abandono das concepções morais como legitimadoras da intervenção estatal, e os princípios do pluralismo e da tolerância em que assenta um verdadeiro Estado de Direito democrático, contribuíram para a descriminalização de determinadas condutas, sobretudo no âmbito dos crimes sexuais, vistas como ofensivas e contrárias à moral e aos bons costumes, ao entender-se que, em concreto, nenhum bem jurídico digno de pena estaria a ser tutelado.

O entendimento da dimensão da autonomia individual, bem como do livre desenvolvimento da personalidade, contribuiu, igualmente, em larga escala para a alteração desta conjuntura.

Assim, o facto de um indivíduo praticar determinados atos que possam ser desaprovados pela comunidade, não pode constituir fundamento de uma incriminação, sobretudo quando concorram para o seu livre desenvolvimento pessoal.

Apesar de, muitas vezes, esta a moral comunitária coincidir com as normas jurídicas, as condutas e comportamentos sexuais, desde que praticados entre adultos que prestem o seu consentimento, e na sua vida privada, apenas a eles lhes interessam, não cabendo ao direito penal intervir.

Deste modo, a liberdade sexual é o único bem jurídico tutelado no âmbito dos crimes sexuais. Tal significa que a mera ofensa a valores morais não pode constituir fundamento da incriminação, uma vez que, a moral, *per si*, não constitui um bem jurídico digno de tutela penal.

No seio de uma sociedade multicultural, que se pretende democrática, pluralista e tolerante, de acordo com os fundamentos de um Estado de Direito não se pode tolerar a intervenção de um Direito Penal na esfera privada de cada indivíduo, quando os seus atos e os seus comportamentos, não digam respeito a mais ninguém do que a si próprio, e não causam a lesão ou a limitação de direitos de terceiros.

Mesmo com a evolução legislativa em matéria de crimes sexuais e com a importante reforma do Código Penal de 1995, que passou a inserir os crimes sexuais na secção dos crimes contra a liberdade sexual, o rasto das concepções morais tende a subsistir, como sucede, de facto, com o crime de lenocínio simples.

Neste sentido, cremos que o lenocínio simples, na redação atual do artigo 169.º, número 1 do Código Penal, é materialmente inconstitucional, por violação do princípio da proporcionalidade, previsto no artigo 18º, número 2 da Constituição.

Assim, para que determinada incriminação se revele legítima tem que obedecer aos princípios jurídico-constitucionais da proporcionalidade e da necessidade da pena.

O direito penal deve limitar-se ao necessário para a salvaguarda de outros direitos, através de uma intervenção mínima, de *ultima ratio*, atuando apenas em última instância, quando outros meios se revelem incapazes de proteger tais direitos e interesses.

De facto, a incriminação não tutela o bem jurídico liberdade sexual, como seria de prever, tendo em conta a sua sistematização, mas tão pouco uma certa moralidade que tende a persistir.

Ora, se a prática da prostituição se encontra à margem da tutela penal, o facto de o comportamento de quem favorece, facilita ou fomenta esta atividade, ainda que com intenção lucrativa ou profissionalmente consubstanciar uma conduta criminosa é, no mínimo, contraditório.

Porém, tal não significa que consideremos que o Estado seja indiferente ou neutro ao fenómeno da prostituição. Tendo em conta que esta é uma realidade que perdura desde os primórdios da humanidade, cremos que cabe ao Estado a tutela dos comportamentos

com ela relacionados, quando em causa esteja em risco a efetiva lesão de um concreto bem jurídico. Mais, perante a recusa do Estado em regulamentar a atividade da prostituição, e mantendo a opção político-criminal de apenas criminalizar as condutas com ela relacionadas, coloca-a à margem da sociedade, indigna de qualquer proteção. Contudo, esta tutela deverá ser operada em conformidade com os princípios constitucionais impostos.

É compreensível a preocupação do legislador na tutela de um bem, quando em causa esteja a disposição do corpo, como obtenção de uma contrapartida monetária. Contudo não se compreende o recurso ao *ius puniendi* do Estado para sancionar quem fomenta, facilite ou favoreça esta atividade.

Acresce que, se por um lado, é pretendida a eliminação das concepções morais das normas penais, por não tutelarem nenhum bem jurídico, por outro, tendem a crescer o número de incriminações ao abrigo de um certo populismo, que mais não faz, do que desvirtuar a função do bem jurídico como limitadora da intervenção do poder punitivo do Estado.

Conclusivamente, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 134/2020, que julga inconstitucional a norma do lenocínio simples, não só é pioneiro, como constitui um marco num caminho há muito traçado, que pretende expurgar do direito penal, qualquer vestígio de uma ordem moral.

Cremos que deste modo, e com a mais recente viragem do entendimento da jurisprudência constitucional, estamos mais próximos de um direito penal livre dos ideais moralistas e paternalistas, que há muito o assombram.

Bibliografia

ALFAIATE, Ana Rita - A relevância penal da sexualidade dos menores, Coimbra Editora, 2009.

ALMEIDA, Carlota Pizarro de – “O crime de lenocínio no artigo 170.º, N.º 1, do Código Penal. Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 144/04” in *Jurisprudência Constitucional*, N.º 7, jul/set. 2005, pp. 21-35.

ANDRADE, Manuel da Costa – Consentimento e Acordo em Direito Penal (Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista). Coimbra Editora, 2004.

_____ “*Contributo para o Conceito de Contra-Ordenação (A Experiência Alemã)*” in *Revista de Direito e Economia*, 6/7, Coimbra, 1989-1981, pp. 81-121.

ANTUNES, Maria João – *Constituição, Lei Penal e Controlo de Constitucionalidade*. Almedina, Dezembro 2019.

_____ “Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual dos menores” in *Julgar*, n.º 12 (especial), 2010, pp. 153-161.

_____ “*Dos atos homossexuais com adolescentes aos atos sexuais com adolescentes (da norma dos casos à norma do artigo 173.º do Código Penal)*”, in *Estudos em memória do Conselheiro Artur Maurício*. 1ª Ed., dezembro, 2004, pp. 1009-1023

_____ “Género e racionalidade das leis penais” in “*Julgar com perspetiva de género – entre a constitucionalidade e a igualdade*”. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2019. Disponível na internet: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/outros/eb_JulgarPGenero.pdf [Consult. 16/07/2020].

BELEZA, Teresa Pizarro – *Mulheres, Direito, Crime ou A Perplexidade de Cassandra*, AAFDL, 1990.

_____ “Anjos e monstros – A construção das relações de género no direito penal”, in *Ex Aequo*, n.º 10, 2004, pp. 29-40.

CARDOSO, JOÃO PEDRO PEREIRA – “O dever de dignidade da pessoa humana: inconstitucionalidade do crime de lenocínio”, in *DataVenía Revista Jurídica Digital*, N.º 11, Ano 2020, disponível em www.datavenia.pt [consulta em 27/09/2020].

COSTA, JOSÉ DE FARIA – “Sobre o objeto de proteção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito penal não iliberal”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, N.º 3978, 2013, p. 158-173.

COSTA, JOSÉ MARTINS BARRA DA – “O crime de lenocínio. Harmonizar o direito, compatibilizar a prostituição”, in *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, n.º 12, 2002, pp. 411-457.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da – *Constituição e Crime- uma perspetiva de criminalização e descriminalização*. Universidade Católica Portuguesa Editora, Porto, 1995.

DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal. Parte Geral, Tomo I, A Doutrina Geral do Crime*, 3ªEd., outubro 2019, Gestlegal.

___ “O “direito penal do bem jurídico” como princípio jurídico-constitucional implícito”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 145º, Nº 3998, maio-junho de 2016, pp. 250-266.

_____; **ANTUNES, Maria João** - “Da inconstitucionalidade da tipificação do lenocínio como crime de perigo abstrato” in *Estudos em Homenagem ao Senhor Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro, Volume I, Direito Constitucional*, Almedina, 2019.

DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva – *Crimes Sexuais com Adolescentes. Particularidades dos artigos 174º e 175º do Código Penal Português*. Almedina, 2006.

DUARTE, Jorge Dias – “*Tráfico e exploração sexual de mulheres*” in *Revista do Ministério Público*, Ano 22.º, janeiro-março 2011, n.º 85, pp. 51-69.

LEITE, INÊS FERREIRA – “Prostituição, feminismo e capitalismo no debate legalização vs. Incriminação”, in Faces de Eva. Estudos sobre a Mulher. N.º35, Lisboa, 2016, pp. 93-113.

_____ “A Tutela Penal da Liberdade Sexual”, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Diretor: Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, grupo Wolters Kulwer, ano 21, n.º 1, janeiro-março 2011, pp. 29-94.

LOPES, José Mouraz - Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal. 4ª Edição Revista e modificada de acordo com a Lei nº59/2007, de 4 de setembro. Coimbra Editora, 2008.

MILL, John Stuart Mill – Sobre a Liberdade. Trad. de Pedro Madeira. Coleção Livros que mudaram o Mundo. Edições 70.

MIRANDA, Jorge – “A Constituição e a dignidade da pessoa humana” in Didaskalia, XXIX, 1999, p. 473-485.

NATSHERADETZ, Karl Prehaz – O Direito Penal Sexual. Conteúdo e limites. Livraria Almedina: Coimbra, 1985.

OLIVEIRA, Alexandra Oliveira – “História jurídico-legislativa da prostituição em Portugal”, in Revista do Ministério Público, Ano 25.º, Abril-Junho 2004, N.º 98, pp. 145-156.

PEREIRA, Rui Carlos – “Liberdade sexual: a sua tutela na reforma do Código Penal”, in SubJudice, n.º 11, janeiro-junho 1996, pp. 41-48.

RAMOS, Fernando João Ferreira - “Os crimes sexuais no projecto de revisão do Código Penal de 1982”, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 3, Fasc. 1, janeiro-março, 1993, p. 53-66.

RAPOSO, Vera Lúcia – “Da moralidade à liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual” in Separata de Liber Discipulorum para Jorge Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2003.

RODRIGUES, Anabela; **FIDALGO**, Sónia – “Artigo 169º (Lenocínio), in Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I, Coimbra Editora, pp. 796-815.

ROXIN, Claus – “O Conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova”, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, N°23, 2013, pp. 1-37.

___ Problemas Fundamentais de Direito Penal. Vega, 3ªEd., 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang – “Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência”, in Revista Brasileira de Ciência Criminal, N°47, 2004, pp. 60-122.

SOTTOMAYOR, Maria Clara – “Direitos humanos, género e igualdade”, in Julgar com perspectiva de género – entre a constitucionalidade e a igualdade. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2019 [Consult. 16/07/2020]. Disponível na internet: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/outros/eb_JulgarPGenero.pdf

TORRÃO, Fernando – “A propósito do bem jurídico protegido nos crimes sexuais”, in Boletim da Faculdade de Direito: Universidade de Coimbra, V. 71, 1995, pp. 545-570

Jurisprudência

• Tribunal Constitucional

- Acórdão n.º 426/91, de 08/11/1991, disponível em www.tribunalconstitucional.pt
- Acórdão n.º 335/94, de 18/04/1994, disponível em www.tribunalconstitucional.pt
- Acórdão n.º 144/2004, de 10/03/2004, disponível em www.tribunalconstitucional.pt
- Acórdão n.º 247/05, de 10/05/2005, disponível em www.tribunalconstitucional.pt
- Acórdão n.º 396/2007, de 10/07/2007, disponível em www.tribunalconstitucional.pt
- Acórdão n.º 645/2011, de 21/12/2011, disponível em www.tribunalconstitucional.pt
- Acórdão n.º 377/2015, de 27/07/2015, disponível em www.tribunalconstitucional.pt
- Acórdão n.º 641/2016 de 21/11/2016, disponível em www.tribunalconstitucional.pt
- Acórdão n.º 178/2018, de 10/04/2018, disponível em www.tribunalconstitucional.pt
- Acórdão n.º 134/2020, de 03/03/2020, disponível em www.tribunalconstitucional.pt