



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**  
**MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO**

**BRUNA MARCELLE CANCIO BOMFIM**

**A AUTONOMIA PARA SE PROSTITUIR EM FACE DO LENOCÍNIO**

Salvador  
2018

**BRUNA MARCELLE CANCIO BOMFIM**

**A AUTONOMIA PARA SE PROSTITUIR EM FACE DO LENOCÍNIO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Público.

Orientadora: Professora Doutora Maria Auxiliadora Minahim

Salvador  
2018

Ficha catalográfica elaborada pelo Sistema Universitário de Bibliotecas (SIBI/UFBA),  
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Bomfim, Bruna Marcelle Cancio

A autonomia para se prostituir em face do lenocínio /  
Bruna Marcelle Cancio Bomfim. -- Salvador, 2018.  
95 f.

Orientadora: Maria Auxiliadora Minahim.  
Dissertação (Mestrado - Direito Público) -- Universidade  
Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2018.

1. Prostituição. 2. Lenocínio. 3. Autonomia. 4. Exploração. 5.  
Vulnerabilidade. I. Minahim, Maria Auxiliadora. II. Título.

**BRUNA MARCELLE CANCIO BOMFIM**

**A AUTONOMIA PARA SE PROSTITUIR EM FACE DO LENOCÍNIO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Banca examinadora

---

Professora Doutora Maria Auxiliadora Minahim – Orientadora

Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR) e pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)

---

Professora Doutora Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado

Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP)

---

Professora Doutora Petilda Serva Vázquez

Doutora em Ciências Sociais pela Universidade Estadual de Campinas (Unicamp)

Aprovada em 09 de agosto de 2018

*Aos meus pais, pela inspiração; e aos meus irmãos,  
por serem parte da razão pela qual quero sempre  
tentar ser a minha melhor versão.*

## AGRADECIMENTOS

Dada a, enfim, conclusão do árduo Mestrado, é indispensável agradecer à minha orientadora, Maria Auxiliadora Minahim, por toda paciência e trabalho dedicado. A oportunidade de ter sido orientada por uma mulher com sua trajetória como pesquisadora e pessoa digna de tanto respeito é algo que vou guardar com muito carinho na minha história.

Aos queridos docentes que tanto contribuíram nesse trabalho, não posso me furtar às preciosas homenagens.

Por ter despertado em mim o interesse pela pesquisa e por ter me apresentado a Criminologia e seus olhares críticos ao direito penal e, assim, verdadeiramente mudado minha vida, eu agradeço à professora Alessandra Rapacci.

Por sua generosidade intelectual, sincera amizade e por seus ideais que inspiram, eu agradeço à professora Daniela Portugal, que também transformou a FDUFBA em um lugar mais afável a todos com sua chegada.

Ao professor Rodolfo Pamplona, por ter sido aquele que me acolheu com carinho de pai e dicas de professor, no meu primeiro contato com a dura vida acadêmica, dedico meu eterno respeito e carinho.

À professora Selma Santana, pela alma amiga e gentil, que me fez sentir, na hora certa, de que com ela por perto, nenhum aluno se sentiria sozinho e desamparado.

A todos os demais professores que, hoje como colegas, me fazem sentir parte de um grande projeto que é a formação de futuros juristas nesse país tão castigado por injustiças.

Aos meus queridos amigos que se fizeram presente e toleraram minhas ausências com muita compreensão. Sem excluir os demais, em valor e carinho, cito aqueles que, sem dúvida, sabem de sua importância singular nesse processo: Hugo Leonardo, Ítalo Seal, Carolina Ledoux, Breno Machado, Carolina Lira, Anastácia Amaral, Ismar Pereira, Juliana Dias, Mateus Batista, Marylia Gabriella, Cristina e Paulo Sérgio Rodrigues. À minha querida terapeuta Eugenia Nuñez, meu imenso obrigada. Um especial agradecimento também para o carinho de Jam.

Por fim, mas não menos importantes, aos meus irmãos Bianca e Victor, minhas preciosidades, aos meus pais Marcia e Frederico e aos meus avós tão queridos, sem o colo e o carinho de vocês, nada seria possível.

“Flores Horizontais, flores da vida  
Flores brancas de papel,  
da vida rubra de bordel,  
Flores da vida  
afogadas nas janelas do luar  
carbonizadas de remédios, tapas, pontapés,  
Escuras flores puras, putas, suicidas,  
sentimentais.  
Flores horizontais.  
Que rezais?

Com Deus me deito.  
Com Deus me levanto”

Oswald De Andrade / Zé Miguel Wisnik

## RESUMO

Considerando que mesmo após a reforma legislativa que alterou o bem jurídico tutelado, migrando a antiga proteção penal dedicada aos costumes para a dignidade sexual, remanescem figuras típicas que desconsideram a vontade da vítima para exercer a prostituição e criminalizam todas as atividades ao seu entorno, nomeadas de lenocínio. Considerando, ainda, que tais incriminações ampliam a invisibilidade e a reprovabilidade social que recaem sobre a prostituição, de forma que prejudicam o exercício de sua atividade, obrigando-as a se lançarem às ruas sem qualquer rede de apoio, a despeito da licitude do comércio sexual. Tendo em vista, nesse sentido, que a criminalização do lenocínio se insere em um direito penal de cariz liberal cuja função reside na tutela de bens jurídicos e no respeito à autonomia individual, em especial aos valores da autodeterminação e da autenticidade sexual, por preencherem o conteúdo da dignidade sexual. Objetiva-se verificar os limites da intervenção penal nos crimes de lenocínio no caso da intermediação da prostituição exercida por pessoas maiores e capazes. Para tanto se procederá à investigação dos fundamentos para a criminalização do lenocínio, considerando-o integrante do gênero dos crimes sexuais, do ponto de vista discursivo, ético, jurídico e político. Em seguida, serão apresentadas as razões postas à limitação do poder punitivo em um Estado democrático de direito, cuja tradição jurídica liberal por meio da teoria do bem jurídico, afasta o moralismo e o paternalismo jurídico-penal em respeito às liberdades, nos limites dos interesses legítimos de um ramo público do direito, ademais serão investigadas as formas de consideração da vítima nessa seara, com a finalidade de demarcar sua proteção e o espaço intangível de sua autonomia individual. Por fim, tomando a dignidade sexual como vetor interpretativo, pretende-se demonstrar que a vontade para se prostituir exercida por pessoas maiores e capazes é apta à afastar a tipicidade dos crimes de lenocínio nos casos em que não houver indevida exploração sexual indevida, ou seja, aquela que afete a autonomia e a vulnerabilidade.

**Palavras-chave:** Prostituição. Lenocínio. Autonomia. Paternalismo. Vulnerabilidade.

## ABSTRACT

Considering that even after the legislative reform that changed the legal protection, migrating the criminal protection dedicated to moral to the figure of sexual dignity, there remain crimes that disregard the will of the victim to prostitution and criminalizes all activities around, named pimping. Considering also that these incriminations amplify the invisibility and social reprobability that fall on prostitution, in a way that hinders the exercise of their activity, forcing them to take to the streets without any support network, in spite of the lawfulness of commerce sexual. Finally, in view of the fact that the Brazilian State is based on the protection of freedoms and is inserted in a liberal legal tradition since the promulgation of the 1988 Constitution. It is intended to answer the question of how to equate the criminalization of pimping with the autonomy to prostitute. For this purpose, the objective is to verify the limits of the criminal intervention in the crimes of pimping in the case of the intermediation of prostitution exercised by bigger and able people. In order to do so, we will investigate the grounds for the criminalization of pimping, considering it to be part of the sex crimes genre, from a discursive, ethical, legal and political point of view. Next, the reasons given for the limitation of punitive power in a democratic State of law, whose liberal legal tradition by means of the theory of legal good, will remove morality and criminal-legal paternalism with respect to freedoms, within the limits of the interests legitimate aspects of a public law branch, in addition to investigating the victim's consideration in this area, in order to demarcate their protection and the intangible space of their individual autonomy. Finally, by taking sexual dignity as an interpretive vector, it is intended to demonstrate that the will to prostitute exercised by larger and capable persons is capable of removing the typical pimping crimes in cases where there is no undue sexual exploitation, in other words, the one that affects autonomy and vulnerability.

**Keywords:** Prostitution. Pimping. Autonomy. Paternalism. Vulnerability.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Asbrad	Associação Brasileira de Defesa da Mulher da Infância e da Juventude
CBO	Classificação Brasileira de Ocupações
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPB	Código Penal Brasileiro
EDESP	Escola de Desenvolvimento Social do Estado de São Paulo
FGV	Fundação Getúlio Vargas
MTE	Ministério do Trabalho e Emprego
STJ	Superior Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>11</b>
<b>2</b>	<b>OBSTÁCULOS AO EXERCÍCIO DA PROSTITUIÇÃO</b> .....	<b>17</b>
2.1	PROSTITUIÇÃO: DELIMITAÇÃO CONCEITUAL E FORMAS DE MANIFESTAÇÃO .....	18
2.2	DISCURSOS SOBRE A PROSTITUIÇÃO: BREVE RETROSPECTIVA DO DESVALOR SOCIAL .....	24
2.3	A INGERÊNCIA JURÍDICO-PENAL SOBRE A PROSTITUIÇÃO.....	34
2.3.1	<b>Modelos político-criminais de enfrentamento</b> .....	<b>35</b>
2.3.2	<b>O lenocínio no direito brasileiro</b> .....	<b>39</b>
<b>3</b>	<b>O BEM JURÍDICO COMO VETOR INTERPRETATIVO NOS CRIMES SEXUAIS</b> .....	<b>46</b>
3.1	A PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS COMO FUNÇÃO DO DIREITO PENAL E SUA MISSÃO CRÍTICA.....	46
3.1.1	<b>Consequências para a limitação do âmbito do punível</b> .....	<b>55</b>
3.2	A DIGNIDADE SEXUAL COMO OBJETO DE TUTELA PENAL.....	58
3.2.1	<b>Conteúdo e limites</b> .....	<b>59</b>
3.2.2	<b>Aplicação aos crimes relativos à prostituição</b> .....	<b>64</b>
<b>4</b>	<b>PROSTITUIÇÃO E AUTONOMIA: OS LIMITES DA INTERVENÇÃO PENAL NO LENOCÍNIO</b> .....	<b>67</b>
4.1	A REPERCUSSÃO DA VÍTIMA NO FATO PUNÍVEL .....	67
4.1.1	<b>O consentimento do ofendido</b> .....	<b>68</b>
4.1.2	<b>Argumentos restritivos da autonomia da vítima</b> .....	<b>70</b>
4.2	A AUTONOMIA PARA SE PROSTITUIR.....	75
4.2.1	<b>Efeitos do consentimento válido no lenocínio</b> .....	<b>76</b>
4.2.2	<b>Invalidez do consentimento e a proteção da vulnerabilidade</b> .....	<b>78</b>
4.2.3	<b>A insuficiência da norma paternalista: critério da coisificação</b> .....	<b>81</b>
<b>5</b>	<b>CONCLUSÕES</b> .....	<b>83</b>
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>86</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A sexualidade humana situa-se na fronteira que divide o âmbito privado do público. Desde a sua utilização como política de controle de natalidade até a sua compreensão como manifestação legítima da dignidade e da liberdade na busca do prazer e da satisfação pessoal, o assunto atravessa não apenas polêmicas jurídicas, mas concepções distintas sobre o certo e o errado ou mesmo sobre o moral e o imoral.

O direito penal dedica-se às incriminações de condutas que se relacionam com este tema desde muito tempo, revelando nesse setor a sua mais evidente faceta de controle, em detrimento das funções de proteção e prevenção que também o informam. Isso porque, desde uma perspectiva histórica, é no sub-ramo do direito penal sexual que se encontram as mais evidentes manifestações jurídicas de conteúdo moral e religioso. Assim, por meio das incriminações afeitas à sexualidade o sistema estabelecia coercitivamente padrões de comportamentos alinhados à moralidade sexual social. Essa tendência tem sofrido significativas mudanças nos tempos mais recentes, como se verá.

Nesse cenário, o tratamento jurídico dispensado ao fenômeno da prostituição emerge como um dos pontos mais delicados relacionados aos crimes sexuais, pois nele se evidencia, de forma muito singular, a confusão entre os espaços legítimos do direito e da moral. Mesmo que a sua prática atravessasse séculos de tolerância social, a prostituição é uma das manifestações humanas mais controversas por abordar simultaneamente questões que envolvem gênero, classe, poder, submissão, discriminação e sexualidade, transitando sob um latente manto de invisibilidade entre os espaços público e privado.

O exercício da prostituição inegavelmente, portanto, muitas vezes encontra-se relacionado à desigualdade social e a graus alarmantes de vulnerabilidade. Contudo, em outras ocasiões, o comércio sexual consiste em prática escolhida e querida através da vontade livre do indivíduo, podendo ser interpretada como um desdobramento de sua autodeterminação e autenticidade sexual, sendo, em última análise, manifestação de sua autonomia.

No que concerne ao direito brasileiro, muito embora o ordenamento brasileiro não penalize diretamente o exercício da prostituição ou a sua demanda<sup>1</sup>, criminaliza diversas atividades que estão ao seu entorno, nomeadas por “lenocínio”, e que, genericamente, consistem em formas de exploração da atividade sexual de terceiro.

As formas de lenocínio descritas pela lei penal, então, dizem respeito a comportamentos que atingem diretamente as pessoas que exercem prostituição, sendo elas, por isso, as vítimas de tais crimes. Nesse cenário, o legislador ainda tratou de equiparar a prostituição à exploração sexual, pressupondo indistintamente a vulnerabilidade e a invalidade da manifestação de vontade de qualquer pessoa sujeita ou submetida a esta prática. Com isso, impôs uma generalização que ignora a multiplicidade de formas pelas quais o fenômeno da prostituição se apresenta na vida real e que dificulta o exercício legítimo da prostituição, mesmo quando ausentes circunstâncias reais de exploração.

Por outro lado, mesmo que a prostituição ainda esteja carente de regulamentação adequada no âmbito trabalhista, a categoria dos profissionais do sexo pode ser encontrada na Classificação Brasileira de Ocupações (CBO), publicada pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), desde 2002<sup>2</sup>. Consagra-se, assim, o reconhecimento da prostituição como ocupação lícita. Da leitura sistemática do ordenamento, então, associando a criminalização das formas de lenocínio no CPB com a lista das atividades<sup>3</sup> associadas aos profissionais do sexo entabulada na CBO, nota-se que somente resta a opção do exercício autônomo e individual, sem qualquer suporte de terceiros. Tal contexto, como se verá, agrava as vulnerabilidades a que estão submetidas as pessoas que exercem essa ocupação.

É nesse contexto que a alteração produzida pela lei 12.015/2009 (BRASIL, 2009) traz uma nova tônica à discussão. A partir de então, o ordenamento jurídico brasileiro passou a textualmente tutelar a dignidade sexual como bem jurídico nos crimes dessa natureza, em detrimento da antiga proteção conferida aos costumes.

---

<sup>1</sup> A clientela do serviço de prostituição.

<sup>2</sup> O código de ocupação nº 5198 é destinado aos “profissionais do sexo”. In: BRASIL. Classificação Brasileira de Ocupações: CBO, 3 ed. Brasília: Ministério do Trabalho e Emprego, 2002. Disponível em: <://www.mtecbo.gov.br/>. Acesso em 08 fev, 2018.

<sup>3</sup> De uma lista de 49 atividades, 10 estão associadas à necessidade de minimizar as vulnerabilidades a que estão submetidas apenas pelo simples fato de exercer da prostituição.

Essa mudança <sup>4</sup> segue uma tendência jurídico-liberal, adotada em diversas legislações ocidentais nas últimas décadas, que pretende afastar a carga moralista do direito e, de igual modo, buscar uma maior concretização dos direitos e garantias fundamentais.

Ocorre que, em que pese a alteração do título e, conseqüentemente, do bem jurídico tutelado, remanescem figuras típicas que afrontam a consideração da autonomia da vítima, incriminando condutas mesmo quando cometidas através de consenso ou diante de expressa autorização do ofendido. Entende-se, portanto, que diante da dignidade sexual, a imposição velada ao isolamento da profissional do sexo por meio da criminalização do seu entorno, mostra-se em evidente descompasso com o Estado democrático de direito inaugurado pela Constituição de 1988, cujos princípios liberais e pluralistas se irradiam sobre o direito penal. Isso porque há manifestações da prostituição que consistem em livre exercício da autonomia individual no plano da sexualidade, desde que realizada de forma livre e consentida, entre pessoas maiores e não vulneráveis, ou seja, plenamente capazes.

Com isso dito, não se pode olvidar que a prostituição não raras vezes é exercida em um contexto de ausência ou de supressão da liberdade para se prostituir. Isso se dá seja em razão da vulnerabilidade fática ou social da própria pessoa que se expõe ao trabalho sexual, ou mesmo por meio de elementos que anulem sua vontade, como a violência, a ameaça, a coação ou o abuso de autoridade. Tais circunstâncias serão oportunamente levadas em consideração. Contudo, será deliberadamente excluída da presente pesquisa qualquer discussão relacionada à criminalização das condutas de lenocínio ou exploração sexual que envolva vítimas menores ou incapazes, por entender que há razões de diversas ordens que interessam à proteção do Estado durante seu processo de desenvolvimento. Por isso, a análise da decisão de afastar a validade do consentimento dessas pessoas não será objeto deste trabalho.

Considerando, nestes termos, a função de proteção de bens jurídicos atribuída ao direito penal e a licitude do exercício da prostituição, há espaço legítimo para a intervenção penal sobre os comportamentos de intermediação da prostituição

---

<sup>4</sup> Não isolada, pois, os crimes sexuais vêm sofrendo reformas legislativas desde a década de 1960, tendo como exemplo a Alemanha, tendência que foi intensificada nos anos seguintes, em países como Espanha (ALONSO ÁLAMO, 2007) e Portugal (SOARES, R., 2015).

de pessoas maiores e capazes? Em outras palavras, o problema desse trabalho consiste em refletir como equacionar a criminalização do lenocínio diante da vontade livre ao exercício da prostituição, sem desconsiderar a proteção penal contra a exploração das vulnerabilidades.

Imperioso demarcar que este trabalho pretende discutir a interpretação que, sem reduzir o texto da lei, autorize soluções válidas e adequadas ao caso concreto. Por isso, a despeito de considerações sobre a defasagem de algumas figuras incriminadoras, pretende-se demonstrar que a dogmática penal possui em seu arsenal teórico tecnologias com aptidão de possibilitar uma justa, atual e eficaz interpretação desses tipos.

Diante deste quadro, instaura-se uma ciência jurídico-penal cuja doutrina desenvolve institutos e formulações dogmáticas justamente com o intuito de estabelecer os parâmetros de interpretação e, assim, limitar o poder punitivo estatal. É nesse contexto que se insere a chamada teoria do bem jurídico que acaba por representar a discussão de fundo desse trabalho. Isso porque, sua vertente pessoal e crítica é responsável por demarcar as funções do direito penal liberal<sup>5</sup>. Este trabalho assim aspira se inserir no âmbito da sistematização do pensamento jurídico brasileiro de vertente dogmática a respeito dos reflexos do consentimento no direito penal. Para isso, faz uma abordagem recortada aos crimes de lenocínio por entendê-lo como uma zona conflitiva. Por fim, objetiva-se realçar a existência de alternativas mais justas para afastar a carga moral a caminho a um tratamento que tome em consideração verdadeiros bens jurídicos e não valores morais, destacando-se a proteção jurídica da liberdade de manifestações da sexualidade humana.

Tem-se como hipótese, portanto, que, no âmbito dos crimes de lenocínio, a estratégia de criminalizar o lenocínio adotada pelo legislador brasileiro perpassa por retirar, de logo, a possibilidade de que pessoas que se prostituem se ancorem em redes de apoio para o exercício de sua atividade, tornando-a tão dificultosa que somente restará a opção de abandonar essa forma de sustento. Por isso, para

---

<sup>5</sup> Esse termo é largamente utilizado neste trabalho no sentido explicitado por Zaffaroni e Pierangeli (2015, p. 301), que o entendem como sinônimo de direito penal do Estado de Direito ou direito penal de Direitos Humanos, isto é, “aquele que autolimita a autoridade, em que todos estão submetidos à lei de modo mais ou menos racional, ou aspirando que assim seja (...) [que] tem entre suas principais características o respeito à autonomia ética, a delimitação bastante precisa do poder público, a seleção racional dos bens jurídicos penalmente tuteláveis, a previsibilidade das soluções, a racionalidade, a humanidade e legalidade das penas etc.” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015, p. 301).

suplantar esse desequilíbrio, a interpretação adequada considera a teoria do bem jurídico, em sua vertente pessoal e crítica, associada às formulações dogmáticas que privilegiam a autonomia do ofendido como suficientes para efetivar a adequada proteção prometida por um direito penal de cariz liberal. A defesa por esse posicionamento diz respeito a duas ordens de motivos, que convém esclarecer neste momento, para fins de justificar o trabalho e a opção metodológica.

Primeiramente, a sociedade e o direito se movimentam em constante descompasso de velocidades, mas em recíproca implicação de consequências. Assim, ora o direito<sup>6</sup> atua com propulsor de progressos sociais, ora ele está defasado por ter a sociedade se adiantado a ele, o que repercute na legislação de forma tardia do ponto de vista formal – revogações de leis que caíram em evidente desuso. Como exemplo disso, estão respectivamente a Resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)<sup>7</sup>, que dispõe sobre o casamento de pessoas do mesmo sexo no Brasil, e a tardia revogação do crime de adultério, com a lei 11.106/2005 (BRASIL, 2005). Sempre haverá, então, espaços de tempo marcados pelo conflito das referidas instâncias. Assim, demonstrar a aptidão da dogmática para trazer a esse limbo jurídico-social soluções interpretativas válidas e legítimas do ponto de vista lógico-formal, seja atualizando o sentido da norma, seja afastando as implicações sociais retrógradas, faz parte da missão integradora da ciência do direito penal.

Igualmente, o papel da doutrina, em especial da dogmática penal não reside apenas na formulação de figuras com aptidão de delimitar o âmbito legítimo do punível. Cobrar que as instâncias com poder de decisão funcionalizem esse saber faz parte das tarefas de um saber comprometido com a realidade vivida. A título de exemplo, quando o tipo “casa de prostituição” ainda estava na forma da redação original<sup>8</sup>, havia um precedente pacificado da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ, 2009, on-line)<sup>9</sup> excluía a tipicidade nos casos em que o

---

<sup>6</sup> Entendimento de forma ampla, ou seja, não apenas como lei formal positivada.

<sup>7</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/resol\\_gp\\_175\\_2013.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/resol_gp_175_2013.pdf)>. Acesso em 04 fev, 2018.

<sup>8</sup> Em face da legislação anterior à reforma, cujo tipo incriminava a manutenção de “casa de prostituição ou lugar destinado a encontrar para fins libidinosos”. Para a análise do tipo na forma atual, ver item 2.3.2.1.

<sup>9</sup> Note-se que o Relator optou pela manutenção da decisão de piso, em todos seus fundamentos, mesmo após a lei 12.015/2009 que passou a proteger a “dignidade sexual”.

estabelecimento mantido pelo acusado não se dedicada exclusivamente à exploração da prostituição alheia. Valia-se, assim, de elementar inexistente no tipo para a construção de um argumento discricionário. Evidente que, mesmo antes da reforma de 2009, a doutrina relacionada ao consentimento do ofendido já se faziam presentes no cenário acadêmico, mas pouca ou nenhuma influência teve nessas respectivas tomadas de decisão. A dogmática deve ser, portanto, um limite, que tem o condão de instrumentalizar o poder de punir através da legalidade e da construção de um direito penal do fato.

Essa pesquisa se insere nesse espaço, portanto, entre a demonstração da capacidade de rendimento das teorias dogmáticas existentes aos casos concretos e a efetiva cobrança a ser dirigida, em especial, aos agentes da Justiça, para que não deixem o saber do direito se resumir à estática letra da lei, à deriva da falta de oxigenação do saber. Salientando-se também que, desde um ponto de vista cultural e ético, a problemática aqui esposada se circunscreve no âmbito dos limites do direito e da moral. Considerando, então, o texto em vigor na lei penal e as inúmeras possibilidades a serem apresentadas no caso concreto, conclui-se que a resposta adequada a essa questão deve ser efetivamente uma solução aplicável ao plano interpretativo.

No que toca à relevância da vontade da vítima para se prostituir e ancorar-se em redes de apoio integrada por “facilitadores” da sua atividade, tem-se que as principais teses contemporâneas jurídico-penais dizem respeito à consideração da autonomia e da liberdade individual na análise das figuras incriminadoras, constituindo tal elemento a tônica que as diferenciam das teorias de outrora, voltadas à discussão sobre o conceito de ação. Se faz necessário, nesta ocasião, destacar que apesar de parte da bibliografia referenciada, em especial sobre a prostituição, tratar de considerações sobre a mulher e o feminino, não se propõe nessa pesquisa uma abordagem de gênero, pois as conclusões de ordem dogmática se pretendem aplicar indistintamente aos casos, independentemente de características das vítimas. Por isso também é indispensável o reconhecimento de que a produção do conhecimento reflete as pautas sociais mais vibrantes, dentre as

---

Perdeu-se uma valiosa oportunidade de sustentar com a ausência de tipicidade pela falta de lesividade ao bem jurídico tutelado, o que seria possível de acordo com o princípio da retroatividade da lei penal benéfica ao réu (já que a alteração também continha uma interpretação proveitosa).

quais se encontra o movimento feminista na atualidade, o que provoca, apenas com fins enunciados, a invisibilidade dos problemas aqui tratados com relação aos homens, não significando que eles não existam.

## 2 OBSTÁCULOS AO EXERCÍCIO DA PROSTITUIÇÃO

Versar sobre a criminalização do lenocínio é, antes de qualquer coisa, abordar a maneira pela qual o direito penal lida com a questão da prostituição. Esta se insere no bojo das múltiplas formas de manifestação da sexualidade humana, dado que o caráter negocial da atividade não macula sua natureza, afirmação que não é pacífica, contudo. Por tal motivo, na ótica do direito penal essas matérias integram o sub-ramo dos crimes sexuais, o qual encerra as medidas legais de controle sobre as condutas que lesivas à sexualidade humana de maneira inadequada ou desviante, portanto.

Neste capítulo se pretende, inicialmente, estabelecer o conceito de prostituição e abordar uma classificação, entendida como formas de manifestação, que darão parâmetros para as análises aqui empreendidas. Em seguida, serão apresentados os principais discursos, estruturados como uma breve história das ideias sobre a prostituição, que induzem a visão depreciativa sobre a atividade e que, assim, permeia o pano de fundo crítico da discussão deste trabalho.

Por fim, serão apresentados os tipos penais de lenocínio com breve explanação sobre sua inserção no direito brasileiro. Importa destacar que no que concerne ao ordenamento pátrio, na atualidade, é a criminalização do lenocínio, que penaliza as atividades ao entorno da prostituição em evidente desconsideração da vontade da vítima, que figura como principal obstáculo à tutela da autonomia para se prostituir, sendo, por isso, objeto desta pesquisa.

### 2.1 PROSTITUIÇÃO: DELIMITAÇÃO CONCEITUAL E FORMAS DE MANIFESTAÇÃO

Inicialmente, se faz indispensável propor uma delimitação conceitual que figure como ponto de partida das análises aqui empreendidas. Releva pontuar desde já, na esteira arguída por Gisele de Carvalho (2010, p. 07), que tal importância está associada com o fato de que “o conceito de prostituição encontra-se intrinsecamente relacionado à sua visibilidade como uma atividade degradante e estigmatizadora”. Assim, somente a partir destas compreensões se poderão entender os critérios pelos quais se inclui, ou não, a atividade como manifestação de autonomia individual

no plano da sexualidade, bem como os limites que, violados, maculam-na de forma reprovável.

No dicionário, o verbete “prostituição” equivale à atividade de quem obtém lucro através da oferta de serviços sexuais. Também se extrai que a palavra corresponde a “vida desregrada de devassidão ou de libertinagem”, a “profanação” ou mesmo a “servilismo degradante”<sup>1</sup>. Todos estes termos, claramente, expressam ideias desabonadoras, ou negativas – em cadência com os discursos apresentados. No Código Penal brasileiro (CPB), em consonância, a palavra “prostituição” vem inscrita como se fosse necessariamente uma espécie associada ao gênero “exploração sexual”<sup>2</sup>. Essa conexão de sentidos, conforme será demonstrado, é problemática por, dentre outras coisas, reduzir o comércio sexual à ideia de exploração e ignorar outras possibilidades válidas e legítimas de sua manifestação.

Por isso, se não pairam dúvidas sobre em que consiste a atividade fim da prostituição em sentido amplo, o trato sexual, a multiplicidade de sentidos associada do termo indica tratar-se de um fenômeno complexo. Nesse influxo, Daich (2012, p. 78) afirma que “la prostitución no es un fenómeno unívoco, mucho menos uniforme y que su heterogeneidad se complejiza con las diversas formas que la prostitución asume no sólo en distintos contextos y mercados, sino también en términos históricos y culturales”<sup>3</sup>. Imperioso, nestes termos, estabelecer um conceito que integre a amplitude necessária para compreender sua heterogeneidade em termos de formas de manifestação.

Para o direito penal brasileiro, conforme se deduz do CPB, a prostituição encerra uma espécie dentre as atividades de exploração sexual. Não sendo atualmente objeto de criminalização direta, sua descrição legal indica tratar-se de uma atividade censurável, estando relacionada diretamente aos tipos penais de lenocínio e de tráfico de pessoas.

---

<sup>1</sup> O verbo, “prostituir”, por sua vez, é sinônimo de “aviltar”, “desonrar”, “rebaixar”, e mesmo de “corromper”, no sentido de colocar interesses materiais à frente de princípios ou ideias. “Prostituição”. In: Dicionário Priberam da Língua Portuguesa. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/dlpo/prostitui%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em 27 jun, 2018.

<sup>2</sup> Esse termo foi apostado ao nome do capítulo destinado aos crimes de lenocínio pela lei 12.015/2009. Serão articulados comentários sobre essa designação oportunamente.

<sup>3</sup> “(...) a prostituição não é um fenômeno unívoco, muito menos uniforme, e sua heterogeneidade se torna complexa diante das diversas formas que a prostituição assume, não apenas em distintos contextos e mercados, mas também em termos históricos e culturais.” (Tradução livre)

A prostituição, para Estefam (2016, p. 199), encerra necessariamente uma atividade voluntária e consensual, em que restam presentes o elemento contratual, o econômico e a habitualidade<sup>4</sup>. Assim se poderá falar em prostituição desde que haja uma atividade exercida de forma habitual, mediante livre, bilateral e recíproca contratação, com contraprestação financeira em troca de satisfação de prazer e necessidades socioafetivas por meio do sexo. Com isso, para o autor é incongruente a ideia de prostituição forçada, já que entende que só há de se falar em prostituição voluntária, pois seu exercício pressupõe “uma decisão livre, embora complexa, que se vê erigida socialmente e [...] importa numa avaliação das alternativas disponíveis, em uma relação custo/benefício ligada a cada projeto pessoal” (ESTEFAM, 2016, p. 201).

Por meio desse tipo de entendimento, Gisele Mendes de Carvalho (2010, p. 07) descreve que os elementos caracterizadores da prostituição seriam, então, “sempre sexo consentido, sendo a habitualidade, a voluntariedade e a venalidade suas três características principais”, por isso que não configuraria prostituição a “prestação coercitiva de serviços sexuais”. Por tal razão, nas situações em que a prática sexual estiver associada com o abuso, a fraude, a violência ou a ameaça, haveria que se falar em crime contra a liberdade sexual<sup>5</sup>, (ESTEFAM, 2016, p. 202). No mesmo sentido, Nucci (2014, p. 181) argumenta que:

A prostituição já se encontra definida e nem sempre pode ser considerada uma forma de exploração, desde que se entenda o termo como pejorativo, concernente a extrair lucro ou vantagem em detrimento de outrem. Afinal, a atividade não é vedada penalmente e pode significar o exercício de uma profissão, como outra qualquer (embora envolva pela bruma da imoralidade, para muitos).

Por fim, Estefam (2016, p. 214) somente concebe a ideia de exploração sexual associada à prostituição quando corresponde a exploração laboral, a qual demanda uma solução de *lege ferenda*, no sentido de precisar em que consistiria o

---

<sup>4</sup> Ele ainda explica que “a entrega ocasional (episódica ou isolada) à prática de serviços sexuais mediante remuneração não se insere no conceito ora desenvolvido e refoge às questões fundamentais de respeito à dignidade da pessoa humana e combate à discriminação, bem como da necessidade de outorga de proteção jurídica eficaz” (ESTEFAM, 2016, p. 204).

<sup>5</sup> Cujos tipos penais se encontram no capítulo I do Título VI do Código Penal brasileiro, os quais contém os crimes de estupro (art. 213), violação sexual mediante fraude (art. 215) e assédio sexual (art. 216-A).

abuso em atividades empresárias relacionadas ao comércio sexual para promover reconhecimento e respeito aos profissionais.

Nesse ponto, concorda-se em parte com o mencionado Autor. Evidente que a exploração pela via do trabalho é a tônica que marca a sociedade capitalista, sendo imprescindível que se elucidem seus limites, mesmo pela via da interpretação do caso concreto. Ocorre que, como demonstrado, os conceitos de exploração e prostituição se emaranham no CPB. Todavia, embora não se confundam, se tratam de conceitos que se relacionam (CARVALHO, G., 2010, p. 07).

Como é empregado no CPB, contudo, esse relacionamento basilar à ideia de prostituição. Para Martinelli (2010, p. 218) o problema da redação do CPB é que ela, por si só, dá a entender que o legislador pressupõe a vulnerabilidade de qualquer pessoa sujeita à prostituição. Disso decorre uma intrínseca associação na lei entre supressão de voluntariedade e a atividade da prostituição em si (GEBRIM; ZACKSESKI, 2006, p. 50).

Evidente que não se pode ignorar por completo que existe alguma medida de exploração sexual ínsita à ideia de prostituição nas formas em que esta se manifesta na realidade. Sendo assim, em sociedades marcadas por desigualdades econômicas e culturais, tem-se que o conceito de exploração é a espinha dorsal da compreensão acerca das pluralidades ínsita às práticas de prostituição, o qual convém esclarecer de forma mais detalhada.

Em dado momento de sua tese de doutoramento, João Paulo Orsini Martinelli (2010) esquadrinha o conceito de exploração, sendo que suas conclusões interessam para a presente análise. Para ele, o termo exploração pressupõe uma relação bilateral na qual uma das partes obtém uma vantagem injusta à custa de algum prejuízo experimentado pela outra, por isso traz consigo, necessariamente, uma carga valorativa negativa. A exploração, enfim, exigirá que a vantagem decorrente do resultado prejudicial se reflita em um ganho substancial para o explorador, por isso, o explorado tanto pode sofrer uma perda efetiva, quanto um ganho abaixo do merecido (p. 230).

Exploração sexual, da forma como vem pautada na legislação brasileira, por sua vez, encerra um gênero. Logo, se trata de um termo mais extenso que a prostituição, compreendendo, para além dela:

(...) toda e qualquer forma de manipulação sexual da pessoa, seja do sexo feminino ou masculino, das mais variadas formas (despir-se em forma de strip-tease ou em cabines eróticas; praticar disk-sexo, sexo virtual ou massagens eróticas; obrigação de dançar ou de servir mesas de um bar ou restaurante usando roupas provocantes ou de participar da confecção de material pornográfico impresso ou televisionado ou de outros espetáculos variados com conteúdo sexual) (CARVALHO, G., 2010, p. 08).

No que importa à prostituição, a exploração tanto pode ser exercida pelo cliente com relação ao prostituído, quando se nega a pagar pelo serviço usufruído ou se valendo de práticas sexuais não previamente pactuadas no intercurso, quanto por terceiros que se locupletam da prostituição exercida por outrem. Apenas nesse último sentido se encontram as hipóteses relacionadas às condutas de lenocínio, analisadas por este trabalho.

Dito isso, em que pese a importância de compreender e diferenciar os termos prostituição e exploração sexual, as ideias apresentadas até então não satisfazem à definição de um conceito abrangente o suficiente para incluir as diferentes formas que o comércio sexual se apresenta. Por outro lado, sabendo que a exploração sexual é a linha divisória das ideias envolvendo a prostituição, carece empreender uma classificação que aponte os caminhos para um conceito extensivo e não excludente.

Gebirim e Zackseski (2016) trabalham uma classificação que diferencia três formas de exercício da prostituição. Tais categorias foram cunhadas a partir de dados colhidos da realidade<sup>6</sup>, já que o artigo das autoras toma como ponto de partida investigações de natureza empírica realizadas pela Associação Brasileira de Defesa da Mulher da Infância e da Juventude (Asbrad) e pela Casoteca Latino-Americana de Direito e Política Pública da Fundação Getúlio Vargas (FGV) em conjunto com a Escola de Desenvolvimento Social do Estado de São Paulo

---

<sup>6</sup> Gey Espinheira (1984, pp. 47-60), em uma abordagem sociológica do fenômeno da prostituição em trabalho de campo realizado na zona de prostituição do Maciel, em Salvador-BA, entre os anos de 1971 e 1972, classificou as formas de exercício da prostituição em: mariposas (prostituição individual exercida nas ruas), bordel (sistema associado à indústria de entretenimento e vida noturna das cidades), castelo (comunidade de mulheres que se prostituem sob a coordenação de uma líder, a “casteleira”), casa-de-encontro (local que acolhe pessoas, mediante pagamento, para se relacionarem sexualmente, mas não necessariamente ligado à prostituição) e casa-de-cômodos (quando relacionado à prostituição, assume a feição de um casarão antigo e deteriorado, ocupado por pessoas que se prostituem, mas também o utilizam como moradia). Tal abordagem, apesar de bastante sistemática, não revela as vertentes que são necessárias a este trabalho, qual seja, a avaliação da voluntariedade e autonomia para se prostituir.

(EDESP). A partir dessa classificação, abaixo apresentada, serão empreendidas as análises deste trabalho. Tal escolha se deu pelo motivo de que a delimitação dos casos se faz a partir da interferência do elemento exploração a cada uma delas.

A primeira consiste na prostituição voluntária. Nesta, a pessoa opta pelo exercício da prostituição por entendê-lo como melhor alternativa em face do seu projeto pessoal de vida, seja por identificar-se com a atividade em si, seja por representar um ganho financeiro interessante em um dado espaço de tempo. Assim, a decisão decorre de uma ponderada avaliação de custos e benefícios. A validade da escolha não é, portanto, aferida em razão das características inerentes à atividade, mas constatada diante do sujeito enunciador. Sendo, portanto, expressão autêntica de sua autonomia.

Para configurar tal modalidade elenca-se a necessidade de cumprimento de três requisitos: capacidade civil plena<sup>7</sup>, diversidade de opções e possibilidade constante de abandonar a atividade. O primeiro resta preenchido com os parâmetros estabelecidos na lei e doutrinas do direito civil<sup>8</sup>. Importa esclarecer que o segundo requisito não se confunde com a necessidade de que haja opções mais vantajosas disponíveis, mas apenas afasta os casos em que a pessoa se encontra fadada à prostituição como único caminho à disposição, o que abre espaço à exploração da vulnerabilidade. Por fim, a liberdade de escolha que se está tratando também demanda que se possa livremente optar por não mais exercer, a qualquer tempo, a atividade – é um caminho de sentido duplo.

Dito isso, releva diferenciar a prostituição voluntária exercida em condições degradantes da prostituição forçada. A última é aquela em que a pessoa foi coagida à atividade, em razão da qual não se pode falar sequer em possibilidade de escolha. O aparente consentimento, muitas vezes efetivamente dado, fora obtido mediante fraude ou ameaças. Há ainda as hipóteses de utilização da violência ou outros

---

<sup>7</sup> Não afastada pela condição de deficiência, nos termos da Lei brasileira de inclusão, conforme a leitura do seu art. 6º, que estabelece em seu *caput* que “A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa” In: BRASIL. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <<https://goo.gl/vmXpqU>>. Acesso em 04 mai, 2018.

<sup>8</sup> Por todos, cita-se o trabalho de doutoramento do professor Maurício Requião sobre autonomia e incapacidades, cf. SANT’ANA, Maurício Requião de. **Autonomia, incapacidade e transtorno mental: propostas pela promoção da dignidade**. Universidade Federal da Bahia (Tese). Salvador, 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/5kj4RD>>. Acesso em 02 mai, 2018.

meios análogos à anular a vontade da pessoa, podendo se falar em exploração sexual direta da prostituição de terceiro.

Os casos mais difíceis de elucidar, contudo, ficam a cargo da prostituição voluntária exercida em condições degradantes. No caso trazido no artigo de Gebrim e Zackseski (2016, p. 66) o fator determinante da decisão é a vulnerabilidade do consenciente, razão pela qual há um vício em sua manifestação de vontade que é insuperável. Essa situação abre espaço para que a exploração do prostituído torne o comportamento aviltante à sua dignidade sexual, merecendo detida análise de punibilidade da conduta no caso concreto. Na falta de parâmetros legais, apenas a conjugação da precisão sobre o bem jurídico tutelado e o legítimo espaço de autonomia da vítima podem dar soluções às divergências.

Assim, é ponto comum que a prostituição consiste numa atividade cujo objeto consiste na prestação de serviços sexuais e possuir natureza profissional, portanto, exercida com habitualidade e mediante remuneração. Contudo, o fenômeno é plural e, no que diz respeito à legitimidade da penalização do lenocínio, serão cruciais o contexto verificado na enunciação da vontade do trabalhador sexual. Essa classificação, então, adiante, será base para os parâmetros para incidência das discussões interpretativas sobre os tipos de lenocínio no direito penal brasileiro.

## 2.2 DISCURSOS SOBRE A PROSTITUIÇÃO: BREVE RETROSPECTIVA DO DESVALOR SOCIAL

A prostituição integra aquele grupo seletivo de comportamentos sexuais sobre os quais paira certo consenso de opinião negativa<sup>9</sup>. Dito isso, os objetivos deste tópico consistem em proporcionar a compreensão da construção dessa carga de valor negativa que recai sobre a prostituição, bem como conformar o olhar crítico do leitor sobre a criminalização do lenocínio, efetivo obstáculo construído pela legislação criminal ao exercício da prostituição voluntária e consentida.

---

<sup>9</sup> Da mesma forma, pode-se tomar como exemplos o homossexualismo – que já não se mantém a força do aparente consenso –, o incesto, a pedofilia etc. Para compreender um pouco mais tal desvalor, ver YAROCHWSKY, Leonardo Isaac; BASTOS, Bárbara. **Todo tabu será penalizado**. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/leitura/todo-tabu-sera-penalizado>>. Acesso em 29 mar, 2018. Tratando-se de uma obra geral sobre comportamento sexualmente desvalorizados à luz da dignidade humana, quais sejam, o homossexualismo, a prostituição e o estupro. ver ESTEFAM, André...2016.

Nesse sentido, apesar do grande manancial teórico que se poderia extrair de uma abordagem histórica<sup>10</sup>, identificando-se os sujeitos da prostituição e seus olhares ao longo do tempo, optou-se por fazer um panorama das principais ideias sobre a prostituição<sup>11</sup>, as quais serão apresentadas sobre a forma de discursos. Por meio destes, compreendidos como conjuntos de estratégias que integram as práticas sociais, podem ser visualizadas as formas através das quais o sujeito é constituído, através e mesmo dentro da própria história (FOUCAULT, 2005). Eles estão diretamente relacionados com o desenvolvimento dos sentidos atribuídos às coisas e, conseqüentemente, imbricado com a formação da cultura, “pois o processo de enunciação é regulado pela realidade sócio-histórica na qual os indivíduos se inserem e vão elaborando sua atividade comunicativa” (DE BRITO; PANICHI, 2013, pp. 31-32).

Desta forma, os discursos foram organizados em categorias sugeridas após a consulta de bibliografias sobre o tema (MAQUEDA ABREU, 2017; TAVARES, M. 2006; PISCITELLI, 2012; MAYORGA, 2012; LAMAS, 2016; SALGADO, 2013; ENGEL, 2004). A apresentação deles será sistematizada de forma cronológica, sendo abordados, nesta ordem, os discursos da moralidade cristã, médico-sanitarista, da criminologia positivista, do movimento feminista e dos direitos humanos. Importa reforçar que este trabalho não pretende realizar um recorte epistemológico de gênero, pelo motivo de que suas discussões principais se inserem numa vertente dogmática, e nessa linha de intelecção não se pode desconsiderar a existência de homens trabalhadores sexuais, por exemplo, ainda que marcadamente invisibilizados ao longo da história<sup>12</sup>. Contudo, por meio da apresentação dos discursos sobre a prostituição torna-se inegável, como se verá, a confusão operada

---

<sup>10</sup> Para o que esta pesquisa se propõe, tal abordagem se configuraria como um prolongamento inútil ou levaria a um excesso de síntese que tornaria a incursão deveras desnecessária ou simplesmente pífia.

<sup>11</sup> A apresentação dos discursos construídos socialmente sobre um objeto também é chamada de História das ideias. Por isso, vale ressaltar que o trabalho aqui empreendido não adota a metodologia da análise dos discursos propriamente dita, apesar de tratar de discursos, tendo em vista que não serão os textos produzidos ao tempo dos fatos narrados que serão objeto dessa pesquisa, somente serão transmitidos os conjuntos de ideias que brevemente conformaram os referenciados discursos.

<sup>12</sup> Sobre a prostituição masculina, cf. ZARO ROSADO, Iván. La prostitución masculina. Un colectivo oculto y vulnerable. **Revista d'estudis de la violència**. n. 6, jul-nov 2008. Disponível em: < <https://goo.gl/K8mHKb> >, Acesso em 20, dez. 2017.

com relação às ideias socialmente construídas sobre o feminino, pois das suas leituras se evidencia o que se esperava do comportamento da mulher.

O conjunto de ideias e pensamentos que integram o discurso da moralidade cristã acerca da prostituição é constituído em dois momentos distintos. O primeiro, que se consolida ao longo da Idade Média<sup>13</sup>, diz respeito ao deslocamento do eixo da racionalidade ocidental e consagra o cristianismo, com sua doutrina fundamentada na fé e nas verdades reveladas, como base da visão de mundo dominante no pensamento<sup>14</sup>. O segundo relaciona-se com os movimentos de reforma e contrarreforma que ganharam força na passagem à Idade Moderna e nela se consolidaram.

As sociedades europeias medievais pautadas na doutrina católica, diferente do que se supõe habitualmente, conviviam com a prostituição de forma tolerante<sup>15</sup>. Se por um lado propagavam uma postura casta e repressiva a respeito do sexo, concebiam a prostituição como um “mal necessário”<sup>16</sup>, indispensável ao controle da volúpia masculina e simultânea proteção, por este motivo, à entidade do casamento e às mulheres honestas (ESTEFAM, 2016, p. 164). Assim, apenas de não haver uma atitude positiva com relação às pessoas que se prostituíam, existia certa neutralidade valorativa, fundada sob a ideia de “funcionalidade social” do comércio sexual. Com isso, a Idade Média fica marcada principalmente pela consolidação dos dogmas religiosos como fonte de conhecimento e verdade, mas o posicionamento com relação à prostituição é evidentemente ambíguo.

Somente no segundo período, que se deflagra na passagem à Idade Moderna, entre meados do século XIV ao XVI<sup>17</sup>, se observa o incremento ao estigma

---

<sup>13</sup> Período da História que se protraí entre os séculos V e XV d.C.

<sup>14</sup> Para isso, inclusive, valeu-se da institucionalização da Igreja Católica, que figurou como expoente legitimado de sua enunciação (MASCARO, 2010, p. 96 ss.)

<sup>15</sup> Importante destacar que o termo “tolerância”, empregado neste trecho, não se confunde com aprovação, por isso o conceito adotado aqui mais se assemelha à ideia de resignação, para melhor compreensão do termo, cf. Carpintero Benítez (2006, p. 220).

<sup>16</sup> Nesse sentido, Coral Cuadrada (2015, p. 335) registra que “o discurso eclesiástico considerou gradativamente a prostituição como um mal menor, um meio para evitar pecados mais graves, demonstrando sua utilidade pública e para o bem comum. Em linhas gerais, três tipos de políticas foram possíveis frente ao problema da prostituição na Idade Média: repressão, tolerância ou institucionalização” (Tradução livre).

<sup>17</sup> Rose Marie Muraro, em histórica introdução à edição brasileira do *Malleus Maleficarum*, já mencionada, de foma cristalina relata que é “no período que vai do fim do século XIV até meados do século XVIII, que aconteceu o fenômeno generalizado em toda a Europa, a repressão sistemática do feminino.” (KRAEMER; SPRENGER, 2017, p. 17)

negativo relacionado à prostituição (MAQUEDA ABREU, 2017). Essa mudança coincide com as séries de questionamentos à moral católica vigente levados a cabo pela reforma protestante, capitaneada por Martinho Lutero, João Calvino e outros. Evidenciaram-se críticas dirigidas aos regramentos sobre a sexualidade, especialmente no que tange ao repúdio ao prazer sexual nas relações entre marido e esposa ou mesmo à instituição do celibato clerical, por representarem uma postura antinatural. Ambos tinham como consequência o estímulo do sexo pecaminoso, o que, no primeiro exemplo, significava o sexo extramatrimonial (ESTEFAM, 2016). Assim, para fortalecer a célula social da família, exclusivamente instituída pelo casamento, as prostitutas passaram a ser encaradas como a maior expressão de degenerescência social, representantes da depravação e do pecado sexual. (ESTEFAM, 2016, p. 165). Desta maneira, a ascensão do discurso cristão reformista<sup>18</sup> leva a um estrito controle sobre a sexualidade, em especial a feminina, condenando todos os comportamentos desviantes e confinamento definitivamente a mulher ao âmbito doméstico (BEAUVOIR, 2016a, p. 142).

Do atrito gerado pela ideologia protestante e a resposta católica, consolida-se um posicionamento normatizador com relação à mulher que, confinada no espaço privado, seria o padrão de honestidade e decoro destinado ao gênero. Por sua vez, aquela que não se adequa a este espaço e que fica relegada à margem da sociedade é a prostituta, a mulher pública, identificada como integrante de “castas malditas” dentre as mulheres, que se transforma numa espécie de estigma. Assim, o discurso da moralista cristão aponta que a prostituição é responsável por tumultuar a moral média e subverter os bons costumes sociais. Por isso, tal mulher pública,

---

<sup>18</sup> Nesse influxo, a Igreja Católica, em resposta à doutrina luterana e protestante, consolidou o conjunto do que se entende aqui como sendo o discurso da moral cristã com o Concílio de Trento, em 1563, documentando o processo da contrarreforma através da adoção de posturas mais duras e inflexíveis em desfavor dos atos imorais e que não se adequavam aos valores cristãos. A razão disso seria, segundo Carpintero Benítez (2006, p. 22), “que os católicos sentiram vergonha de seu descuido e da falta de bons costumes, já no século XV, [...] Para este empreendimento era pouco útil às doutrinas de Aristóteles e de São Tomás, que estavam cheias de critérios, formas e racionalidades, e essas distinções muitas vezes dividiam a classificação das coisas *secundum quid*, [ou seja, de acordo com suas particularidades ou qualidades], e poderiam levar a erros e justificações, do modo que digo se para você não, para mim sim. Assim, a doutrina católica, diante do impulso dos hereges [protestantes e a reforma cristã], voltou-se para o critério *ex objecto* [ou seja, as coisas pelo que são em essência, em si mesmas], que entendia que o mal é sempre e em toda ocasião mal, e o bom há de ser bom pela força em todos os momentos, e nunca ruim por motivos racionais” (Tradução livre).

eivada do pecado do sexo e da desonra, não pode ser corrigida, devendo ser extirpada da sociedade.

A Idade Moderna, na qual se consagrou um reproche social depreciativo com relação à prostituição, foi também marcada pelo progressivo retorno do debate filosófico ao eixo da razão e da ação humana (MASCARO, 2010, p. 128). As ideias relativas à prostituição, por sua vez, não sofreram grandes abalos, tendo sido pouco debatidas. O tema ganha nova relevância na transição entre os séculos XVIII e XIX, em razão de diversos fatores culturais, sociais e econômicos. A este tempo, as ciências – mormente as naturais – já tinham tomado o espaço, outrora destinado aos dogmas religiosos, da produção do conhecimento válido, tendo suas produções alcançado verdadeiro patamar de autoridade que distinguia o certo do errado, o bom do ruim, o moral do imoral (JAY GOULD, 1991). O palco das discussões também se altera, pois o aumento do fluxo migratório aos centros urbanos provoca um crescimento demográfico exacerbado nessas áreas. Esse cenário, marcado pela concentração de pessoas das mais diversas origens, registra também aumento da criminalidade, do comércio sexual, bem como pela propagação de doenças, incluindo-se as venéreas. Assim, a cidade se transfere ao saber científico como um objeto de estudo, devendo seus pesquisadores encontrar as causas dos problemas e determinarem suas soluções.

O discurso médico-sanitarista surge nesse contexto. Saliente-se que, de forma similar ao que aconteceu com os discursos religiosos, o saber científico, sobretudo a medicina, passa a assumir um caráter político e a figura do médico torna-se instância especializada, sobretudo voltada a buscar soluções que viabilizassem o saneamento desse espaço urbano (ENGEL, 2004).

A partir do argumento central e geral construído do determinismo biológico, que sustentava “que as normas comportamentais compartilhadas, bem como as diferenças sociais e econômicas existentes entre os grupos humanos — principalmente de raça, classe e sexo — derivam de distinções herdadas e inatas, e que, nesse sentido, a sociedade é um reflexo fiel da biologia” (JAY GOULD, 1991, p. 03), a cidade é definida como doente e entre seus focos endêmicos está a prostituição, enquadrada como doença. Por isso a atividade ganha, neste discurso, uma amplitude semântica que envolve o aspecto físico de uma enfermidade, mas também dimensões moral e social, sendo classificada “como uma ameaça que

transcendendo a extensão física no corpo, atinge a família, o casamento, o trabalho e a propriedade” (ENGEL, 2004, p. 16).

Inserido no mesmo paradigma epistemológico em que se formou o discurso médico-sanitarista, o positivismo científico, surge a Criminologia, como a ciência da criminalidade que tomou por objetos de seus estudos o crime e o criminoso (ANDRADE, V. 2012, p. 129). Deste modo, dedicando suas investigações à busca das causas para o fenômeno criminal, os pesquisadores traçaram um perfil atávico relacionado às características físicas e psicológicas que inscreveriam um comportamento criminoso inato, pois:

O homem delinquente é o objeto principal dessa nova disciplina e classificações exaustivas são realizadas por Cesare Lombroso visando detectar os ‘sinais antropológicos’ ‘e sua associação às teorias racistas hierarquizantes provenientes do socialdarwinismo’ (BATISTA, 2000, apud MENDES, 2012,p. 54).

O médico italiano Cesare Lombroso, um dos precursores desse novo saber<sup>19</sup>, após traçar o perfil do homem delinquente<sup>20</sup>, em uma nova produção empreendida na companhia de seu genro Guglielmo Ferrer, tratou de oferecer respostas também causais à criminalidade das mulheres. Constatam, por meio das pesquisas, que a mesma anormalidade que conduzia o homem ao delito, conduzia a mulher à prostituição. Assim, o atavismo feminino da criminalidade inata levava à prostituição. Tal conclusão já constava textualmente do prefácio da obra, escrito por Lombroso, na qual dizia que “l’equivalente dela reità-nata sai in esse, più che is delito, la prostituzione, che pure non dovrebbe sorgere, a filo di logica, in chi ai bisogni sessuali è tanto meno sensibile”<sup>21</sup> (LOMBROSO; FERRERO, 1903).

Viana (2015, p. 54) explica que neste livro é desenvolvida a teoria da prostituição como equivalente ao crime, sendo a manifestação do atavismo feminino. Mendes (2012, p. 46) esclarece que como os autores partem da premissa de que as mulheres seriam seres inertes e passivos, por sua própria fisiologia, isso as inclinaria

---

<sup>19</sup> Atribui-se a Ferri o desenvolvimento da Criminologia, enquanto a Lombroso se associa a criação da antropologia criminal. Para maiores explicações, ver VIANA, Eduardo....2015.

<sup>20</sup> O homem delinquente (l’uomo delinquente, no original) foi uma obra escrita na segunda metade do século XIX e que, em suas cinco edições originais, detalhava o perfil do criminoso e que provocou, por consequência, uma verdadeira revolução na forma de encarar o fenômeno social do crime naquele período.

<sup>21</sup> O equivalente feminino do criminoso nato não está na delinquência, mas na prostituição; o que não deveria, contudo, existir logicamente em um ser em que as necessidades sexuais são tão menos sensíveis. (Tradução livre).

a um maior respeito às leis, concluindo que o problema não estaria na agressividade inata, mas na falta de moral inerente à sua biologia. O atavismo feminino então não as impulsionaria instintivamente ao crime, mas à prostituição, por serem pessoas engenhosas, frias, calculistas, sedutoras e malévolas, portanto, amorais.

Como a lógica determinista lombrosiana conduzia a categorizações e caracterizações, sendo o perfil atávico uma condição anormal, a prostituição teria em si uma degenerescência que propiciava à aproximação de mulheres em condições de morbidez, ou seja, doentias, anormais. Por isso, Soraia de Rosa Mendes (2012, p. 48) conclui que:

Esta concepção está no substrato de muitas das “políticas” adotadas em relação ao tratamento dispensado às prostitutas como seres naturalmente portadores de doenças venéreas, por exemplo. O imaginário religioso preexistente e a “ciência” fornecem as bases para muito do que se legislou sobre a prostituição.

Para Maqueda Abreu (2017) e, no mesmo sentido, Mendes (2012), a criminologia positivista com relação às mulheres normais e às prostitutas, na verdade, levou o discurso da moral cristã ao patamar científico<sup>22</sup>, consolidando a diferença de gênero como um fator que legitimaria a existência de uma ordem social inferior para as mulheres, reafirmando as difundidas características negativas atribuídas a elas<sup>23</sup> por meio dessa nova roupagem técnica. No que concerne às ideias sobre a prostituição, portanto, resta claro que o saber produzido pela criminologia positivista reforçou o degrado social aos trabalhadores sexuais, produzindo um novo discurso: o da mulher criminosa. Confinando-as, então, no submundo da criminalidade e do desvio de conduta, as condenava à rejeição da coletividade por sua inata e perigosa anormalidade, dada a peculiar (e determinista) explicação de sua origem impura e sua inclinação irrefreável ao delito.

---

<sup>22</sup> Diferentemente dos discursos médico-sanitaristas que, mesmo sofrendo inegável influência dos ensinamentos moralistas cristãos, não estabeleciam diferenças inatas e imutáveis que condicionassem o feminino a um status inferior, apenas promovia, através de mensagens direcionadas às políticas públicas, uma espécie de limpeza social da cidade.

<sup>23</sup> Por todos, retome-se passagem do Malleus, em que afirma-se que “as Escrituras tem muito a dizer sobre a malevolência das mulheres, e isso em virtude da primeira mulher sedutora, Eva, e de suas imitadoras; (...) Mas a razão natural está no fato de que a mulher é mais carnal do que o homem, o que se evidencia pelas suas muitas abominações carnis. (...) Portanto, a mulher perversa é, por natureza, mais propensa a hesitar na sua fé e, conseqüentemente, mais propensa a abjurá-la (...)” (KRAEMER; SPRENGER, 2017, pp. 94-95).

No bojo deste mesmo século XIX, surge um movimento social que pleiteava direitos iguais entre homens e mulheres que se convencionou chamar de feminismo. O signo do discurso feminista acerca da prostituição, aqui caracterizado, tem suas origens no movimento de inglesas de classe média liderado por Josephine Butler que bradava contra qualquer forma de regulamentação da prostituição<sup>24</sup>, pois ela representava a degradação feminina, era reflexo de toda exploração sexual e, assim, “representava a mais violenta forma de dominação sexual das mulheres pelos homens” (PATEMAN, 1993, p. 289).

A importância de que se destaque as ideias feministas preponderantes neste trabalho é o fato de que em todos os discursos já apresentados evidencia-se uma similaridade dos atores que os enunciam: são ideias construídas a partir do homem, o lugar de fala autorizado a construir os saberes ao longo da maior parte de nossa história. Assim como “a criminologia nasceu como um discurso de homens, para homens, sobre as mulheres” (MENDES, 2012, p. 187), também foram marcadamente masculinas as vozes que enunciaram as ideias médico-sanitaristas e da moralidade cristã. Até mesmo porque “a diferença sexual inscrita nas práticas e nos fatos é sempre construída pelos discursos que a fundam e a legitimam, e não como um reflexo das relações econômicas” (MENDES, 2012, p. 192), sendo importante tal elucidação na medida em que “esta enunciação demarca e condiciona o horizonte de projeção” (ANDRADE, 2012, p. 161).

Emma Goldman (2002, p. 10), em obra escrita no começo do século XX, relacionava a inferioridade econômica e social da mulher com a prostituição, situando esta, assim, como um problema ínsito à exploração capitalista. Partia, em sua crítica, da construção social do casamento como exclusivo objetivo legítimo da vida da mulher, dentro da conjuntura em que se enunciava<sup>25</sup>. Por tal razão, de uma forma ou de outra, sua posição social era mantida por “favores sexuais”, daí porque entendia que, para o moralista, o problema da prostituição<sup>26</sup> não estaria na venda do

---

<sup>24</sup> Dirigia sua crítica, a princípio, às consequências regulamentarista do discurso médico-sanitarista que submetiam obrigatoriamente as mulheres prostitutas a exames ginecológicos em busca de doenças venéreas, enquanto aos seus clientes, normalmente homens soldados ou marinheiros, não eram exigidas as mesmas inspeções (PATEMAN, 1993, p. 288).

<sup>25</sup> Emma Goldman era lituana de nascimento e que fez parte do movimento feminista e anarquista estadunidense, país para o qual imigrou. O texto original foi escrito em 1909.

<sup>26</sup> A autora ainda afirma que “Nowhere is woman treated according to the merit of her work, but rather as a sex. [...] Thus it is merely a question of degree whether she sells herself to

corpo pela mulher, mas por condenar sua venda fora do casamento (GOLDMAN, 2002, p. 14).

Tomando como exemplo as referências mencionadas, o discurso feminista predominante<sup>27</sup>, identificava na prostituição a ideia de sujeição da mulher à liberdade sexual do homem, para adquirir seu corpo na forma de um contrato sexual, que é intrinsecamente desigual pelas posições sociais que ocupam (PATEMAN, 1993, p. 303). Com isso, conclui-se pela “imposibilidad de diferenciar la prostitución voluntaria de la forzada, así como de la consideración de que cualquier forma de prostitución constituye una manifestación de la violencia de género”<sup>28</sup> (VILLACAMPA; TORRES, 2013, p. 03).

A sucessão histórica que culminou com a consagração do que hoje se entende por discurso de direitos humanos é permeada por lutas e tragédias. Isso porque, apesar da ideia de direitos universais ter atravessado a história, foi com a Cartas das Nações Unidas e posterior consagração da Organização das Nações Unidas (ONU), após a Segunda Guerra Mundial, que as ideias se consolidaram da forma como se apresentará aqui.

Inicialmente, importa salientar que a preocupação do direito internacional com prostituição se confunde, historicamente, com a temática do tráfico de pessoas. Isso porque, se no começo do século XIX as legislações abordavam o tráfico humano para fins de escravidão, no começo do século XX a esse problema agregou-se a

---

one man, in or out of marriage, or to many men. Whether our reformers admit it or not, the economic and social inferiority of woman is responsible for prostitution”. (GOLDMAN, 2002, pp. 10-11) O que, em tradução livre significa que “Em nenhum lugar a mulher é tratada de acordo com o mérito de seu trabalho, mas apenas como sexo. [...] Assim, é apenas uma questão de grau se ela vende a si mesma a apenas um homem, dentro ou fora do matrimônio, ou a vários homens. Quer os nossos reformadores admitam ou não, a inferioridade econômica e social da mulher é a responsável pela prostituição”.

<sup>27</sup> Por outro lado, também há autoras que se intitulam feministas, mas cujos pensamentos vão em sentido diametralmente oposto, por entenderem que a prostituição também é parte da manifestação legítima da sexualidade de algumas mulheres ou mesmo por defender que tal pensamento agrava a invisibilidade dos trabalhadores sexuais, o que gera um aumento dos prejuízos causados a eles. Porém, essa linha de pensamento é divergente e minoritária no movimento feminista, não integrando o mote do que se estrutura como discurso feminista neste trabalho. Para todas as divergentes, cite-se Maqueda Abreu (2017, p. 77) Son discursos que se apropian de la dignidad de las prostitutas –que las despersonalizan y las reifican- para poder negar su condición de mujeres libres.” São discursos que se apropriam da dignidade das prostitutas – que as despersonalizam e coifisicam – para poder negar sua condição de mulheres livres” (Tradução livre).

<sup>28</sup> Impossibilidade de diferenciar a prostituição voluntária da forçada, assim como da consideração de que qualquer forma de prostituição constitui uma manifestação de violência de gênero (Tradução livre)

questão da finalidade de prostituição de escravas brancas como finalidade do tráfico humano, como demonstra o primeiro documento internacional dedicado a esse tema, o Acordo Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres Brancas firmado em Paris, em 1904<sup>29</sup>.

Esse primeiro documento, convolado em Convenção posteriormente, não conceituava o tráfico de mulheres, apenas formalizava o compromisso para sua repressão. A partir de 1910 as normas passaram a definir tráfico e exploração de prostituição e caracteriza-los como condutas criminosas puníveis, através de vários documentos internacionais (CASTILHO, 2007, p.11)<sup>30</sup>. Nesse período, no entanto, ainda evidenciava-se uma proteção jurídica internacional aos bons costumes, pois a prostituição era considerada uma atividade atentatória à moral.

Foi a partir de 1949, com a Convenção das Nações Unidas, que expressamente anulou e substituiu todas as normas anteriores – inaugurando uma nova fase para o direito internacional –, que se passou propagar um discurso em defesa da dignidade e do “valor da pessoa humana, como bens afetados pelo tráfico, o qual põe em perigo o bem-estar do indivíduo, da família e da comunidade” (CASTILHO, 2007, p. 12).

Em suma, esse discurso aparentemente revela uma nova abordagem por manifestar interesse em tutelar diretamente o bem-estar do indivíduo. Por outro lado, estrutura-se, e assim se mantém até os dias atuais, a partir da premissa de que a prostituição e o tráfico de pessoas para esses fins são incompatíveis com a dignidade e o valor da pessoa humana, na mesma esteira do discurso feminista, estabelecendo os compromissos dos países signatários em punir os comportamentos que fomentem a prostituição, mesmo com o consentimento do

---

<sup>29</sup> O Brasil formalizou sua adesão ao acordo, concluído em Paris em 18 de maio de 1904, para a repressão do tráfico de mulheres brancas através do Decreto Nº 5.591, DE 13 DE JULHO DE 1905. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-5591-13-julho-1905-549054-republicacao-106275-pe.html>

<sup>30</sup> A mesma autora arrola os seguintes diplomas normativos: “(...) a Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres Brancas (Paris, 1910), a Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres e Crianças (Genebra, 1921), a Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres Maiores (Genebra, 1933), o Protocolo de Emenda à Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres e Crianças e à Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres Maiores (1947), e, por último, a Convenção e Protocolo Final para a Repressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio (Lake Success, 1949)” (CASTILHO, 2007, p. 11).

trabalhador sexual<sup>31</sup>. Por propor a desconsideração do consentimento, reforça a ideia de prostituição como degradante, incorrendo no erro de confundi-la semanticamente com exploração sexual.

Assim, então, as categorias de discursos sobre a prostituição ao longo dos tempos, como se observou, apenas consolidou uma imagem pública negativa e pejorativa da atividade, por quaisquer pontos de vista que se tenha abordado. Isso contribui para que haja respostas repressivas à questão, mas no particular às atividades correlatas à prostituição, as soluções levam à invisibilidade e à marginalização, tal como se verá nos sistemas políticos a seguir. As razões para tal peculiaridade são diversas, não convém a este trabalho investigar, porém importante registrar a influência desses discursos e da carga valorativa no âmbito das legislações. Destaca-se especialmente a lei brasileira no que toca aos crimes de lenocínio, objeto da pesquisa, que sofrerá grande influência dos discursos feministas e de direitos humanos, mas terá por pano de fundo a construção moralista cristã, em razão da declarada proteção à moral sexual média e aos bons costumes que perdurou por muito tempo no ordenamento.

### 2.3 A INGERÊNCIA JURÍDICO-PENAL SOBRE A PROSTITUIÇÃO

Numa abordagem rasa, entende-se que um mesmo problema – qualquer que seja – pode ser encarado por olhares extremistas, desde a total liberação até a completa repressão, ou mesmo por visões equilibradas, que buscam equacionar os impasses por meio de soluções intermediárias, enfatizando determinados aspectos em razão de escolhas prévias e declaradas dos efeitos que procuram produzir.

Em que pese ser objeto central deste trabalho a tipificação do lenocínio no direito brasileiro, este nada mais é do que uma parte reduzida de um tema mais amplo, qual seja, a relação entre direito penal e a atividade de prostituição. Por isso se faz imperioso apresentar os principais modelos políticos construídos para lidar com a questão da prostituição no âmbito penal.

---

<sup>31</sup> Artigo 1º As partes na presente Convenção convêm em punir toda pessoa que, para satisfazer às paixões de outrem: §1. Aliciar, induzir ou desencaminhar, para fins de prostituição, outra pessoa, ainda que com seu consentimento. §2. Explorar a prostituição de outra pessoa, ainda que com seu consentimento.

A importância do conhecimento desses parâmetros diz respeito à necessidade de compreender, em nível interpretativo, os discursos apresentados, com os modelos político-criminais existentes, para fins de apreender a legislação vigente e, assim, identificar seus principais problemas e seus possíveis prognósticos. Até mesmo porque, toda política-criminal esconde (ou revela, na mesma intensidade) um discurso ideológico que a sustenta, o que significa que há um conjunto de valores e princípios a serem defendidos e levados adiante por meio de estratégias sociais, econômicas e jurídicas, funcionando também como justificativa (meio) de cada fim que se persegue através das estratégias adotadas.

### 2.3.1 Modelos político-criminais de enfrentamento

Baseado em diversas bibliografias sobre o tema, constata-se a existência de três sistemas tradicionais para o tratamento da prostituição: regulamentarismo, erradicacionismo<sup>32</sup> e proibicionismo (ALONSO ÁLAMO, 2007; MAQUEDA ABREU, 2007; VILLACAMPA ESTIARTE, 2012; ESTEFAM, 2016). Frise-se que os modelos político-criminais descritos neste trabalho são tipos ideais, de forma que dificilmente seriam transportados aos fatos concretos da vida em sua forma pura<sup>33</sup>. Na realidade prática ocorre, na verdade, o intercruzamento de ideias, esboçadas nos modelos ideais, que produzirão argumentos para as formas de incriminação e regulação positivadas.

#### a) Regulamentarismo

---

<sup>32</sup> A doutrina especializada no tema convencionou chamar de modelo político-criminal abolicionista, inclusive em homenagem ao movimento abolicionista que no século XIX lutou pelo fim da escravidão (OZOSCO Y VILLA, 2013), porém, neste trabalho optou-se pela utilização do termo “erradicacionismo” para que não se confunda com a terminologia adotada pela corrente do abolicionismo penal oriunda da criminologia, e muito mais difundida entre os estudiosos das ciências criminais na atualidade, que entende que a solução dos problemas causados pelo sistema criminal perpassa por sua completa abolição como estratégia de controle social, face a constatação empírica e científica de que os danos provocados são superiores aos benefícios. Para maior compreensão do tema: CHRISTIE, Nils et. al. **Abolicionismo penal**. Tradução Mariano Alberto Ciafardini e Mirta Lilián Bondanza. Buenos Aires: Ediar. 1989

<sup>33</sup> Adota-se o mesmo recurso utilizado por Jakobs quando descreveu os modelos de Direito penal do cidadão e Direito penal do inimigo, cf. JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manual. **Direito penal do inimigo – noções e críticas**. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do advogado. 2005, p. 21.

Do ponto de vista temporal, o regulamentarismo foi o primeiro modelo adotado pelos Estados modernos como perspectiva político-criminal apta a enfrentar o problema da prostituição nos centros urbanos<sup>34</sup>.

Traduzido como a adoção de medidas – em primeiro momento – de caráter administrativo, um sistema regulamentarista objetiva a gestão do espaço público para afastar a prostituição do corriqueiro convívio social. Priorizam-se, assim, táticas de controle, não de combate. Com isso, não significa que se abstêm de criminalizar comportamentos relacionados à prostituição, mas, como estratégia de enfrentamento, esta solução se reserva a uma ocasião posterior ou a atitudes mais graves, como as de afronta às regras estabelecidas. Isso porque, de acordo com Alonso Álamo (2007, p. 08), as teses regulamentaristas sustentam “la incriminacion de las conductas consistentes en infringir las disposiciones sanitarias de policia sobre prostitucion, como falta contra los intereses generales y regimen de las poblaciones”<sup>35</sup>.

As estratégias regulamentarista transitam desde o zoneamento urbano, que dividiam o espaço público em áreas geográficas em que a atividade sexual não poderia ser comercializada, até a delimitação temporal para o exercício da prostituição, determinando os horários em que a prática era ou vedada ou autorizada<sup>36</sup>. Outrossim, objetiva o estabelecimento de “medidas de prevención de riesgo para los clientes: se establece así un control sanitario obligatorio para las mujeres que ejercen la prostitución”<sup>37</sup> (VARTABEDIAN, 2011, p. 06).

Tanto o estabelecimento de controle sanitário dos trabalhadores sexuais possui o delicado problema relacionado à invasão indevida sobre o corpo alheio, obrigando-nos à fiscalização e controle sanitário obrigatório, visando a prevenção de propagação de doenças com o contágio ou infecção dos consumidores dos serviços sexuais<sup>38</sup>. O regulamentarismo, então, além de visar a limpeza visual do espaço

---

<sup>34</sup> Cf. Villacampa Estiarte (2012).

<sup>35</sup> A incriminação das condutas relacionadas à prostituição que consistem em infringir as disposições sanitárias de polícia sobre, tendo em vista serem tratadas como violações dos interesses gerais e das regras de convívio da coletividade (Tradução livre).

<sup>36</sup> O termo “zona de meretrício” surge dessa política regulamentarista.

<sup>37</sup> Medidas de prevenção dos riscos para os clientes: se estabelece assim um controle sanitário obrigatório para as mulheres que exercem a prostituição (Tradução livre).

<sup>38</sup> Cujas determinações de voltar-se apenas ao corpo da mulher que se prostituía, e não aos clientes do serviço sexual, foi, como visto, criticado veementemente pelo discurso feminista.

público, volta seus esforços à proteção da saúde do cliente, ignorando as demandas dos trabalhadores sexuais nesse sentido.

## b) Erradicacionismo

Não existe só uma forma de erradicacionismo<sup>39</sup> associado à prostituição, porém suas origens históricas remetem às origens do discurso feminista. O sistema se inspirava na luta contra a escravidão, encenada no próprio século XIX em que surgiu, e contra o regulamentarismo que impunha a fiscalização dos corpos das mulheres que se prostituíam (OZOSCO Y VILLA, 2013, pp. 05). O ponto de partida é a total negativa de distinção entre prostituição livre e forçada (VILLACAMPA; TORRES, 2013, p. 04).

Por seu turno, Villacampa e Torres (2013, p. 02), numa miragem crítica comentam que se trata de “una coartada ideológica ideal para acabar con esta incómoda realidad, apelando a la utópica idea de abolir el comercio de carne humana, explica que este modelo este siendo el mayoritariamente adoptado en países occidentales.”<sup>40</sup>.

Pela perspectiva erradicacionista, portanto, a solução à prostituição perpassa pela proibição de todos os comportamentos que auxiliem, facilitem ou intermediem a sua prática. Pugna, assim, por estratégias de combate ao comércio sexual pelo isolamento, impondo que o Estado não apenas evite o fomento, mas promova meios de extirpar a atividade. O erradicacionismo clássico, por assim dizer, institui a criminalização do lenocínio, mas não da prostituição ou da clientela. Há, por sua vez, uma versão mais atual do erradicacionismo, o qual chamaremos de

---

<sup>39</sup> Cumpre esclarecer, inicialmente, que se optou nesse trabalho pela utilização do termo “erradicacionismo” em detrimento da expressão mais adotada pela doutrina que trata do tema (abolicionismo) por uma estratégia teórica de evitar a confusão com o abolicionismo penal. A escolha pela nomenclatura adotada se deu a partir da leitura do artigo de MAQUEDA ABREU (2017, p. 66) que explicou que o conteúdo do modelo político-criminal abolicionista busca, em última análise, “erradicar” a prostituição.

<sup>40</sup> Um álbi ideológico ideal para acabar com essa realidade desconfortável, apelando para a idéia utópica de abolir o comércio de carne humana, explica que esse modelo está sendo adotado principalmente nos países ocidentais. (Tradução livre)

neorradicacionismo<sup>41</sup>, que determina a criminalização do cliente, por entende-lo o maior impulsionador da prostituição.

Daich descreve, então, o que seria a principal crítica a esse modelo, que consiste, de logo, na diluição da heterogeneidade própria do fenômeno da prostituição é que “los matices y las diferencias se diluyen en el discurso abolicionista: ‘Prostitución y trata son las dos caras de una misma moneda’, ‘prostitución es violencia de género’ sostienen las militantes en su comprometida lucha política por la abolición de la inequidad y la violencia de género”<sup>42</sup>.

Justamente o erradicacionismo, portanto, carrega as críticas que serão dirigidas à legislação brasileira – que adota tal modelo político-criminal desde a inclusão do lenocínio na norma penal pátria<sup>43</sup>. Encarar a prostituição como um fato homogêneo, em que qualquer forma da atividade consista em exploração sexual e, portanto, pura concupiscência, motivos pelos quais deve haver atuações do Estado no sentido de extirpá-la, é apenas agravar as mazelas que recaem sobre as pessoas que exercem essa atividade, em especial as mais pobres<sup>44</sup> e vulneráveis no sistema capitalista.

### c) Proibicionismo

Esse sistema de enfrentamento à prostituição é o mais fácil de compreender pela mera interpretação do seu significado literal. O proibicionismo expressa uma pauta pela adoção de medidas coercitivas jurídicas extremas em combate a todo e qualquer comportamento que esteja direta ou indiretamente ligado ao comércio sexual.

---

<sup>41</sup> Também conhecido como “modelo sueco”, por sua adoção na Suécia. “del ideario neoabolicionista, aunque capitaneado fundamentalmente desde movimientos feministas, ha sido el establecimiento del denominado modelo sueco.” (VILLACAMPA; TORRES, 2013, p. 03)

<sup>42</sup> “(...) os matizes e as diferenças se diluem no discurso [erradicacionista]: ‘prostituição e tráfico são as duas caras de uma mesma moeda’, ‘prostituição é violência de gênero’ sustentam as militantes em sua comprometida luta política pela abolição da iniquidade e da violência de gênero” (Tradução livre).

<sup>43</sup> Ver item 2.3.2, seguinte.

<sup>44</sup> Há diversos graus de pobreza e, conforme será abordada na discussão do capítulo 4, adiante, não basta a carência sócio-econômica para que se configure vulnerável para fins de exploração da prostituição, devendo o caso ser observado concretamente, em todas suas matizes.

Estefam (2016), inclusive, considera o proibicionismo como a versão mais extrema do erradicacionismo, por adotar a ideia de que não é possível haver um direito a se prostituir. Tal situação, explica, implica em rebaixar a condição humana ao *status* de objeto, pois “a comercialização de tão importante função humana – o sexo – representa uma transgressão moral e uma desumanização” (p. 210).

Desta maneira, incrimina-se desde o exercício propriamente dito da prostituição, isto é, a venda da atividade sexual, como também a sua respectiva clientela, que fornece demanda e estimula a existência da atividade. De igual modo, são penalizados os comportamentos que, localizados no entorno da prostituição, pretendem colaborar com a atuação do trabalhador sexual, como o tráfico de pessoas para fins de exploração sexual, o proxenetismo ou rufianismo, o mero favorecimento ou auxílio à prostituição, como também a manutenção de estabelecimento destinado ao acontecimento das atividades sexuais, enfim, criminalizando qualquer forma de lenocínio.

Há duas ordens de críticas dirigidas a esse horizonte político-criminal, bem pontuadas por Villacampa e Torres (2013, p. 02) e que merecem breve consideração. A primeira, de ordem objetiva, diz respeito à geração de alto custo aos cofres públicos associados a modelos proibicionistas, por demandarem maior contingente de força policial e de outros atores do sistema penal. Igualmente, com relação propriamente a um proibicionismo relativo à prostituição, também se produziria um problema de gestão de ordem logística, pois outras demandas de segurança pública, normalmente mais caras à população, teriam que sofrer ajustes. No plano subjetivo, as críticas se dirigem ao processo de demonização social dos trabalhadores sexuais acentuado por modelos criminais proibicionistas, que acabam silenciando importantes discussões que os analisam como possíveis vítimas, ou seja, que enfatizam a necessidade de dedicar-lhes tutela estatal.

### **2.3.2 O lenocínio no direito brasileiro**

Não há um único artigo do atual CPB sob a rubrica de “lenocínio”. Tal verbete encontra-se inscrito em nome de capítulo específico dos crimes contra a dignidade

sexual<sup>45</sup> que tratam de incriminar comportamentos que circunscrevem a prostituição e a exploração sexual de terceiros.

O termo, por sua vez, foi introduzido na legislação criminal brasileira a partir do Código penal dos Estados Unidos do Brasil<sup>46</sup>, o texto republicano vigente a partir de 1891, donde a proteção da segurança da honra e honestidade das famílias e o combate ao ultraje público ao pudor perpassavam pela incriminação de diversos comportamentos nomeados como lenocínio<sup>47</sup>. A Lei nº 2.992<sup>48</sup>, de 25 de setembro de 1915, reformando este trecho do Código penal vigente à época, acrescentou a punição ao tráfico de mulheres, já como reflexo das convenções internacionais do início do século XX (ANDRADE, 2016, p. 16). Isso acabou inserindo, também, ao

---

<sup>45</sup> Capítulo V do Título VI, nomeado “do lenocínio e do tráfico de pessoa para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual”

<sup>46</sup> Informação obtida após realização de busca por todo tipo de Legislação brasileira contendo a expressão “lenocínio”, por meio do sistema de pesquisa disponibilizado no site da Câmara dos Deputados (<http://www2.camara.leg.br/>). Foram encontrados quarenta e oito documentos no total, sendo o mais antigo o mencionado Código Penal de 1890. Nota-se, da análise dos resultados dessa busca, uma forte presença de legislações que tratam da migração de estrangeiros associadas ao tema pesquisado. Isso porque, durante a vigência desse Código Penal, houve normas que incluíam a prática do lenocínio como causa suficiente para a expulsão de estrangeiros ou mesmo para impedir sua naturalização. Cf. Decretos de números 1.641 (de 7 de janeiro de 1907), 6.486 (de 23 de maio de 1907) e 6.486 (de 23 de maio de 1907). Disponíveis para consulta em <http://www2.camara.leg.br/>

<sup>47</sup> Capítulo III do Título VIII

<sup>48</sup> Art. 277. Induzir alguém, por meio de enganos, violencia, ameaça, abusos de poder, ou qualquer outro meio de coacção, a satisfazer os desejos deshonestos ou paixões lascivas de outrem. Excitar, favorecer ou facilitar a prostituição de alguém, para satisfazer os ditos desejos e paixões outrem: Pena - de prisão cellular por dous a tres anos. § 1.º (Como o paragrapho unico do Codigo Penal de 1890). Artigo 278. Manter ou explorar casas de tolerancia, admitir na casa em que residir, pessoas de sexos diferentes, ou do mesmo sexo, que ahi se reúnam para fins libidinosos; induzir mulheres, quer abusando de sua fraqueza ou miseria, quer constringendo-as por intimidacção ou ameaças a entregarem-se á prostituição; prestar, por conta própria ou de outrem, sob sua ou alheia responsabilidade, qualquer assistencia ou auxilio ao commercio da prostituição: Pena - de prisão cellular por um ou tres annos e multa de 1:000\$ a 2:000\$000. § 1.º Alliciar, attrahir ou desencaminhar, para satisfazer as paixões lascivas de outrem, qualquer mulher menor, virgem ou não, mesmo com o abusseu consentimento; alliciar, attrahir ou desencaminhar, para satisfazer ás paixões lascivas de outrem, qualquer mulher maior, virgem ou não, empregando para esse fim ameaça, violencia, fraude, engano, abuso de poder ou qualquer outro meio de coacção; reter por qualquer dos meios acima referidos, ainda mesmo por causa de dividas contrahidas, qualquer mulher, maior ou menor, virgem ou não, em casa de lenocínio, obrigar-a a entregar-se á prostituição: Pena - as do dispositivo anterior. § 2.º Os crimes de que trata o art. 278 e o § 1º do mencionado artigo serão puníveis no Brazil ainda que um ou mais actos constitutivos das infracções nelles previstas tenham sido praticados em paiz estrangeiro. § 3.º Nas infracções de que trata este artigo haverá logar a acção penal: a)por denuncia do Ministerio Publico; b)mediante queixa da victima ou de seu representante legal; c)mediante denuncia de qualquer pessoa.

conceito de lenocínio a conduta de manutenção ou exploração de casas de prostituição. Importante frisar que essa lei de 1915 declarava que à prática criminosa era irrelevante o consentimento da vítima.

O ordenamento brasileiro demonstrava, desde então, sua adesão ao sistema erradicacionista, sobretudo por não criminalizar diretamente a conduta da prostituição (ESTEFAM, 2016, p. 180). Essa política foi apenas fortalecida em 1940, em que houve uma ampliação e um detalhamento das condutas de lenocínio. A atual legislação, cujo texto base data deste período, adota, portanto, a terminologia “lenocínio” como um gênero de condutas que abrange tipos penais diversos cujo elemento comum diz respeito à intervenção no exercício de atividade sexual de terceiro, com notória ênfase à relação com a prática do comércio sexual por abordar diretamente à questão da exploração da prostituição. Isso porque o oque está em discussão quando se avalia ou interpreta as disposições legais relacionadas à criminalização do lenocínio é, em última análise, a forma escolhida pelo Estado para enfrentar a questão da prostituição.

Por tal razão serão analisadas algumas condutas incriminadoras constantes do capítulo, parcialmente dedicado aos crimes de lenocínio (artigos 227 a 230)<sup>49</sup>.. Em seguida, serão estabelecidos os pontos controversos da legislação, para que possam ser levados à solução concreta em definitivo no plano da interpretação, demonstração que se confunde com o objetivo deste trabalho.

#### a) Mediação para servir a lascívia de outrem

O tipo básico, previsto no caput do artigo 227 do CPB, penaliza com reclusão, de um a três anos, aquele que induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem. A finalidade lucrativa associada ao crime não é indispensável, mas caso haja (mesmo

---

<sup>49</sup> O artigo 232-A, sob a rubrica de “promoção de migração ilegal” não possui qualquer elemento que leva a conclusão de que se trata de uma conduta de lenocínio, em que pese sua possível relação com o tráfico de pessoas para fins de exploração sexual. Por este motivo, resta afastado desta análise. Ademais, por conter o elemento “exploração sexual”, normalmente se inclui na análise do lenocínio o crime de tráfico de pessoas do artigo 149-A, V, do CPB, contudo, por entender que as reformas legislativas retiraram desse crime a órbita de dúvidas que recai sobre as formas de lenocínio aqui abordadas, não será incluído como objeto do trabalho. Todavia, haverá algumas referências a trabalhos que abordem o tema e mesmo à sua redação, eventualmente, por se tratar de uma figura típica afim à ideia de lenocínio, mas que já não gera os problemas interpretativos aqui aventados.

nas formas qualificadas, a seguir descritas), como dispõe o §3º, a sanção é incrementada com a pena de multa.

Desde a redação original, são previstas duas formas qualificadas. Na primeira, prevista no §1º<sup>50</sup>, o maior desvalor da ação está associado ou à idade da vítima ou à relação subjetiva entre o mediador e a vítima, na qual os parâmetros de pena subirão à dois a cinco anos. Assim dispondo:

§ 1º Se a vítima é maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos, ou se o agente é seu ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro, irmão, tutor ou curador ou pessoa a quem esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda (BRASIL, 1940, on-line)

Na segunda, prevista no §2º, a reprovabilidade é acentuada em razão dos meios empregados, quais seja, a fraude, a grave ameaça ou a violência, cuja punição será por meio de dois a oito anos de reclusão. Ao final deste parágrafo, nota-se que o desvalor é agravado quando a superioridade decorre de relações educativas, de cuidados terapêuticos ou pedagógicas.

Esse crime é chamado de lenocínio principal, que revela um sujeito ativo que toma a iniciativa de levar a vítima, ou seja, induzi-la, à prática sexual com outrem e, portanto, corrompida pela mediação alheia (PIERANGELI; SOUZA, 2015, p. 91). Pressupõe uma vítima não previamente sexualmente corrompida ou mesmo não prostituída, do contrário, se trataria de crime impossível, tal entendimento é pacífico na doutrina.

Ocorre que este é o único, dentre os quatro artigos indicados que criminalizam o lenocínio, que não tem a prostituição como elementar. Razão pela qual, da interpretação literal, nota-se que a inferência ao lenocínio no tipo decorre de uma leitura habitual da figura incriminada, não correspondendo à sua redação. Para Nucci (2014, p. 184), essa figura é, no mínimo, contraditória, pois assinala ser “difícil imaginar uma sugestão de prática sexual por meio de violência, sem ingressar no campo do estupro (ou da tentativa)”.

---

<sup>50</sup> A Lei nº 11.106, de 2005 alterou a redação deste parágrafo para retirar o substantivo “marido” e substituí-lo por cônjuge ou companheiro, atualização que se tornou necessária em razão da ampliação do instituto da união estável que, em respeito à taxatividade da lei penal, tornava inviável a analogia *in malam partem*.

Gisele de Carvalho (2010, p. 11) se posiciona defendendo que tal dispositivo deveria ser suprimido do CPB, já que resta evidente que está sendo uma utilização meramente moralista da reprovação penal. Da mesma forma, Nucci (2014, p. 184) posiciona-se no sentido de que a manutenção dessa figura típica somente se justificaria com consideração da moralidade sexual como objeto de tutela jurídica, inserindo a sociedade como sujeito passivo secundário. Fato que já não se admite na égide de um direito penal de Estado de direito.

#### b) Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual

Esse crime, da mesma forma que os dois subsequentes, integra o conceito de lenocínio acessório, por pressupor vítimas que já exercem a prostituição. Extrai-se da mera leitura que a sua forma simples já é mais gravosa que a anterior, em razão da pena estipulada corresponder à primeira forma qualificada do lenocínio principal.

A redação do caput foi ampliada em 2009, por meio da lei 12.015, mas não provocou substancial alteração no cerne do tipo. Sua qualificadora subjetiva não inclui a questão etária da vítima, como na redação originária (a qual fazia remissão ao §1º do artigo antecedente), mas traz elementos afins a relações laborais (prevendo a pena privativa de liberdade de 3 a 8 anos).

O emprego de meios violentos, ameaçadores ou fraudulentos qualifica também o crime, para o qual a pena passa a ser de 4 a 10 anos. A finalidade lucrativa agrega a pena de multa, não integra o desvalor do dolo usual do crime.

#### c) Casa de prostituição

Na redação atual, a manutenção de estabelecimento em que ocorra exploração sexual configura crime de casa de prostituição. A única mudança com relação à descrição anterior, diz respeito ao elemento “estabelecimento”, que entende-se mais amplo que “casa”. Ademais, a norma originária também previa a censura caso o local destinasse a encontros libidinosos quaisquer, o que levava à

criminalização de estabelecimentos de Motel<sup>51</sup>, por exemplo, algo impensável na realidade hodierna.

Este crime, na redação atual, é assertivo no que toca à elementar “exploração sexual”, já que retirando o termo “prostituição” e indicando, de maneira adequada, que a reprovação recai sobre locais destinados à exploração, confere um caminho possível e válido de interpretação, como se verá nos capítulos seguintes.

#### d) Rufianismo

O crime sob essa rubrica é, muito provavelmente, o mais estimado socialmente como forma de lenocínio. Rufião ou cafetão é aquele que tira seu sustento ou apenas lucra com a prostituição alheia, ou seja, há necessariamente um proveito econômico.

Releva acentuar que ao final do segundo parágrafo, há a menção de uma cláusula genérica sobre meios quaisquer que impeçam ou dificultem a livre manifestação de vontade da vítima. Apesar de tratar-se de formulação interessante, em especial a esse trabalho, tal diferenciação se mostra logicamente inconcebível, pois não há razões que levem a compreender o porquê somente foi colocada neste tipo de lenocínio e não nos demais.

A guisa de conclusão, essa incriminação abre espaço para a discussão sobre tratar-se de direito penal do autor, não do fato, por punir expressamente um modo de vida, não uma conduta ofensiva a terceiros especificamente – em sua forma básica.

Apesar disso, em termos gerais, sua punição é mais branda, do que as figuras do artigo 228, mas do mesmo modo não se trata de crime de menor potencial ofensivo, já que a pena de sua forma simples é de reclusão de 1 a 4 anos. As qualificadoras, do mesmo modo que os artigos antecedentes, dizem respeito à relação de superioridade entre rufião e prostituído.

Como se nota, então, a breve análise aqui esposada visou dar prioridade aos pontos comuns que interessam na construção desse trabalho. Resta, assim,

---

<sup>51</sup> Para uma análise do crime de acordo com o princípio da adequação social, ver. CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. Princípios da fragmentariedade e da adequação social e crime de casa de prostituição. **De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 11, n. 18, p. 163-177, jan-jul. 2012. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/51341>>. Acesso em: 12 fev. 2012.

suficiente para os estudos adiante empreendidos para a verificação da hipótese central.

### **3 O BEM JURÍDICO COMO VETOR INTERPRETATIVO NOS CRIMES SEXUAIS**

Diante do tema da sexualidade humana o direito penal se mostrou historicamente desgarrado de suas teorias legitimadoras, notadamente as liberais, situando suas incriminações no patamar da defesa dos costumes, como se habitasse em um mundo paralelo ao seu próprio desenvolvimento. Isso ganha natural evidência quando se percebe que tal temática se situa numa delicada fronteira, que divide o âmbito público do privado. Por isso, as abordagens sobre suas diversas formas de manifestação são, simultaneamente, tão complexas e divergentes.

Antes de se questionar acerca da validade e da eficácia que a manifestação da autonomia pode fazer repercutir nos tipos penais de lenocínio, cabe responder à pergunta sobre a legitimidade da respectiva incriminação. Com esse intuito, se partirá, primeiramente, das funções atribuídas ao direito penal e, como etapa subsequente, do conteúdo e dos limites atinentes ao seu específico objeto de proteção. Isso porque, tais questões se imbricam em uma relação de reciprocidade inseparável no plano da interpretação, fornecendo a medida e o alcance da tutela penal mais adequada diante de cada caso concreto.

#### **3.1 A PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS COMO FUNÇÃO DO DIREITO PENAL E SUA MISSÃO CRÍTICA**

Um Estado democrático de direito vigora em razão da sua finalidade última, a de assegurar a convivência livre e pacífica dos cidadãos. Assim dispõe a Constituição Federal do Brasil em suas disposições iniciais, ao constituir como objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Dito isso, a índole constitucional que se instaura com a positivação dos direitos fundamentais, que tem como lastro o respeito à dignidade da pessoa humana, se promove por meio da defesa de suas garantias e da proteção contra agressões injustas.

O direito penal é o conjunto de normas jurídicas que tipifica condutas, às quais são chamadas de crime ou delito, e a elas comina sanções (BRUNO, 1967, p. 14). Por meio dessa definição se encontra uma concepção formal de crime, posto que seu substrato consiste em estabelecer que a mera decisão política, ou seja, o ato legislativo que vincula um comportamento antijurídico a uma norma, o delimita (BATISTA, 2011). Os tipos penais constituem, a partir de então, a verdadeira primeira autorização ao Estado para que este interfira diretamente no domínio da liberdade de ir e vir da pessoa, através do exercício do *jus puniendi* estatal, que consiste na aplicação de uma pena privativa de liberdade (TOLEDO, 1995, p. 04).

Por outro lado, a necessidade do emprego de um meio ou instrumento é assegurada pelo esclarecimento quanto aos seus fins. À vista disso, sendo o direito penal um instrumento jurídico posto à consecução dos fins e objetivos constitucionais, ou melhor, do Estado de direito brasileiro, é imperioso também responder à indagação a respeito da sua função no sistema. Isso, porém, somente se obtém a partir da definição do objeto a que se deve atribuir à sua legislação, pressuposto que é para sua interpretação coesa, bem como formular críticas e pensar em caminhos lógicos para adequá-la aos tais objetivos (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015, p. 90).

O entendimento majoritário da doutrina, perfilhado por este trabalho, é de que o papel do direito penal é – como manifestação mais contundente do poder político – preservar os mais valiosos valores indispensáveis à convivência humana em dada sociedade. Tais os quais se convencionou chamar na doutrina por bens jurídicos. Com isso, a finalidade do direito penal é a proteção dos bens jurídicos.

Por outro lado, discorrem Zaffaroni e Pierangeli (2015), há uma parte diminuta da doutrina que defende a tese de que cabe ao direito penal a proteção da sociedade (também chamada de “defesa social”). Há também quem negue a teoria do bem jurídico e assim o faz ou por entender que a indeterminação do conceito de bem jurídico torna-o inútil à proposta limitadora, já esboçada brevemente<sup>1</sup>, ou mesmo por defender que o direito penal serve ao fim de evitar uma diminuição da vigência da norma. O maior defensor desta última teoria é Günther Jakobs,

---

<sup>1</sup> Cf. STRATENWERTH, Günther. Sobre o conceito de “bem jurídico”. pp. 129-148 In: GRECO, Luís; TÓRTIMA; Fernanda Lara (Org.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

precursor da chamada teoria funcionalista sistêmica do direito penal, para a qual dedicaremos algumas linhas simplesmente com o intuito de demarcar as razões em advocacia da posição aqui adotada com relação à teoria do bem jurídico.

Jakobs (2016) sustentando a tese de função do direito penal é a afirmação da vigência da norma, e não a tutela de bens jurídicos, explica que o direito é uma realidade normativa e somente pode se realizar por meio dela. Nesse sentido, o direito não pode ser representado por um objeto que lhe é estranho, o bem, apenas podendo proteger a norma e a sua vigência. Resgatando a fórmula hegeliana, então, conclui que a aplicação de uma pena está para o crime como este está para a norma, reafirmando sua vigência. A crítica que o autor, então, faz à teoria do bem jurídico consiste em argumentar que tanto o direito não tem como tutelar algo que lhe é externo, quanto que são os próprios bens passíveis de perecimento por si mesmos, portanto entender o direito penal como seu protetor é tão logo compreendê-lo como ineficiente ou insuficiente. Em sentido contrário, a aplicação da pena para reafirmar a vigência da norma concretiza, sem deixar brechas, a ideia de eficiência que precisa sustentar a função de prevenção geral do direito penal.

Roxin (2013), em contrapartida, alerta para o fato de que a tese de Jakobs não fornece quaisquer critérios para delimitar o âmbito do materialmente punível, relegando o conceito de crime a uma concepção estritamente formal. Essa postura, inclusive, é textualmente assumida pelo autor, que diz evitar qualquer declaração sobre a legitimidade do conteúdo da norma, por entender que tal discussão é carente de qualquer cientificidade (JAKOBS, 2016, p. 228). Assim, acaba por colocar uma grande ênfase no sistema e, por consequência, dedicar uma forte confiança na figura do Legislador, o que se pode inferir através da seguinte passagem:

(...) um legislador cuja finalidade não é a opressão de seus cidadãos – e se a finalidade for essa, sequer adianta querer falar a ele – nunca protegerá a moral por si mesma, mas no máximo determinados conteúdos morais, se a sociedade deles necessita ou pensa necessitar para a sua subsistência (JAKOBS, 2016, p. 220).

Essa mesma fé no Poder Legislativo que, segundo Schünemann (2013), já teve acolhimento na História em uma época em que além não existirem até então constituições escritas, a própria ideia de contrato social “fundava-se numa grande confiança na sabedoria do legislador monárquico esclarecido ou parlamentar” (p. 45). De lá pra cá, contudo, diversos eventos históricos evidenciaram a necessidade

de imposição de limites a qualquer manifestação de exercício do poder político, dentre as quais a função legislativa. Tal missão também foi empreendida pela dogmática do direito penal na teoria dos bens jurídicos, cuja função crítica ao sistema<sup>2</sup>, isto é, a ideia de limitar a faculdade de punir do legislador por meio do conceito de bem jurídico, tornou-se “um objeto relevante da discussão político-reformista depois da Segunda Guerra Mundial” (ROXIN, 2016, p. 239).

Sobre o conceito de bem jurídico há, então, pelo menos uma perspectiva dogmática e uma perspectiva político-criminal<sup>3</sup> (GRECO, 2004). A primeira se exaure na dita noção, de que todo tipo penal declara proteger um bem jurídico. Sendo assim, o conceito dogmático de bem jurídico corresponde a uma declaração do legislador a respeito do interesse tutelado por aquela norma. Esse conceito, por não poder ser funcionalizado aos fins perseguidos pela Constituição, anterior e superior ao legislador ordinário, é insuficiente ao presente trabalho.

Inicialmente, circunscreve-se que o princípio limitador de proteção de bens jurídicos, aqui defendido, se apoia na “concepção básica de uma limitação do direito penal fundada na ideia do contrato social” (SCHÜNEMANN, 2013, p. 45). Dessa ideia, portanto, se extrai que a adequada e precisa fundamentação do conceito de bem jurídico se sustenta em uma tradição que se erige sobre uma compreensão liberal de Estado (HASSEMER, 2016), por meio da qual se impedem restrições imotivadas e excessivas sobre a liberdade individual (SCHÜNEMANN, 2013).

Essa tradição liberal reporta-se à Constituição brasileira – importante que se demarque desde já – através da consagração de uma democracia, republicana, pluralista e fundada sobre a dignidade da pessoa humana. A partir disso não se pode pensar em um Estado como fim em si mesmo<sup>4</sup>, mas apenas como meio para

---

<sup>2</sup> Essa denominação é de Hassemer, a quem se atribui o desenvolvimento da teoria crítica dos bens jurídicos. Roxin (2016), como esclarece, prefere utilizar o termo “função crítica ao legislador penal”.

<sup>3</sup> Greco (2004, p. 82) revela que a perspectiva dogmática é chamada por Hassemer de “imaneente ao sistema” e a político-criminal, “transcendente ao sistema”. Em outras palavras, Levya Estupiñán e Lugo Arteaga (2015, p. 68), propõem, a respeito dessas diferentes perspectivas, que o conceito de bem jurídico seja “1. En el sentido político criminal: (de lege ferenda) aquello que merece ser protegido por el Derecho penal. 2. En el sentido dogmático: (de lege data) objeto efectivamente protegido por la norma penal vulnerada de que se trate.”

<sup>4</sup> Esse é o raciocínio que abre o caminho para uma segunda, mas não menos importante, evidência sobre a inadequação da funcionalização do direito penal a partir de uma teoria sistêmica, como defendida por Jakobs. Roxin (2013) demonstra que tal teoria erige o sistema como um valor em si mesmo, pois ao autorizar a utilização do direito penal para promover o reforço do direito através da proteção de sua vigência, a punição aplicada ao

promoção do desenvolvimento do ser humano e para a garantia de suas diversas possibilidades de vida (HASSEMER, 2016).

A compreensão de bem jurídico político-criminalmente vinculante, então, tem que se reportar aos fundamentos plasmados na Carta constitucional, a qual marca os limites do poder punitivo do Estado aprioristicamente (ROXIN, 1997). O mesmo autor, em obra mais recente, explica ainda que o conceito de bem jurídico deve ser construído de forma a responder às finalidades e exigências político-criminais demandadas a ele (ROXIN, 2016).

Tendo em vista, então, que o direito penal protege bens jurídicos, somente poderá haver a tipificação de uma conduta criminosa se, por meio dela, tais bens jurídicos forem atingidos de alguma forma, seja por uma lesão ou por sua colocação em perigo (ROXIN, 2013, p. 39). Essa é a questão por trás da ideia de conceito material de crime, intimamente ligada à função de direito penal de proteção de bens jurídicos, que responde sobre o que pode ou não ser objeto criminalização. Isso porque não se pode autorizar a incriminação de qualquer comportamento pelo Legislador penal, mesmo diante da grande discricionariedade que dispõe. Para Roxin (2013, p. 11), a penalização de um comportamento necessita de uma legitimação especial, sendo este um problema central também da Ciência do Direito, não restando resolvido quando simplesmente relegado a uma mera questão do Legislador.

Para Juarez Cirino dos Santos (2008, p. 05) é a proteção de valores relevantes para a vida humana, considerada individual ou coletivamente, ou seja, dos bens jurídicos, que traduz o objetivo declarado do Direito penal. A seleção de bens jurídicos se faz por critérios político-criminais que estão estruturados na Constituição, mas a tutela se dá de forma subsidiária e fragmentária, assim, respectivamente, há uma atuação prévia de outros meios de proteção, bem como somente serão protegidos parcialmente, diante das ofensas mais graves. Para o autor, ainda, o Direito penal operacionaliza um sistema de justiça que pretende, com essa proteção, a garantia de uma ordem social justa para a promoção do bem comum (p. 10). Pode-se, então, afiançar que 'sem a presença de um bem jurídico de

---

indivíduo se reporta ao sistema, transformando aquele em um instrumento à serviço deste. Tal ideia é incompatível o papel político da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado, no qual a própria existência deste se justifica apenas e tão somente para servir aos indivíduos.

proteção prevista no preceito punitivo, o próprio Direito Penal, além de resultar substancialmente injusto e ético-socialmente intolerável, careceria de sentido como tal ordem de direito (POLAINO NAVARRETE apud PRADO, 2013, p. 21) Por isso, “en tanto se entienda que la misión del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos, ello también repercute en el concepto de delito y puede ser igualmente discutido en él”<sup>5</sup> (HASSEMER; MUÑOZ CONDE, 1989, p. 100). Assim, a importância de um conceito material de crime só é reconhecida a partir da ideia de que o direito penal serve à proteção de bens jurídicos, já que há correntes adversas que, como será adiante demonstrado, sustentam conceitos meramente formais de delito e defendem, desta forma, que o delito consiste numa violação de um dever (BOZZA, 2015, p. 107).

Nesse contexto, a função do direito penal é dada pelo mesmo suporte que confere ao injusto penal um conteúdo legítimo e válido, ou seja, pela proteção de bens jurídicos. Para cumprir, deste modo, seus concretos fins de proteção de bens jurídicos, legitima-se a aplicação de uma pena por meio do direito penal, razão pela qual, sustenta Prado (2013, p. 23), que:

A relação entre bem jurídico e pena opera uma simbiose entre o valor de bem jurídico e a função da pena: de um lado, tendo-se presente que se deve tutelar o que em si mesmo possui um valor, o marco da pena não é senão uma consequência imposta pela condição valiosa do bem; de outro lado, e ao mesmo tempo, a significação social do bem se vê confirmada precisamente porque para sua proteção vem estabelecida a pena.

Desta forma, a função de proteção de bens jurídicos atribuída ao direito penal também confere uma substância à ideia crime, respondendo quanto à qualidade do objeto de incriminação. Assim compreendida, a teoria dos bens jurídicos acaba fornecendo uma espécie de limitação ao poder de punir estatal, contendo os excessos do arbítrio que se materializa na imposição de uma pena privativa de liberdade.

---

<sup>5</sup> “Desde que se entenda que a missão do direito penal é a proteção de bens jurídicos, isso também repercute no conceito de delito e pode ser igualmente discutido nele.” (Tradução livre).

Assim, ao que vinha sendo desenvolvido, desde o período da Ilustração, para responder ao questionamento sobre o núcleo material do delito<sup>6</sup>, soma-se uma função interpretativa de caráter político-criminal que pretende transformar a ideia de bem jurídico em um “conceito limite na dimensão material do punível” (PRADO, 2013, p. 60) e, assim, estabelecer alcances intransponíveis ao Legislador. Sobre essa função, um de seus maiores propulsores, Hassemer (2016, p. 11), revela que a “variante ‘crítico-sistemática’ da teoria bem jurídico acredita ter encontrado um correto critério de política criminal para orientar e limitar a atuação do legislador”. Não é dispensável reforçar, contudo, que a limitação não se dirige por qualquer concepção político-criminal, mas aquela cujos parâmetros possam se reconduzir a uma instância anterior e superior ao legislador, isto é, à Constituição, pois somente dela se pode extrair qualquer tipo de limitação aos poderes políticos instituídos (ROXIN, 2016).

Tão importante quanto a função limitadora ou crítica para a verificação da hipótese deste trabalho é a função interpretativa, que pretende condicionar o sentido e o alcance da interpretação dos tipos penais à proteção adequada dos bens jurídicos tutelados ou, nas palavras precisas de Prado (2013, p. 60)<sup>7</sup>, que “busca reduzir a seus devidos limites a matéria de proibição”. Para Wohlers (2000 apud SCHÜNEMANN, 2013) a questão da determinação do bem jurídico protegido é, inclusive, o ponto de partida para o exame da legitimidade dos tipos penais. Nesse mesmo sentido, Schünemann (2013) sustenta que o esclarecimento do bem jurídico típico deve ser resolvido, no plano interpretativo, antes de qualquer outra questão. Assim, sustenta que a função interpretativa tão importante quanto a limitadora, pois ela concretiza a matéria de proibição, com sua evidente orientação liberal e contrária às limitações desnecessárias às liberdades civis. Por isso, “a ideia de bem jurídico é a um só tempo imanente e crítica” (SCHÜNEMANN, 2013, p. 41).

Ocorre que, apesar das principais funções da tutela dispensada ao bem jurídico, carece esclarecer justamente o conceito de bem jurídico defendido nesta

---

<sup>6</sup> A teoria do objeto do crime defendida por Paul Johann Anselm von Feuerbach, que identifica na lesão de direitos subjetivos o núcleo material do delito (BECHARA, 2009). Esse é o marco inicial, nas ciências penais, para a delimitação de um conteúdo racionalmente válido no âmbito do comportamento punível.

<sup>7</sup> Neste mesmo trabalho, Prado (2013, pp. 60-61) também enumera a função sistemática, que diz respeito à própria organização classificatória da parte especial do Código penal, bem como a função individualizadora, que opera efeitos na mensuração da pena concreta aplicada pelo julgador ao condenado.

pesquisa e o seu alcance, que dizem respeito ao problema de determinação ou definição identificado pela doutrina<sup>8</sup>. No influxo dessa elucidação, será também defendida uma resposta à questão de fundamentação, todas com aptidão de se reconduzir adequadamente às soluções ao problema sobre o objeto de proibição dos crimes de lenocínio. Relevante ressaltar, desde logo, que não se pretende ignorar as discussões atuais a respeito da possibilidade ou não de universalizar o conceito de bem jurídico, no que diz respeito à natureza do bem tutelado<sup>9</sup>, coletiva ou individual<sup>10</sup>, mas apenas demarcar que tal controvérsia é externa ao objeto dessa pesquisa.

O fundador da teoria pessoal de bem jurídico<sup>11</sup> define-os como “interesses humanos que carecem de proteção penal” (HASSEMER, 2016, p. 18). Posto dessa forma, se trata de uma escolha politicamente fundada e, ao mesmo tempo, “exprime uma clara opção dentro da esfera de tensão entre indivíduo, sociedade e Estado”. (p. 17). Deste jeito, construiu ele um conceito declaradamente aberto, mas apenas na medida em que pretende não enclausurar o legítimo espaço de discricionariedade posto ao legislador, mas suficiente a cumprir o papel de conferir-lhe limitações.

Defender, nestes termos, uma concepção pessoal de bens jurídicos consiste em compreender que cabe ao direito penal, não apenas a proteção da sociedade ou a redução dos danos sociais, “mas a imputação de um crime a uma pessoa e, com isso, a individualização de um problema que sempre é também social” (p. 17).

Em uma formulação própria do conceito pessoal de bens jurídicos, Roxin (1997, p. 56) estabelece que:

---

<sup>8</sup> Cf. GRECO, Luís. O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar? Algumas considerações introdutórias. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA; Fernanda Lara (Org.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** 2 ed. pp. 01-07 // 288p. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

<sup>9</sup> Para entender o confronto entre as posições monista (Hassemer) e dualista (Hefendehl), cf. HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como a pedra angular da norma penal. pp. 69-94. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA; Fernanda Lara (Org.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

<sup>10</sup> A discussão sobre os crimes sexuais e a natureza da tutela, se individual ou coletiva, será feita adiante.

<sup>11</sup> Tecendo críticas à concepção individualista de bem jurídico, GRECO, Luís. Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos. **Revista de concorrência e regulação**. Número especial luso-brasileiro. Lisboa: Edições Almedina. n. 7/8, pp. 349-373, jul-dez, 2012.

(...) los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo em el marco de um sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del próprio sistema.

Em outras palavras, também o Autor determinar que são “chamados bens jurídicos todos os dados que são pressupostos de um convívio pacífico entre os homens, fundado na liberdade e na igualdade” (ROXIN, 2006, p. 35). Com isso, a definição de bem jurídico adotada nesse trabalho, portanto, corresponde à formulação proposta por Roxin, na medida em que confere maior precisão conceitual, que descarta a generalidade da ideia de “interesses” em prol do atendimento de “circunstâncias dadas e finalidades”, justificada pelo autor por querer expressar “tanto los estados previamente hallados por el Derecho como los deberes de cumplimiento de normas creados sólo por el mismo, o sea que no se limita a la primera alternativa” (ROXIN, 1997, p. 56). Por sua vez, da concepção de bens jurídicos se Hassemer se aproveita a vertente prática, que, a partir da ênfase dada aos elementos pessoais, dá sentido e alcance à missão crítica de lege ferenda e de interpretação dos tipos, conduzindo o Direito penal à sua missão de proteger e resguardar, em última análise, as pessoas.

Contudo, não se pode furtar à crítica esboçada por Bechara (2009) que sinaliza que a concepção pessoal de bem jurídico pode trazer dificuldades teóricas, em especial no que diz respeito à interpretações de alto grau de abstração relativas ao que se compreende como referência à pessoa. Isso porque, se não houver limites à elasticidade do conceito, tudo que diz respeito à sociedade, constituída que é por pessoas, poderá ser reconduzido ao indivíduo. Assim, ainda que o conteúdo do conceito pessoal se torne impreciso, por essas possibilidades, ele pode ainda revelar sua utilidade como um conceito ideológico que responda ao fim de justiça material do Estado Democrático de Direito<sup>12</sup>.

Dito isso, situa-se o conceito pessoal de bem jurídico como algo que é anterior à lei penal, mas posterior à Constituição. Dessa localização no sistema, precisamente, decorrem diversas teses (ROXIN, 1997, p. 56) as quais serão

---

<sup>12</sup> “Entendido em seu sentido material, importa no respeito à liberdade pessoal e uma conformação da coisa pública, com base no princípio de sua proteção e um ordenado poder estatal, cujo ordenamento jurídico emanado do povo liga a todo o atuar estatal a estes fundamentos e ao esforço por uma configuração justa e igualitária das relações humanas (BECHARA, 2009, p. 26).

abordadas a seguir, como consequências para a limitação do âmbito legítimo de punibilidade ou, em outras palavras, darão azo à demonstração do que consistem verdadeiros e falsos bens jurídicos. Somente assim se poderá densificar as discussões sobre a hipótese desse trabalho, isto é, sobre a compatibilização da incriminação do lenocínio com a autonomia do prostituído.

### **3.1.1 Consequências para a limitação do âmbito do punível**

Caberá ao direito penal, como manifestação mais contundente do poder político – por autorizar o exercício do jus puniendi estatal –, a proteção e preservação dos mais valiosos bens e valores indispensáveis à manutenção da paz em dada sociedade. Somente aquelas violações que, por sua vez, disserem respeito a ataque de pessoas a bens jurídicos de terceiros. Igualmente, dessa função se extrai o conceito material de crime que, por ser anterior mesmo ao direito penal codificado, diz respeito aos critérios substanciais da conduta punível, ou seja, à questão da qualidade em termos do conteúdo da ação punível (ROXIN, 1997, p. 51).

Segundo Hassemer (2016, p. 13), não há como a teoria do bem jurídico isoladamente responder à questão do merecimento de pena. Isso porque entende que a violação dos bens jurídicos fundamenta o merecimento da pena, sendo que a limitação é dada por princípios que atuam nesse sentido e, assim, formalizam a justiça penal. Menciona, então, os princípios da subsidiariedade, danosidade social, tolerância, humanidade, respeito da dignidade humana, do direito penal do fato e da taxatividade da lei penal.

Em alternativa, pela posição que aqui se defende, esses princípios decorrem precisamente da teoria do bem jurídico<sup>13</sup>, sendo parte dela e não seu confinamento, informados que são pela Constituição da República. Para Bechara (2009) as prescrições contidas no texto constitucional são decisões valorativas prévias à legislação penal, cujo conceito de bens jurídicos a elas se reportam como “um critério material de interpretação das normas penais positivas, como também uma

---

<sup>13</sup> Entendimento que compactua com o pensamento de Roxin (2006, p. 35) “(...) a finalidade do direito penal aqui exposta, da qual já derivam na maior parte dos casos os seus limites, é caracterizada como ‘proteção subsidiária de bens jurídicos’. [...] De maneira substancialmente análoga diz-se também que o direito penal tem a finalidade de impedir danos sociais, que não podem ser evitados com outros meios, menos, gravosos. Proteção de bens jurídicos significa, assim, impedir danos sociais.”.

vinculação negativa ou limitação à sanção de novos tipos penais” (p. 19). A primeira importante consequência do conceito de bem jurídico dentro do sistema é, portanto, que ele aprioristicamente obriga que todo preceito penal decorra de um direito fundamental, mas ao mesmo tempo, seja limitado pelas diretrizes plasmadas na própria Constituição.

Não sendo, então, um conceito fechado, não se consegue concluir categoricamente sobre o que deve ou não ser objeto de incriminação diretamente a partir dele. Tal fato deu azo a diversas críticas relacionadas ao problema de determinação ou definição, mas que restam devidamente refutadas (GRECO, 2010). O erro fundamental delas era justamente esperar do conceito de bem jurídico o que ele não poderia fornecer: consequências constantes e imutáveis, algo que só uma operação silogística tacanha nos oferece. Alerta, por outro lado, Raíssa Gambarra Soares (2015), que existe uma consonância sobre a essência do bem jurídico, ainda que se trate de um conceito aberto, somente assim será apto a alcançar a materialidade e a solidificação imprescindíveis para que se torne utilizável no ato da aplicação do direito penal.

No que concerne à principal contribuição do conceito pessoal de bens jurídicos, quer dizer, o estabelecimento de critérios para aferição da legitimidade de dado objeto de tutela que se reportem ao sistema instituído, pode-se afirmar que ele cumpre tal papel (ROXIN, 2006). Isso acontece porque do conceito de bens jurídicos que se reporta à pessoa se podem extrair teses por meio de processos lógico-rationais que vão dar corpo às suas funções, conferindo verdadeiro arsenal teórico para fundamentar as tarefas legiferantes e interpretativas.

Apresentadas de forma não exaustiva, mas exemplificativa, tais teses funcionam como raciocínios negativos que, transformando o conceito pessoal de bens jurídicos numa espécie de filtro, afastam do objeto de punição tudo aquilo que não conseguir atravessa-lo.

Para Roxin (2013)<sup>14</sup>, por consequência desses limites, são inadmissíveis normas jurídico-penais que se revistam de motivação exclusivamente ideológica ou

---

<sup>14</sup> Roxin (1997) entabulou uma série de conclusões já na terceira edição de seu manual traduzido, mas trouxe novos desdobramentos em uma das conferências proferidas na Universidade Externado da Colômbia, em fins de 2004, cuja tradução e publicação encontra-se nas referências deste trabalho. Cf. ROXIN, 2013.

que atentem diretamente contra direitos fundamentais, sem prejuízo a outros<sup>15</sup>. A autolesão consciente também não pode figurar como objeto de proteção penal, nem tampouco os sentimentos podem ser protegidos pela norma incriminadora<sup>16</sup>, excepcionando-se os sentimentos de ameaça. Do mesmo modo, as leis penais simbólicas, isto é, aquelas que “perseguem fins que estão fora do Direito penal” (p. 24), não tutelam bens jurídicos e, portanto, são incompatíveis com o conceito pessoal adotado. Idem as regulações de tabus são ilegítimas, como entende o polêmico caso do julgamento do crime de incesto na Alemanha<sup>17</sup>. Por último, mas não menos importante, são também falsos bens jurídicos aqueles que configurem como simples atentados à moral.

A ofensa a um verdadeiro bem jurídico fatalmente leva à redução da liberdade ou da segurança de alguém empreendida pelo comportamento de terceiro. “Uma norma penal que não protege um bem jurídico é ineficaz, pois é uma intervenção excessiva na liberdade dos cidadãos” (ROXIN, 2013, 27). Assim, a liberdade do indivíduo, como corolário da tradição jurídico-liberal levada adiante pelo conceito de bem jurídico pessoal, é vital à compreensão da legitimidade da norma penal, que é o primeiro passo no sentido à sua concreção e eficácia.

Igualmente, é importante demarcar que não é suficiente à intervenção penal a violação de um bem jurídico, mas uma transgressão tal que se revele absolutamente substancial ao livre desenvolvimento da personalidade de cada pessoa na comunidade (SOARES, R., 2015, p. 25). A ideia fundamental é que só seria legítima a incriminação de condutas que afetem negativamente e de forma especialmente grave os chamados bens jurídicos.

Não obstante, os bens jurídicos precisam estar solidamente descritos para que a teoria do bem jurídico, através do seu conceito pessoal e crítico, atue como elemento corretor da política criminal, já que disso precisamente decorre sua eficácia (HASSEMER, 2016, p. 15). Por essa razão, será empreendida a missão de conceituar e preencher o conteúdo do bem jurídico dignidade sexual, para localiza-lo

---

<sup>15</sup> Nos crimes contra a honra, por exemplo, a liberdade de expressão é tolhida apenas e tão-somente por haver uma agressão injustificável à honra de outra pessoa, ambos figuram igualmente como direitos humanos constitucionalmente protegidos.

<sup>16</sup> Em posição inovadora, mas que não afronta à tese defendida por Roxin, (falar do sentimentalismo jurídico-penal dele) SOARES, Hugo. Dissertação...

<sup>17</sup> Vide GRECO, 2010.

simultaneamente enquanto objeto de tutela e vetor interpretativo dos crimes postos sob sua rubrica, mormente o lenocínio.

### 3.2 A DIGNIDADE SEXUAL COMO OBJETO DE TUTELA PENAL

A este ponto, após a justificação da adoção da teoria pessoal e crítica do bem jurídico a conformar a visão deste trabalho, será empreendida a missão de investigar o conteúdo da dignidade sexual para precisar seus limites e alcance. Somente após tal demarcação será possível demarcar as condutas penalmente relevantes e válidas ante a reprovação do lenocínio. Será objeto desse trabalho exclusivamente, portanto, um conceito de ordem político-criminal de bens jurídicos, ainda mais pelo seu já constatado sucesso no âmbito dos crimes sexuais, mesmo não sendo esta uma opinião pacífica (GRECO, 2004, p. 96).

Segundo Hassemer (2016), a relevância do conceito de bem jurídico se encontra no fato de que ele possibilita a defesa de uma determinada linha de argumentação numa controvérsia jurídica. No caso em tela, isso significa autorizar a interpretação mais adequada acerca do objeto legítimo da tutela penal nos crimes que ofendem a dignidade sexual, conferindo-lhes precisos sentido e alcance.

Apesar da boa intenção do legislador, quando afastou a proteção aos costumes<sup>18</sup>, o termo escolhido (“dignidade sexual”) é deveras ambíguo, já que mesmo seu referente evidente – a dignidade da pessoa humana – peca pelo mesmo motivo apriorístico, afinal a expressão dignidade é polissêmica e carrega uma ampla história de conceitos<sup>19</sup>. Outrossim, tal dubiedade pode, como se verá, reproduzir conteúdos moralistas de forma dissimulada, o que se busca afastar.

Por tais razões, tanto a imprecisão terminológica da dignidade sexual, quanto a correlata manutenção, já sinalizada, de figuras típicas que criminalizam comportamentos em evidente desconsideração da vontade da vítima, impõe que se descortine o conteúdo e limites, para que se proponha um conceito definitivo do bem

---

<sup>18</sup> Vide BRASIL. **Exposição de Motivos da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2009/lei-12015-7-agosto-2009-590268-exposicaodemotivos-149280-pl.html>>. Acesso em 10 mai, 2018.

<sup>19</sup> Para maiores aprofundamentos sobre a dignidade da pessoa humana, ver FLORES, Joaquín Herrera. *A (re)invenção dos direitos humanos....*; SARLET, Ingo Wolfgang....2012; BARROSO, Luís Roberto....2016; SARMENTO, Daniel...2016; MATOS; GOSTINSKI (Org)...2017.

jurídico tutelado, apto a delimitar o escopo penalmente relevante dos tipos em comento.

### 3.2.1 Conteúdo e limites

A simples transcrição do objeto da lei não fundamenta um bem jurídico. Nele se deve encontrar a proteção, de alguma forma, da coexistência livre e pacífica da comunidade ou mesmo deve-se verificar que através de sua lesão, houve a diminuição da liberdade ou da segurança de terceiro (ROXIN, 2013, p. 21). Deveras, considerando que o Direito Penal não se volta à proteção de regras puramente morais ou éticas, mas notadamente à defesa de bens jurídicos, precisar o que se entende por dignidade sexual demanda uma compreensão, inicialmente, do que se tem por dignidade em nosso ordenamento. Por óbvio, a referência repousará na dignidade da pessoa humana, enquanto princípio que fundamenta o próprio Estado constituído a partir de 1988.

Nesse sentido, a dignidade sexual somente pode ser encarada, portanto, como um desdobramento concreto da dignidade da pessoa humana (SARLET, 2012). Por isso, para preencher o conteúdo daquela, mister se faz investigar as diretrizes dadas por esta. Esse desdobramento passa a ser particularmente complicado de precisar em razão da nomenclatura adotada pelo legislador brasileiro, uma vez que a palavra “dignidade” tem sido usada, mormente, com três sentidos distintos (SARMENTO, 2016), a seguir apresentados. Desta forma, o problema da imprecisão semântica foi levado ao âmbito dos crimes sexuais e merece, desta forma, o devido recorte, estabelecendo um conteúdo penalmente adequado para a proteção penal da dignidade sexual como bem jurídico.

A dignidade é um termo polissêmico, que pode ser compreendido, segundo Sarmento (2016), em três acepções: como status, virtude ou valor intrínseco. Para o referido Autor, sendo “atributo de poucos”, se mantém “a ideia da dignidade como status [...] em nossa linguagem comum, em que a dignidade é por vezes associada ao exercício de funções tidas como nobres” (p. 103). Assim, a ideia de dignidade como status se relaciona mais com posições e papéis sociais do que com a pessoa em si. Esse sentido ainda é muito difundido socialmente, veja-se que quando se fala da prostituição ou do lenocínio como atividades indignas, é a ele que se está

referindo. Preocupante é, portanto, conduzir essa compreensão ao universo jurídico das regulações de condutas.

De outro turno, a dignidade exprimida como uma virtude é aquela atribuída às pessoas no que diz respeito às suas atividades ou comportamentos. Nesse sentido, a dignidade de cada pessoa dependerá das suas próprias escolhas individuais, não sendo um atributo universal, mas um critério de divisão entre as pessoas que se encaminham na vida de forma digna e as demais, que agem de forma indigna. A conclusão semelhante se chega quando se analisa o primeiro sentido, pois também quando a dignidade é um status, algumas pessoas ocupam essa posição e outras não. Sendo assim, são concepções de dignidade que, por não corresponderem ao universalismo pretendido à pessoa humana como um todo, não podem fazer parte da gama de sentidos decorrentes do seu desenvolvimento. Em outras palavras: a noção de dignidade como status ou como valor, por sua parcialidade, não conseguem. A última acepção diz respeito a uma “qualidade intrínseca de todos os seres humanos, independentemente do seu status ou da sua conduta [...], apenas por serem pessoas” (SARMENTO, 2016, p. 104).

Se por um lado, segundo Roxin (2013, p. 21) “o atentado contra a própria dignidade humana não é, todavia, lesão de um bem jurídico” (ROXIN, 2013, p. 21), por outro, tal entendimento não conflita com a noção de que condutas podem ser criminalizadas com o fim de proteger a dignidade da pessoa humana<sup>20</sup>. O que interessa é determinar um conteúdo penalmente válido que conduza à ideia basilar de que “a proteção de bens jurídicos tem por objeto a proteção frente à outra pessoa, e não frente a si mesmo” (p. 23).

Alonso Álamo (2007), em artigo que aborda a questão sobre a proteção penal da dignidade em face dos delitos de tráfico de pessoas para fins de exploração sexual, consagra que não a dignidade, mas a integridade moral figura como objeto de tutela penal. A autora entende que essa expressão compreende a essência final da pessoa, “a lo propriamente humano, al valor em sí de la persona, com

---

<sup>20</sup> Para uma discussão interessante sobre o tema, apesar da autora se declarar contrária à teoria dos bens jurídicos por entendê-la excessivamente coletivista, ver. HÖRLE, Tatjana. Criminalizing Behaviour to Protect Human Dignity. **Criminal Law and Philosophy**. v. 6, n. 3, pp. 307-325. 2012. Disponível em <<https://www.tpb.in.com/download-firstpage/06928/article>>. Acesso em 14 jun, 2017.

independência de consideraciones morales o religiosas”<sup>21</sup> (p. 07), sendo, por isso, o desdobramento ou manifestação nuclear da dignidade da pessoa humana, a qual pode ser protegida pelo direito penal como genuíno bem jurídico (p. 20). Por integrar, então, a própria noção de dignidade humana, tal bem jurídico não seria disponível, mesmo em se tratando de matéria sexual.

Valendo-se do mesmo termo, porém agora precisamente relacionando-o com o conteúdo da dignidade sexual, Gisele de Carvalho (2010, p. 11) sustenta que:

A integridade moral (e não a liberdade sexual, plenamente disponível) é o bem que o direito penal protege mediante a incriminação do proxenetismo, do rufianismo e do tráfico de pessoas com fins sexuais, pois em todos eles o exercício da prostituição (ou das outras formas de exploração sexual) aparece associado à conduta de um terceiro que, instrumentalizando a vítima, a mercantiliza, reduzindo-a à condição de mero objeto de uma negociação.

Ambos pautam na invalidade do contrato de escravidão, seja pautando-se na doutrina antipaternalista de Stuart Mill (CARVALHO, 2010, p. 10), seja defendendo a proposta erradicacionista com relação à prostituição (ALONSO ÁLAMO, 2007, p. 20). Ademais, merece atenção o fato de que Carvalho (2010, p. 09) conduz sua linha de raciocínio ajustada no texto da lei brasileira, que confunde prostituição com exploração sexual, deduzindo disso suas conclusões. Esse entendimento, contudo, não é perfilhado nesse trabalho, apesar de seus desdobramentos lógicos consideravelmente válidos. O motivo disso é porque tal conformação deixa o espaço aberto para o retorno de concepções moralizantes, ainda seja louvável a tentativa retórica de afasta-las dos conceitos apresentados de integridade moral<sup>22</sup>.

Notadamente, sustenta ainda, textualmente, a natureza indisponível da integridade moral (CARVALHO, 2010, p. 10; ALONSO ÁLAMO, 2007, p. 20). Tal configuração dá indícios, mais uma vez, do fundo moralizante presente nessa perspectiva. Isso porque, ainda que se tolere uma proteção administrativa do espaço

---

<sup>21</sup> Ao propriamente humano, ao valor em si da pessoa, com independência de considerações morais ou religiosas. (Tradução livre).

<sup>22</sup> Mesmo Hassemer (2016), que defende uma concepção pessoal de bens jurídicos universais, funcionalizados a partir da pessoa humana - como condição de possibilidade -, entende que por serem suscetíveis de ideologizações, devem ser utilizados com cautela. Tanto que compara a defesa da saúde pública manifestada na criminalização das drogas com a utilização da moral sexual repressiva nos (antigos) crimes contra os costumes. Pelo mesmo motivo, ou seja, sua suscetibilidade a ideologizações, se afasta a ideia de “integridade moral” como núcleo da proteção da dignidade sexual.

público ou postura afim com relação a interesses sociais relativos à prostituição, não se sustenta tal entendimento no âmbito penal. O coletivismo associado às ideias sobre a sexualidade impõe padrões de conduta<sup>23</sup> que recaem no estabelecimento de moralidades. O âmbito da sexualidade é verdadeiramente individual e deve ser assim concebido, por se tratar de genuína manifestação da liberdade, só merecendo ser objeto de punição quando interferir indevidamente na esfera de terceiros.

A natureza da dignidade sexual quanto à sua disponibilidade ou não é outro ponto que merece detida análise a este momento. Isso implicará, também, na análise posterior com relação à autonomia da vítima e os efeitos do consentimento.

Em que pese Roxin (1997) abordar a indisponibilidade indiscutível de dados bens jurídicos, como a vida, não se pode levar tal compreensão às últimas consequências, por exemplo fazendo decorrer disso a dignidade humana e, por fim, à própria indisponibilidade da dignidade sexual. Como aqui se postula, a dignidade sexual carrega em si a ideia de liberdade e autodeterminação, razão pela qual, sustenta-se a disponibilidade desse bem. Em verdade, mais acertada é a posição de Paulo Queiroz (2012, p. 348) quando conagra que:

(...) rigorosamente falando, não existem bens jurídicos indisponíveis ou pelo menos a indisponibilidade não é absoluta, porque absoluto nenhum direito é. Em realidade o que há são graus de disponibilidade, porque, mesmo a integridade física, a liberdade e a própria vida são passíveis de relativização, a depender do contexto e dos interesses em jogo.

Assim, não há que se falar em indisponibilidade da dignidade sexual, ainda que o termo “dignidade”, mais uma vez, levante dúvidas razoáveis quanto a isso. Manuel da Costa Andrade (1991, p. 383), ao tratar dos crimes sexuais, abstratamente considerados, adverte que neles “o bem jurídico protegido assume a natureza de uma forma concreta de liberdade, por vezes como autodeterminação sexual e que talvez pudesse, com igual propriedade, nomear-se como liberdade e autenticidade da expressão sexual”. Essa inteligência, evidentemente genérica, acerca dos crimes sexuais, no contexto hodierno, acompanha, por exemplo, as reformas recentes no Código penal alemão, cuja pauta se remete às considerações

---

<sup>23</sup> Os crimes de ultraje público ao pudor (art. 233 e 234 do CPB, respectivamente ato obsceno e escrito ou objeto obsceno) não são objetos deste trabalho, mas, ao nosso entendimento, não mais se adequa à ideia de proteção à dignidade sexual, estando sua eventual legitimidade penal associada a, no máximo, bens coletivos ligados à paz pública.

de Roxin desde a década de 1960. Da mesma forma, a própria exposição de motivos da lei 12.015/2009 é expressa ao afirmar que a *ratio legis* diz respeito à proteção da liberdade afeita à sexualidade e do seu correlato desenvolvimento benfazejo<sup>24</sup>.

Tomando como referência, portanto, a dignidade da pessoa humana como diretriz política de todo o Estado brasileiro e, por consequência, também de sua decorrente política criminal, embora haja intensa discussão sobre o conceito de bem jurídico, Greco (2010, p. 50) assinala que “a referência à pessoa pertence àquela pequena parte sobre a qual reina um consenso geral”. Os bens jurídicos tutelados, na visão de Augusto Dias, aqui defendida, devem exprimir o reconhecimento recíproco de cidadãos livres e iguais. (DIAS, 2009, p. 122). Esse reconhecimento é inviável se não se considera a prostituição como exercício pleno de autonomia, mas se implica nela um sentido de exploração a qualquer custo.

Dito isso, bem verdade que defender um conteúdo de dignidade ligado à ideia de liberdade não é qualquer novidade. Pelo contrário, este é um elemento fundamental do postulado jurídico e que, no plano da sexualidade, representa a única possibilidade de realização plena do indivíduo. Greco e Rassi (apud D’ELIA, p. 29) discorrem que a “liberdade sexual tem sido o bem jurídico aventado pela doutrina moderna como sendo o único digno de tutela nos crimes sexuais, por não apresentar qualquer conotação moral”.

Há, igualmente, indícios mesmo na legislação atual sobre tal afirmação, ainda que o descompasso dos tipos penais turve o olhar. Note-se que o primeiro capítulo referente aos crimes contra a dignidade sexual se dá o nome de crimes contra a liberdade sexual. Não poderia, por exemplo, a integridade moral, como núcleo mínimo da dignidade, conter em si a ideia de liberdade sexual. Por sua vez, a dignidade entendida pelo conjunto composto por autodeterminação e autenticidade

---

<sup>24</sup> Vide BRASIL. **Exposição de Motivos da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2009/lei-12015-7-agosto-2009-590268-exposicaoodemotivos-149280-pl.html>>. Acesso em 10 mai, 2018. Registra-se, na referida exposição de motivos, que se tentou transferir os tipos penais para o título que dispõe sobre os crimes contra a pessoa, pela dificuldade prática de realinhamento dos artigos com a correlata inserção dos tipos penais, bem como por constatar a necessidade de se destacar a questão relativa à sexualidade. Porém, apesar de justificar a manutenção do título próprio, a conclusão ainda carrega certo estigma relacionado às atividades sexuais, que devem ser extirpados do ordenamento jurídico.

sexual<sup>25</sup> se afina com as tendências da atualidade que impõe a diversidade como modo de se relacionar no mundo e tem na livre manifestação da sexualidade sua maior referência identitária (BUTLER, 2017).

### **3.2.2 Aplicação da teoria do bem jurídico aos crimes relativos à prostituição**

Na defesa de que a dignidade sexual corresponde à autodeterminação, autenticidade e livre desenvolvimento da sexualidade humana, serão demonstrados os principais motivos pelos quais se sustenta e pelos quais se afastam outras leituras do conteúdo do bem jurídico. Igualmente, será demonstrado porque a solução à autonomia para se prostituir não se encerra com a adequada leitura do bem tutelado, não sendo prescindível a consideração do ponto de vista do ofendido para sua completude.

O questionamento crítico da capacidade real de assegurar interesses do ser humano à dada proteção penal integra o próprio manancial teórico da teoria do bem jurídico (HASSEMER, 2016, p. 21). No caso em tela, verifica-se que qualquer concepção de fundo moralizante tende a incrementar a marginalização social que já recai sobre as pessoas que se prostituem e, ainda que isso não diga respeito à ciência do direito, conforma diretamente as consequências de proteção ao indivíduo que se quer validar.

Observa-se, por exemplo, que, quando Carvalho (2010, p. 09) propôs que à dignidade sexual correspondesse à ideia de integridade moral, o fez também sob o argumento de que o sexo enquanto mercadoria é reprovável. Argumenta, seguindo uma linha de pensamento adequada à Kant, a indignidade da prostituição associa-se com a precificação da pessoa, o que fere, de per si, a dignidade humana. Todavia, tal compreensão incorre no erro de confundir a atividade humana (notadamente um serviço) com a valoração monetária, e correlata reificação, do indivíduo que se prostitui. Essa compreensão remete às perspectivas moralistas que recaiam sobre a atividade da prostituição e uma ideia antiquada e normalizadora sobre a sexualidade humana.

---

<sup>25</sup> Neste incluída a ideia de livre (e autêntico, portanto) desenvolvimento dos diversos matizes da sexualidade humana, ao qual se inclui a incolumidade à sadia evolução da vivência da sexualidade pelos menores.

Verificar na prostituição uma ínsita exploração sexual e, assim, tutelar a ideia de integridade moral leva a dois problemas de ordem prática. O primeiro diz respeito ao fato de que a prostituição não configura crime, então se é a sua atividade que viola a integridade moral, não faz sentido criminalizar somente as atividades no seu entorno. O seguinte diz respeito ao fato de que a teoria do bem jurídico impõe, para além da consideração de valores que se voltem ao desenvolvimento do indivíduo, tenha por corolário de punibilidade a ideia de ofensa a terceiros, ou seja, precisa-se de um referente heterônomo de lesividade. Nos crimes de lenocínio, a intermediação da prostituição não viola a integridade moral, se se considera que a própria prostituição consiste na sua depreciação.

Como se observa certo paralelismo na evolução da tutela da sexualidade humana no mundo ocidental empreende trazer, a guisa de exemplificação, o exemplo do direito alemão no que tange ao bem jurídico tutelado. Isso porque, foi a doutrina alemã do pós-guerra, como já mencionado, foi responsável por desenvolver o conceito de bem jurídico apto a impor limites ao sistema, conferindo um conteúdo material ao delito. No âmbito dos crimes sexuais, contudo, vem sendo atuante no sentido de denunciar a inadequação da função moralizadora do direito penal presente nas incriminações. Várias mudanças legislativas se seguiram a partir da década de 1960, mencionando Roxin (1997, p. 53) a importância das reformas de 1969 e 1973, que reduziram a punibilidade deste campo às lesões substanciais que afrontavam liberdade individual e que vitimavam menores. Atualmente previsto na décima terceira seção do Código penal alemão estão os crimes contra a autodeterminação sexual, em consonância com os argumentos levantados pelos doutrinadores àquele tempo.

O século XXI convive com a ideia de bem-estar individualista que, padecendo de várias críticas, também revalorizou a ideia de amor-próprio e de estima pelos demais seres vivos (LIPOVETSKY; CHARLES, 2004). A coexistência de identidades demanda uma “genealogia crítica da naturalização do sexo e dos corpos em geral” (BUTLER, 2017, p. 254). Para isso, imprescindível que se dessacralize a sexualidade e, por consequência, inclua todos os sujeitos que historicamente não encontram guarida. Por esta razão, tendo em vista que há um espaço de liberdade legítima na escolha por se prostituir, somente pode ser objeto de tutela penal a

autodeterminação e a autenticidade sexual, conquanto são passíveis de ofensa por terceiro e de livre disposição pelo seu titular.

Aqui se trata de, antes de qualquer coisa, definir que o ponto de fuga da interpretação dos tipos será dado pela compreensão de que o direito penal tutela a autodeterminação, a autenticidade e o livre desenvolvimento da sexualidade humana através do bem jurídico “dignidade sexual”. Nos crimes de lenocínio, o portador do bem jurídico, sendo por isso a vítima, é a pessoa que exerce a prostituição.

Conforme a argumentação aqui sustentada, a proteção à dignidade sexual somente tem espaço se referida à liberdade, contendo em si as múltiplas manifestações de sexualidade humana que, sem ofender terceiros, servem à construção de sua personalidade e à busca pessoal por prazer e felicidade. Contudo, a análise dos casos concretos a partir dessa visão é necessária, mas não suficiente à elucidação das controvérsias relacionadas à questão da prostituição intermediada. Isso porque o fenômeno é complexo e comporta matizes, em especial nas manifestações forçadas e exercidas em condições degradantes, que somente podem ser solucionadas a partir da investigação acerca da validade e liberdade da vontade para se prostituir.

## 4 PROSTITUIÇÃO E AUTONOMIA: OS LIMITES DA INTERVENÇÃO PENAL NO LENOCÍNIO

A leitura crítica do bem jurídico “dignidade sexual” aqui proposta, que evidencia sua feição liberal e sua natureza individual, necessariamente leva a discussão sobre os crimes de lenocínio ao patamar do interesse e da vontade do ofendido por tais condutas, qual seja, a pessoa que se prostitui. Isso porque, diante da proteção conferida à autodeterminação sexual, resta questionar sobre as possibilidades da prostituição se valer de redes de apoio, constituída por intermediadores da atividade,

Com a finalidade de compreender o espaço viável para o exercício livre da prostituição, inclusive se valendo de redes de apoio não criminalizadas, este capítulo pretende encerrar as pontas soltas deixadas pela incursão à teoria do bem jurídico nos crimes em comento. Ocorre que, se por um lado isso demanda que se debruce previamente sobre a repercussão da vítima no fato punível, por outro impõe, à guisa de investigação sobre a hipótese desse trabalho, a análise da autonomia da pessoa que se prostitui em face do lenocínio. Assim, indaga-se se o direito penal não pode se furtar à repressão dos fatos que lesionam ou expõem a perigo um bem jurídico, também tem a missão de tutelar a esfera de liberdade humana que não repercute em terceiros.

### 4.1 A REPERCUSSÃO DA VÍTIMA NO FATO PUNÍVEL

Parte considerável da história recente do direito penal se confunde com o desaparecimento da vítima ou pelo menos com a redução da sua importância para a configuração do delito. Isso acontece *pari passu* à concentração do poder estatal, aproximadamente no final da Idade Média, que levou à publicização do *jus puniendi* (CÂMARA, 2008, p. 38). Esta se consagra pela “substituição histórica da vítima pelo Estado [que] teve apenas como medida a dimensão dos interesses do Estado” (ANDRADE apud CÂMARA, 2008, p. 39). O intuito de proteger a vítima associada à sub-rogação pelo Estado do controle do poder punitivo acabou por comutar o crime numa ofensa contra interesses gerais sociais, neutralizando aquela por meio do processo de desindividualização do conceito de delito (CÂMARA, 2008, pp.57-59).

Ocorre que, a própria função do direito dentro de uma sociedade se depara com a perspectiva de restringir a liberdade pessoal em detrimento da coletividade. Esse entendimento autoriza dois tipos de postura do Estado, pois o argumento coletivista pode levar tanto à anulação do indivíduo, quanto à sua maximização, já que um espaço social sadio de convívio também supõe certa limitação das liberdades individuais.

Nessa medida, a vítima de delitos aparece como sujeito no cenário do direito penal em duas ocasiões que merecem ser aqui abordadas, quais sejam: como parâmetro dos critérios de proteção, quando se constroem argumentos de cariz ético-filosóficos para justificar essa ou aquela proibição sob o pretexto de proteger os ofendidos<sup>1</sup>, ou tomando em consideração o seu comportamento com o fim de avaliar a medida da repercussão no fato punível apta a afastar ou reduzir o âmbito de proteção estatal.

Este último caso é consagrado especialmente através do instituto do consentimento do ofendido, o qual, de acordo com nossa hipótese de trabalho, complementa a interpretação dos casos de lenocínio, após a leitura crítica do bem jurídico tutelado no caso concreto. Será assim, a medida que conformará a justa apreciação jurídica dos tipos penais, por meio da qual se poderá conferir um digno espaço para o exercício da prostituição livre e consentida.

O primeiro exemplo mencionado será apresentado, após, na forma de argumentos construídos para reduzir a autonomia da vítima, dentre os quais se sobressaem posturas de índole moralista e paternalista, aventando os possíveis critérios e formas através das quais cada uma delas será dotada de validade no bojo do direito penal liberal. A importância dessa perspectiva diante dos comportamentos criminalizados de intermediação da prostituição diz respeito ao fato de tratar-se de justificativa histórica para a intervenção penal, já que associados aos discursos desabonadores e as políticas criminais, tais eram as fundamentações ético-filosóficas sobre as quais as incriminações se baseavam.

#### **4.1.1 O consentimento do ofendido**

---

<sup>1</sup> Ainda que de si mesmos, como se verá.

As principais teses contemporâneas jurídico-penais dizem respeito à consideração da autonomia e da liberdade individual na análise das figuras incriminadoras, constituindo tal elemento a nota que as diferenciam das teorias de outrora, voltadas especialmente à discussão sobre o conceito de ação. Nesse contexto se insere o instituto do consentimento do ofendido.

Nas linhas introdutórias de obra seminal sobre o tema, Manuel da Costa Andrade (1991) afirma que a multiplicidade de manifestações vitais que se reportam ao problema do consentimento penalmente relevante “caracteriza-se por sua inabarcável extensão, irreduzível heterogeneidade e irrecusável significado prático-jurídico” (p. 12). Isso é suficiente para demonstrar a importância da doutrina do consentimento para a doutrina penal.

A história e a evolução da teoria do consentimento não importam a esse trabalho<sup>2</sup>, restando a relevante discussão sobre as consequências da concordância da vítima no fato punível, havendo dois posicionamentos preponderantes na doutrina, as teorias dualista e monista. Enquanto a primeira vertente considera a aquiescência um gênero, dos quais são espécie o acordo e o consentimento, a segunda condensa todas as manifestações na figura do consentimento.

Para a concepção dualista<sup>3</sup> a configuração do acordo exige “que o tipo penal descreva uma violação da vontade do titular do bem jurídico, a qual deixará de existir com a mera manifestação da vontade humana” (MINAHIM, 2015, p. 68). Assim, o assentimento contraria as próprias elementares do tipo, que exigem o dissenso para sua concretização, afastando a tipicidade penal<sup>4</sup>. De outro turno, o consentimento encontraria seu “fundamento na ponderação de valores” (CARVALHO, G., 2010, p. 12), como as causas de justificação, razão pela qual afastaria apenas a ilicitude da conduta. Em acertada síntese, Minahim (2015, p. 70) dispõe que:

(...) esgotando-se o ataque do agente na esfera de interesse do titular do bem, cuidar-se-á de consentimento que exclui o tipo, mas,

---

<sup>2</sup> Para aprofundamento nesse sentido, v. ANDRADE, Manuel da Costa...1991; PIERANGELI, José Henrique...1995.

<sup>3</sup> Tal posicionamento, por exemplo, apesar das peculiaridades construídas por cada doutrinador, é defendido internacionalmente por Geerds, Stratenwerth, Mezger, Sauer, Jakobs, Noll e Manuel da Costa Andrade (ANDRADE, 1991; MINAHIM, 2015).

<sup>4</sup> Minahim (2015, p. 69) conclui que quando “se pode perceber que a lesão consentida esgota-se nos limites da relação entre o autor e o titular do bem jurídico, haverá atipicidade”.

quando é necessário fazer uma ponderação de interesses entre autonomia e valor do bem jurídico – já que a conduta autorizada pode afetar também interesses gerais –, cuida-se de exclusão de ilicitude justificada.

O monismo, por sua vez, entende que toda aprovação eficaz do comportamento pelo portador do bem jurídico tem por consequência a exclusão do tipo (ROXIN, 1997, p. 516). Se os bens jurídicos servem ao livre desenvolvimento do seu titular, “el argumento decisivo para la aceptación de que todo consentimiento eficaz excluye el tipo radica em la teoria liberal, aqui desarrollada, del bien jurídico referido al individuo”<sup>5</sup> (ROXIN, 1997, p. 517). Assim, não subsiste razão para a distinção, já que ao cometer o fato consentido, o terceiro em verdade colabora para a realização da liberdade de ação assegurada constitucionalmente ao sujeito consenciente (MINAHIM, 2015, p. 71).

Em apertada síntese, é assim que se apresentam as questões relacionadas ao consentimento do ofendido na doutrina hodierna. No que tange às especificidades dos crimes de lenocínio, será adiante empreendida a análise que, inicialmente, elegerá a teoria mais viável às soluções controversas relativas à autonomia para se prostituir, se monista ou dualista, para concluir pela consequência mais adequada à vontade da vítima nesses casos.

#### **4.1.2 Argumentos restringentes da autonomia da vítima**

Liberdade, na acepção mais idílica da palavra, consiste em tudo poder, desde querer, a sentir ou mesmo agir. Transmite a ideia de ausência de fronteiras, de infinidade. Se esse significado de liberdade pudesse ser usufruído pelo pelas pessoas, já não haveria alma viva para contar a história. A existência humana, que implica essencialmente em convivência, demanda por sentidos atribuídos à liberdade que possibilitem o seu gozo.

Estabelecer regras, quaisquer que sejam, implica em reduzir o âmbito da liberdade dos seus destinatários, seja pela mera força intimidante dos seus discursos coercitivos operada em nível psicológico, seja pelo sofrimento material da

---

<sup>5</sup> O argumento decisivo para a aceitação de que todo consentimento eficaz exclui o tipo reside na teoria liberal, aqui desenvolvida, do bem jurídico referido ao indivíduo (Tradução livre).

efetiva sanção prevista aos casos de descumprimento. O direito, como ciência do estabelecimento das regras do convívio social, acaba por também se converter na disciplina da limitação da liberdade alheia, no caso, dos administrados. Os fundamentos admissíveis para justificar tais demarcações, então, integram o seu mais importante debate, em especial no que tange ao direito penal, que se traduz na mais intensa manifestação do poder estatal. Ocorre que, para além (ou mesmo antes) da lei positivada, é imperioso investigar os argumentos de ordem ético-filosófica que tem a pretensão de autorizar tais ingerências estatais em confronto com a vontade da vítima ou do sujeito que sofre a ação, para que se possa verificar sobre sua legitimidade em face do ordenamento. Correspondendo a tais perspectivas, respectivamente, se encontram as justificativas moralistas e paternalistas.

O moralismo é a posição que sustenta que a garantia da obediência à moral é suficiente para legitimar restrições à autonomia pessoal (SARMENTO, 2016, p. 175). A moralidade, segundo James Rachels (2004, p. 33), é “apenas um termo cômodo para os hábitos que uma sociedade aprova”. A etimologia da palavra de origem latina, “mores”, por exemplo, significa “hábito” (NALINI, 2011, p. 31). Sem dilações desnecessárias ao conceito de moral, importa destacar que a ela se associa a ideia de bons costumes, isto é, modos de agir ou mesmo valores virtuosos que ganham sentido pelo uso reiterado. Eivado, assim, de um acentuado caráter conservador, o moralismo busca simplesmente preservação os valores vigentes e os hábitos arraigados na comunidade<sup>6</sup>.

No plano jurídico, portanto, o moralismo autoriza intervenções voltadas à tutela de valores compartilhados em dada sociedade (moralismo positivo ou consensual), de prescrições religiosas (moralismo religioso) ou de princípios morais objetivos (moralismo ético) (SARMENTO, 2016, p. 176). A peculiaridade do moralismo está evitar o mal a alguém que pode ser causado por ela prroteger as pessoas de danos morais, não de lesões físicas

O moralismo no âmbito penal, então, bem condensa Hugo Soares:

---

<sup>6</sup> Em direção contrária, ou seja, buscando a transformação, Hebert Hart (apud SARMENTO, p. 177) desenvolveu a ideia de que o direito serve apenas à proteção da moral crítica, que é aquela que prescreve que são intrinsecamente ruins a miséria, a restrição às liberdades e o sofrimento.

(...) além de representar um obstáculo ao consentimento, os bons costumes eram empregados como fundamento para a criminalização de condutas, sobretudo no domínio da sexualidade, como, por exemplo, a tipificação de comportamentos homossexuais. (SOARES, 2017, p. 11).

A incriminação do lenocínio responde, segundo Greco (2010, p. 50), aos anseios do moralismo tradicional ou conservador<sup>7</sup>. Não por outra razão, a punição dessas condutas no Brasil vinha associada, por longa data, à proteção dos costumes<sup>8</sup>, consubstanciados na moralidade sexual média (PIERANGELI; SOUZA, 2015, p. 201).

Não há, todavia, como negar toda e qualquer influência da moral sobre o direito. Da mesma forma que não se quer um ordenamento jurídico imoral, transforma-lo em amoral seria também pernicioso. A moral como questão eminentemente individual, isto é, em sentido estrito, não pode figurar de forma alguma como bem jurídico<sup>9</sup>, mas há autores que defendem que o sentimento de pudor, consistente na “moral pública”, pode integrar matéria protegida penalmente (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015, p. 418). Essa postura deve ser recebida com cautela, pois a ofensa à moral pública deve consistir no mínimo a uma ofensa ao sentimento de pudor de terceiros, como é o caso do comportamento de fazer sexo na via pública, expondo cenas íntimas a transeuntes que tem o direito de não querer presenciar tais práticas<sup>10</sup>. Declarado isso, acredita-se que uma tradição jurídica liberal, na qual se insere o Estado brasileiro inaugurado em 1988, no ponto de vista aqui defendido, pretende afastar o moralismo exacerbado ou indevido, que é aquele

---

<sup>7</sup> Greco (2010, p. 50), neste mesmo artigo, explica sobre uma vertente atípica do moralismo, associado a movimentos historicamente progressistas, como o feminismo, que se posiciona pela ampliação do direito punitivo em temas que concernem aos seus anseios. Sarmiento (2016, p. 182 e ss.) também denuncia no mesmo sentido. A conquista da qualificadora do homicídio por razões de gênero, o feminicídio, com a positivação da Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015, seria um exemplo disso. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/L13104.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13104.htm)>. Acesso em 02 jul, 2018.

<sup>8</sup> Até a Lei 12.015/2009, era textualmente expressa que a punição se voltada contra os crimes que atingiam os costumes.

<sup>9</sup> Com essa finalidade, no âmbito da dogmática penal do pós-guerra, como se verá, foi aperfeiçoada a teoria do bem jurídico crítico ao sistema.

<sup>10</sup> Baseado em famoso exemplo cunhado por Carrara e mencionado pelos autores, Zaffaroni e Pierangeli (2015, p. 418). Importante esclarecer que este ponto de vista não é partilhado neste trabalho, mas como não prepondera à solução da controvérsia sobre a autonomia para se prostituir em face do lenocínio, não será objeto dessa discussão.

que condiciona padrões de comportamento a despeito de qualquer consideração a sua lesividade a terceiros ou ao equilíbrio social.

Um posicionamento paternalista, por seu turno, apesar da amplitude semântica que o termo comporta, pode ser resumido por se expressar através da restrição da liberdade quando esta se fizer necessária à proteção do próprio sujeito. Com isso, o comportamento paternalista demonstra preocupação com o bem-estar da pessoa e revela uma presunção de que faz escolhas melhores do que ela mesma (MARTINELLI, 2010, p. 99). Há diversas classificações de paternalismo. Aqui será dado o destaque apenas às modalidades interessantes à discussão sobre a legitimidade da punição do lenocínio. Quais sejam: os paternalismos moral, rígido e suave, direto e indireto<sup>11</sup>.

O paternalismo moral se confunde com o moralismo jurídico, na medida em que ambos objetivam que se evite “a violação de preceitos morais” (MARTINELLI, 2010, p. 117). Por isso, é comum o enunciado que todo moralismo é paternalista, mas o inverso não é verdade. Sobre este, então, nada mais há a acrescentar, portanto.

A classificação que diferencia o paternalismo rígido e o suave, respectivamente chamados pela doutrina anglo-saxã de *hard* e *soft*, refere-se à qualidade das pessoas cujas liberdades serão cerceadas (MARTINELLI, 2010, p. 115). Considerando que há pessoas responsáveis e que, portanto, possuem capacidade de discernimento sobre seus atos e consequências, e pessoas irresponsáveis, prejudicadas dessa sensatez, o paternalismo suave autoriza apenas a intervenção penal no sentido de proteger essas últimas das próprias escolhas, determinando a lei o sentido preponderante dos seus interesses, por conseguinte.

Em contrapartida, o paternalismo rígido pretende condicionar a liberdade de toda e qualquer pessoa a um juízo prévio e anterior sobre as melhores escolhas. A semelhança, por sua vez, com o moralismo é apenas aparente, já que há uma mudança de foco da valoração do comportamento. A preocupação do paternalismo

---

<sup>11</sup> Gisele Mendes de Carvalho (2010) aborda também o paternalismo positivo e o negativo, trazendo a distinção que chama aquele de perfeccionismo. Apesar do argumento interessante, que os diferencia pela perspectiva dos fins da limitação da liberdade (o primeiro consistente em buscar causar o bem e o segundo em evitar um mal), o objetivo deste trabalho não é a análise do paternalismo jurídico presente nas incriminações de lenocínio, mas investigar a aplicação de categorias dogmáticas que, no plano interpretativo, possibilitem o exercício livre e consentido da prostituição.

é com a melhor decisão para o destinatário, visando seus interesses, ainda que a despeito de sua vontade. A boa ou virtuosa escolha para o moralista independe de quais quer considerações sobre tais interesses particulares, comunica-se com a ideia de utilidade social apenas.

No que concerne ao direito penal, se a regra diz respeito a impedir um comportamento que lesione um bem jurídico essa distinção se mostra particularmente importante no tocante aos bens jurídicos indisponíveis:

(...) o paternalismo rígido é aplicável, uma vez que pouco importa a capacidade de seu titular, o essencial é a indisponibilidade do bem. No caso de bens disponíveis, incide o paternalismo moderado, pois quem tem capacidade pode abrir mão de sua tutela (MARTINELLI, 2010, p. 116).

Esse raciocínio, contudo, não é absoluto. Isso porque, ainda que o argumento relacionado à disponibilidade do bem tutelado seja central no que toca aos bens individuais, não está pacificado o critério que sustenta eventual indisponibilidade (SOARES, 2017, p. 14). Verdade é que o paternalismo *soft* no âmbito do direito penal é objeto de maior consenso, já que encontra razões mesmo na ordem internacional, que disciplina os direitos humanos, para a interferência na liberdade de escolha de indivíduos considerados vulneráveis.

Schünemann (2013, p. 91), em expressa alusão ao pensamento de Hirsch, aborda a divisão entre paternalismo direto e indireto. Na mesma linha de intelecção, enquanto o uso de sanções para proteger o indivíduo de si mesmo seria o paternalismo direto, o paternalismo indireto se traduziria na punição de alguém pela lesão de um terceiro que nela consente. Ainda salienta que, por tratar-se de lesão de terceiro, sequer aparenta, à primeira vista, tratar-se de um caso de paternalismo.

Para Schünemann (2013, p. 108), o direito penal não comportaria qualquer possibilidade de paternalismo direto. Assim sendo, mesmo para a proteção de indivíduos ditos irresponsáveis, o paternalismo suave só poderia repercutir em outras áreas do direito<sup>12</sup>. Leva ao extremo os argumentos de Stuart Mill (1959) sobre o *harm principle*, que se fundamenta tanto na ideia de liberdade, quanto na de responsabilidade. Por outro lado, estando diante de pessoas responsáveis (aquelas que só seriam protegidas pelo paternalismo rígido), é possível o direito penal

---

<sup>12</sup> O Autor propõe que o Estado ofereça ajuda, através de medidas assistenciais, por exemplo, e não criminalize condutas (SCHÜNEMANN, 2013, p. 109).

lastreando normas pautadas no paternalismo indireto para, por exemplo, “proteger típicas debilidades humanas de uma exploração pelo egoísmo alheio” (SCHÜNEMANN, 2013, p. 108).

Não se pode perder de vista que tanto o moralismo quanto o paternalismo, quaisquer de suas vertentes, só podem ser admitidas excepcionalmente (SARMENTO, 2016, p. 167). Afinal, a regra estabelece que diante de um regime democrático de direito, o respeito às liberdades individuais deve prevalecer. Consistindo a prostituição em sentido amplo, como abordado, no comércio da própria atividade sexual, sobre a qual pairam juízos sociais eminentemente negativos, a criminalização do seu entorno traz argumentos que declaram ou pretendem proteger o próprio agente de suas escolhas ou de si mesmo.

Isso porque, diante do art. 5º da CF e consoante sustenta Schünemann (2013, p. 100), uma vez que exista uma garantia ao direito fundamental à liberdade geral de ação, “(...) toda norma penal paternalista necessita de uma correlata legitimação constitucional específica”. Há, assim, uma lacuna aberta no direito penal liberal, já que ao negar o paternalismo moral ou moralismo, não responde sobre a viabilidade de uma postura paternalista pelo Estado.

A punição do terceiro que intermedia o exercício da prostituição consentida, deve ser considerada, nesses termos, como um possível exemplo de paternalismo duro ou suave<sup>13</sup> indireto. Adiante, quando se tratar especificamente da discussão sobre autonomia para se prostituir em face do lenocínio, será então analisada a validade de normas paternalistas do direito brasileiro, sem aprofundamentos que alterem a rota do objetivo desta pesquisa.

## 4.2 A AUTONOMIA PARA SE PROSTITUIR

No que diz respeito ao tratamento jurídico dispensado à prostituição, o tema central gira em torno da liberdade individual, aplicada ao âmbito da realização pessoal e sexual. Do ponto de vista filosófico se está diante da discussão, de pano de fundo ético, sobre a legitimidade da restrição à liberdade. Juridicamente, a pauta dirá respeito sobre os efeitos da vontade da vítima no fato punível.

---

<sup>13</sup> a depender do critério que se utilize para considerar uma pessoa irresponsável ou vulnerável.

De logo é importante que se ressalte que a proposta de interpretação de lege lata que se aborda nesta pesquisa não diz respeito, sobremaneira, à redução da proteção penal da vítima corresponsável.

#### **4.2.1 Efeitos do consentimento válido no lenocínio**

Interessa agora, verificar se, nos casos de lenocínio, a autonomia da vítima expressada pela vontade de se prostituir afasta a tipicidade ou a antijuridicidade da conduta. Assim, também se elegerá necessariamente qual vertente, dualista ou monista, se adequa melhor aos casos em comento. Igualmente, serão aventadas as hipóteses em que a autorização manifestada é inválida a produzir os efeitos ora mencionados, mas tal enumeração terá lugar no tópico subsequente.

Tratando-se da dignidade sexual, bem jurídico que, como visto, comporta a autodeterminação e autenticidade sexuais da vítima<sup>14</sup>, se está diante de manifestações de liberdade penalmente protegidas. Andrade (1991, p. 363) insere a atividade sexual entre adultos como uma expressão autêntica de liberdade e de realização pessoal, mesmo que por vezes possa também, no sentido oposto, se traduzir em manifestação de violência, exploração ou alienação. Esses casos, reprováveis criminalmente, têm na violação da vontade do portador do bem jurídico a própria fundamentação do ilícito.

Pela teoria dualista, os crimes sujeitos ao regime do acordo, cuja consequência é a atipicidade, “erigem a liberdade em bem jurídico-penal estabelecem uma relação de congruência entre a autonomia individual e o sistema social. O desempenho do sistema social sobrepõe-se e confunde-se com a expressão da liberdade individual, realiza-se na e pela maximização desta liberdade” (ANDRADE, 1991, p. 485). Ao consentimento restariam os casos de delitos de lesão, com única consequência de afastar a ilicitude.

---

<sup>14</sup> No que diz respeito ao objeto desse trabalho, os crimes de lenocínio em face de vítimas maiores e capazes, o aspecto “livre desenvolvimento da sexualidade” será deixado em suspenso, por relacionar-se apenas com vítimas menores ou irresponsáveis penalmente. Nesse sentido, Manuel da Costa Andrade (1991, p. 396) pontua que “a legitimidade do recurso ao direito penal com vista a proteccao do menor colheu sempre o aplauso dos adeptos da descriminalizacão, mesmo dos defensores das versoes mais extremadas. Subjacente a este consenso, a crenca de que, ate atingir um certo grau de desenvolvimento, indiciado por determinados limiares etarios, o menor deve ser preservado dos perigos relacionados com o envolvimento prematuro em actividades sexuais.”

A teoria monista, nesse aspecto, é indiferente à qualidade do bem, pois entende que o que se protege é a liberdade de disposição do bem jurídico, amalgamando objeto de tutela e bem jurídico em uma única estrutura. Assim, partindo de uma concepção liberal de bem jurídico, o qual refere-se ao indivíduo e que serve ao seu livre desenvolvimento, a concordância com a lesão ou com o comportamento de terceiro pelo titular sempre tem o condão de afastar o tipo (ROXIN, 1997, p. 517).

Como nos crimes de lenocínio, o portador do bem jurídico é a pessoa que exerce a prostituição. A proteção à dignidade sexual, consoante a tese aqui sustentada, somente tem guarida se referida à liberdade, ou seja, se contiver em si as múltiplas manifestações de sexualidade humana que, sem ofender terceiros, servem à construção de sua personalidade e à busca pessoal por prazer e felicidade. Desta forma, adotando-se a perspectiva monista ou dualista, a conclusão é que a concordância do ofendido afasta a tipicidade dos crimes.

Andrade, todavia, abre parênteses à situação e expressa que existem bens jurídicos que, mesmo disponíveis, são penalmente tutelados a despeito da vontade do indivíduo, pois a autonomia não esgota o bem jurídico típico (p. 516). A redação do CPB deixa um espaço nebuloso nesse contexto, por inserir a prostituição como forma necessária de exploração sexual, o que leva a crer que a autodeterminação e autenticidade sexuais não se esgotariam na ideia de autonomia, restando um elemento peculiar a ser destacado nesse contexto. Esse problema, contudo, é aparente. Reflete, na realidade, uma imprecisão técnica do legislador que, ao atualizar o bem jurídico tutelado, como mesmo se extrai da exposição de motivos (BRASIL, 2009a, on-line), a intenção revelava a proteção da liberdade sexual, em suas múltiplas nuances.

Sendo assim, seja pela concepção dualista ou monista, a conclusão é que a autonomia manifestada pela vontade livre, emanda por sujeito capaz, de se prostituir, em face das condutas de lenocínio, quaisquer que sejam, afasta a realização do tipo. Não seria outra a conclusão, pois o sujeito que intermedia o exercício da prostituição em condições

Importa, contudo, investigar quais as exigências dogmáticas aptas à configurar os casos de exclusão de tipicidade. Desde logo, apesar das refutações construídas por Manuel da Costa Andrade (1991, p. 512 e ss), evidencia-se que a teoria monista

é mais assertiva em suas postulações, pelo menos no que diz respeito aos requisitos do consentimento para afastar a tipicidade. Especialmente por duas ordens de razão: a necessidade que a vontade do consenciente seja exteriorizada e a eficácia do consentimento condicionada à sua compreensão sobre os fatos consentidos. Outrossim, na formulação dualista, a irrelevância dos vícios de vontade para a formação do acordo (ROXIN, 1997, p. 514), leva à conclusão de que a teoria monista finca melhor os critérios de proteção do bem jurídico e do seu livre desenvolvimento pelo portador.

Há também, por fim, uma última perspectiva pela qual se sustenta que a exclusão da tipicidade pelo consentimento é a solução mais acertada: somente por essa via, se consagra uma punição do lenocínio que toma o trabalhador sexual como vítima das condutas exploradoras ou aviltantes. A proteção da moralidade pública sexual inverteu os valores presentes nos tipos que, respondendo a um sistema político-criminal erradicacionista – cujas origens se remetem ao movimento feminista da virada para o século XX –, deixaram de lado o aspecto protetor da pessoa prostituída. A exclusão meramente da ilicitude, nesse contexto, carrega em si a valência sistêmico-social que, na senda dos crimes de lenocínio, apenas agravam a estigmatização dos trabalhadores sexuais. Excluindo-se a tipicidade pelo consentimento, a tutela jurídica se volta à dignidade sexual, mas também, não menos importante, ao seu legítimo portador.

#### **4.2.2 Invalidez do consentimento e a proteção da vulnerabilidade**

Embora seja demarcada a importância da estima pela autonomia da vítima nesses crimes, não se pode descartar, por completo, que a exploração sexual de terceiro pode encerrar comportamentos vis, submetendo o explorado a condições degradantes ou mesmo a condições análogas (quando não propriamente) à escravidão. Por isso se faz necessário aquilatar o equilíbrio através de uma medida justa e clara para o exercício da autonomia.

Os vícios da vontade invalidam o consentimento. Todavia, não se transportam, nessa seara, os institutos civilistas sobre o tema. No âmbito penal, por exemplo, o consentimento tem que se dirigir simultaneamente à ação e ao resultado previstos, não podendo ser eficaz a autorização cujas consequências extrapolem a

vontade do consenciente. Nesse aspecto, tem-se que o bem jurídico tutelado também vai servir para avaliar a validade do consentimento diante dos possíveis vícios que maculam sua manifestação (ROXIN, 1997, p. 547).

Por exemplo, diante dos casos de prostituição exercida em condições degradantes, a autorização para realização de atividades de intermediação da prostituição não confere prerrogativas para o controle total dos proveitos do serviço, condicionando o recebimento do trabalhador ao alcance de metas ou resultados de produtividade. Isso, por si só, macula o bem jurídico protegido, que consiste em um legítimo desdobramento da liberdade geral de ação constitucionalmente protegida. Por tal motivo, o lenocínio tem uma justa medida dada pela própria ideia de dignidade sexual, a partir do preenchimento de conteúdo proposto neste trabalho.

Ademais, enquanto expressamente previstas nos tipos penais, ações por si só desvaloradas, como as que são determinadas por ameaça ou violência, não ensejam consentimento eficaz. Isso não enseja maiores dúvidas, de todo modo.

Os *hard cases*, contudo, ficam diante das questões referentes à exploração da vulnerabilidade humana. Essa querela se situa entre o impasse da proibição de excesso com a vedação da proteção deficiente (D'ELIA, 2014, p. 98), pois em que pese o direito penal valer-se normalmente de limitações ao poder do Estado, em uma função contentora, os tempos atuais vem demandando um direito penal também de perfil protetivo, vendo-se obrigado a atuar em face de determinadas circunstâncias.

Isso porque, como se sabe, a prostituição é exercida por pessoas em condições sociais desfavorecidas, refletindo a opção de renda de muitas pessoas nesses contextos em razão do cálculo de custo e benefício, por possibilitar um ganho razoável diante de outras alternativas não tão vantajosas. O exercício da prostituição nessas circunstâncias, é bom que se frise, não compete ao direito penal avaliar, mas apenas a exploração dele por terceiros.

A prostituição é uma das ocupações econômicas que se situam na parte mais baixa dessa hierarquia de valores, embora seja uma profissão das mais rendosas entre aquelas que dispensam uma formação sistemática de serem exercidas. Se, por um lado, situa-se num estrato econômico relativamente elevado, por outro, é instável, insegura e sofre as pressões sociais e se constitui numa das ocupações definidas menos prestigiadas. (ESPINHEIRA, 1984, p. 47).

O conceito de vulnerabilidade abarca “pessoas que por condições sociais, culturais, étnicas, políticas, econômicas, educacionais e de saúde têm as diferenças, estabelecidas entre eles e a sociedade envolvente, transformadas em desigualdade” (GUIMARÃES; NOVAES apud MARTINELLI, 2010, p. 206). Assim, a pessoa vulnerável merece maior atenção do direito, como corolário da vedação de proteção insuficiente.

Martinelli (2010), em seu esforço para apresentar diversas formas de vulnerabilidade, divide-as em quatro grupos: (1) crianças e adolescentes, (2) adultos com problemas mentais, (3) adultos temporariamente perturbados, e (4) grupos especiais de vulneráveis. Interessa a essa pesquisa a terceira hipótese, na qual se enquadra “o desespero que pode tomar conta de alguém em situação delicada, tendo como exemplo a pessoa em situação de extrema pobreza” (p. 217). Assim:

Quando a situação de precariedade é extrema, a vontade de sobreviver é maior que a de assumir determinados compromissos. Há uma certa espécie de instinto de sobrevivência que elimina outras opções da pessoa, reduzindo-as a apenas duas: a subsistência ou nada (MARTINELLI, 2010, p. 217).

Ainda tendo em vista a validade ou não do consentimento, os casos limítrofes dizem respeito a essa exploração da vulnerabilidade extrema, que leva a uma opção para evitar um mal maior<sup>15</sup>. Nesses casos se entende que se pode excepcionalmente lançar mão de normas penais paternalistas para suprir a falta de consentimento válido, pois se está diante de verdadeiro déficit de autonomia da pessoa afetada (ROXIN, 2013, p. 23). A regra caminha em sentido oposto, pois estabelece que “a proteção de bens jurídicos tem por objeto a proteção frente à outra pessoa, e não frente a si mesmo” (ROXIN, 2013, p. 23).

Concluindo pela ideia de presunção de vulnerabilidade, ou seja, nos casos em que a falta de critérios objetivos para comprovar a vulnerabilidade demanda a comprovação da situação de precariedade real do ofendido, Martinelli (2010, p. 232) entende viável a desconsideração do suposto consentimento, em virtude de uma decisão que proteja do portador do bem jurídico. Ressalte-se que o mesmo autor ainda confere a necessidade, de todo modo, de dar voz ao ofendido. Em sintonia à conclusão:

---

<sup>15</sup> Similar ao que Roxin (1997, p. 525), em outro pano de fundo, chama de “quase consentimento”.

Não há como negar a realidade possível de opressão e domínio patriarcal no meio da prostituição ou mesmo o viés capitalista de exploração de mão de obra barata. Cumpre, porém, fugindo de perigosas generalizações, estabelecer diretrizes normativas para combater esses males (ESTEFAM, 2016, p. 202).

Assim, para além das hipóteses clássicas de invalidade do consentimento, inclusive previstas à exaustão nos tipos de lenocínio, a justa medida de afastar a carga moral das incriminações leva, necessariamente, à avaliação dos casos concretos com o devido cuidado. Um direito penal alheio ao contexto social transmuta-se em autoritarismo, pois recria a narrativa de histórias que existem, sobrepondo a elas institutos e dogmatismos vazios. A autorização, contudo, para a conclusão paternalista merece uma nova roupagem, por assim dizer, que será esboçada adiante.

#### **4.2.3 A insuficiência da norma paternalista: critério da coisificação**

Augusto Silva Dias reconhece que o traço em comum das ações de lenocínio aviltantes, presente tanto no tráfico de pessoas para fins de exploração sexual quanto na exploração da prostituição em condições de necessidade ou de abandono das vítimas, consiste no fato de que há o desmantelamento do outro ao nível de objeto, esvaziando sua identidade e essência humanas com a recusa da outorga de um valor de dignidade. Pra ele, essa humilhação extrema condena tanto subjugador quanto subjugado ao esquecimento<sup>16</sup> (DIAS, 2009, p. 120)

É importante que se destaque que nem toda a negação das estruturas do reconhecimento recíproco desemboca na reificação do outro, mas a conduta de coisificação consiste em uma das formas mais intensas e insuportáveis socialmente daquela negação. Desta forma

(...) coisificação é, no entanto, a forma mais radical de menosprezo e de objectivação do outro. Significa utiliza-lo como instrumento, degrada-lo à condição de objecto ou mercadoria, ao nível de algo

---

<sup>16</sup> Dias (2009, p. 118), fazendo referência a Horkheimer e Adorno, considera a coisificação equivalente ao esquecimento da dignidade do outro como o esquecimento da própria dignidade, como um movimento recíproco. Inclusive, este Autor identifica a violação dos bons costumes com o atentado à dignidade da pessoa humana, consubstanciado na coisificação daquele que consente (SOARES, H., 2017, p. 12)

que é destituído de dignidade e concebido como valor de troca. (DIAS, 2009, p. 117)

Isso afasta, por exemplo, a conclusão de que qualquer pessoa em condição financeira limitada ou mesmo pela simples baixa escolaridade possa ser considerada, em si mesma, vulnerável, sendo-lhe negada a manifestação da vontade de se prostituir. Afinal, não cabe ao direito censurar uma opção lícita de ocupação, ainda mais quando se sabe que a possibilidade de rendimento vantajoso se faz presente. A regulamentação de uma atividade demanda que se lance luz sobre ela. O significado assumido pelo legislador penal é, ou deve ser, primeiramente, o da tutela da liberdade das pessoas que se prostituem (SOARES, R., 2015, p. 31)

A autorização para uma norma paternalista suave autoriza o Estado a dizer o que é melhor para a pessoa em condição de vulnerabilidade, fundamentando nessa premissa a punição pelo lenocínio. O critério da coisificação também pune o abuso da vulnerabilidade, mas gira as lentes da observação do contexto e conclui por situar a desvalorização do fato na conduta do explorador que coisifica a vítima, não na escolha deficiente do explorado.

A conclusão é a mesma, todavia, pois há a punição do abuso da vulnerabilidade por torna-la impedimento à validade do consentimento. A pessoa em condição de vulnerabilidade, então, não está em condições de exercer com plenitude sua autonomia, razão pela qual o Estado pode interferir para aquilatar o desequilíbrio consistente na exploração sexual, isto é, ilegítima, de terceiro.

## 5 CONCLUSÕES

Os fundamentos originários para a criminalização do lenocínio se compatibilizam com um direito penal voltado ao controle dos costumes por meio da defesa dos padrões de moral socialmente impostos pelo discurso dominante. Esse discurso condensava visões depreciativas com relação à prostituição e reproduzia a reprovação por meio da intervenção penal que pautava a sua erradicação.

A Constituição de 1988 funda um Estado pautado nos ideais democráticos de liberdade e igualdade mediados pela dignidade da pessoa humana, conferindo sentido e alcance a tais princípios. Ao lado disso, o princípio da solidariedade surge como um intermediador da sociedade pluralista, o que impõe o respeito às diferenças e um combate às opressões sistemáticas, operadas tanto em nível social quanto jurídico.

A prostituição existe na sociedade e seu reconhecimento pelo direito é tacanho, pois apesar de classifica-la como ocupação válida, classifica todas as atividades que estão ao seu redor como crimes, agravando os perigos e inseguranças que recaem sobre a opção de exercê-la prostituir. Essa política entra em atrito direto com a ideia de dignidade sexual, que encerra os atributos indispensáveis ao livre desenvolvimento e manifestação da sexualidade, balizada exclusivamente pela ideia de ofensa a terceiros. Isso porque, qualquer limitação de ordem exclusivamente moral é incompatível com a tradição jurídica-liberal.

Valendo-se, enfim, da proteção à dignidade sexual consubstanciada nos valores de autodeterminação e autenticidade sexual, que inclui também a proteção ao livre e sadio desenvolvimento da sexualidade, este último em especial para pessoas inimputáveis. Tendo o prostituído como vítima direta das condutas de lenocínio, somente a exploração que atingir tais parâmetros pode ser dotada de tipicidade, por ofender o bem jurídico tutelado. Os demais referenciais interpretativos serão dados pela análise da capacidade do sujeito passivo, pelo fator etário, e pelo critério da vulnerabilidade.

Isso porque, em que pese a reforma de 2009 ter enfatizado a proteção do menor de 14 anos como absolutamente vulnerável, os crimes de lenocínio objeto deste trabalho envolvem vítimas menores de 18 anos. A compreensão dessa faixa etária como vulnerável para a prática da prostituição, especificamente, corresponde

à ideia de que esta atividade se trata de fenômeno complexo, que apesar de revelar uma evidente escolha profissional, também diz respeito a certo alcance de maturidade sexual, para que não haja redução indevida das possibilidades de escolha. Por outro lado, também não se pode ignorar que os discursos que sustentavam o interesse da coletividade sobre a sexualidade humana não se pautavam nessa sinceridade.

No contexto atual, muito embora esse argumento não mais se sustente, não é objeto de consenso social ou cultural a opinião de que a sexualidade humana diz respeito exclusivamente à esfera privada e individual – ainda que tal opinião tenha caminhado a largos passos no sentido de se tornar majoritária -, por questões das mais diversas ordens.

Assim, para que não haja redução indevida do texto da lei, a interpretação tem que, além de pautar-se no referencial do bem jurídico como ponto de fuga, verificar, no caso concreto, a validade do consentimento que se traduz na livre vontade de se prostituir, em última análise.

Nesse sentido, empecilhos indevidos, inclusive operados no plano linguístico – como a confusão operada entre prostituição e exploração sexual – ao livre exercício da prostituição possuem um fundo moralista que devem ser extirpados de um Estado de direito. Não se pode com isso, entretanto, desconsiderar que o fenômeno da prostituição é complexo e comporta nuances que não podem ser ignoradas pelo intérprete.

É a máxima do reconhecer para libertar. A inadequação do tratamento penal da prostituição, através da criminalização das atividades no seu entorno, diz respeito a duas ordens de problemas: leitura acrítica da teoria do bem jurídico e desconsideração da autonomia da vítima. O Judiciário ainda enfrenta a tarefa de aplicação de leis que estão em evidente descompasso com a realidade social e as finalidades do direito penal contemporâneo. Assim, diante da evolução da doutrina e da dogmática penal, sem mesmo que haja necessidade de reforma legislativa, o intérprete pode lançar mão da correta interpretação dos tipos, através da aplicação da teoria do bem jurídico e das formulações dogmáticas sobre a autonomia da vítima, notadamente o consentimento do ofendido, para melhor aplicar e adequar a solução jurídico-penal às necessidades sociais relacionadas ao enfrentamento da prostituição em sua vertente forçada.

A solução então, pautada em *lege lata*, diz respeito à utilização do manancial dogmático disponível ao intérprete para melhor aquilatar as decisões relativas às incriminações do lenocínio. Para que, dando voz ao ofendido, também se tome por referência a sua proteção, já que uma concepção moralista atropela as individualidades.

Não basta, portanto, a renovação da leitura crítica atribuída ao bem jurídico, pois esse apenas encerra uma parte da análise. Há que se empreender à investigação da validade da vontade para se prostituir, em especial nos casos de vulnerabilidade social, como destacado. A guisa de arremate, apenas como necessidade de mudança de enfoque já destacada, conclui-se que a solução de penalização do lenocínio verdadeiramente explorador não necessariamente precisa se dar por moldes paternalistas – não cabendo a proteção do ofendido se valer da ideia de uma proteção do direito contra escolhas ruins -, mas sim a partir do critério da coisificação, proposta por Augusto Dias. Essa mudança é valiosa pois inverte o sentido da leitura da exploração da vulnerabilidade colocando a tônica do desvalor no comportamento do explorador, e não no mero déficit de discernimento do ofendido em razão de suas circunstâncias.

Por fim, resta verificada a hipótese do trabalho, qual seja, de que a estratégia de criminalizar o lenocínio incrementa a vulnerabilização da atividade da prostituição, retirando a possibilidade de que os trabalhadores sexuais se ancorem em rede de apoio. Contudo, a conjugação da teoria do bem jurídico, em sua vertente crítica e pessoal, com a consideração da vontade da vítima, a partir do instituto do consentimento, é eficaz para, aplicada aos casos concretos, proporcionar uma justa equação entre a criminalização do lenocínio e a autonomia para se prostituir. Funcionando, assim, a dogmática como limite à legalidade penal e a contenção dos excessos que minem a realização de um direito penal do fato voltado à proteção de pessoas concretas.

## REFERÊNCIAS

ALONSO ÁLAMO, Mercedes. ¿Proteccion penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual.

**Revista penal**. n. 19, 2007. Disponível em:

<<http://rabida.uhu.es/bitstream/handle/10272/12178/>>. Acesso em 20 dez. 2017.

AMELUNG, Knut. El concepto "bien jurídico" en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. pp. 227-264. In: HEFENDEHL, Roland. (Coord). **La Teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** 2007.

ANDERSON, Scott A. Prostitution and Sexual Autonomy: Making Sense of the Prohibition of Prostitution. **Ethics**, Chicago (EUA), v. 112, n. 4, pp. 748-780, jul. 2002.

Disponível em: < <http://www.jstor.org/stable/10.1086/339672>>. Acesso em 21 jun. 2018.

ANDRADE, Francisco Eduardo Falconi. Tráfico internacional de pessoas e prostituição: paradoxos entre o protocolo de palermo e o Código Penal brasileiro no tocante ao consentimento. **Revista da Defensoria Pública da União**. Brasília. n. 9, pp. 03-25, jan-dez, 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/2eH9Ra>>. Acesso em 10, mar, 2018.

ANDRADE, Manuel da Costa. “Artigo 149º” **Comentários conimbricense do Código penal** – Parte especial Tomo I, artigos 131º a 201º. 2 ed. Jorge Figueiredo Dias (Dir.). Coimbra: Coimbra Editora, pp. 420-456, 2012.

\_\_\_\_\_. **Consentimento e acordo em Direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1991.

**ANDRADE**, Vera Regina Pereira. Pelas mãos da criminologia – o controle penal para além da (des)ilusão. 2ª reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

ARAUJO, João Vieira de. **O Código penal interpretado**. 2v. Coleção história do direito brasileiro. Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça. Ed. fac-sim.

Brasília: Senado Federal, 2004. Disponível em:

<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496218>>. Acesso em 19, fev 2018.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Revisão técnica Luís Carlos Fridman. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12 ed. Rio de Janeiro: Revan. 2011.

BOZZA, Fábio da Silva. **Bem jurídico e proibição de excesso como limites à expansão penal**. São Paulo: Almedina, 2015.

BRASIL. **Classificação Brasileira de Ocupações: CBO**. 3 ed. Brasília: Ministério do Trabalho e Emprego, 2002. Disponível em: <<http://www.mtecbo.gov.br/>>. Acesso em 08 fev, 2018.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890**. Código Penal dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 19 jan, 2018.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal brasileiro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em 10 mai, 2018.

\_\_\_\_\_. **Exposição de Motivos da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2009/lei-12015-7-agosto-2009-590268-exposicaodemotivos-149280-pl.html>>. Acesso em 10 mai, 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/l11106.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11106.htm)>. Acesso em 10 mai, 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm)>. Acesso em 10 mai, 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <<https://goo.gl/vmXpqU>>. Acesso em 04 mai, 2018.

BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo: fatos e mitos – volume 1**. 3 ed. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 2016a.

BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo: a experiência vivida – volume 2**. 3 ed. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 2016b.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero – feminismo e subversão da identidade**. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2017.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal – parte geral**. Tomo 1º. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco. Los escolásticos sobre la prostitución. **Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época**. Norteamérica, 7, ene. 2006. Disponível em: <<http://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/view/ANDH0606120217A>>. Acesso em 05 mar. 2018.

CARVALHO, Carliane de Oliveira. Autonomia da mulher à luz da criação humana. In: MATOS, Taysa; GOSTINSKI, Aline (Org.). **Dignidade da pessoa humana: estudos para além do Direito**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

CARVALHO, Gisele Mendes de. Delitos relativos à prostituição no Código Penal brasileiro: proteção da dignidade ou paternalismo jurídico?. **Revista dos Tribunais Online**. Thomson Reuters. v. 12. Pp. 01-18, jan, 2010. Disponível em: <<https://goo.gl/KMhWNQ>>. Acesso em 14 jun, 2018.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. Tráfico de pessoas: da Convenção de Genebra ao Protocolo de Palermo. In: MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Política de enfrentamento ao tráfico de pessoas**, Brasília, fev. 2007, pp. 10-15. Disponível em: <<https://goo.gl/CDu3PH>> Acesso em 02, jan 2018.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. Princípios da fragmentariedade e da adequação social e crime de casa de prostituição. **De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 11, n. 18, p. 163-177, jan-jul. 2012. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/51341>>. Acesso em: 12 fev. 2012.

CHRISTIE, Nils et. al. **Abolicionismo penal**. Tradução Mariano Alberto Ciafardini e Mirta Lilián Bondanza. Buenos Aires: Ediar. 1989

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013**. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/resol\\_gp\\_175\\_2013.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/resol_gp_175_2013.pdf)>. Acesso em 04 fev, 2018.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Segurança pública e o direito das vítimas.479-492. In: RÚBIO, David Sanchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de (Org.). **Direitos humanos e globalização** – fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. 2 ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 578p. 2010.

COSAC, Danielle Cristina dos Santos. Autonomia, consentimento e vulnerabilidade do participante de pesquisa clínica. **Revista Bioética**, v. 25, n. 1, pp. 19-29, 2017.

DAICH, Deborah. ¿Abolicionismo o reglamentarismo? – aportes de la antropología feminista para el debate local sobre la prostitución. **Runa: archivo para las ciencias del hombre**, v. 33, n. 1, pp. 71-84, 2012

DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto. Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas. **InDret: Revista para el análisis del derecho**, n. 1, 44p, 2010. Disponível em < <http://www.indret.com/pdf/693.pdf>>, acesso em 11, fev, 2018.

DE BRITO, Diná Tereza; PANICHI, Edina. **Crimes contra a dignidade sexual: a memória jurídica pela ótica da estilística léxica**. Londrina: Eduel, 2013.

DIAS, Augusto Silva. Reconhecimento e Coisificação nas Sociedades Contemporâneas. In: DIAS, Augusto Silva et al (Orgs). **Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º aniversário**: Estudos de Direito e Filosofia. Coimbra: 2009, p. 113-131.

DIÉZ RIPOLLÉS, José Luis. El objeto de protección del nuevo Derecho Penal Sexual: **Revista de derecho penal y criminología**, n. 6, pp. 69-102, 2000, págs.

\_\_\_\_\_. Las últimas reformas en el Derecho penal sexual. **Estudios Penales y Criminológicos**, v. 14, pp. 42-108, 1991. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10347/4201>>. Acesso em 04 dez, 2017.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal – parte geral. 3 ed. rev. amp. 784p. Curitiba: ICPC, Lumen Juris. 2008.

DWORKIN, Gerald. Paternalism. In: **Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/entries/paternalism/>>. Acesso em 21 mai, 2018.

ENGEL, Magali. **Meretrizes e doutores**: saber médico e prostituição no Rio de Janeiro (1840-1890). 1ª reimp. da 1ª ed de 1989. São Paulo: Brasiliense, 2004.

ESPINHEIRA, Gey. **Divergência e prostituição**: uma análise sociológica da comunidade prostitucional do Maciel. 162 p. (Série Cultura Baiana, nº 1) Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro; Salvador: Fundação Cultural do Estado da Bahia, 1984.

ESTEFAM, André. **Direito penal** – parte especial – arts. 121 a 234-B. 5 ED. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

\_\_\_\_\_. **Homossexualidade, prostituição e estupro** – um estudo à luz da dignidade humana. São Paulo: Saraiva, 2016.

FARIA, Thais Dumê. A mulher e a criminologia: relações e paralelos entre a história da criminologia e a história da mulher no Brasil. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**, Fortaleza-CE, 2010.  
<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3310.pdf>

FARLEY, Melissa. Risks of Prostitution: When the Person Is the Product. **JACR**, v. 3, n. 1. dez, 2017. Disponível em: <<https://goo.gl/KF1pkp>>. Acesso em 20 fev, 2018.

FERNÁNDEZ SOBREMAZAS, Ainhoa Prostitutas en la Espana Moderna. **Revista História 16**. N. 357, pp. 08-37, 2006. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1359011.pdf>>. Acesso em 21 mar. 2018

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão** - teoria do garantismo penal. 3 ed. rev. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

FLORES, Joaquin Herrera. **A (Re)invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2009.

FOUCAULT, Michel. **As verdades e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau, 2005.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Rio de Janeiro: Nau, 2005.

GAVILÁN RUBIO, María. Delitos relativos a la prostitución y a la trata de seres humanos com fines de explotación sexual. Algunas dificultades en la fase de instrucción. **Anuario Jurídico y Económico Escurialense**, n. 48. pp. 103-130, 2015.

GEBRIM, Luciana Maibashi; ZACKSESKI, Cristiana. O Problema Do Consentimento No Tráfico Internacional De Pessoas Para Fins De Exploração Sexual. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n./vol. 119, ano 24, pp. 49-74, mar-abr, 2016

GOFFMAN, Erving. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. São Paulo: Editora Perspectiva, 2001

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, Prisões e Conventos**. Tradução de Dante Moreira Leite. 7ª edição. São Paulo: Editora Perspectiva, 2001

GÓMEZ TOMILLO, Manuel. Derecho penal sexual y reforma legal: Análisis desde una perspectiva político criminal. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología** (en línea). n. 7, v. 4, pp. 01-35, 2005. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-04.pdf>>. Acesso em 21 mai, 2018.

GOLDMAN, Emma. The Traffic in Women. **Hastings Women's Law Jornal**. v. 13, n. 1, 2002. Disponível em: <<https://repository.uchastings.edu/hwlj/vol13/iss1/3>>. Acesso em 01, out. 2017.

GRECO, Luís. Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos. **Revista de concorrência e regulação**. Número especial luso-brasileiro. Lisboa: Edições Almedina. n. 7/8, pp. 349-373, jul-dez, 2012.

\_\_\_\_\_. O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar? Algumas considerações introdutórias. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA; Fernanda Lara (Org.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** 2 ed. pp. 01-07 // 288p. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

\_\_\_\_\_. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, pp. 89-147. n. 49, jul-ago, ano 12, 2004

\_\_\_\_\_. Proteção de bens jurídicos e crueldade com animais. São Paulo: Revista Liberdades, 03, jan-abr, pp.47-59, 2010

\_\_\_\_\_. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Nº 82 pp. 165-185. Ano 18, jan-fev. São Paulo: Revista dos Tribunais. ISSN 1415-5400, 2010.

GREGOLIN, Maria do Rosário Valencise. A análise do discurso - conceito e aplicações. ALFA: Revista de Linguística. 39, p. 13-21, 1995.

HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. pp. 09-22 In: GRECO, Luís; TÓRTIMA; Fernanda L. (Org.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología y al derecho penal**. Valencia: Tirant lo blanch. 1989

HEIM, Daniela. La prostitución a debate - el abolicionismo desde la perspectiva de la defensa de los derechos de las trabajadoras sexuales. **Nueva doctrina penal**. n. 2, pp. 441-467, 2006.

HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como a pedra angular da norma penal. pp. 69-94. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA; Fernanda Lara (Org.). O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar? 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

HÖRNLE, Tatjana (2012). Criminalizing Behaviour to Protect Human Dignity. **Criminal Law and Philosophy**. v. 6, n. 3, pp. 307-325. 2012. Disponível em <<https://www.tpb.in.com/download-firstpage/06928/article>>. Acesso em 14 jun, 2017.

HOUBRE, Gabrielle. A prostituição clandestina através dos arquivos da polícia de costume. **Esboços: histórias em contextos globais**, Florianópolis, v. 14, n. 17, p. pp. 195-204, abr. 2008. ISSN 2175-7976. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/esbocos/article/view/1217/949>>. Acesso em: 04 jul. 2018. doi:<https://doi.org/10.5007/%x>.

JAKOBS, Günther. O que é protegido pelo Direito Penal: bens jurídicos ou a vigência da norma? pp. 207-232 In: GRECO, Luís; TÓRTIMA; Fernanda L. (Org.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

JAY GOULD, Stephen. **A falsa medida do homem**. São Paulo: Martins Fontes. 1991.

KRAEMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. Tradução de Paulo Fróes. 28 ed. Rio de Janeiro: Record, 2017.

LAMAS, Marta. Feminismo y prostitución - la persistencia de una amarga disputa (México). **Debate feminista**. v. 51, 2016, pp. 18-35. Disponível em: <[http://www.debatefeminista.cieg.unam.mx/wp-content/uploads/2016/03/articulos/051\\_02.pdf](http://www.debatefeminista.cieg.unam.mx/wp-content/uploads/2016/03/articulos/051_02.pdf)>. Acesso em 12 fev, 2018.

LEVYA ESTUPIÑÁN, Manuel Alberto; LUGO ARTEAGA, Larisbel. El bien jurídico y las funciones del derecho penal. **Revista Derecho Penal y Criminología**. v. 36, n. 100, jan-jun, pp. 63-73, 2015

LIPOVETSKY, Gilles e CHARLES, Sébastien. **Os Tempos Hipermodernos**. São Paulo: Barcarolla, 2004.

LOBO, Bárbara Natália Lages; SAMPAIO, José Adércio Leite. Debate jurídico sobre a prostituição, a dignidade da pessoa humana e o direito fundamental ao trabalho. **Debate feminista**. v. 55, abr-set, 2018

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal**. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 297 f. 2010.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2010.

MENDES, Soraia da Rosa. **(Re)pensando a criminalidade: reflexões sobre um novo paradigma desde a epistemologia feminista**. Universidade de Brasília (Tese). 284f. 2012.

MICHAELIS: moderno dicionário da língua portuguesa. (Dicionário Michaelis). São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1998.

MILL, John Stuart. **On Liberty**. Kitchener: Batoche Books. 1959. Disponível em: <<https://eet.pixel-online.org/files/etranslation/original/Mill,%20On%20Liberty.pdf>>. Acesso em 14 jul 2018.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e frustração da tutela penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional**. 8 ed. rev, atual, amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 5 ed. ver. atual. amp. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OROZCO Y VILLA, Luz Helena. Trabajo sexual y trata de personas en México: una defensa de la distinción. In: CRUZ PARCERO, Juan A.; VÁZQUEZ, Rodolfo (Coord). **La mujer a través del derecho penal**. pp.01-26, 2013. (PEGAR LINK ONLINE)

ORLANDI, Eni Puccinelli. **Análise de discurso: princípios & procedimentos**. 8. ed. Campinas: Pontes, 2009.

PATEMAN, Carole. **O contrato sexual**. Tradução Marta Avancini. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

PIERANGELI, José Henrique; SOUZA, Carmo Antônio de. **Crimes sexuais**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

PISCITELLI, Adriana, Feminismos e Prostituição no Brasil: Uma Leitura a Partir da Antropologia Feminista. **Cuadernos de Antropología Social**. n. 36, pp. 11-31, dez. 2012. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=180926074002>>. Acesso em 25 jun, 2018.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. Funciones dogmáticas del derecho penal y legitimación material del sistema punitivo. *Derecho Penal y Criminología*, ISSN 0121-0483, ISSN-e 2346-2108, Vol. 26, Nº. 79, 2005, págs. 47-76

PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 6 ed. rev São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

RACHELS, James. **Elementos de filosofia moral**. Tradução F. J. Azevedo Gonçalves. Lisboa: Gradiva, 2004.

ROMFELD, Victor Sugamoto. Criminalizar, abolir ou legalizar? Explorando as possibilidades de enquadramento jurídico da prostituição no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 138, ano 25, pp. 305-340, São Paulo: Revista dos Tribunais.

ROGERS, Wendy; BALLANTYNE, Angela. Populações especiais: vulnerabilidade e proteção. **Revista Eletrônica de Comunicação**, Informação e Inovação em Saúde, [S.l.], v. 2, oct. 2008. ISSN 1981-6278. Disponível em: <<https://www.reciis.icict.fiocruz.br/index.php/reciis/article/view/865/1507>>. Acesso em: 19 July 2018.

ROXIN, Claus. **Derecho penal – parte general – tomo I**. 2 ed, Madrid: Civitas. 1997.

\_\_\_\_\_. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Trad. e Org. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2 ed. 2 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 64 p. 2013.

\_\_\_\_\_. Reflexões sobre a construção sistemática do direito penal. In: LEITE, Alaor (Org.). **Novos estudos de Direito penal – Claus Roxin**. pp. 98-115. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

\_\_\_\_\_. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA; Fernanda Lara (Org.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** 2 ed. pp. 233-275 // 288p. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SANT'ANA, Maurício Requião de. **Autonomia, incapacidade e transtorno mental: propostas pela promoção da dignidade**. 195 p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/5kj4RD>>. Acesso em 02 mai, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9 ed. rev. atual. 2 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 2 ed. 375p. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SCHÜNEMANN, Bernd. A crítica ao paternalismo jurídico-penal: um trabalho de sísifo?. pp. 91-111. In: GRECO, Luís (Coord.) **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

\_\_\_\_\_. O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos. pp. 39-68. In: GRECO, Luís (Coord.) **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SOARES, Hugo Leonardo Chaves. **Bons costumes, dignidade, nojo e compaixão: uma perspectiva humanista-sentimental da cláusula dos bons costumes**. Universidade de Lisboa (Dissertação), 2017.

SOARES, Raíssa Gambarra. *A (in)constitucionalidade do crime de lenocínio na perspectiva luso-brasileira*. 2015. 97 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015.

STRATENWERTH, Günther. Sobre o conceito de “bem jurídico”. pp. 129-148 In: GRECO, Luís; TÓRTIMA; Fernanda Lara (Org.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

STJ. RECURSO ESPECIAL : REsp 686209 RS 2004/0111329-9. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. DJ: 03/11/2009. **JusBrasil**, 2009. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5915977/recurso-especial-resp-686209-rs-2004-0111329-9-stj>>. Acesso em: 14 out. 2017.

TAVARES, Manuela. **Prostituição: diferentes posicionamentos no movimento feminista**. Disponível em: <<http://barricadasabremcaminhos.files.wordpress.com/2010/06/prostituicaomantavares.pdf>>. Acesso em 13 jun, 2018.

TAVARES, Juarez. Interpretación, principio d legalidade y jurisprudencia. Tradução de Francisco Muñoz Conde. In: **Anuario de Derecho penal y Ciencias penales**, pp. 753-769. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46316.pdf>>. Acesso em 12 fev, 2017.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva. 1995.

VALENT, Vinicius Dornelles; VINHAS, Luciana Iost. Análise do discurso - um aporte à teoria das organizações. **RIGS** – Revista interdisciplinar de gestão social. v.4n.1 p . 39- 53, jan/mar, 2015.

VARTABEDIAN, Julieta, Trabajo Sexual En Barcelona- Sobre La Gestión Municipal Del Espacio Público. **Oñati Socio-Legal Series**, Vol. 1, No. 2, 2011. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1953623>>. Acesso em 12 fev, 2018.

VIANA, Eduardo. **Criminologia**. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

VILLACAMPA, Carolina; TORRES, Nuria. Políticas criminalizadoras de la prostitución en España - efectos sobre las trabajadoras sexuales. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**. n. 15, p. 1-40. 2013. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-06.pdf>>. Acesso em 15 nov. 2017.

WEITZER, Ronald. El movimiento para criminalizar el trabajo sexual en Estados Unidos

YAROCHWSKY, Leonardo Isaac; BASTOS, Bárbara. **Todo tabu será penalizado**. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/leitura/todo-tabu-sera-penalizado>>. Acesso em 29 mar, 2018.

ZAFFARONI, Eugénio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro** – parte geral. 11 ed, rev. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ZARO ROSADO, Iván. La prostitución masculina. Un colectivo oculto y vulnerable. **Revista d'estudis de la violència**. n. 6, jul-nov 2008. Disponível em: <<https://goo.gl/K8mHKb>>. Acesso em 20, dez. 2017.