

1 2 9 0



UNIVERSIDADE D  
COIMBRA

Sara Pereira de Almeida

**O CRIME DE LENOCÍNIO:  
A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 169.º, N.º 1  
DO CÓDIGO PENAL**

Dissertação no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais,  
orientada pelo Professor Doutor Pedro Caeiro e apresentada à Faculdade  
de Direito da Universidade de Coimbra

**OUTUBRO DE 2021**



**Sara Pereira de Almeida**

**O CRIME DE LENOCÍNIO: A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO  
169.º, N.º 1 DO CÓDIGO PENAL**

***THE CRIME OF PIMPING: THE (UN)CONSTITUTIONALITY OF THE ARTICLE  
169.º, N.º 1 OF THE PORTUGUESE PENAL CODE***

*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.*

**Orientador:** Senhor Professor Doutor Pedro Caeiro

COIMBRA

2021

**“Whatever you do in life will be insignificant but it is very important that you do it,  
because nobody else will.”**

Mahatma Gandhi

**“Injustice anywhere is a threat to justice everywhere.”**

Martin Luther King Jr.

## Agradecimentos

Aos meus pais,  
Por me ensinarem que sem trabalho, sem sacrifícios não há nada. Por tornarem tudo isto possível. Nunca terei palavras para exprimir todo o meu amor e gratidão.

Ao meu padrinho,  
“Quem é lembrado vive.”

Ao Miguel,  
Por acreditar sempre em mim.

À Bea e à Raquel,  
Por tornarem Coimbra inesquecível.

À minha família e amigos,  
Por todo o alento nas horas de maior desânimo.

Um agradecimento especial,  
Ao Ivo, à Catarina e ao Francisco por me continuarem a aturar.

Ao Professor Doutor Pedro Caeiro,  
Pela orientação e acompanhamento nesta jornada.

A Coimbra e à Faculdade de Direito,  
Pela melhor formação jurídica possível e pelos melhores anos da minha vida.

## Resumo

A investigação que iremos apresentar debruça-se sobre o crime de lenocínio, mais concretamente o artigo 169.º, n.º 1 do Código Penal, que prevê o tipo legal de crime de lenocínio simples.

Primeiramente, teceremos algumas considerações introdutórias sobre os crimes sexuais e a evolução legislativa do crime de lenocínio até aos dias de hoje.

Posteriormente, dedicaremos algum tempo a analisar o regime atual do crime de lenocínio simples, fazendo uma observação crítica ao tipificado pelo legislador. Feito o estudo aprofundado do 169.º, n.º 1 do CP, recorreremos à doutrina e à jurisprudência para analisar o bem jurídico tutelado, por se tratar de um elemento de grande destaque da dissertação.

Será igualmente feita um breve referência ao crime de lenocínio de menores (175.º do CP) e ao lenocínio agravado (169.º, n.º 2 do CP).

De seguida, procederemos à análise do fenómeno da prostituição em Portugal e em outros ordenamentos jurídicos.

Para delimitar o crime de lenocínio será feita uma pequena referência ao crime de tráfico de pessoas (art.º 160, n.º 1 do CP).

Por último, e com o intuito de apurarmos se a incriminação contida no 169.º, n.º 1 do CP tem ou não legitimidade constitucional, evocaremos os preceitos e exigências constitucionais (artigo 18.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa).

Tudo isto com o propósito de responder com clareza ao seguinte: o artigo 169.º, n.º 1 do Código Penal tutela o bem jurídico da liberdade sexual?

**Palavras-chave:** crime de lenocínio, bem jurídico, liberdade sexual, inconstitucionalidade, prostituição.

## **Abstract**

The investigation that will be presented focuses on the crime of pimping (article 169.º, n.º 1 do the Portuguese Penal Code).

First, we will make some introductory remarks about sex crimes and the legislative evolution of the crime of pimping until nowadays.

Later, we will take some time to analyze the current regime of the crime of pimping simple and make a critical observation about the options that the legislator took. Finished the depth study of the art. 169.º, n.º 1 of the CP, we will resort to doctrine and jurisprudence to analyze the “legal good” because it is the major element of the dissertation.

A brief reference will also be made to the crime of pimping of minors (art.º 175.º of the CP) and the crime of pimping qualified (169.º, n.º 2 of the CP).

Then, we will analyze the phenomenon of prostitution in Portugal and in other legal systems around Europe.

To delimit the crime of pimping, a small reference will be made to the crime of trafficking people (article 160.º, n.º 1 of the CP).

With the purpose of determine whether the incrimination contained in the art.º 169., n.º 1 of the CP has constitutional legitimacy or not, we will evoke the constitutional principles (art.º 18.º, n.º 2 of the Portuguese Constitution).

All this to answer clearly to the following question: does the article 169.º, n.º 1 of the Portuguese Penal Code protect the “legal good” of sexual freedom?

**Keywords:** crime of pimping, legal good, sexual freedom, unconstitutionality, prostitution.

## **Lista de abreviaturas**

Ac. – Acórdão

Art.º – Artigo

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

DLG's – Direitos, liberdades e garantias

DPenal – Direito Penal

N.º – Número

JC – Jurisprudência constitucional

Pág./págs. – Página/páginas

Proc. – Processo

Segs. – Seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

TR – Tribunal da Relação

# Índice

<b>Agradecimentos</b> .....	4
<b>Lista de abreviaturas</b> .....	7
<b>Introdução</b> .....	9
<b>1. Considerações gerais sobre os crimes sexuais</b> .....	11
<b>3. O crime de lenocínio</b> .....	15
<b>3.1. Artigo 169.º, n.º 1 do Código Penal: lenocínio simples</b> .....	15
<b>3.2. Artigo 169.º, n.º 2 do Código Penal: lenocínio qualificado</b> .....	25
<b>3.3. Artigo 175.º do Código Penal: lenocínio de menores</b> .....	27
<b>3.4. A prostituição</b> .....	30
<b>3.5. Delimitação do crime de lenocínio: breve referência ao crime de tráfico de pessoas (art.º 160.º, n.º 1 do CP)</b> .....	39
<b>4. Problemática do bem jurídico e a intervenção penal excessiva</b> .....	43
<b>4.1. O bem jurídico</b> .....	43
<b>4.2. A “dignidade da pessoa humana” não pode ser fundamento de restrições</b> .....	45
<b>4.3. Os limites dos limites (art.º 18.º, n.º 2 da CRP)</b> .....	48
<b>Conclusão</b> .....	51
<b>Legislação</b> .....	55
<b>Jurisprudência</b> .....	55
<b>Bibliografia</b> .....	57



## Introdução

Os crimes sexuais, pela sua natureza, são um dos campos mais tenebrosos da política criminal, pois devido à vulnerabilidade que é associada às vítimas verifica-se uma maior preocupação popular<sup>1</sup>, que conseqüentemente se repercute indevidamente na incriminação de determinadas condutas.

O maior exemplo dessa construção legal “moralista” é o crime de lenocínio simples, previsto no artigo 169.º, n.º 1 do Código Penal, que continua a estigmatizar as pessoas que se prostituem livremente. Apesar da unanimidade no âmbito dos crimes de natureza sexual de que os únicos bens jurídicos dignos de tutela penal são a liberdade e autodeterminação sexual, temos um tipo legal de crime sem qualquer bem jurídico.

E apesar do crime de lenocínio simples se encontrar tipificado no capítulo do CPenal que visa tutelar o bem jurídico da liberdade sexual, duvidamos seriamente se o mesmo protege esse mesmo bem jurídico.

Atendendo à natureza subsidiária do DPenal e a todos os princípios constitucionais que devem ser atendidos na incriminação de uma conduta, a incriminação constante do 169.º, n.º 1 parece-nos que não respeitou os preceitos constitucionais.

Ao subsistir a dúvida de não identificarmos “à primeira vista” a liberdade sexual como o bem jurídico tutelado pelo tipo legal de crime de lenocínio simples, levando-nos assim a questionar a sua inexistência e conseqüentemente a sua inconstitucionalidade.

Por vivemos num Estado de Direito Democrático<sup>2</sup>, que tem como valor máximo a dignidade da pessoa humana<sup>3</sup>, causa-nos algum transtorno em aceitar a dificuldade em determinar e identificar qual o bem jurídico que o 169.º, n.º 1 visa tutelar. Por se tratar de um ramo de Direito de última *ratio* e por isso mesmo, ser aplicável apenas em “última instância”, compreende-se o rigor e a exigência impostas com o intuito de garantir uma intervenção do DP apenas nos casos estritamente necessários, evitando-se interferências estaduais abusivas, muito menos admitir intervenções que na sua motivação se encontram razões moralistas.

---

<sup>1</sup> «O discurso que tem levado à crítica fácil de determinadas normas penais, por um lado, e à introdução de novas normas, por outro, tem-se alicerçado em opções que são certamente, e tão-só, opções “político-criminalmente correctas”, as quais têm eco fácil numa opinião pública que tem sido chamada a “legislar em matéria penal”.» (Retirado de ANTUNES, Maria João, “Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual dos menores” in *Revista Julgar*, n.º 12, 2010, pág. 159)

<sup>2</sup> Artigo 2.º da Constituição da República Portuguesa

<sup>3</sup> Art.º 1.º da CRP

O Direito Penal tem a função de tutelar bens jurídicos, só e apenas, e não a função de se intrometer na esfera privada das pessoas e impor um “modo de vida” que é considerado como certo pela maioria da sociedade. Essa ideia de “modo de vida correcto” acarreta consigo inúmeros preconceitos e limitações de carácter moral que não podem ser tidas em conta pelo Direito Penal, pois se tal se sucedesse extrapolar-se-ia barbaramente todos os princípios e ideais sobre os quais a intervenção penal se versa.

Não existindo bem jurídico, não há necessidade de intervenção penal. Ou seja, não conseguindo identificar o bem jurídico que o art.º 169.º, n.º 1 do CP visa tutelar, a sua intervenção é excessiva e consequentemente inconstitucional, sendo sensato proceder à sua descriminalização.

«As sociedades actuais que assumem uma postura político-filosófica assente num Estado de Direito democrático e social, conferindo um particular relevo à dignidade da pessoa humana – traduzida na vinculação jurídica dos actos do aparelho estadual possibilitadores do respeito pela autonomia e liberdade ética do homem individualizado -, só fazem intervir o direito punitivo quando, em relação a determinadas condutas, se mostra necessário e eficaz para proteger bens jurídicos<sup>4</sup>.»

FIGUEIREDO DIAS entende que «o homem deve ser inteiramente livre no seu pensamento, na sua convicção e na sua mundividência – só deste modo se constituindo uma sociedade verdadeiramente pluralista – ao Estado falece, por inteiro, legitimidade para impor, oficial e coactivamente, quaisquer concepções morais, para tutelar a moral ou uma certa moral: neste campo tudo deve ser deixado à livre decisão individual<sup>5</sup>.»

O legislador penal não tem qualquer legitimidade para punir condutas que não lesem nenhum bem jurídico, não pode proceder à incriminação de comportamentos que não sejam impeditivos do exercício da liberdade sexual, sendo que as práticas de natureza sexual só poderão ser criminalizadas quando não existir consentimento.

---

<sup>4</sup> TORRÃO, Fernando, “A propósito do bem jurídico protegido nos crimes sexuais (Mudança de paradigma no novo Código Penal) in Boletim da Faculdade de Direito, vol. 71, Coimbra, 1995, pág. 547

<sup>5</sup> ANDRADE, Manuel da Costa, Consentimento e Acordo em Direito Penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista, Coimbra Editora, 1991, pág. 387

# 1. Considerações gerais sobre os crimes sexuais

Ao longo dos tempos, o Direito Penal tem vindo a sofrer inúmeras mudanças, consequência da constante evolução social, exigindo que o Direito acompanhe essa mesma transformação.

Os crimes sexuais têm sido objeto de inúmeras alterações. FIGUEIREDO DIAS afirma ter-se verificado uma «alteração das conceções comunitárias sobre a dignidade penal dos factos contra a liberdade e autodeterminação sexual, no sentido da sua maximização<sup>6</sup>».

Inicialmente, quer no Código Penal de 1852, quer no Código Penal de 1886, os crimes de natureza sexual encontravam-se inseridos nos “Crimes contra a honestidade”, contra a moralidade e os bons costumes<sup>7</sup>. O bem jurídico tutelado era a moral social sexual e não o indivíduo enquanto pessoa.

No Código Penal de 1982, na versão inicial, mantinha-se a tutela da moral social sexual, sendo notória a influência de carácter moralista, presente nos dois anteriores códigos, a transpor-se para o novo Código Penal.

Apenas em 1995, consequência da reforma feita ao CP, foi alterada a inserção sistemática dos crimes sexuais, passando estes a integrar o capítulo onde se encontram previstos os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual (do título I “Crimes contra as pessoas”), deixando estes de serem crimes contra a sociedade ou contra o Estado.

Romperam-se com as conceções moralistas e os crimes de natureza sexual passaram a ser vistos como crimes contra as pessoas, contra um valor estritamente individual: o da liberdade e autodeterminação sexual.

«O direito penal sexual evoluiu no sentido de deixar de ser “um direito tutelar da ‘honestidade’, dos ‘costumes’, ou dos ‘bons costumes’ – e onde por isso caberia a punibilidade de práticas sexuais que, à luz dos ‘sentimentos gerais de moralidade sexual’, devessem ser consideradas ‘desviadas’, ‘anormais’, ‘viciosas’ ou ‘contra a natureza’: numa palavra ‘imorais’ (a homossexualidade e a prostituição incluídas) –, para se tornar num direito tutelar de um bem jurídico perfeitamente definido e que reentra, de pleno direito, no capítulo contra as pessoas: o bem jurídico da liberdade e autodeterminação da pessoa na esfera sexual. Afirmando-se,

---

<sup>6</sup> DIAS, Figueiredo, “Anotação ao art. 163º”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial* (dirigido por Jorge Figueiredo Dias), Tomo I, 2ª edição, Coimbra Editora, 2012

<sup>7</sup> A tipificação do crime de ultraje público ao pudor era uma manifestação clara da preocupação do legislador em tutelar uma dimensão moral no âmbito jurídico penal.

consequentemente, a proposição político-criminal segundo a qual “em caso algum constitui crime a atividade sexual levada a cabo em privado por adultos que nela consentem”<sup>8</sup>».

O que nos leva a concluir, ideia que deve ser retida pois voltaremos a ela: só podem constituir crime as condutas que digam respeito a relações sexuais não consentidas e as cometidas contra vítimas que a lei considera vulneráveis (como é o caso dos menores). Nos restantes casos, deve prevalecer sempre a intimidade e liberdade das pessoas.

O que deve justificar a necessidade de intervenção penal é a pessoa do ofendido, cuja liberdade sexual é posta em causa, sendo essa liberdade um direito e uma condição para o seu normal e livre desenvolvimento, deixando de parte qualquer intervenção penal motivada pela moral ou pelos bons costumes.

---

<sup>8</sup>ANTUNES, Maria João, “Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual dos menores” in *Revista Julgar*, nº 12, 2010, págs. 154 e 155

## 2. Evolução legislativa do crime de lenocínio

Tal como o Direito Penal, o crime de lenocínio foi objeto de diversas modificações ao longo da sua vigência, desde a sua inserção sistemática no(s) código(s) aos elementos que preenchem o tipo legal de crime.

Os CP de 1852 e 1886 continham os designados “crimes contra a honestidade”, dos quais fazia parte o crime de lenocínio (arts. 405.º e 406.º<sup>9</sup>). O CP de 1852 ao estabelecer o reconhecimento de vítimas tanto do sexo feminino como do sexo masculino, relativamente ao lenocínio, verificou-se um alargamento do seu campo de punição.

Posteriormente, no CP de 1982, encontrava-se previsto nos arts. 215.º (lenocínio simples<sup>10</sup>) e 216.º (lenocínio agravado<sup>11</sup>), vigorando durante um longo período, e o seu bem

---

<sup>9</sup> *Código Penal (1852)*

«Secção 4ª

Artigo 405º

Se, para satisfazer os desejos desonestos de outrem, o ascendente excitar, favorecer, ou facilitar a prostituição, ou corrupção de qualquer pessoa sua descendente, será condenado a prisão de um a três anos, e multa correspondente, ficando suspenso dos direitos políticos por dozes anos.

1.º O marido, que cometer o mesmo crime a respeito da sua mulher, será condenado no máximo do desterro, e multa de três meses a três anos do seu rendimento, ficando suspenso por direitos políticos por dozes anos.

2.º O tutor, ou qualquer outra pessoa encarregada da educação, ou direção, ou guarda de qualquer menor de vinte e cinco anos, que cometer o mesmo crime a respeito desse menor, será punido com prisão de seis meses a dois anos, e multa correspondente, e suspensão por doze anos do direito de ser tutor, ou membro de algum conselho de família, e do de ensinar, ou dirigir, ou concorrer na direção de qualquer estabelecimento de instrução.

Artigo 406º

Toda a pessoa, que habitualmente excitar, favorecer, ou facilitar a devassidão, ou corrupção de qualquer menor de vinte e cinco anos, para satisfazer os desejos desonestos de outrem, será punida com prisão de três meses a um ano, e multa correspondente, e suspensão dos direitos políticos por cinco anos.»

<sup>10</sup> *Código Penal (1982)*

«Artigo 215º

(Lenocínio)

1- Quem fomentar, favorecer ou facilitar a prática de atos contrários ao pudor ou à moralidade sexual, ou de prostituição relativamente:

a) A pessoa menor ou portadora de anomalia psíquica;

b) A qualquer pessoa, explorando situação de abandono ou de extrema necessidade económica; será punido com prisão até 2 anos e multa até 100 dias.

2- Na mesma pena incorre quem explorar o ganho imoral de prostituta, vivendo, total ou parcialmente, a expensas suas.»

<sup>11</sup> *Código Penal (1982)*

«Artigo 216º

(Lenocínio agravado)

Relativamente aos comportamentos descritos no artigo anterior, a pena será:

a) A de prisão de 2 a 4 anos e multa até 150 dias se o agente os realizar com intenção lucrativa;

b) A de prisão de 2 a 6 anos e multa até 180 dias se os realizar profissionalmente;

c) A de prisão de 2 a 8 anos e multa até 200 dias se usar fraude, violência ou ameaça grave;

d) A de prisão de 2 a 8 anos e multa até 200 dias se a vítima for cônjuge, ascendente, descendente, filho adotivo, enteado ou tutelado do agente, ou lhe foi entregue em vista da sua educação, direção, assistência, guarda ou cuidado.»

jurídico alterou-se, deixando a norma de tutelar os “bons costumes” e passando a proteger “a dignidade da pessoa humana<sup>12</sup>”.

Em 1995, resultante da reforma ao CP de 1982, verificou-se o alargamento do âmbito de aplicação da norma (art. 215.º, n.º 1), pois deixou de ser exigível que a vítima se encontre numa situação de “extrema necessidade económica”, bastando que a mesma se encontre numa situação de “necessidade económica”.

A revisão penal de 1998 alterou o art. 170.º, n.º 1 do CP (norma da qual consta o crime de lenocínio) e deparamo-nos com um novo alargamento do campo de aplicação da mesma, devido à supressão do elemento do tipo que exigia que se tratasse de uma situação de exploração de abandono ou de necessidade da vítima.

Em 2001, o tipo legal de crime de lenocínio voltou a ser objeto de alteração, no n.º 2 do 170.º, alargando o tipo agravado passando a incluir novos elementos do tipo, entre eles, abuso de autoridade resultante de relação familiar, de tutela ou curatela, ou de dependência hierárquica, económica ou de trabalho ou aproveitamento por parte do agente de situação de especial vulnerabilidade da vítima.

No ano de 2007, houve uma nova alteração à norma, retirando-se a expressão “atos sexuais de relevo<sup>13</sup>” o que causou um alargamento do âmbito de aplicação, e o crime passou a estar tipificado no art.º 169.º do CP.

A revisão de 2010 alterou o CP e o CPP, mas as grandes alterações ao crime de lenocínio refletiram-se no âmbito processual penal: os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual passaram a fazer parte do conceito jurídico de criminalidade violenta<sup>14</sup>, sendo possível a aplicação de prisão preventiva aos agentes da prática deste tipo legal de crime, por força do disposto no 202.º, alínea b) do CPP.

---

<sup>12</sup> ALBERTO, José, *Crimes sexuais: Do crime de lenocínio em especial, A tutela jurídica da prostituição*, Chiado Editora, 2018, pág. 106

<sup>13</sup> Ao ser eliminada a referência à prática de “atos sexuais de relevo”, no entender de MAIA GONÇALVES, não houve uma grande mudança em termos de condutas que possam ser abrangidas pela incriminação do lenocínio, pois o conceito de “prostituição” por se tratar de um conceito extremamente abrangente, «pode abarcar tudo o que é imoral, indecente, ou degradante, portanto também os atos sexuais de relevo praticados ilicitamente».

<sup>14</sup> Artigo 1º, alínea j) do CPP: “«Criminalidade violenta» as condutas que dolosamente se dirigem contra a vida, a integridade física, a liberdade pessoal, a liberdade e autodeterminação sexual ou a autoridade pública e forem puníveis com pena de prisão de máximo igual ou superior a 5 anos”.

### 3. O crime de lenocínio

#### 3.1. Artigo 169.º, n.º 1 do Código Penal: lenocínio simples

A redacção atual do artigo 169.º, n.º 1 do Código Penal diz-nos: “Quem, profissional 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.”.

O tipo legal de crime é composto pelo agente e pela vítima (a pessoa que se prostitui). O agente da prática do facto ilícito pode ser qualquer pessoa, homem ou mulher, exigindo-se apenas que atue de forma profissional ou com intenção lucrativa.

BELEZA DOS SANTOS caracteriza o agente do crime como o “intermediário”, um “medianeiro” que fomenta, favorece, facilita o exercício da prostituição, atuando com o objetivo de satisfazer interesses de terceiros.

O agente, ainda seguindo o entender de BELEZA DOS SANTOS, «não corrompe, não auxilia, não excita, não agrava ou mantém a prostituição ou corrupção alheias para única satisfação de um prazer sexual próprio, mas para a dos outros». Discorda-se, pois a atuação do agente tem o propósito de satisfazer interesses libidinosos de um terceiro, contudo poderá também verificar-se em situações nas quais seja para gozo pessoal (hipótese pouco provável na prática, no entanto possível, desde que se verifique o intuito lucrativo ou profissionalismo<sup>15</sup>)<sup>16</sup>.

A vítima poderá ser qualquer pessoa, homem ou mulher<sup>17</sup> e maior de idade<sup>18</sup>.

A criminalização do lenocínio não se trata de um tema harmonioso no meio doutrinário e jurisprudencial. Muito pelo contrário, existindo várias vozes – mesmo dentro da discórdia com opiniões singulares, – que se opõem à criminalização do lenocínio tal como se encontra atualmente em vigor no artigo 169.º, n.º 1 do CP.

A conduta típica traduz-se na conduta do agente fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa da prostituição ou a sua atuação for com intenção lucrativa.

---

<sup>15</sup> Só se considera criminosa a conduta do agente se este atuar “profissionalmente ou com intenção lucrativa”.

<sup>16</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda / FIDALGO, Sónia, *in Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, Coimbra Editora, 2012, págs. 803 a 804

<sup>17</sup> Só na reforma de 1995 é que foi eliminada qualquer referência à prostituição feminina (mencionada no art. 215º do Código Penal de 1982), estabelecendo-se a partir desse momento o carácter neutro em termos de género deste tipo legal de crime.

<sup>18</sup> A faixa etária é relevante caso a vítima seja menor de idade, aplicar-se-á o artigo 175º do CP que prevê o lenocínio de menores e não o artigo 169º, nº1.

Neste capítulo, faremos apenas uma enunciação do problema para nos situarmos. Contudo, tentaremos chegar a uma conclusão no capítulo 4.

O objetivo desta análise e reflexão aprofundada é de respondermos à questão (ou pelo menos tentarmos): o artigo 169.º, n.º 1 do Código Penal tutela o bem jurídico da liberdade sexual? Respondendo a essa questão positivamente, garantimos a manutenção da norma vigente; negativamente, colocamos em causa a sua legitimidade e consequentemente a sua constitucionalidade.

Por isso, sumariamente, o problema que tentaremos analisar e posteriormente responder, é se o artigo 169.º, n.º1 padece ou não de (in)constitucionalidade por inexistência de bem jurídico digno de tutela penal.

O bem jurídico é a figura utilizada como parâmetro fundamental controlador da constitucionalidade das normas de natureza incriminatória. É o princípio jurídico-constitucional, previsto no art. 18º da CRP<sup>19</sup>, que nos oferece os critérios da dignidade penal do bem jurídico e da necessidade da intervenção penal.

O Direito Penal só deve intervir na proteção dos bens mais fundamentais para o indivíduo e para a sociedade, e apenas nas situações em que os mesmos sejam postos em causa de forma inaceitável. É esta a premissa que devemos reter, e à qual retomaremos no decorrer da dissertação.

Contudo, é necessário, antes de mais, desenvolver alguns pontos consideratórios relativamente ao tipo legal de crime.

Iremos enunciar várias posições doutrinárias relativamente à (in)existência do bem jurídico que o crime de lenocínio simples visa tutelar, concedendo-nos conhecimento suficiente (esperemos nós) para chegar a uma conclusão e fundamentar a nossa posição.

Resultado da reforma introduzida pela Lei nº 65/98, de 2 de setembro, a exigência típica de que o favorecimento da prostituição estivesse ligado à “exploração de situações de

---

<sup>19</sup> *Constituição da República Portuguesa*,  
«Artigo 18.º  
(Força Jurídica)

1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.»



abandono ou necessidade económica” desapareceu<sup>20</sup>, provocando no seio da doutrina criminal portuguesa divergências. Alguns autores passaram a defender que a manutenção da tutela tinha agora uma natureza moralista, deixando de existir bem jurídico que fundamentasse a criminalização da conduta.

FIGUEIREDO DIAS entendia tratar-se de um problema social e caberia à polícia resolver a questão, considerando que a solução passaria pela descriminalização do lenocínio<sup>21</sup>.

Outros autores como LOPES ROCHA e COSTA ANDRADE demonstraram o seu descontentamento perante a nova construção legal, concordando na necessidade de a mesma dever prever um “fator pessoal concreto”<sup>22</sup>.

Posteriores mudanças legislativas levaram a que mais autores se juntassem à discussão e se pronunciassem sobre a polémica norma que criminaliza o lenocínio simples.

MAIA GONÇALVES, perante a exclusão da expressão “atos sexuais de relevo” do artigo, encarou-a como uma alteração inofensiva, pois o conceito de prostituição já abrange os atos sexuais de relevo<sup>23</sup>. Contudo, entendeu que o bem jurídico tutelado é a “dignidade da pessoa em modo «explicitação comunitária» da sua liberdade e autodeterminação sexual”<sup>24</sup>, sendo resultado de uma opção de política criminal com o intuito de combater o tráfico de pessoas para exploração sexual.

MOURAZ LOPES entende que não se tutela a liberdade sexual (sendo este o único fundamento admissível para a punição dos crimes contra a liberdade sexual), mas sim uma determinada conceção de vida que não permite a aceitação do exercício profissional ou com intenção lucrativa do fomento, favorecimento ou facilitação da prostituição. Punem-se

---

<sup>20</sup> No entender de ANABELA MIRANDA RODRIGUES (*in Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, Almedina, 1999, págs. 519 e 520), tratar-se-á de um crime “sem vítima”, pois nem com a exigência do elemento típico “exploração de situações de abandono ou de necessidade económica” se encontrava justificada a incriminação. Não podemos presumir que a pessoa, encontrando-se numa situação de dependência, seja privada de poder decidir livremente a prostituir-se. O facto de a pessoa, que se prostitui, se encontrar numa situação de abandono ou de necessidade económica não implica que a mesma tenha sido “pressionada” para o fazer.

<sup>21</sup> LOPES, José Mouraz / MILHEIRO, Tiago Caiado, *Crimes sexuais: análise substantiva e processual*, Almedina, 2019, pág. 133

<sup>22</sup> ALBERTO, José, *Crimes sexuais: Do crime de lenocínio em especial, A tutela jurídica da prostituição*, Chiado Editora, 2018, pág. 116

<sup>23</sup> «um conceito abrangente que, em interpretação declarativa lata pode abarcar tudo o que é imoral, indecente, ou degradante, portanto também os atos sexuais de relevo praticados ilicitamente» retirado de MIRANDA, Anabela / FIDALGO, Sónia, *in Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, Almedina, 2012, pág. 801

<sup>24</sup> GONÇALVES, Maia, *Código penal português: anotado e comentado*, Almedina, 2007, pág. 642

condutas, que no seu entender, são eticamente censuráveis, porém duvidosamente suscetíveis de serem criminalizadas<sup>25</sup>.

FERNANDO RAMOS entende que a inserção sistemática deve ser interpretada conforme o bem jurídico tutelado é a liberdade e a autodeterminação sexual, bem jurídico que é alheio a qualquer conceito de moralidade sexual ou bons costumes. O Direito Penal não representa um limite à liberdade sexual, mas sim um garante da mesma e por isso a sua intervenção deve ter em conta os princípios da necessidade ou da dignidade penal o que o leva a defender a não incriminação de condutas meramente imorais que não ofendem bens jurídicos fundamentais.

Autores como LEAL HENRIQUES e SIMAS SANTOS<sup>26</sup> e VICTOR DE SÁ PEREIRA e ALEXANDRE LAFAYETTE<sup>27</sup> distinguem as várias condutas que poderão levar o agente à prática do crime, definindo “fomentar” como o incentivo, o estímulo, a promoção ou conservação, e o “favorecimento ou facilitar” em auxílio, apoio ou ajuda do autor da prática do facto. O agente na primeira conduta determina a outra pessoa a prática de prostituição, enquanto o facilitador/favorecedor limitam-se a aderir a um estado de espírito pré-existente<sup>28</sup>. Entendem que na conduta na qual o agente apenas facilita ou favorece para a prática de prostituição, o agente não contribui de forma direta na formação da vontade, o que permite distinguir entre “lenocínio principal” e “lenocínio acessório”<sup>29</sup>.

ANABELA RODRIGUES e SÓNIA FIDALGO, das autoras que mais visivelmente se opõem à criminalização do lenocínio simples (previsto no 169º, nº1 do CP), entendem que a atual incriminação não tutela qualquer liberdade sexual da pessoa, mas parece manifestar uma certa ideia de defesa do sentimento geral de pudor e da moralidade<sup>30</sup>, ideia essa que não cabe

---

<sup>25</sup> LOPES, José Mouraz / MILHEIRO, Tiago Caiado, *Crimes sexuais: análise substantiva e processual*, Almedina, 2019, pág. 133

<sup>26</sup> HENRIQUES, Manuel Leal / SANTOS, Manuel Simas, *Código Penal anotado*, 2º volume, Parte especial, Editora Rei dos Livros, 2000, págs. 426 a 432

<sup>27</sup> PEREIRA, Victor de Sá / LAFAYETTE, Alexandre, *Código Penal Anotado e Comentado*, Quid Juris, 2008, págs. 458 e 459

<sup>28</sup> ALBERTO, José, *Crimes sexuais: Do crime de lenocínio em especial, A tutela jurídica da prostituição*, Chiado Editora, 2018, pág. 119

<sup>29</sup> Não tem qualquer relevância as distinções feitas entre o lenocínio principal e acessório, pois não tem qualquer implicação no preenchimento do tipo legal. Em qualquer um dos casos, o agente apenas colabora no encaminhamento da pessoa para a prostituição, não determina ou restringe a sua vontade para a prática de atos de prostituição. Não existe nenhuma “pressão” por parte de quem fomenta, favorece ou facilita a prática do ato sem que o mesmo recorra a um dos meios previstos no n.º 2 do 169º. Sendo esse fator relevante demonstrando que a pessoa que se prostitui fá-lo voluntariamente, levando-nos à conclusão da desnecessidade da criminalização prevista no 169.º, n.º 1 do CP.

<sup>30</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda / FIDALGO, Sónia, *in Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, Coimbra Editora, 2012, págs. 796 e 797

ao Direito Penal tutelar. Realçam a necessidade de a conduta criminalizada ter de ser atentatória contra um bem jurídico específico e «eminentemente pessoal», nos casos que não o seja, estamos perante «bens jurídicos transpersonalistas de étimo moralista por via do direito penal, aproximando-nos perigosamente de um direito penal de “fachada”»<sup>31</sup>.

FIGUEIREDO DIAS e MARIA JOÃO ANTUNES entendem que «a norma legal que pune com pena de prisão 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*»<sup>32</sup>.

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE entende que o bem jurídico tutelado é o da liberdade sexual da pessoa que se dedica à prostituição<sup>33</sup>. E trata-se de um crime de dano e um crime de mera atividade.

JORGE DUARTE defende que a norma tutela a liberdade e autodeterminação sexual da pessoa, invocando que por esse motivo o tipo legal de crime se encontra inserido no capítulo epígrafado “Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”, discordando de quem entende não se tratar de tratar de uma norma que visa tutelar penalmente um bem jurídico.

JOSÉ ALBERTO<sup>34</sup> considera que as distinções de lenocínio principal e acessório não têm relevância prática, nem concorda que a exploração da pessoa prostituída, com o consentimento da mesma, possa ser vista como uma mera questão de imoralidade. E entende que o bem jurídico que se pretende tutelar, trata-se de um bem jurídico de natureza complexa que é a dignidade da pessoa humana e a paz pública. A incriminação visa censurar a conduta que explora a pessoa humana, quer na sua vertente geral (dignidade humana) quer na vertente especial (dimensão sexual). Entende que o agente de lenocínio atua com o objetivo de satisfazer os interesses sexuais de terceiros, mas igualmente o seu próprio interesse, que é de natureza onerosa. Bastando verificar-se que o mesmo retira da relação de prostituição uma vantagem lucrativa.

---

<sup>31</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda, in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, Coimbra Editora, 1999, pág. 519

<sup>32</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo / ANTUNES, Maria João, “Da inconstitucionalidade da tipificação do lenocínio como crime de perigo abstrato”, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro*, vol. I, Almedina, 2019, pág. 129

<sup>33</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal: à Luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2008, págs. 670 a 675

<sup>34</sup> ALBERTO, José, *Crimes sexuais: Do crime de lenocínio em especial, A tutela jurídica da prostituição*, Chiado Editora, 2018, págs. 124 a 128

JOAQUIM MALAFAIA entende que «A norma do 169.º, n.º 1 do Cód. Penal, é uma norma sem bem jurídico tutelado, punindo-se a imoralidade ou o exercício duma profissão imoral, que não a prostituição, deixando-se de punir a violação da liberdade e autodeterminação sexual da pessoa que, quando consentida, inexistente<sup>35</sup>». E por isso, não estando em causa a tutela da liberdade e autodeterminação sexual das pessoas, o autor defende que norma que criminaliza o lenocínio simples viola manifestamente o art. 18.º, n.º2 da CRP e conseqüentemente é inconstitucional.

Depois de nos debruçarmos individualmente nos vários pontos de vista relativos ao art. 169.º, n.º 1, com o intuito de clarificar as várias correntes de pensamento que se debruçam sobre esta problemática norma, JOÃO PEDRO PEREIRA CARDOSO divide os autores em três grupos<sup>36</sup>, permitindo-se uma explanação mais clara e objetiva.

O primeiro grupo, no qual inserimos autores como FIGUEIREDO DIAS e MARIA JOÃO ANTUNES<sup>37</sup>, ANABELA RODRIGUES, SÓNIA FIDALGO, JOAQUIM MALAFAIA, VERA RAPOSO<sup>38</sup>, MOURAZ LOPES e TIAGO MILHEIRO, PEDRO SOARES DE ALBERGARIA e PEDRO MENDES LIMA<sup>39</sup>, o entendimento é o seguinte: a norma 169.º, n.º1 do CP não tutela a liberdade e autodeterminação sexual (o único bem jurídico, nessa vertente, digno de tutela penal) ao invés disso, atende a preocupações de carácter moralista que não aprovam como modo de vida alguém que possa exercer profissional e lucrar através do fomento, favorecimento ou facilitação da prostituição.

O segundo grupo, minoria doutrinal, autores como JOSÉ ALBERTO, PEDRO VAZ PATTO, JORGE DIAS DUARTE defendem que o tipo legal de crime que se encontra no art. 169º, nº1 do CP visa a tutela do bem jurídico da liberdade e da autodeterminação sexual.

E por último, um terceiro grupo, autores como PAULO DE PINTO ALBUQUERQUE, consideram que o tipo legal de crime visa a proteção da liberdade

---

<sup>35</sup> MALAFAIA, Joaquim, “A inconstitucionalidade do nº1 do artigo 169º do Código Penal” in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 19, nº1, janeiro-março, Coimbra Editora, 2009, pág. 39

<sup>36</sup> CARDOSO, João Pedro Pereira, “O dever de dignidade da pessoa humana, A inconstitucionalidade do crime de lenocínio”, in *Revista Jurídica Digital Data Venia*, n.º 11, 2020, págs. 220 a 222

<sup>37</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo / ANTUNES, Maria João, “Da inconstitucionalidade da tipificação do lenocínio como crime de perigo abstrato”, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro*, vol. I, Almedina, 2019, págs. 121 a 130

<sup>38</sup> RAPOSO, Vera, “Da moralidade à liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual” in *Liber Discipulorum*, Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2003, págs. 931 a 962

<sup>39</sup> ALBERGARIA, Pedro Soares de / LIMA, Pedro Mendes, “O crime de lenocínio entre o moralismo e o paternalismo jurídicos” in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 22, 2012, págs. 201 a 260

autodeterminação sexual, contudo é necessária uma interpretação constitucional restritiva<sup>40</sup> da norma<sup>41</sup>. Exigem que se prove o elemento típico implícito de exploração da necessidade económica e social da prostituta.

Todavia, não podemos acolher esta interpretação restritiva, basta termos em consideração a evolução legislativa da norma do 169.º, n.º 1 do CP. A exigência da exploração de uma situação de vulnerabilidade da pessoa que se prostitui não consta do tipo, e essa ausência não foi acidental. O legislador retirou-a intencionalmente do n.º1 e deslocou-a para a alínea d) do n.º 2 do mesmo artigo.

A supressão do elemento de “exploração de situação de abandono ou de necessidade económica” da norma<sup>42</sup>, consequência da reforma de 1998, foi uma das grandes razões que levou a que um grupo considerável de autores questionassem a sua legitimidade constitucional. Entenderam, e bem, que o 169.º, n.º 1, desprovido agora do elemento de “exploração de situação de abandono ou de necessidade económica”, não tutela nenhum bem jurídico, mas sim valores transpessoais influenciados por preceitos de carácter moral e de pudor.

A sua manutenção teria permitido identificar com maior facilidade e clareza o bem jurídico que a norma visava tutelar, a liberdade sexual, contudo mesmo o elemento de “exploração de situação de abandono ou de necessidade económica” poderia deixar à margem da tutela penal situações dignas de tutela.

Porém, o afastamento da expressão “exploração de situação de abandono ou de necessidade” com o intuito de alargar o campo de aplicação da norma trouxe outras consequências para o tipo legal de crime: deixando de ser um crime de perigo concreto, tornando-se um crime de perigo abstrato.

Atendendo à forma como o bem jurídico é colocado em perigo pela atuação do agente distinguimos entre crimes de dano e crimes de perigo. Atendendo à explanação de FIGUEIREDO DIAS: nos crimes de dano, a realização do tipo incriminador tem como consequência uma lesão efetiva do bem jurídico (por exemplo, o crime de homicídio).

---

<sup>40</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal: à Luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2008, pág. 673

<sup>41</sup> O art. 80º, n.º 3 da Lei do TC prevê a interpretação restritiva, segundo a qual a norma não é considerada inconstitucional, contudo é-lhe atribuído um diferente sentido para ter uma maior conformidade com a CRP.

<sup>42</sup> Esta supressão foi uma opção de política criminal, pois na altura em que alteração foi feita, o próprio Ministro da Justiça, José Vera Jardim, justificou o retirar do elemento de “exploração” com a dificuldade probatória do mesmo, o que consequentemente complicava as condenações.

Nos crimes de perigo, a realização do tipo não pressupõe a lesão, basta apenas a mera colocação em perigo do bem jurídico. E dentro dos crimes de perigo, podemos subdividi-los em crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstrato. Os crimes de perigo concreto, o perigo faz parte do tipo, ou seja, o tipo só é preenchido quando o bem jurídico tenha efetivamente sido posto em perigo (por exemplo, crime de exposição ou abandono). Nos crimes de perigo abstrato, o perigo não é elemento do tipo, mas simplesmente motivo da proibição. Quer dizer, neste tipo de crimes são tipificados certos comportamentos em nome de ser comprovada no caso concreto há como que uma presunção inelidível de perigo e, por isso, a conduta do agente é punida independentemente de ter criado ou não um perigo efetivo para o bem jurídico<sup>43</sup>.

Os crimes de perigo abstrato pelo facto de poderem constituir uma tutela demasiado avançada de um bem jurídico, pondo em sério risco quer o princípio da legalidade, quer o princípio da culpa, levantaram algumas questões relativamente à sua constitucionalidade.

No entanto, a doutrina maioritária e o TC pronunciaram-se, todavia, com razão, pela sua não inconstitucionalidade quando visarem a proteção de 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<sup>44 45</sup>.

A previsão dos crimes de perigo abstrato deverá referir-se à tutela antecipada de bens jurídicos particularmente relevantes e claramente identificáveis, e é aqui que reside o grande problema e objeto de discussão: não é claramente identificável o bem jurídico que se pretende tutelar através da incriminação tipificada no 169.º, n.º 1 do CP.

«Do princípio jurídico-constitucional do direito penal do bem jurídico decorrem exigências específicas quando os tipos incriminadores são construídos como crimes de perigo abstrato, precisamente porque constituem uma tutela antecipada dos bens jurídicos que intentam proteger. (...) Uma das exigências postas pelo *princípio da necessidade das penas* é que a norma legal incriminadora faça uma descrição quanto possível precisa e minuciosa da conduta típica. Do que se trata é da descrição de uma conduta proibida ou imposta que é incriminada em nome da sua perigosidade típica para um bem jurídico, sem que tal perigosidade tenha de ser comprovada no caso concreto. (...) No crime de lenocínio simples, tal como

---

<sup>43</sup> DIAS, Jorge Figueiredo, *Direito Penal, Parte geral*, Tomo I, Coimbra Editora, 2012, 2ª edição, 2ª reimpressão, págs. 309 e 310

<sup>44</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte geral*, Tomo I, Coimbra Editora, 2012, 2ª edição, 2ª reimpressão, págs. 309 e 310

<sup>45</sup> Cfr. Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 426/91

tipificado no artigo 169.º, n.º 1 do Código Penal, a conduta que se incrimina é de *quem, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa de prostituição*. 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. A ação descrita não é perigosa para estes bens jurídicos. (...) Na falta da descrição típica da conduta que coloca abstratamente em perigo os bens jurídicos da autonomia, liberdade, integridade pessoal e livre desenvolvimento da personalidade do agente que se prostitui, tal torna constitucionalmente ilegítimo o crime previsto no artigo 169.º, n.º do Código Penal.<sup>46</sup>»

«O tipo incriminador de lenocínio simples, construído como crime de perigo abstrato<sup>47</sup>», além da doutrina maioritária considerar o lenocínio simples como um crime de perigo abstrato, a própria jurisprudência<sup>48</sup> corrobora essa mesma “classificação”.

A norma que tipifica o crime de lenocínio simples restringe direitos fundamentais da pessoa que prostitui sem que essa mesma restrição se verifique para tutelar outros direitos ou interesses. Se a prática da atividade prostitucional não é ilícita, como é que a conduta que fomenta, favorece ou facilita essa mesma atividade não ilícita pode justificar a incriminação?

O legislador não pode de modo livre decidir tipificar crimes de perigo abstrato sem qualquer justificação, é necessário fundamentar esse mesmo risco de perigosidade, incumbindo-lhe um ónus de fundamentação mais exigente.

A ideia (errada e limitada) advogada pelo legislador, de que nas situações nas quais se verifique alguém que fomenta, favoreça ou facilite a prostituição coloca-se sempre em causa/perigo a liberdade sexual da pessoa que se prostitui, não nos parece ser suficiente para justificar e legitimar a incriminação contida no tipo legal de crime tipificado no art.º 169.º, n.º 1 do CP.

---

<sup>46</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo / ANTUNES, Maria João, “Da inconstitucionalidade da tipificação do lenocínio como crime de perigo abstrato”, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro*, vol. I, Almedina, 2019, págs. 127 a 129

<sup>47</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo / ANTUNES, Maria João, “Da inconstitucionalidade da tipificação do lenocínio como crime de perigo abstrato”, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro*, vol. I, Almedina, 2019, pág. 126

<sup>48</sup> Ac. do Tribunal da Relação do Porto de 8 de janeiro de 2017, processo n.º 404/13.9TA.FLG.P1, relator João Pedro Nunes Maldonado (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

Uma vez mais, o legislador deixa escapar, no exercício de ponderação ao elaborar a norma, inúmeras outras situações e motivações que possam levar a alguém a prostituir-se, acabando por refletir, mesmo que o seja indeliberadamente, uma visão estereotipada de que é inconcebível, de modo consciente, livre e voluntário, alguém escolher prostituir-se. Porém, é uma realidade possível e ela existe não podendo por isso ser ignorada.

«É importante ter presente que a prostituição é um fenómeno muito complexo, envolvendo situações de grande diversidade, desde os casos mais graves de quase-escravatura (quando não de total escravatura, e que como tal deviam ser tratados, com as agravantes correspondentes ao tratamento cruel e ao intuito lucrativo) até os casos (raros, admite-se, mas não inexistentes) de mulheres que livremente escolhem a prostituição como modo de vida ou como complemento de rendimentos obtidos em outras atividades. (...) Tratar todas estas situações do mesmo modo, equacioná-las sobre as mesmas premissas, é no mínimo insensato. Compreende-se que o legislador se preocupe com o fenómeno crescente do tráfico de mulheres e a sua exploração em casas onde ficam reclusas e obrigadas a prostituírem-se. (...) Quanto ao n.º 1, todavia, não parece defensável a sua amplitude<sup>49</sup>.»

O Ac. do TR do Porto de 8 de janeiro de 2017 entende «considerando que o bem jurídico visado é a autonomia e liberdade da pessoa que se prostitui (ou especificamente a liberdade sexual), não vemos como as condutas descritas no tipo-de-ilícito em causa traduzam em si uma perigosidade típica de lesão de tal bem jurídico. (...) não se pode presumir, de forma categórica e inilidível, que quem fomenta, favoreça ou facilite a prostituição, ao fazê-lo, pura e simplesmente, põe em risco a liberdade sexual de quem se prostitui».

Constatando-se assim que com a eliminação do elemento da “exploração de situação de abandono ou de necessidade”, o legislador passou a incriminar condutas que em nada ofendem o bem jurídico da liberdade sexual, e conseqüentemente não tendo qualquer suporte legal para restringir o bem jurídico da liberdade sexual, uma vez que é o próprio 169.º, n.º1 como atualmente está redigido que é uma clara afronta à liberdade sexual da pessoa que se prostitui.

Não nos podemos esquecer que as restrições aos direitos fundamentais devem limitar-se ao mínimo indispensável garantindo a proteção e necessidades básicas da vida humana inserida na sociedade, quando assim não o seja, a intervenção é abusiva e deve ser censurada.

---

<sup>49</sup> 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 144/2004, in *Jurisprudência Constitucional*, n.º 7, julho-setembro, 2005, págs. 33 e 34



## 3.2. Artigo 169.º, n.º 2 do Código Penal: lenocínio qualificado

O crime de lenocínio qualificado<sup>50</sup> previsto no art. 169.º, n.º 2, igualmente objeto de diversas alterações legislativas (sendo notória a ampliação do seu campo de aplicação<sup>51</sup>), visa punir condutas nas quais se pratica lenocínio por meio de violência ou ameaça grave; através de ardis ou manobra fraudulenta; abuso de autoridade resultante de uma relação familiar, de tutela ou curatela ou de dependência hierárquica, económica ou de trabalho ou que se verifique um aproveitamento da incapacidade psíquica ou de situações de especial vulnerabilidade da vítima: todas elas circunstâncias modificativas agravantes.

A qualificação do tipo previsto no n.º 2 do 169º poderá ser dividida em dois grupos: no primeiro (alíneas a) e b)), temos a valoração dos meios usados na prática do crime, isto é, o recurso à violência, no qual podemos integrar agressões físicas ou psíquicas ou atos de coação física; ameaça grave sobre a vítima ou na manobra fraudulenta que levem a vítima a praticar atos de natureza sexual<sup>52</sup>.

Já no segundo grupo (alíneas c) e d)), releva-se o aproveitamento de situações de poder sobre a vítima, situações nas quais se verifica uma dependência, seja ela hierárquica, económica, resultante de uma relação de trabalho, familiar ou que decorra de um vínculo que imponha alguma forma de poder sobre a vítima, tal como situações de fragilidade derivadas da sua incapacidade psíquica ou de uma situação de especial vulnerabilidade<sup>53</sup>.

As condutas puníveis no art. 169º, n.º 2, contrariamente ao que se encontra previsto no n.º 1 da mesma norma, não levantam qualquer problema relativamente à sua dignidade de tutela penal. Trata-se claramente de condutas que colocam em causa a liberdade e autodeterminação

---

<sup>50</sup> Para definirmos o crime qualificado é necessário recorrermos primeiramente à noção de crime fundamental, tratando-se do crime que contém o tipo objetivo de ilícito na sua forma mais simples. O legislador, partindo do crime fundamental, acrescenta elementos relativos à sua ilicitude e/ou à culpa, resultando no agravamento da pena prevista no crime fundamental criando assim o crime qualificado. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte geral*, Tomo I, Coimbra Editora, 2012, 2ª edição, 2ª reimpressão, pág. 313

<sup>51</sup> A Lei n.º 99/2001 de 25 de agosto veio alterar o n.º 2 do 169º alargando o seu âmbito de aplicação, passando a abranger as situações de abuso de autoridade resultantes de situações de dependência hierárquica, económica ou de trabalho e as situações nas quais exista uma especial vulnerabilidade da vítima. Posteriormente, com a reforma de 2007, o campo de aplicação do n.º 2 foi novamente ampliado, prevendo a punição do abuso de autoridade derivado de relação familiar, de tutela ou curatela.

<sup>52</sup> LOPES, José Mouraz / MILHEIRO, Tiago Caiado, *Crimes sexuais: análise substantiva e processual*, Almedina, 2019, págs. 142 e 143

<sup>53</sup> Exemplos de situações de especial vulnerabilidade: deficiência física da vítima ou a mesma se encontre numa situação social de desamparo.

sexual das pessoas que se prostituem<sup>54</sup>. A sua vontade é manifestamente restringida, existindo um bem jurídico digno de tutela penal<sup>55</sup>.

Contudo, alguns elementos qualificadores como “violência e “ameaça grave”<sup>56</sup>, “através de artil ou manobra fraudulenta<sup>57</sup>”, mas sobretudo o “situação de especial vulnerabilidade da vítima<sup>58</sup>” são alguns conceitos que devido à sua ambiguidade, na prática, poderão causar algumas dificuldades no seu enquadramento jurídico<sup>59</sup>.

---

<sup>54</sup> «Em causa estão atuações (e utilização de meios) que, por diferentes formas embora, todas têm como efeito privar a pessoa da capacidade de livremente e de forma esclarecida optar por dedicar-se à prostituição» de RODRIGUES, Anabela Miranda / FIDALGO, Sónia, in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, Coimbra Editora, 2012, pág. 810

<sup>55</sup> «O comportamento verdadeiramente digno de tutela penal encontra-se, a nosso ver, abrangido pela incriminação contida no art. 170º-2» (atual 169.º, n.º2 do CP) «E isto porque, afirmamo-lo agora sem necessidade de mais explicações, só aqui o bem jurídico tutelado é a liberdade de autodeterminação sexual da pessoa» de RODRIGUES, Anabela Miranda, in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, Coimbra Editora, 1999, pág. 521

<sup>56</sup> Recorrendo ao art. 163º do CP, a violência é o uso da força física. E o conceito de “ameaça grave” é a «manifestação do propósito de causar um mal ou um perigo se a pessoa ameaçada não consentir no acto sexual», sendo a sua intensidade da ameaça o critério de qualificação como grave. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I*, Coimbra Editora, 2012, pág. 727

<sup>57</sup> Verifica-se quando estamos perante uma situação em que a vítima tem uma representação da realidade não correspondente à realidade efetiva, ou seja, é induzida em erro.

<sup>58</sup> Surgem dificuldades relativamente à concretização de “especial vulnerabilidade da vítima” que poderá ter sequelas em matéria probatória.

<sup>59</sup> O legislador deverá elaborar as normas da forma mais clara possível de modo a evitar possíveis dúvidas ou dificuldades na subsunção da conduta.

### 3.3. Artigo 175.º do Código Penal: lenocínio de menores

O lenocínio de menores, atualmente previsto no art.º 175º do CP<sup>60</sup>, antes de conhecermos o disposto da norma como hoje em dia a conhecemos, foi objeto de diversas reformas.

Relevando a reforma de 1995, encontrando-se previsto no art. 216º do CP, apesar de algumas condutas já se encontrassem anteriormente tipificadas. Já a reforma de 1998 introduziu um novo número, o n.º 2, que previa a prática de atos de prostituição de menores em país estrangeiro, contudo foi revogado com a reforma de 2007.

A reforma de 2001 veio concretizar as formas de deslocação do menor, estabelecendo que o aliciamento, o transporte, o alojamento, o acolhimento ou criar condições para a prática dos factos constituíam o “levar a” previsto na versão original do tipo legal de crime.

Foi igualmente alargado o âmbito de aplicação do tipo legal de crime agravado, passando a abranger situações de abuso de autoridade decorres de situações de dependência hierárquica, económica ou de trabalho e a situações de especial vulnerabilidade da vítima.

Em 2007, a norma deixou de prever todas as condutas respeitantes ao tráfico para fins de exploração sexual, tendo estas sido direcionadas para outro tipo legal de crime (art. 160.º do CP). Foi também retirado do disposto qualquer referência à prática de atos sexuais de relevo.

Alargou-se o campo de aplicação do tipo legal a situações de abuso de autoridade resultante de uma relação familiar, tutela ou curatela.

Em 2015, a Lei n.º 105/2015 de 24 de agosto alterou o n.º 1, passando a punir a conduta com uma pena de prisão até 8 anos e alterou ainda o art.º 177.º, n.º 4 surgindo uma nova incriminação, agravante, para situações em que o crime é cometido conjuntamente por duas ou mais pessoas.

---

<sup>60</sup> Art. 175º do Código Penal:

“1 – Quem fomentar, favorecer ou facilitar o exercício da prostituição de menor ou aliciar menor para esse fim é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.

2 – Se o agente cometer o crime previsto no número anterior:

a) Por meio de violência ou ameaça grave;  
b) Através de artil ou ameaça grave;  
c) Com abuso de autoridade resultante de uma relação familiar, de tutela ou curatela, ou de dependência hierárquica, económica ou de trabalho;  
d) Actuando profissionalmente ou com intenção lucrativa; ou  
e) Aproveitando-se de incapacidade psíquica ou de situação de especial vulnerabilidade da vítima;  
é punido com pena de prisão de dois a dez anos.”

Todas estas alterações visaram transpor para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 2011/93/EU relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e pornografia infantil e ainda dar cumprimento às obrigações assumidas por Portugal com a ratificação da Convenção do Conselho da Europa para a Proteção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais (assinada em Lanzarote, em 25 de outubro de 2007). A agravação foi também justificada na proposta de Lei n.º 305/XII.

A Lei n.º 101/2019 alterou o artigo 177.º, prevendo como agravantes as situações em que a vítima é pessoa particularmente vulnerável, em razão de idade, deficiência, doença ou gravidez e quando o crime é praticado na presença de menor de 16 anos e com 14 anos ou mais na presença de menor de 14 anos.

Este tipo legal de crime visa tutelar o livre desenvolvimento do menor<sup>61</sup>, no domínio da sua sexualidade não permitindo que a mesma seja explorada a qualquer título através da indução ao exercício da prostituição<sup>62</sup>, ou seja do relacionamento sexual mediante pagamento de uma contrapartida ou remuneração. Seguindo esse entendimento, temos o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, do dia 14 de maio de 2014<sup>63</sup> que nos diz: «O crime de lenocínio de menor, p. e p. pelo art. 175.º, do Código Penal, protege a autodeterminação sexual do menor de 18 anos, o livre desenvolvimento da sua personalidade na esfera sexual, criando as condições para que esse desenvolvimento se processe de forma adequada e sem perturbações.» É igualmente considerado um crime de resultado, sendo necessário que se consumam os referidos atos sexuais de relevo e que a sua consumação seja acompanhada de um pagamento.

Diferentemente do previsto no 169.º, no qual o tipo legal configura-se com o mero fomento, favorecimento ou facilitação da prática de atos de prostituição de menor, não se exigindo que essa atividade seja profissionalizada ou tenha uma intenção lucrativa<sup>64</sup>. Quando assim o seja, temos uma agravante qualificativa.

---

<sup>61</sup> «os crimes sexuais previstos no CP sob a designação de crimes contra a autodeterminação sexual são, na realidade, crimes contra a liberdade individual do menor, *maxime*, contra a sua liberdade sexual. O bem jurídico protegido nos casos de crimes sexuais contra menores deve considerar-se uma concretização do bem jurídico, liberdade sexual em sentido amplo, pois a titularidade do bem jurídico, liberdade sexual, nesse seu sentido amplo, não deve ser afastada em função da menoridade. A autodeterminação sexual de que fala o CP mais não traduz que as especificidades decorrentes da progressiva autonomia do titular da liberdade sexual.» retirado de ALFAIATE, Ana Rita, *A Relevância Penal da Sexualidade dos Menores*, Coimbra Editora, 2009, pág. 89

<sup>62</sup> MAGALHÃES, Márcia, *O factor da idade nos crimes sexuais*, Librum Editora, 1ª edição, pág. 71

<sup>63</sup> Acórdão do Tribunal da Relação do Porto do dia 14 de maio de 2014, processo n.º 6/08.1ZRPRT.P1, relatora Elsa Paixão (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

<sup>64</sup> «Inseriu-se a conduta de lenocínio daqueles menores no artigo que protege todos os menores quanto àquela prática e assumiu-se, desta forma, que, independentemente da idade, há um bem jurídico que é posto em crise pela

Tendo como elementos típicos, o agente do crime apenas poderá ser uma pessoa com pelo menos 16 anos de idade, independentemente do sexo, orientação sexual e identidade do género. E a vítima terá que ter sempre menos de 18 anos, independentemente da sua experiência sexual e não sendo relevante o seu sexo, orientação sexual e identidade de género.

Justifica-se a incriminação contida no 175.º do CP com a «imaturidade inerente aos menores de certa idade, acarreta, como consequência natural, uma particular vulnerabilidade, a justificar uma proteção específica e adicional, complementar da que é dada ao adulto que esteja no pleno gozo da suas capacidades<sup>65</sup>.»

---

conduta do agente se a vítima for um menor. Por isso, por se centrar na vítima, o artigo referente ao lenocínio de menores não assenta em qualquer característica do agente, servindo à intenção lucrativa deste ou o seu intuito profissional como circunstâncias meramente agravantes.» retirado de ALFAIATE, Ana Rita, *A Relevância Penal da Sexualidade dos Menores*, Coimbra Editora, 2009, pág. 105 e 106

<sup>65</sup> DIAS, Maria do Carmo, *Crimes sexuais com adolescentes: particularidades dos artigos 174 e 175 do Código Penal Português*, Almedina, 1ª edição, 2006, pág. 215

### 3.4. A prostituição

A complexidade da atividade de prostituição sempre causou algumas dificuldades na tarefa de a definir, mas de modo geral, podemos assumir a prostituição como toda a atividade que consiste na prática de atos de natureza sexual a troco de pagamento<sup>66 67</sup>.

O Código Penal durante muito tempo não tinha qualquer referência a um conceito jurídico de prostituição, até tipificar o crime de recurso à prostituição de menores (art.º 174.º do CP<sup>68</sup>). Tendo em conta o entendimento de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, ao prever o tipo legal de crime de recurso à prostituição de menores, o legislador fez questão de estabelecer um conceito legal de prostituição<sup>69</sup>, estabelecendo responsabilidade criminal para quem praticar ato sexual de relevo (cópula, coito anal, coito oral ou introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos<sup>70</sup>) com menor, mediante pagamento ou outra contrapartida.

Porém, apesar de ser considerada a “profissão mais antiga do mundo”, a prostituição continua a ser vista de forma preconceituosa e moralmente reprovadora, persistindo a sua estigmatização social.

«Na verdade, a prostituição não desapareceu da vida social, longe disso – ganhou novas formas. O estigma também não desapareceu, continua presente embora muito disfarçado. Não cremos que venha a desaparecer tão cedo, infelizmente.

«É nossa convicção que a prostituição não deixou de ser remetida a descrédito porque contém em si os mesmos elementos centrais que estão no gérmen da violência masculina contra as mulheres: a dominação e a conquista do objeto sexual, o paroxismo da compra<sup>71</sup>.»

A incriminação, prevista no 169.º, n.º 1 do CP, assenta na ideia de que a «a ofensividade que legitima a intervenção penal assenta 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

---

<sup>66</sup> AMORIM, Nuno, “Prostituição na Europa: enquadramento internacional”, in *Divisão de Informação Legislativa e Parlamentar – DILP*, outubro de 2019, pág. 5

<sup>67</sup> PEREIRA, Joaquim Ramos Pereira, *Liberdade Sexual ou Liberdade Prostitucional?, Resenha de uma mútua exclusão*, Coimbra dissertations, 2021, pág. 111 e 112

<sup>68</sup> Artigo 174.º do Código Penal: «Quem, sendo maior, praticar acto sexual de relevo com menor entre 14 e 18 anos, mediante pagamento ou outra contrapartida, é punido com pena de prisão até 2 anos.»

<sup>69</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal: à Luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2008, pág. 464

<sup>70</sup> Artigo 174.º, n.º 2 do Código Penal

<sup>71</sup> PEREIRA, Joaquim Ramos Pereira, *Liberdade Sexual ou Liberdade Prostitucional?, Resenha de uma mútua exclusão*, Coimbra dissertations, 2021, pág. 109

carência e desproteção social, interferindo – colocando em perigo – a autonomia e liberdade de agente que se prostitui<sup>72</sup>.»

Presume-se que prostituição é motivada sempre por situações de elevada carência social e “reprovando-se” o aproveitamento económico da prostituição da pessoa que a fomenta, favoreça ou facilite, por se considerar que essa mesma exploração, levada a cabo por um terceiro, coloca sempre em risco a liberdade sexual da pessoa que se prostitui.

Essa opção política criminal, de incriminação de lenocínio simples, com o intuito de minimizar o risco de situações de exploração, baseou-se em estudos empíricos que se limitam a atender a situações de prostituição provenientes de situações de carência. O que só por aí já demonstra uma clara limitação, pois devido à natureza complexa e diversificada, o fenómeno da prostituição abrange muitas outras situações que o legislador não considerou ao tipificar o 169.º, n.º 1 do CP.

A motivação de incriminação fundou-se nas situações de prostituição associadas a carências sociais elevadas e que qualquer comportamento que fomente, favoreça ou facilite a atividade de prostituição implica uma exploração da necessidade económica ou social da pessoa que se prostitui.

O legislador não teve em consideração que a prostituição pode ser praticada por alguém livre, maior de idade e que o faz voluntariamente, que para o “espanto” de muitos (inclusive do legislador que optou por a “ignorar”) existe.

A prostituição não está sempre associada a situações de carência social ou que a pessoa que crie condições de fomento, favorecimento ou facilitação da atividade explore a necessidade económica ou social da pessoa que se prostitui. As motivações que levam as pessoas a prostituir-se são diversas, porém o legislador ao elaborar a incriminação foi redutor.

A necessidade de obter dinheiro e de forma rápida é a razão mais comum para as pessoas se prostituírem, agora se é por se encontrar numa situação de elevada carência ou não já é outra problemática. A procura pelo dinheiro pode não se tratar de uma questão de subsistência, mas sim de criar melhores condições que permitam ter uma vida mais desafogada em termos financeiros.

---

<sup>72</sup> Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 8 de fevereiro de 2017, processo n.º 404/13.9TAFLG.P1, relator João Pedro Nunes Maldonado (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

A visão “moralista e reprovadora” da sociedade, que indiretamente se refletiu na lei, é que acha que é inconcebível uma pessoa, que não se encontre no limiar da pobreza, de forma consciente, livre e voluntariamente, decida prostituir-se.

Não ignoramos que a carência social ou que haja um comportamento de exploração de necessidade económica sejam duas das razões que levam a que as pessoas se prostituam, contudo não ignoramos o leque diversificado e heterógeno de outras razões (que o legislador não considerou na elaboração da norma) que poderiam motivar a entrada no mundo do trabalho do sexo.

Perante o fenómeno da prostituição, podemos ter diferentes posições<sup>73</sup>.

O proibicionismo<sup>74</sup>, que criminaliza a atividade em si mesma e todos aqueles que a facilitam ou se encontrem envolvidos (o “lenocida”, as prostitutas e os clientes), pois é vista como contrária à moral e à ética.

O abolicionismo<sup>75</sup>, que vê a atividade como uma afronta à dignidade da pessoa humana e pretende a sua eliminação através da incriminação da pessoa que promove e se aproveita do exercício da prostituição, deixando de parte a prostituta pois considera-a uma vítima.

O regulamentarismo, defendido pelo feminismo liberal, que inicialmente tem uma dimensão intervencionista com o intuito de proteger a ordem pública pois vê a prostituição como um “facto natural, um mal menor e necessário”, e pretendendo controlar o mercado do sexo e dos seus trabalhadores, implementa medidas, regras e meios de controlo que visam evitar problemas de ordem pública e sanitários. Esta política de regulamentar a atividade prostitucional trouxe algumas consequências para o Direito do Trabalho, uma vez que a prostituição, quando praticada de modo livre e consentido, passou a ser vista como uma atividade laboral, reconhecendo aos seus trabalhadores os mesmos direitos e garantias de natureza laboral e social, diminuindo os abusos por parte dos clientes e dos “lenocidas”. É dado um enorme relevo ao consentimento<sup>76</sup>, figura chave que motiva a regulamentação da atividade

---

<sup>73</sup> AMORIM, Nuno, “Prostituição na Europa: enquadramento internacional”, in *Divisão de Informação Legislativa e Parlamentar – DILP*, outubro de 2019, págs. 5 e 6 e CARDOSO, João Pedro Pereira, “O dever de dignidade da pessoa humana, A inconstitucionalidade do crime de lenocínio”, in *Revista Jurídica Digital Data Venia*, n.º 11, ano 2020, págs. 244 e 245

<sup>74</sup> Os Estados Unidos da América são um dos exemplos da concretização da política proibicionista da prostituição (todos os Estados, excepto o Estado de Nevada proíbe a prática prostitucional).

<sup>75</sup> O melhor exemplos que temos é mesmo nosso caso, sendo o art.º 169.º, n.º 1 do CP uma clara concretização do abolicionismo.

<sup>76</sup> Figura essa que é totalmente ignorada nos modelos abolicionistas, pois recusam que a pessoa que se prostitui o faça de modo livre e voluntário.



prostitucional, reforçando a ideia de que as mulheres têm capacidade e o direito de decidir o que querem fazer com os seus corpos.

Por último, e mais recente, temos o neoabolicionismo<sup>77</sup>, que criminaliza a prostituição com base numa perspetiva de género pois identifica a atividade com a violência, considerando ser uma demonstração da dominação do género feminino pelo masculino, punindo as pessoas que retiram um proveito económico da atividade (o “lenocida”) bem como as pessoas que perpetuam essa “dominação” (os clientes). O objetivo deste tipo de criminalização é o de acabar com a oferta uma vez que se verifica uma redução de procura dos serviços de natureza sexual.

No âmbito europeu, há uma clara divisão de soluções e respostas. Temos apenas 8 países nos quais a prostituição é legal e está regulamentada<sup>78</sup>, noutros países existe claramente um vazio legal, sendo a atividade prostitucional “ignorada”<sup>79</sup> (não é legal, nem ilegal como se sucede em território português). E por último, temos países que proíbem a atividade de prostituição<sup>80</sup>.

Na Alemanha, desde 2002, foi legalizada e regulada a prostituição através da “Lei da Prostituição” (*Prostitutionsgesetz*), reconhecendo a profissão de prostituto como prestação de serviços e passando a exigir, a quem a pratica a atividade, o pagamento de impostos, reconhecendo-lhe igualmente o direito a receber proteção social e admitiu a celebração contratos de trabalho para o exercício da atividade. Em 2016, com o intuito de reforçar o direito à autodeterminação e a proteção contra a exploração, violência e tráfico, a Lei (*Prostituiertenschutzgesetz*) criou um registo para as pessoas que se prostituem e um implementou um conjunto de conselhos médicos e a introdução de uma licença para exercer a atividade sendo obrigatório o cumprimento de determinados requisitos previstos legalmente. (Porém, nos diferentes Estados Federais da Alemanha, existem algumas cidades que proíbem a atividade prostitucional em determinadas zonas. Em Berlim é permitido em qualquer zona da cidade, porém na cidade de Hamburgo já é proibida a prática da prostituição em algumas zonas urbanas e em determinados períodos do dia)<sup>81</sup>. Porém, o Código Penal alemão prevê o crime de

---

<sup>77</sup> Países como a Suécia, Noruega, Islândia, França e Irlanda do Norte adoptaram esta posição.

<sup>78</sup> Países como a Alemanha, Holanda, Áustria, Suíça, Hungria.

<sup>79</sup> Países como a Itália ou a República Checa

<sup>80</sup> Países como a Ucrânia e a Moldávia

<sup>81</sup> AMORIM, Nuno, “Prostituição na Europa: enquadramento internacional”, in *Divisão de Informação Legislativa e Parlamentar – DILP*, outubro de 2019, pág. 8

lenocínio no art.º 180.º do Código Penal alemão, encontrando-se o mesmo inserido nos crimes contra a autodeterminação sexual<sup>82</sup>.

A Holanda, famosa pelo seu *Red light district*, exemplo mais popular e invocado ao falarmos da legalização/regulação da prostituição. Não existe propriamente uma “legalização da prostituição” de modo claro, porém em 2000, os estabelecimentos de prostituição, mediante autorização municipal, tornaram-se legais. A obrigatoriedade da legalização dos estabelecimentos de prostituição (bordéis), tendo sido introduzido um sistema de autorizações municipais, existe com o intuito de garantir a proteção das pessoas que se prostituem e controlar e diminuir situações que possam estar relacionadas com a prostituição e com outras realidades sujeitas a punição penal (como é caso da prostituição forçada) e salvaguardar as crianças contra o abuso sexual. Apesar da legalização dos bordéis, não existe qualquer diploma legal que regule a prostituição, sendo atribuída a competência para regulamentação da prática da prostituição às autoridades locais (municípios). Reconhece-se que as pessoas que se prostituem, sendo admissível a celebração de contratos de trabalho, têm direito aos mesmos institutos de proteção social que qualquer outro cidadão no exercício de outra profissão tem direito. (A título exemplificativo, a pessoa que, por motivos que lhe não são imputáveis, não pode prostituir-se tem direito a receber subsídio de desemprego. E caso deixe a atividade tem direito a apoios sociais geralmente atribuídos a pessoas que se encontrem desempregadas.<sup>83</sup>) Contudo, a prostituição forçada e a prostituição de menores continuam a ser objeto de tutela penal<sup>84</sup>.

Na Itália, revogaram-se os diplomas legais que regulamentavam a prostituição, proibiram-se os estabelecimentos de prostituição e criou-se um tipo legal de crime “*struttamento della prostituzione*”, punível com penas de prisão até 6 anos ou com penas de multa. Pune-se quem fomentar a prostituição de pessoa menor de 18 anos e abrange igualmente o recrutamento e introdução na prostituição, bem como o lenocínio de menores. Porém, a prostituição, praticada por pessoas que o façam de modo individual, não se encontra legalizada nem regulada, existindo um vazio legal. Contudo, os rendimentos provenientes da prática prostitucional são tributados de igual forma que seria qualquer outro rendimento obtido de

---

<sup>82</sup> ALBERTO, José, *Crimes sexuais: Do crime de lenocínio em especial, A tutela jurídica da prostituição*, Chiado Editora, 2018, págs. 63 e 64

<sup>83</sup> AMORIM, Nuno, “Prostituição na Europa: enquadramento internacional”, in *Divisão de Informação Legislativa e Parlamentar – DILP*, outubro de 2019, pág. 17

<sup>84</sup> ALBERTO, José, *Crimes sexuais: Do crime de lenocínio em especial, A tutela jurídica da prostituição*, Chiado Editora, 2018, págs. 61 e 62

forma lícita. (A jurisprudência italiana considerou como crime de violação o recurso a serviços de prostituição e não tendo sido efetuado o devido pagamento<sup>85</sup>.)

A Moldávia proíbe e pune a atividade de prostituição, previsto e punível pelo Código das Contraordenações. O art.º 89.º do diploma legal determina pela prática prostitucional uma pena de multa ou com trabalho a favor da comunidade entre 20/40 horas. Estas punições aplicam-se apenas às pessoas que se prostituem de modo livre e voluntário, e não às pessoas que são vítimas de tráfico de pessoas ou que tenham sido obrigadas a prostituir-se. Apesar do carácter contraordenacional, as atividades relacionadas como o lenocínio e o tráfico de seres humanos encontram-se previstas e puníveis no Código Penal moldavo (arts.º 165.º e 220.º respetivamente).

Por último, é necessário referir de modo breve, a legislação pioneira adotada pela Suécia<sup>86</sup> (e por outros países posteriormente, como é caso da Noruega, França e Irlanda), com o intuito de combater as baixas penas aplicadas aos casos de compra de serviços sexuais, criminalizou a compra de serviços sexuais (“*targeting the sex buyer*”), ou seja, punir o “comprador do serviço sexual”, vulgarmente conhecido por “cliente”. Esta incriminação resultou na redução drástica da prostituição, pois consequentemente verificou-se uma diminuição da procura dos serviços de natureza sexual<sup>87</sup>.

Devido à diversidade de regimes jurídicos adotados a nível europeu, e de modo breve aqui mencionados, facilmente compreendemos que a prostituição se trata de um tema complexo que impede a elaboração de um regime jurídico unitário e coeso, o que consequentemente também demonstra a dificuldade, devido às diferentes interpretações, em identificar os valores/bens jurídicos dignos de tutela e os fundamentos que legitimem essa mesma tutela.

Em Portugal, temos um vazio de natureza legislativa relativamente à regulamentação da atividade prostitucional, porém a conduta não é ilícita (mas todos os outros campos com os quais tenham contacto (crime de lenocínio) são criminalizados). Esta inércia do legislador, em “fechar os olhos” ao problema e simplesmente “nada dizer”, ANDRÉ LAMAS LEITES caracteriza-a como “política da avestruz”<sup>88</sup> perpetua os preconceitos e o “moralismo”

---

<sup>85</sup> AMORIM, Nuno, “Prostituição na Europa: enquadramento internacional”, in *Divisão de Informação Legislativa e Parlamentar – DILP*, outubro de 2019, pág. 18

<sup>86</sup> ALBERTO, José, *Crimes sexuais: Do crime de lenocínio em especial, A tutela jurídica da prostituição*, Chiado Editora, 2018, págs. 67 e 68

<sup>87</sup> AMORIM, Nuno, “Prostituição na Europa: enquadramento internacional”, in *Divisão de Informação Legislativa e Parlamentar – DILP*, outubro de 2019, pág. 26

<sup>88</sup> LEITE, André Lamas, artigo de opinião “*Prostituição e lenocínio: “política da avestruz” à portuguesa*” in [www.publico.pt](http://www.publico.pt), 17 de setembro de 2017

conservadores e impede que haja uma maior visibilidade do comércio do sexo, o que permitiria travar e impedir as redes criminosas de exploração sexual e tráfico de pessoas com a finalidade de exploração sexual. É uma realidade que é do conhecimento de todos, contudo o legislador português teima em “ignorar”.

As pessoas que se prostituem encontram-se numa clara situação de desvantagem, pois não têm qualquer proteção ou garantia jurídica. Apesar do legislador considerar que a incriminação do 169.º, n.º 1 do CP visa a proteção das “vítimas” (as pessoas que se prostituem), persiste uma clara desvantagem e posição social desigual da pessoa que presta serviços sexuais.

A “boa intenção” do legislador de proteger a pessoa que se prostitui ao incriminar o lenocínio simples, acaba por falhar e “sair o tiro pela culatra”, uma vez que o 169.º, n.º 1 do CP continua a deixar desprotegidas as pessoas que se prostituem e continuam propensas a um aumento da perigosidade, uma vez que a prática de serviços sexuais continua a ser feita, porém sem a regulamentação devida que poderia conferir um ambiente mais seguro e que conferisse uma maior proteção às pessoas que exercem a atividade prostitucional.

«Construído o dogma da prostituta como alguém necessariamente ligada a uma vida familiar desestruturada ou de extrema pobreza, marcada pela opressão e dominação do proxeneta, cujo único interesse é tirar proveito económico dela, as políticas criminais, ainda que a pretexto da boa intenção de proteger a dignidade e a liberdade da vítima, mas não têm feito do que “assobiar para o lado” e assim alimentar ainda mais a marginalização, a exclusão, a invisibilidade, a estigmatização, o desvalor e a violência sobre quem vive do trabalho sexual.<sup>89</sup>»

É no âmbito dos direitos laborais, sociais e da cidadania que se encontram as principais razões para se fundamentar a legalização da prostituição. A marginalização das pessoas que se prostituem continua a perpetuar-se, e o silêncio do legislador é um claro comportamento desse mesmo “colocar de parte”.

«Ressalvados os casos de prostituição forçada ou de exploração sexual nomeadamente por comprovada situação de carência económica e social, hipóteses previstas no n.º 2 do 169.º, vençam-se os mandamentos religiosos, dogmas e hipocrisias sociais para valorizar o direito à liberdade do exercício da atividade sexual, legalizando o comércio do sexo, regulamentando-o, com respeito pela autonomia e autodeterminação coletiva de todos os trabalhadores do sexo,

---

<sup>89</sup> CARDOSO, João Pedro Pereira, “O dever de dignidade da pessoa humana, A inconstitucionalidade do crime de lenocínio”, in *Revista Jurídica Digital Data Venia*, n.º 11, 2020, pág. 248 e 249

em vista da implementação de políticas que conduzam à melhoria das condições de trabalho, segurança pessoal, cidadania e reconhecimento social<sup>90</sup>.»

Atendendo ao próprio Relatório apresentando ao Conselho de Direitos Humanos da ONU, publicado a 8/4/2016, elaborado por um grupo de especialistas independentes das Nações Unidas, a criminalização da prostituição coloca os trabalhadores do sexo numa situação de injustiça, vulnerabilidade e estigma, piorando a sua situação em vez de lhes conceder uma maior proteção. Reforçam a necessidade de se criarem meios que lhes permitam aceder a serviços de saúde, que as protegem da violência e da discriminação. A própria Amnistia Internacional apela à descriminalização do trabalho sexual, tendo como base inúmeras investigações e pesquisas, com o intuito de permitir que os trabalhadores do sexo tenham acesso a cuidados e serviços de saúde, que se crie uma rede que lhes dê confiança e apoio para denunciarem determinados crimes às autoridades, que consigam organizar-se e trabalharem em conjunto garantindo-lhes uma maior segurança e que se termine, de uma vez por todas, com a marginalização/estigmatização das pessoas que se prostituem. Referem igualmente que muitas das legislações que visam punir os “lenocidas”, causam muitas vezes danos a quem desempenha o trabalho sexual, «em vez de o fazerem àqueles que cometem os abusos, porque são legislações demasiado amplas e vagas e não suficientemente direcionadas ao problema<sup>91</sup>.»

A legalização da prostituição permitiria que os trabalhadores do sexo tivessem acesso aos mesmos direitos e deveres, a que todos os cidadãos que não se dedicam à atividade prostitucional têm. Enunciando alguns deles como o direito ao trabalho<sup>92</sup>, direito ao subsídio de desemprego, direito à segurança social, baixa médica, acesso ao sistema nacional de saúde

---

<sup>90</sup> CARDOSO, João Pedro Pereira, “O dever de dignidade da pessoa humana, A inconstitucionalidade do crime de lenocínio”, in *Revista Jurídica Digital Data Venia*, n.º 11, 2020, pág. 251

<sup>91</sup> No site português da Amnistia Internacional encontra-se exposto de forma geral a política para defesa e proteção dos direitos humanos de quem é trabalhador sexual, tendo a sua conclusão por base inúmeros investigações e pesquisas após lidarem diretamente com inúmeras pessoas, que por diferentes razões, se prostituem. (disponível em <https://www.amnistia.pt/politica-para-a-protecao-dos-direitos-humanos-no-trabalho-sexual-perguntas-e-respostas/>)

<sup>92</sup> Para ser possível a “profissionalização” da atividade de prostituição no regime jurídico português seria necessária uma alteração ao disposto no âmbito laboral. LEAL AMADO considera qualquer atividade lícita e apta para a satisfação de um interesse do credor digno de tutela jurídica pode constituir objetivo de contrato de trabalho. Não existe qualquer elenco taxativo de atividades laborais, exigindo-se apenas sua ilicitude. E devido ao vazio legal respeitante à atividade prostitucional seria necessário contornar essa questão da licitude para se tornar possível considerar a prostituição como atividade laboral/profissional. (Foi o que aconteceu na Alemanha, ao legalizarem a prostituição, foi necessário alterarem as normas do âmbito laboral permitindo assim a elaboração de contratos de trabalho.) A admissibilidade do contrato de trabalho prostitucional dependeria de alterações no âmbito laboral e consequentemente alteração do previsto no art.º 280.º, n.º 2 do Código Civil. (retirado de AMADO, João Leal, “Contrato de Trabalho Prostitucional”, *Questões Laborais*, ano IX, n.º 20, Coimbra Editora, 2002, págs. 236 e segs. e ALBERTO, José, *Crimes sexuais: Do crime de lenocínio em especial, A tutela jurídica da prostituição*, Chiado Editora, 2018, págs. 54 a 59)

e pagamento de impostos, são desses direitos e deveres que a pessoa, trabalhadora do sexo, teria acesso concretizando-se na sua plenitude o princípio da igualdade (art.º 13.º da CRP).

Sem mais delongas, pois o propósito da dissertação não é o da legalização ou criminalização da prostituição, mas sim se a incriminação prevista no 169.º, n.º 1 do CP obedece ou não a todos os critérios que aferem legitimidade constitucional, damos por encerrada esta discussão, iniciada apenas com o intuito de desenvolver alguns pontos que nos permita de forma mais esclarecida demonstrar o carácter moralista e visivelmente preconceituoso que possa estar “encoberto” na motivação da incriminação.

### 3.5. Delimitação do crime de lenocínio: breve referência ao crime de tráfico de pessoas (art.º 160.º, n.º 1 do CP)

Importa tecer, de modo breve, algumas considerações sobre o crime de tráfico de pessoas, uma vez que “à primeira vista” nos poderá induzir em erro e confundir com o crime de lenocínio (mais concretamente o lenocínio agravado, previsto no art.º 169.º, n.º 2 do CP).

O crime de tráfico de pessoas, previsto no art.º 160.º, n.º 1 do CP<sup>93</sup>, praticado com a finalidade de exploração sexual, poderá gerar uma certa “desorientação” dificultando a identificação do tipo legal de crime em causa.

O crime de tráfico de pessoas é definido, nos termos do 160.º, n.º 1 do CP, como:

- i) a conduta de quem oferecer, entregar, recrutar, aliciar, transportar, alojar ou acolher pessoa para fins de exploração, incluindo a exploração sexual, por meio de violência, rapto ou ameaça grave; ii) ou através de ardil ou manobra fraudulenta; iii) ou com abuso de autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, económica, de trabalho ou familiar; iv) ou aproveitando-se de incapacidade psíquica ou de situação de especial vulnerabilidade da vítima; v) ou através da obtenção do consentimento da pessoa que tem o controlo sobre a vítima.

O n.º 2 da mesma norma (160.º do CP) dispensa a verificação de qualquer uma das circunstâncias *supra* referidas, caso a vítima seja menor de idade.

O art.º 169.º, n.º 2, que tipifica o crime de lenocínio agravado, como já vimos, definindo-a como a conduta de quem profissional ou com intenção de natureza lucrativa fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa de prostituição. Sendo o tipo legal de crime agravado, caso i) seja cometido por meio de violência ou ameaça grave; ii) através de ardil ou ameaça fraudulenta; iii) com abuso de autoridade, resultado de uma relação familiar,

---

<sup>93</sup> *Código Penal*,

«Artigo 160.º

Tráfico de pessoas

1 - Quem oferecer, entregar, recrutar, aliciar, aceitar, transportar, alojar ou acolher pessoas para fins de exploração, incluindo a exploração sexual, a exploração do trabalho, a mendicidade, a escravidão, a extração de órgãos ou a exploração de outras actividades criminosas:

a) Por meio de violência, rapto ou ameaça grave;

b) Através de ardil ou manobram fraudulenta;

c) Com abuso de autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, económica, de trabalho ou familiar;

d) Aproveitando-se de incapacidade psíquica ou de situação de especial vulnerabilidade da vítima; ou

e) Mediante a obtenção do consentimento que tem o controlo sobre a vítima;

é punido com pena de prisão de três a dez anos.»

de tutela ou curatela, ou de dependência hierárquica, económica ou de trabalho ou iv) quando se verifique um aproveitamento de incapacidade psíquica ou de situação de especial vulnerabilidade da vítima. São notórias as semelhanças no elenco que tipifica os modos de execução dos tipos legais de crime de lenocínio agravado (previsto no art.º 169.º, n.º2 do CP) e o crime de tráfico de pessoas (previsto no 160.º, n.º1 do CP): violência, ameaça grave, ardid ou fraude, abuso de autoridade, aproveitamento de incapacidade psíquica e situação de especial vulnerabilidade da vítima.

Trata-se de um crime que integra a categoria dos “crimes contra as pessoas”, e atendendo às inúmeras revisões, tal como aconteceu com o crime de lenocínio, o crime de tráfico de pessoas foi, cada vez mais, alargado o seu âmbito de punição. Chegando mesmo a prever expressamente a irrelevância do consentimento da vítima, não se excluindo a ilicitude da conduta<sup>94</sup>.

Por se tratar de uma atividade organizada à escala mundial, lucrativa e desenvolvida em várias fases, todas elas manifestando sempre uma “instrumentalização e comercialização” da pessoa humana, entende-se que o elemento essencial do crime é o elemento da exploração. PEDRO VAZ PATTO considera essa mesma exploração “qualificada”, pois reduz a pessoa a um mero objeto ou instrumento, pois associamos ao ser humano a dignidade e não um preço como vulgarmente associamos às coisas<sup>95</sup>, e a prática do crime de tráfico de pessoas implica essa mesma “coisificação/instrumentalização” do ser humano.

PEDRO VAZ PATTO, atendendo desde logo à inserção sistemática do tipo legal de crime, considera que o bem jurídico tutelado é a liberdade pessoal. O que é colocado em causa é a dignidade da pessoa humana, pois «a exploração, ou mercantilização, do corpo humano

---

<sup>94</sup> No meio doutrinário, também o crime de tráfico de pessoas levanta algumas dúvidas relativamente à identificação e delimitação do bem jurídico tutelado, com o Protocolo de Palermo (Convenção de Varsóvia, e consequentemente, a Decisão-Quadro do Conselho de 19 de julho de 2002) prevê no seu art.º 3.º, alínea b), o consentimento da vítima de tráfico de pessoas tornou-se irrelevante, caso tenha sido utilizado qualquer um dos meios previstos na alínea a), referindo expressamente o “aproveitamento de uma situação de vulnerabilidade”. Considera-se que essa vulnerabilidade “debilita” o consentimento como manifestação de liberdade. GUZMÁN DALBORA critica a punição do designado “tráfico consentido de adultos” por considerar que há “intervenção de natureza moralista” do Direito Penal, tornando-se esta imprópria, levando à perda total do bem jurídico digno de tutela penal. (Retirado de ALBERTO, José, *Crimes sexuais: Do crime de lenocínio em especial, A tutela jurídica da prostituição*, Chiado Editora, 2018, págs. 157 e 158) Acabando por se verificar esse mesmo problema, e cerne da dissertação, no crime de lenocínio previsto no artigo 169.º, n.º1 do CP.

<sup>95</sup> ALBERTO, José, *Crimes sexuais: Do crime de lenocínio em especial, A tutela jurídica da prostituição*, Chiado Editora, 2018, págs. 156 a 159



(porque a pessoa não tem um corpo, é um corpo) atinge, de modo particular a dignidade da pessoa<sup>96</sup>».

«Neste sentido, entendemos que estão em causa valores pessoais como a liberdade e a dignidade humana – resultante da instrumentalização da pessoa -, mas também um valor de interesse e reconhecimento coletivo resultante da censurabilidade de condutas que atribuem à pessoa humana um «rótulo de mercadoria» para fins de exploração da mendicidade, de outras atividades criminosas ou da escravidão. (...) A criminalização do tráfico de pessoas não consentidas não suscita em nós qualquer reserva relativamente aos seus fundamentos<sup>97</sup>.»

Verificada a dificuldade em identificar os bens jurídicos tutelados pelos tipos legais de crime aqui referidos, maior é o desafio em delimitar os campos de aplicação de cada uma das normas (160.º, n.º 1 e 169.º, n.º 2 do CP).

PEDRO VAZ PATTO, com o intuito de facilitar a identificação das condutas suscetíveis de serem subsumidas ao tipo legal de crime que prevê o tráfico de pessoas, refere uma lista de determinados indícios (indicados por vários organismos (polícia alemã, holandesa, italiana))<sup>98</sup> que permitem com maior facilidade distinguir uma situação de tráfico de pessoas para exploração sexual de situação diversa. É caso do fecho mecânico de entradas e saídas dos locais de exercício da prostituição ou vigilância desses mesmos locais; controlo electrónico de movimentos ou outros meios de limitação da liberdade de movimentos; janelas com barras, privação de documentos de identificação; desconhecimento de qualquer língua para além da língua nativa; desconhecimento da forma de entrada no país de destino; preços de serviços abaixo dos do mercado; impossibilidade de gerir de forma autónoma os rendimentos da atividade; situações de ansiedade e abandono; retenção de determinado rendimento para pagamento de dívidas de montante elevado.

O acórdão da Relação do Porto de 8 de julho de 2015<sup>99</sup> refere expressamente qual o critério<sup>100</sup> que permite distinguir os dois tipos legais de crime: o «critério de distinção entre o

---

<sup>96</sup> PATTO, Pedro Vaz, «A delimitação entre os crimes de tráfico de pessoas, lenocínio agravado e escravidão», in *Estrangeiros e Direito Penal*, apresentação decorrida no âmbito da ação de formação “Tráfico de seres humanos”, no auditório do CEJ, 16 de dezembro de 2016, págs. 11 a 13 e 19

<sup>97</sup> ALBERTO, José, *Crimes sexuais: Do crime de lenocínio em especial, A tutela jurídica da prostituição*, Chiado Editora, 2018, pág. 159

<sup>98</sup> PATTO, Pedro Vaz, «A delimitação entre os crimes de tráfico de pessoas, lenocínio agravado e escravidão», in *Estrangeiros e Direito Penal*, apresentação decorrida no âmbito da ação de formação “Tráfico de seres humanos”, no auditório do CEJ, 16 de dezembro de 2016, págs. 17 a 19

<sup>99</sup> Processo n.º 1480/07.9PCSNT.G1.P1, relator Pedro Vaz Patto (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

<sup>100</sup> «Para considerarmos que estamos perante uma situação de tráfico de pessoas (...), no confronto com o lenocínio agravado, basta que as condições do exercício da prostituição vão para além, na privação da liberdade

crime de tráfico de pessoas, p. e p. pelo artigo 160.º, n.º 1, d) do Código Penal e o crime de lenocínio agravado, p. e p. pelo artigo 169.º, n.º 2, d), do mesmo Código liga-se ao grau de instrumentalização (coisificação) da vítima; o tráfico de pessoas aproxima-se do ápice da instrumentalização da pessoa que representa a escravatura e vai para além do que já é próprio da exploração da prostituição, na privação da liberdade e na ofensa à dignidade da pessoa.»

Contudo, o critério jurisprudencial não permite distinguir os dois tipos legais de crime<sup>101</sup>, pois o fator que permite a distinção é o bem jurídico tutelado por cada um dos tipos legais de crime. Apesar de ambos tutelarem, de modo geral, o bem jurídico liberdade, cada tipo legal de crime protege uma determinada dimensão do bem jurídico da liberdade: o artigo 160.º, n.º1 do CP (tráfico de pessoas) tutela liberdade de decisão e acção da pessoa e o art.º 169.º, n.º 2 do CP (lenocínio agravado) tutela a liberdade sexual.

---

da vítima e na ofensa à dignidade da pessoa da vítima, das que já são próprias da exploração da prostituição». (Acórdão da Relação do Porto do dia 8 de julho de 2015, processo n.º 1480/07.9PCSNT.G1.P1, relator Pedro Vaz Patto (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

<sup>101</sup> ALVES, Mafalda Cristina Leitão, “*O crime de lenocínio e o crime de tráfico de pessoas para fins de exploração sexual no ordenamento jurídico português: articulação de problemáticas*”, dissertação de mestrado, Universidade de Coimbra, janeiro de 2017, págs. 48 e 49

## 4. Problemática do bem jurídico e a intervenção penal excessiva

### 4.1. O bem jurídico

No âmbito do Direito Penal, temos a figura do “bem jurídico” como parâmetro de controlo da constitucionalidade das normas incriminatórias<sup>102</sup>. O princípio jurídico-constitucional do direito penal do bem jurídico concretiza-se através dos critérios da dignidade penal do bem jurídico e da necessidade de intervenção penal<sup>103</sup>.

A finalidade do Direito Penal é a de tutelar bens jurídicos<sup>104</sup>, e por isso, surge a necessidade de o definir: «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<sup>105</sup>». Assim sendo, a intervenção do Direito Penal só deve ser admissível nos casos em que se verifiquem lesões “inadmissíveis” das condições que se consideram essenciais para a livre realização e desenvolvimento da personalidade de cada pessoa.

E devido à natureza de última *ratio* do DPenal é necessário asseverar o requisito da necessidade/subsidiariedade penal, ou seja, certificar-se da inexistência ou insuficiência de qualquer outro meio que confira uma proteção eficaz do bem jurídico que se pretende proteger penalmente, pois só assim a interferência é admissível (consequência da sua natureza subsidiária).

«A verdade é que o recurso a meios penais está constitucionalmente sujeito a limites bastante estritos. Consistindo as penas, em geral, na privação ou sacrifício de determinados direitos (*maxime*, a privação da liberdade, no caso da prisão), as medidas penais só são constitucionalmente admissíveis quando sejam necessárias, adequadas e proporcionadas à proteção de determinado direito ou interesse constitucionalmente protegido (cf. artigo 18º da Constituição), e só serão constitucionalmente exigíveis quando se trate de proteger um direito

---

<sup>102</sup> ROXIN, Claus, “O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova”, traduzido por Susana Aires de Sousa, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 23, n.º 1, janeiro-março de 2013, págs. 7 a 43

<sup>103</sup> Art.º 18, n.º 2 da CRP

<sup>104</sup> Art.º 40.º, n.º 1 do CP

<sup>105</sup> DIAS, Jorge Figueiredo, *Direito Penal, Parte geral*, Tomo I, Coimbra Editora, 2012, 2ª edição, 2ª reimpressão, pág. 114

ou bem constitucional de primeira importância e essa proteção não possa ser garantida de outro modo<sup>106</sup>.»<sup>107</sup>

Atendendo a CLAUS ROXIN<sup>108</sup>, é através do bem jurídico que conseguimos retirar quais são as condições/finalidades que possibilitam o desenvolvimento da pessoa, com o propósito de garantir a salvaguarda e concretização dos direitos fundamentais e o funcionamento de um sistema, no qual a pessoa se encontra inserida, que foi erigido para garantir essa mesma finalidade.

A Jurisprudência Constitucional entende que a incriminação contida no art.º 169.º, n.º 1 do CP assenta na proteção da liberdade e autonomia para a dignidade das pessoas que se prostituem, pois consideram que a pessoa se encontra numa situação de exploração sexual contrária à dignidade sexual da mesma.

Contudo, no âmbito dos crimes sexuais, a intervenção penal só admissível quando se trate de situações nas quais se verifique o desrespeito pelo bem jurídico da liberdade sexual<sup>109</sup>, ou seja, quando se verifiquem situações nas quais não houve um consentimento livre e esclarecido da pessoa que pratica o ato sexual.

O que nos leva a discordar do entendimento explanado pela JC, uma vez que o art.º 169.º, n.º 1 não tutela nenhum bem jurídico (liberdade sexual), demonstra apenas uma preocupação em preservar uma certa moralidade sexual e o “ganho honesto”. O legislador parece-nos mais preocupado na forma como as pessoas ganham o seu sustento do que em efetivamente tutelar bens jurídicos dignos de tutela penal. (Só nos casos em que a pessoa fosse impedida de exercer a sua liberdade sexual é que existiria um bem jurídico carente de intervenção penal.)

A conduta tipificada no 169.º, n.º 1 não coloca em causa a liberdade sexual da pessoa que se prostitui, não existindo assim nenhum fundamento para a intervenção do Direito Penal, revelando uma intervenção estadual claramente abusiva.

---

<sup>106</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 85/1985

<sup>107</sup> Com o mesmo entendimento, cfr. Ac. do TC n.º 99/2002

<sup>108</sup> ROXIN, Claus, “O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova”, traduzido por Susana Aires de Sousa, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 23, n.º 1, janeiro-março de 2013, pág. 12

<sup>109</sup> A liberdade sexual é uma das várias dimensões da liberdade da pessoa humana, que se encontra constitucionalmente consagrada. A liberdade sexual tem uma dimensão positiva, o direito de dispor sexualmente do seu corpo como bem entender, e uma dimensão negativa, o direito de recusar qualquer ação não consentida na sua esfera sexual. Sendo relevante, uma vez mais, referir que qualquer prática sexual realizada por adultos, dado o seu livre e esclarecido consentimento, não pode nem deve ser objeto de intervenção do Direito Penal. (DIAS, Maria do Carmo, *Crimes sexuais com adolescentes: particularidades dos artigos 174 e 175 do Código Penal Português*, Almedina, 1ª edição, 2006, pág. 209)

## 4.2. A “dignidade da pessoa humana” não pode ser fundamento de restrições

Sempre que é solicitado ao Tribunal Constitucional para se pronunciar pela inconstitucionalidade da norma 169.º, n.º 1 do CP, a expressão “dignidade da pessoa humana” é um termo recorrente em toda a sua fundamentação e é apelidado como o bem jurídico que a norma, em questão, visa proteger.

Contudo, a dignidade da pessoa humana não é nem pode ser considerada direito fundamental ou bem jurídico<sup>110</sup>, apenas princípio no qual se baseiam os direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana deve «ser mobilizada como fundamento de um direito contra o Estado, mas não como fundamento do exercício do poder punitivo do Estado, em compressão de direitos fundamentais<sup>111</sup>.»

A dignidade da pessoa humana é um princípio ao qual se recorre para concretizar e delimitar os conteúdos dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, mas nunca para fundamentar/legitimar restrições a direitos fundamentais.

A dignidade da pessoa humana é o «limite de toda a intervenção estadual e não fundamento desta». FIGUEIREDO DIAS e MARIA JOÃO ANTUNES entendem que a dignidade da pessoa humana deve concretizar-se em concretos bens jurídicos dignos de pena, respeitando a exigência constitucional consagrada no art.º 18.º, n.º 2 da CRP. A dignidade da pessoa humana «não pode nem deve constituir-se como bem jurídico penalmente relevante e, conseqüentemente, não pode nem deve legitimar constitucionalmente uma incriminação que não tenha fundamento direto e concreto na salvaguarda de direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. Outros interesses, que não a dignidade da pessoa<sup>112</sup>.»

«A Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na conceção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado. Pelo menos, de modo

---

<sup>110</sup> Cfr. Ac. do TC n.º 641/2016, Lino Rodrigues Ribeiro, ao justificar o voto vencido, refere: «não é no valor da dignidade da pessoa humana que se pode encontrar o bem jurídico-constitucional digno de proteção penal.»

<sup>111</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo / ANTUNES, Maria João, “Da inconstitucionalidade da tipificação do lenocínio como crime de perigo abstrato”, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro*, vol. I, Almedina, 2019, pág. 121

<sup>112</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo / ANTUNES, Maria João, “Da inconstitucionalidade da tipificação do lenocínio como crime de perigo abstrato”, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro*, vol. I, Almedina, 2019, pág. 122

direto e evidente, os direitos liberdades e garantias pessoais e os direitos sociais e culturais comuns têm a sua fonte ética na dignidade da pessoa, de todas as pessoas. (...)

A dignidade é um princípio que coenvolve todos os princípios relativos aos direitos e também aos deveres das pessoas e à posição do Estado perante elas. Princípio axiológico fundamental e limite transcendente do poder constituinte, serve também de critério de interpretação e integração.

«Não é um direito, mas o fundamento de todos os direitos.»<sup>113</sup>

Respeitante aos fundamentos que levaram à incriminação contida no 169.º, n.º 1 do CP, já anteriormente desenvolvidos com maior pormenor no subcapítulo 3.1., a JC demonstra que associa todas as situações de prostituição a carências sociais elevadas e considera que qualquer comportamento de fomento, favorecimento ou facilitação da prostituição implica sempre um risco elevado e não aceitável de exploração da necessidade económica ou social da pessoa que se prostitui<sup>114115</sup>.

Temos que discordar desta “presunção” construída pelo TC, pois não podemos pressupor que todas as situações de prostituição estejam obrigatoriamente ligadas a situações de carência social elevada ou que qualquer comportamento de fomento, favorecimento e facilitação da prostituição implique que se verifique uma exploração da necessidade económica ou social da pessoa que se prostitui.

A conduta que se incrimina é a da pessoa que fomenta, favoreça ou facilita o exercício por outra pessoa de prostituição, todavia, por se tratar de um crime de perigo abstrato e exigir-se, com maior rigor, a descrição minuciosa da conduta típica, com o intuito de demonstrar

---

<sup>113</sup> MIRANDA, Jorge, *Direitos Fundamentais*, 3ª edição, Almedina, 2020, pág. 229 a 231

<sup>114</sup> Nesse sentido, cfr. Ac. do TC n.º 144/2004: «em que subjacente à norma do artigo 170º, n.º 1, está inevitavelmente uma perspetiva fundamentada na História, na Cultura e nas análises sobre a Sociedade segundo a qual as situações de prostituição relativamente às quais existe um aproveitamento económico por terceiros são situações cujo significado é o da exploração da pessoa prostituída. (...) O facto de a disposição legal não exigir, expressamente, como elemento do tipo uma concreta relação de exploração não significa que a prevenção desta não seja a motivação fundamental da incriminação a partir do qual o aproveitamento económico da prostituição de quem fomenta, favoreça ou facilite a mesma exprima, tipicamente, um modo social de exploração de uma situação de carência e desproteção social»

E cfr. Ac. do TC n.º 641/2016: «a razão de política criminal que a justifica: permanece válido o entendimento de que a ofensividade que legitima a intervenção penal assenta 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, interferindo com – colocando em perigo – a autonomia e liberdade do agente que se prostitui»

<sup>115</sup> Cfr. Ac. do TC n.º 90/2018: «Subjacente à jurisprudência do Tribunal, está, portanto, a ideia de que a exploração por terceiros da atividade de prostituição exprime uma interferência na esfera individual de quem se prostitui, que comporta riscos intoleráveis na sua autonomia e liberdade que importa prevenir e que, nessa medida, justificam a incriminação»

Também nesse sentido, cfr. Ac. do TC n.º 421/2017.

antecipadamente a perigosidade, acabamos por perceber que a conduta tipificada não potencializa qualquer perigo para o bem jurídico da liberdade sexual (bem esse que o TC identifica como o da “autonomia, da liberdade, da integridade pessoal e do livre desenvolvimento da personalidade do agente que se prostitui”). E é aqui que se constata tratar-se de uma “concretização legislativa infeliz” e demasiado ampla, não sendo devidamente fundamentada a incriminação prevista no 169.º, n.º 1 do CP.

O facto de haver um proveito económico por parte do “lenocida”, resultante de uma relação sexual consentida, não implica que a pessoa que se prostitui não tenha atuado de modo livre. Não podemos concluir, de modo automático, que esse proveito económico do “lenocida” tenha colocado em causa a liberdade sexual da pessoa que se prostituiu.

O art.º 169.º, n.º 1 pune incontáveis situações em que o agente que fomenta, favorece ou facilita a prática prostitucional não determina ou restringe de qualquer maneira a vontade da pessoa que se prostituiu.

O legislador ignorou por completo as situações nas quais é dado o consentimento livre, voluntário e racional da pessoa que se prostitui, acabando desconsiderar e mesmo desrespeitar o exercício da liberdade sexual da pessoa, criando uma maior desigualdade, apesar de justificar a sua intromissão com a finalidade de a combater.

Por isso, reprova-se a intromissão moralista camuflada de “boas intenções” do legislador na vida privada da pessoa, restringindo a sua vontade/liberdade<sup>116</sup>.

---

<sup>116</sup> Existe outro tipo de situações nas quais se verifica uma disposição do corpo que comporta sérios riscos para a pessoa, como é o caso das lutas profissionais. No entanto, esse tipo de atividade não sofre qualquer “implicância” por parte do legislador, contrário ao que se sucede na prostituição. E também em situações nas quais se verifica uma “instrumentalização” da pessoa: o caso da pornografia.

### 4.3. Os limites dos limites (art.º 18.º, n.º 2 da CRP)

As restrições aos direitos, liberdades e garantias como sabemos são possíveis, contudo sofrem algumas limitações.

É necessário que a restrição seja admitida pela CRP (18º, n.º 2 CRP), que essa mesma restrição vise salvaguardar outro direito ou interesse constitucionalmente protegido, que a restrição seja cabível para o efeito, se limite à medida necessária para alcançar esse objetivo e que não haja extinção ou aniquilamento do direito por ter sido dissipado o conteúdo essencial do respetivo preceito.

Os princípios consagrados constitucionalmente que desempenham a função de “guardiões” dos DLG’s não podem ser ignorados pelo legislador, ao elaborar novo conteúdo normativo, tendo sempre que garantir o seu cumprimento.

As “restrições às restrições<sup>117</sup>” aos DLG’s têm que respeitar o princípio da proibição do excesso, princípio esse que assume a função de ser «limites aos limites dos direitos fundamentais<sup>118 119</sup>.»

O princípio da proibição do excesso é constituído por três subprincípios: o da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito<sup>120 121</sup>.

O princípio da proibição do excesso exige que qualquer limitação, feita por lei ou com base na lei, seja i) adequada, ii) necessária e iii) proporcional.

i) Exige-se “adequação” para que a necessidade de a medida restritiva seja apropriada para a prossecução dos fins invocados pela lei (verificar-se que está em conformidade com os fins).

ii) Exige-se “necessidade” com o propósito de evitar a adoção de medidas restritivas de DLG’s que, embora sejam adequadas, não são necessárias para se obterem os fins de proteção visados pela CRP ou a lei. Considerar-se-á uma medida exigível ou necessária quando não for possível escolher um outro meio igualmente eficaz, mas menos «coativo», relativamente aos direitos restringidos.

iii) O princípio da proporcionalidade em sentido restrito significa que a lei, mesmo esta sendo adequada e necessária, poderá ser inconstitucional, caso adote «cargas coactivas» de

---

<sup>117</sup> MIRANDA, Jorge, *Direitos Fundamentais*, 3ª edição, Almedina, 2020, págs. 485 a 490

<sup>118</sup> NOVAIS, Jorge Reis, *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, reimpressão, Almedina, 2019, pág. 100

<sup>119</sup> CANOTILHO, Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição, Almedina, pág. 451

<sup>120</sup> NOVAIS, Jorge Reis, *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, reimpressão, Almedina, 2019, pág. 96

<sup>121</sup> MIRANDA, Jorge, *Direitos Fundamentais*, 3ª edição, Almedina, 2020, págs. 337 a 350



direitos, liberdades e garantias «desmedidas», «desajustadas», «excessivas» ou «desproporcionadas» em relação aos resultados obtidos<sup>122</sup>.

Feita a ponderação dos sacrifícios e dos resultados de satisfação dos bens jurídicos em colisão, verificando que os encargos impostos pela restrição se sobrepõem de forma desproporcional aos benefícios que se pretende garantir, deparamo-nos com uma intervenção excessiva do Direito Penal.

A incriminação do lenocínio simples cria mais restrições e acarreta mais sacrifícios desvantagens dos direitos fundamentais e da liberdade em geral para a pessoa que se prostitui. Além disso, não garante qualquer acréscimo de proteção da liberdade e autodeterminação sexual.

A proteção que se pretende impingir com a incriminação tem o efeito perverso<sup>123</sup>, pois em vez de proteger e garantir o exercício da liberdade sexual, observa-se um aumento das restrições à liberdade da pessoa que se prostitui não lhe conferindo nenhuma proteção ou segurança.

Mesmo no interior do círculo da JC, surgiram algumas vozes contrárias à “sistemática pronúncia” pela não inconstitucionalidade do lenocínio simples: o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 401/16 é um desses exemplos. LINO RODRIGUES RIBEIRO entende que ao suprimir-se o elemento “exploração de situações de abandono ou de necessidade económica” (consequência da reforma de 1998 ao CP) tornou-se indefinido o bem jurídico que a norma visa tutelar. COSTA ANDRADE considera estarmos perante um “crime sem vítima” e por isso defende que o 169.º, n.º 1 do CP é contrário à CRP e consequentemente viola o disposto no 18.º, n.º 2 da CRP. Declara que «a prevenção do perigo abstrato de uma forma desviante de comportamento ou de condução da vida se faça à custa do sacrifício da liberdade da autonomia sexual. Afinal de contas, à custa do sacrifício do único bem jurídico em nome do qual o legislador pode incriminar comportamentos humanos relacionados com a vida sexual das pessoas. É por isso que não posso acompanhar o entendimento de que a norma constante do

---

<sup>122</sup> CANOTILHO, Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª edição, Almedina, pág. 457

<sup>123</sup> «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 sacrificar a integridade pessoal invocando com legitimação o propósito de a tutelar!» (FIGUEIREDO, Dias, “O direito do bem jurídico como princípio jurídico-constitucional implícito”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 145, maio-junho 2016, pág. 261

artigo 169.º do Código Penal na versão vigente satisfaz as exigências de que a Constituição da República faz depender a legitimação material da criminalização.»

MARIA JOÃO ANTUNES, no Ac. do TC n.º 396/2017, votou vencido por considerar que a norma (naquela altura, art.º 170.º, n.º 1 do CP) era inconstitucional. Retirado o elemento de “exploração de uma situação de abandono ou de necessidade” do tipo legal de crime passam a ser incriminados «comportamentos para além dos que ofendem o bem jurídico da liberdade sexual, relativamente aos quais não pode ser afirmada a necessidade de restrição do direito à liberdade, enquanto direito necessariamente implicado na punição (artigos 18º, nº 2 e 27º, nºs 1 e 2, da CRP).»

MAIA COSTA, no Ac. do STJ do dia 5/9/2007<sup>124</sup>, não verificando uma situação de exploração de necessidade económica ou de abandono da pessoa que se prostitui, entende que só se pode concluir «que a prática da prostituição era inteiramente livre da sua parte, que era o seu modo de vida, o seu “trabalho”, por elas livremente escolhido. Perante estes factos, a única conclusão possível é a da exclusão da ilicitude, com a conseqüente absolvição do recorrente».

O Ac. do TR do Porto de 8 de janeiro de 2017 declarou inconstitucional a norma de incriminação e punição constante do artigo 169.º, n.º 1 do Código Penal, por violação do disposto no artigo 18.º, n.º 2 da Constituição da República: considerou que proibição é ilegítima, pois não se verificou «a inexistência ou insuficiência de outras reações sociais para uma proteção eficaz do bem jurídico com dignidade penal».

Concluimos, tendo em consideração o princípio da proibição do excesso, que há claramente uma intervenção excessiva do DP na esfera jurídica da pessoa que se prostitui, acarretando para a mesma um sacrifício imposto pela restrição que não pode ser admissível, e por isso consideramo-la inconstitucional, violando o disposto no art.º 18.º, n.º 2 da CRP.

---

<sup>124</sup> Processo n.º 07P1125, relator Pires da Graça (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

## Conclusão

Após aprofundar e analisar as várias questões, direta e indiretamente relacionadas com o crime de lenocínio simples (169.º, n.º 1 do CP), sentimos que chegamos a uma conclusão minimamente segura que nos permita responder à pergunta inicialmente colocada.

Recordamos que respondendo à questão positivamente garantiríamos a manutenção da norma vigente, e respondendo negativamente, colocaríamos em causa a sua legitimidade e consequentemente resultaria na sua inconstitucionalidade.

Afirmamos que o artigo 169.º, n.º 1 do Código Penal não tutela o bem jurídico da liberdade sexual, prontificando-nos a explicar a nossa resolução.

A controvérsia da (in)existência do bem jurídico intensificou-se quando se suprimiu o elemento de “exploração de situação de abandono ou de necessidade económica” (consequência da reforma de 1998 ao CP) do tipo legal de crime, e foi essa alteração que levou a um grupo considerável de autores a questionar a sua legitimidade constitucional devido à dificuldade, após a alteração, em identificar o bem jurídico digno de tutela penal<sup>125</sup>.

Relembrando o papel fulcral da figura do bem jurídico no Direito Penal, uma vez que a mesma é utilizada como parâmetro fundamental e controlador da constitucionalidade das normas de natureza incriminatória (art.º 18.º, n.º 2 da CRP).

A manutenção do elemento “exploração de situação de abandono ou de necessidade económica” permitia identificar com maior facilidade e clareza o bem jurídico que a norma visava tutelar: a liberdade sexual. Porém, esse afastamento causou um alargamento do campo de aplicação da norma, e consequentemente o tipo legal de crime que era de perigo concreto tornou-se crime de perigo abstrato.

A “conversão” em crime de perigo abstrato conduz à necessidade da previsão, por se referir à tutela antecipada, de bens jurídicos que sejam facilmente identificáveis e a uma fundamentação especial do ponto de vista criminológico. Assim sendo, a conduta que se incrimina é a da pessoa que fomenta, favoreça ou facilita o exercício por outra pessoa de prostituição, todavia, por se tratar de um crime de perigo abstrato e exigir-se, com maior rigor, a descrição minuciosa da conduta típica, com o intuito de demonstrar antecipadamente a

---

<sup>125</sup> Cfr. Ac. do TC n.º 396/2007: «a intervenção é apenas a necessária para a tutela de bens jurídicos (não da moral), que não obtêm proteção suficiente e adequada através de outros meios de política social.»

perigosidade, acabamos por perceber que a conduta tipificada não potencializa qualquer perigo para o bem jurídico da liberdade sexual.

O legislador não pode optar pela tipificação de crimes de perigo abstrato sem qualquer justificação, sendo sempre necessário fundamentar esse mesmo risco de perigosidade, incumbindo-lhe um ónus de fundamentação mais exigente.

Apesar de não se tratar do cerne da questão, é relevante tecer algumas considerações respeitantes ao fenómeno da prostituição por estar intrínseco ao crime de lenocínio simples. Apercebemo-nos, o que de certo modo nos causa algum desconforto, que a prostituição continua a ser vista de forma preconceituosa e moralmente reprovadora, persistindo a sua estigmatização social.

Analisadas as várias soluções no âmbito europeu, a diversidade de regimes jurídicos claramente nos demonstra que a prostituição se trata de um tema complexo, o que impede a elaboração de um regime jurídico unitário e coeso, e consequentemente uma dificuldade, oriunda de diferentes interpretações, em identificar os bens jurídicos que legitimem essa mesma tutela.

A Jurisprudência Constitucional entende que a incriminação contida no art.º 169.º, n.º 1 do CP assenta na proteção da liberdade e autonomia para a dignidade das pessoas que se prostituem, pois considera que a pessoa se encontra numa situação de exploração sexual contrária à dignidade sexual da mesma. Fundamenta a incriminação do lenocínio associando-a a situações de carência social ou que o “lenocida” (a pessoa que cria condições de fomento, favorecimento ou facilitação da atividade) explore a necessidade económica ou social da pessoa que se prostitui.

Apesar do legislador as ignorar, as motivações que levam as pessoas a prostituir-se são diversas e não somente as que o legislador invocou. Critica-se igualmente a passividade do legislador em perpetuar com o vazio legal respeitante à prostituição, mencionando-se as consequências positivas, resultado da legalização, tais como a atribuição de direitos sociais e laborais das pessoas que se prostituem. Aspeto de extrema relevância, uma vez que o legislador justifica a sua intervenção revelando uma certa “preocupação” pelas pessoas que se prostituem, porém a eventual legalização da prostituição e a consequente atribuição de direitos sociais e laborais parece-nos ter um efeito mais eficaz do que a “suposta proteção” que o legislador pretendeu assegurar ao elaborar o 169.º, n.º 1 do CP.

Reforçando a ideia de que a finalidade do Direito Penal é a de tutelar bens jurídicos, e no âmbito dos crimes sexuais, a intervenção penal só é admissível quando se trate de situações nas quais ocorra o desrespeito pelo bem jurídico da liberdade sexual, só podemos entender a incriminação do legislador como uma preocupação em preservar uma certa moralidade sexual e o “ganho honesto”.

A JC, ao pronunciar-se pela não inconstitucionalidade do lenocínio simples, refere sempre que o bem jurídico que se tutela com a incriminação é o da dignidade da pessoa humana. Não obstante, a dignidade da pessoa humana é o princípio ao qual se recorre para concretizar e delimitar os conteúdos dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, mas nunca para fundamentar/legitimar restrições a direitos fundamentais, nem para se invocar como um bem jurídico devido à sua natureza ampla.

Consequentemente, o princípio da proibição do excesso (18.º, n.º 2 da CRP) exige que as restrições aos direitos fundamentais se limitam ao mínimo indispensável, garantindo a proteção e necessidades básicas da vida humana inserida na sociedade. É necessário que a restrição seja adequada, necessária e proporcional. Contudo, a nosso ver, há claramente uma intervenção excessiva do DP na esfera jurídica da pessoa que se prostitui, censurando-se essa interferência.

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade implica que a pessoa possa de modo livre agir como melhor entender e implica que terceiros não se possam intrometer no modo como o titular o exerce<sup>126</sup>. Condena-se o excesso de intervencionismo do direito penal e por isso consideramo-lo ilegítimo<sup>127</sup>, pois coloca em causa o livre desenvolvimento da pessoa que se prostitui.

---

<sup>126</sup> «Quando essas condutas «sexualmente incorrectas» ocorrem, de forma consentida, na esfera privada, não é posta em causa a estabilidade da sociedade, ainda que sejam violadas normas sociais. (...) Atenta a natureza do bem jurídico em causa, apenas o respectivo portador individual (isto é, o portador concreto) – no pleno gozo da sua capacidade de autodeterminação – pode dispor livremente da sua sexualidade e exercê-la, mesmo que de forma «irracional», quando, com quem e como quiser, mas sempre sem prejuízo dos direitos de terceiros. É à pessoa que, em exclusividade, está reservado o direito de dispor da sua sexualidade, o que mais não é do que a expressão da concreta autonomia pessoal.» (Retirado de DIAS, Maria do Carmo, *Crimes sexuais com adolescentes: particularidades dos artigos 174 e 175 do Código Penal Português*, Almedina, 1ª edição, 2006, págs. 208 e 209)

<sup>127</sup> «Com a certeza de que a legitimidade da intervenção penal num Estado de direito democrático não pode alicerçar-se no bem “pouco laico” da moralidade pública ou dos bons costumes ou ter como alvo um determinado tipo-de-autor, ao qual seja “declarada guerra”. Nem tão-pouco pode fundar-se directamente na dignidade da pessoa humana.» (Retirado de ANTUNES, Maria João, “Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual dos menores” in *Revista Julgar*, nº 12, 2010, pág. 158)

A autonomia da pessoa dever ser o valor predominante, não podendo o Direito Penal intervir na vida privada da pessoa e restringir a sua vontade, muito menos justificar essa intervenção, mesmo de forma camuflada, com valores de carácter moral.

Ressalvando desde já que nada temos contra as decisões legislativas respeitantes ao crime de lenocínio agravado (169.º, n.º 2 do CP) e lenocínio de menores (175.º do CP), uma vez que nesses casos há uma clara restrição à liberdade sexual que é digna de tutela penal.

Porém, no âmbito do 169.º, n.º 1 do CP, o legislador ignorou por completo as situações nas quais se verifique o consentimento livre, voluntário e racional da pessoa que se prostitui, acabando por desconsiderar e mesmo desrespeitar o exercício da liberdade sexual da pessoa, criando-se uma maior desigualdade, apesar de justificar a sua intromissão com a finalidade de a combater.

Terminada a exposição das conclusões que alcançamos no desenrolar da dissertação, respondemos à questão inicialmente colocada: O artigo 169.º, n.º 1 do Código Penal tutela o bem jurídico da liberdade sexual? Não, e por isso dever-se-á considerar inconstitucional.

## **Legislação**

- Código Penal
- Constituição da República Portuguesa

(Disponível em [https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_main.php](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_main.php))

## **Jurisprudência**

### **Tribunal Constitucional**

- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 144/2004
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 396/2007
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 641/2016
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 421/2017
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 694/2017
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 90/2018
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 178/2018
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 160/2020

(Disponível em [www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/))

## **Supremo Tribunal de Justiça**

- Acórdão do dia 5/9/2007, processo n.º 07P1125, relator Pires da Graça

## **Tribunal da Relação do Porto**

- Acórdão do dia 11/4/2012, proc. n.º 8/062.AAMT.P1, relator Coelho Vieira
- Acórdão do dia 14/10/2015, proc. n.º 43/10.6ZRPRT.P1, relator Cravo Roxo
- Acórdão do dia 8/2/2017, proc. n.º 404/13.9TAFLG.P1, relator João Pedro Nunes Maldonado
- Acórdão do dia 28/6/2017, proc. n.º 28/14.3ZRPRT.P1, relator Pedro Vaz Pato
- Acórdão do dia 7/12/2018, proc. n.º 4463/12.3TDPRT.P1, relator Jorge Langweg

(Disponível em <http://www.dgsi.pt/>)



## Bibliografia

ALBERGARIA, Pedro Soares / LIMA, Pedro Mendes, «O crime de lenocínio entre o moralismo e o paternalismo jurídico» in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 22, nº2, Abril-Junho, 2012, págs. 201 a 260

ALBERTO, José, *Crimes sexuais: Do crime de lenocínio em especial, A tutela jurídica da prostituição*, Chiado Editora, 2018

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal: à Luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2008, pág. 670 a 673

ALFAIATE, Ana Rita, *A Relevância Penal da Sexualidade dos Menores*, Coimbra Editora, 2009, págs. 103 a 111

ALVES, Mafalda Cristina Leitão, “*O crime de lenocínio e o crime de tráfico de pessoas para fins de exploração sexual no ordenamento jurídico português: articulação de problemáticas*”, dissertação de mestrado, Universidade de Coimbra, janeiro de 2017, págs. 48 e 49

AMORIM, Nuno, “Prostituição na Europa: enquadramento internacional”, in *Divisão de Informação Legislativa e Parlamentar – DILP*, outubro de 2019 (disponível em <https://ficheiros.parlamento.pt/DILP/Publicacoes/>)

AMORIM, Nuno, “Proteção social e enquadramento fiscal dos trabalhadores do sexo, enquadramento internacional”, in *Divisão de Informação Legislativa e Parlamentar – DILP*, novembro de 2020 (disponível em <https://ficheiros.parlamento.pt/DILP/Publicacoes/>)

ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal, Sistema dogmático: um novo paradigma dualista*, Coimbra Editora, 1991, págs. 382 a 401

ALMEIDA, Carlota Pizarro de, «O crime de lenocínio no artigo 170º do Código Penal, anotação ao acórdão do Tribunal Constitucional nº144/04», *Jurisprudência Constitucional*, nº7, Julho-Setembro, 2005, págs. 21 a 35

ALVES, Sénio Manuel dos Reis, *Crimes sexuais, notas e comentários aos artigos 163º a 179º do Código Penal*, Almedina, 1995

AMADO, João Leal, Contrato de trabalho prostitucional, *Questões laborais*, ano IX, nº20, Coimbra Editora, 2002

ANDRADE, Manuel da Costa, «A Reforma do Código Penal Português» in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 3, nº2 a 4

ANTUNES, Maria João, «Crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual dos menores» in *Revista Julgar*, nº12, setembro-dezembro, 2010, págs. 154 a 161

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

ANTUNES, Maria João, “Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito da Execução das Sanções Privativas da Liberdade e Jurisprudência Constitucional” in *Revista Julgar* n.º 21, 2013, págs. 91 a 117

AMNISTIA INTERNACIONAL, Exposição da política para defesa e proteção dos direitos humanos de quem é trabalhador sexual (disponível em <https://www.amnistia.pt/politica-para-a-protecao-dos-direitos-humanos-no-trabalho-sexual-perguntas-e-respostas/>)

AMENESTY INTERNACIONAL, “The human cost of ‘crushing’ the market, Criminalization of sex work in Norway (disponível em <https://www.amnesty.org/en/documents/eur36/4034/2016/en/>)

CAEIRO, Pedro, «Observações sobre a projetada reforma do regime dos crimes sexuais e do crime de violência doméstica», junho de 2019 (consultado em [www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailheAudicao.aspx?BID=11256](http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailheAudicao.aspx?BID=11256))

CARDOSO, João Pedro Pereira, “O dever de dignidade da pessoa humana, A inconstitucionalidade do crime de lenocínio”, in *Revista Jurídica Digital Data Venia*, n.º 11, 2020 (disponível em [www.datavenia.pt/edicoes](http://www.datavenia.pt/edicoes))

CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, 7ª edição, págs. 448 a 467

CANOTILHO, J.J. Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa, Anotada, Volume I*, Coimbra Editora, 2007

CARVALHO, Américo Taipa de, *Comentário Conimbricense, tomo I, anotação ao art. 160º*, 2ª edição, Coimbra Editora, 2012

COSTA, José Martins Barra da, «O crime de lenocínio: harmonizar o direito, compatibilizar a prostituição» in *Revista portuguesa de Ciência Criminal*, ano 12, nº3, julho-setembro, Coimbra Editora, 2002, págs. 411 a 457

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira, «Constituição e crime», Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização, Universidade Católica Portuguesa – Editora, 1995, págs. 424 a 434

DIAS, Jorge Figueiredo, «Crimes contra os costumes», *Enciclopédia Polis*, Verbo, volume I

DIAS, Jorge Figueiredo, *Direito Penal, Parte geral*, Tomo I, Coimbra Editora, 2012, 2ª edição, 2ª reimpressão, págs. 309 e 310

HENRIQUES, Manuel Leal / SANTOS, Manuel Simas, Código Penal Anotado, vol. 2, parte especial, 3ª edição, Editora Reis dos Livros, págs. 426 a 432

LEITE, André Lamas, «As alterações de 2015 ao Código Penal em matéria de crimes contra a liberdade e autodeterminações sexuais. Nótulas esparsas» in *Julgar*, nº28, janeiro-abril, 2016

LEITE, Inês Ferreira, «A tutela penal da liberdade sexual» in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 21, nº1, janeiro-março, Coimbra Editora, 2012, págs. 29 a 94

LEITE, Inês Ferreira, «Prostituição: Feminismo e capitalismo no debate legalização vs. incriminação», in *Revista Faces da Eva*, Edições Colibri, 2016 (disponível em <https://www.fd.ulisboa.pt/professores/corpo-docente/ines-ferreira-leite/>)

LOPES, José Mouraz / MILHEIRO, Tiago Caiado, *Crimes sexuais: análise substantiva e processual*, Almedina, 2019, págs. 27 a 72, 131 a 149, 207 a 216

MAGALHÃES, Márcia de, *O Factor da Idade nos Crimes Sexuais*, 1ª edição Librum Editora, págs. 24 a 40 e 69 a 72

MALAFAIA, Joaquim, «A inconstitucionalidade do nº 1 do artigo 169º do Código Penal» in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 19, nº1, janeiro-março, Coimbra Editora, 2009, págs. 39-57

MARGUÉNAUD, Jean Pierre, «Libertè sexuelle et droit de disposer de son corps», *Droits*, nº49, 2009

MARQUES, José António Rodrigues, «O crime de lenocínio no direito penal português: subsídios para o seu estudo» in *Estudos Comemorativos do 150º aniversário do Tribunal da Boa Hora*, Ministério da Justiça, 1995

MENDES, Paulo de Sousa, «Tráfico de pessoas» in *Revista do CEJ*, nº8, 2008

MIRANDA, Jorge, *Direitos Fundamentais*, 3ª edição, Almedina, 2020, págs. 225 a 487

NOVAIS, Jorge Reis, *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, reimpressão, Almedina, 2019, págs. 25 a 66 e 95 a 146

RAPOSO, Vera Lúcia, «Da moralidade à liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual» in *Liber Discipulorum para Jorge Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003, págs. 931 a 962

RIBEIRO, Vítor Carreto, *Prostituição, Lenocínio, Pensões: O caso Vasco M.. uma alegação de recurso*, Coimbra Editora, 2005

RODRIGUES, Anabela Miranda / FIDALGO, Sónia, in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, Coimbra Editora, 2012, págs. 796 a 815

RODRIGUES, Anabela Miranda, in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, Coimbra Editora, 1999, pág. 518 a 532

ROXIN, Claus, “O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova”, traduzido por Susana Aires de Sousa, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 23, n.º 1, janeiro-março de 2013, pág. 7 a 43

PATTO, Pedro Vaz, «A delimitação entre os crimes de tráfico de pessoas, lenocínio agravado e escravidão», in *Estrangeiros e Direito Penal*, apresentação decorrida no âmbito da acção de formação “Tráfico de seres humanos”, no auditório do CEJ, 16 de dezembro de 2016, págs. 11 a 24

PEREIRA, Victor de Sá / LAFAYETTE, Alexandre, *Código Penal Anotado e Comentado*, Quid Juris, 2008, págs. 426 a 432

TORRÃO, Fernando, «A propósito do bem jurídico protegido nos crimes sexuais: mudança de paradigma no novo Código Penal», in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1995, pág. 545 a 569

SILVA, Susana, “Classificar a silenciar: vigilância e controlo institucionais sobre a prostituição feminina em Portugal” in *Análise Social*, vol. 184, 2007, págs. 790 a 809