

## **CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL E PROSTITUIÇÃO: UMA NECESSÁRIA RELEITURA PARA A PROTEÇÃO DOS TRABALHADORES DO SEXO**

*Renato de Almeida Oliveira Muçouçah\**

O presente trabalho tem como escopo analisar alguns tipos penais relacionados ao meretrício e, de maneira muito especial, o crime “casa de prostituição”. Em verdade, na análise dos direitos fundamentais – mormente aqueles relacionados à liberdade de autodeterminação sexual – percebemos a dignidade sexual como direito e liberdade fundamentais. Nesse sentido, carece de bem jurídico que possa ser tutelado pelo Direito Penal os tipos criminais em comento, de maneira tal que se propõe um modelo que objetive descaracterizar todo e qualquer tipo de prostituição como *exploração sexual*. A partir da construção deste conceito, será possível separar o comércio sexual praticado de forma lícita daquele exploratório, de maneira a conferir direitos sociais aos trabalhadores do sexo.

**Palavras-chave:** prostituição; bem jurídico; dignidade sexual; direitos dos trabalhadores do sexo.

## **CRIMES AGAINST SEXUAL DIGNITY AND PROSTITUTION: A NECESSARY REINTERPRETATION FOR THE PROTECTION OF SEX WORKERS**

This work has the objective to analyze some criminal offenses related to prostitution and, most especially, the crime "place of prostitution." In fact, the analysis of fundamental rights - especially those related to freedom of sexual self-dignity - we affirm the sexual dignity as a fundamental and freedom rights. In this sense, lacks legal right that can be protected by criminal law types under discussion, such that proposes a model that aims to mischaracterize any kind of prostitution as *sexual exploitation*. From the construction of this concept, you can separate the sex trade practiced lawfully that exploratory in order to give social rights of sex workers.

**Keywords:** prostitution; legal asset; sexual dignity, rights of sex workers.

---

\* Professor da Graduação e Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Mestre e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Social “Cesarino Júnior”.

## Introdução

O conceito de dignidade da pessoa humana é aberto, não se satisfazendo de maneira estática. Esse conceito possui natureza eminentemente *inclusiva*, de maneira tal a abarcar as múltiplas formas de existência em sociedade<sup>1</sup>, especialmente de minorias de pessoas que necessitem de especial proteção quanto aos seus direitos fundamentais.

Salientando a necessidade cada vez maior de especificação de direitos fundamentais, com o escopo de proteger a dignidade da pessoa humana, Rodrigo Bernardes Dias exprime os direitos sexuais como direitos fundamentais da pessoa humana, de maneira tal a contribuir com a liberdade, a igualdade e a dignidade de todas as pessoas. Trata-se, pois, de direitos ainda em construção e, como a maior parcela dos preceitos jurídicos, expressam conteúdo historicamente mutável e que podem e devem ser desenvolvidos no objetivo de incluir o maior número de pessoas<sup>2</sup>. Conforme o mencionado autor,

quando nos referimos aos direitos sexuais, há de se ter em mente que a sexualidade é parte integrante da personalidade de cada ser humano, um aspecto natural e precioso da vida, uma parte essencial e fundamental de nossa humanidade [...] Destarte, os direitos sexuais têm como objeto e fundamento a proteção da dignidade da pessoa humana especificamente no tocante às questões relacionadas com o sexo, entendido aqui em sentido amplo, para abranger todas as suas dimensões, da mesma forma que os direitos humanos fundamentais, razão pela qual é lícito afirmarmos que os direitos sexuais são uma espécie daqueles<sup>3</sup>.

A sexualidade, por trazer à tona relações tanto de caráter eminentemente pessoal (ser homossexual, por exemplo) quanto social (exercer a sexualidade no contato com outros) também deve ser respeitada em sua dignidade, pelo que se traça um conceito de *dignidade sexual* que, por sua natureza, pertence ao sistema de direitos fundamentais da pessoa humana. Os postulados oriundos do XV Congresso Nacional de Sexologia estabelecem boas delineações acerca desses direitos, dentre os quais é possível destacar: a) direito à liberdade sexual, podendo o indivíduo manifestar livremente as diversas formas de seu potencial sexual, excluindo-se, pois, quaisquer formas de exploração,

---

<sup>1</sup> Oliveira, **Homossexualidade**: uma visão mitológica, religiosa, filosófica e jurídica, 2011, p. 277.

<sup>2</sup> **A incorporação dos direitos sexuais aos direitos humanos fundamentais**, 2012, p. 202.

<sup>3</sup> *Op. cit.*, p. 207.

coerção ou abuso; b) direito à autonomia e integridade sexuais, assim como à segurança do próprio corpo sexual, compreendendo a possibilidade de cada ser humano tomar decisões acerca da própria vida sexual num contexto de ética pessoal e social; c) direito ao prazer sexual; d) direito à expressão sexual, havendo liberdade para que o indivíduo se manifeste com comunicação, toques ou outras formas<sup>4</sup>.

Por esta razão é que, há mais de duas décadas, Márcio Bártoli estabeleceu severas críticas ao conceito de autodeterminação sexual presente entre os penalistas, de maneira a afirmar ser atentatória ao bom senso a determinação de uma faixa etária na qual a pessoa atinge sua autodeterminação sexual e, até à véspera, ser plenamente incapaz de fazê-lo. Afirma, ademais, que o conceito de autodeterminação sexual – ou seja, a pessoa decidir livremente acerca da destinação que pretende dar à sua vida sexual – é ainda uma espécie de restrição indevida na vida da pessoa humana<sup>5</sup>.

No mesmo ano – mas com uma visão ainda própria da política higienista do final do século XIX – Paulo José da Costa Júnior defendeu a regulamentação da prostituição como um imperativo moral: prevenir a sociedade contra certas doenças sexualmente transmissíveis, como a infecção pelo vírus HIV e a síndrome da imunodeficiência adquirida (AIDS), para além de afastar “mulheres da vida” e “travestis escandalosos” que ofendem a paz e o recato dos moradores de bairros residenciais e elegantes da cidade de São Paulo<sup>6</sup>. Não se tinha em vista, a toda evidência, a dignidade sexual das pessoas, e sim a proteção de um bem que soa estranho: a moralidade pública.

Na verdade, a moral pode até mesmo repudiar certas relações, como aquelas oriundas do comércio sexual. Esta será, sobretudo, a moral religiosa, que são os valores partilhados por pessoas que professam a mesma fé. No entanto, o problema da moral secular se coloca num plano absoluto e rigorosamente distinto: é a busca de enfrentar problemas relacionais em uma situação prática, supondo um sujeito que seja responsável por seus atos, o qual poderá optar por duas ou mais condutas. Moral e direito são construções culturais humanas, historicamente mutáveis, e assim se

---

<sup>4</sup> Dias, **A incorporação dos direitos sexuais aos direitos humanos fundamentais**, 2012, p. 202-204.

<sup>5</sup> A capacidade de autodeterminação sexual da vítima como causa de relativização da presunção de violência, **Revista dos Tribunais**, 1992, p. 410-413.

<sup>6</sup> Prostituição regulamentada, **Revista dos Tribunais**, 1992, p. 408-409.

aproximam de questões éticas – a reflexão comunitária, por assim dizer, da moralidade de uma conduta<sup>7</sup>.

Portanto, a liberdade sexual é uma das expressões mais caras da dignidade da pessoa humana e, se exercida com poder de autodeterminação entre adultos, é a feição máxima do que aqui se denomina *dignidade sexual*, direito inerente à pessoa humana e tutelado pelo sistema de direitos fundamentais existentes. Desta maneira, é completamente desarrazoada e sem legitimidade alguma qualquer intervenção penal cujo objetivo seja exclusivamente moral no âmbito da sexualidade humana. Assim, a Lei 12.015/09, ao redefinir a nomenclatura de “crime contra os costumes” e a refundar sob o signo “dos crimes contra a dignidade sexual”, objetiva separar o que é injusto contra a liberdade sexual com vistas à oxigenação dos tipos penais anteriores, que padeciam de arcaico moralismo<sup>8</sup>.

Não por outro motivo é que foi alterado, em sua base tanto conceitual quanto axiológica, o crime ainda com o *nomen juris* de casa de prostituição, previsto no artigo 229 do Código Penal. A redação do novo tipo sequer menciona prostituição: é condenado quem mantém um estabelecimento qualquer, seja hotel, casa de massagem, sítios, etc., que sejam habitualmente destinados – como atividade principal ou secundária – à exploração sexual de outra pessoa<sup>9</sup>. Ora, o conceito de exploração sexual deve ser compreendido como voltada a tirar proveito, abusando, lucrando mediante fraude ou engodo de pessoas, com o objetivo de satisfação da lascívia. Inexistentes tais preceitos, não haverá o tipo da exploração sexual, visto ser aí indevida a interferência do Estado em questões de liberdade sexual de cada indivíduo ou, do contrário, ter-se-ia uma polícia de costumes a atentar sistematicamente contra o direito fundamental à dignidade sexual.

É nesse sentido que o Estado muitas vezes coloca obstáculos a uma liberdade, como na relação triádica defendida por Robert Alexy. O direito de vender a prática sexual, como variante do direito fundamental à integridade sexual, deve sofrer limitações apenas em situações nas quais ocorra alguma forma de exploração, e não quando é livremente consentida.

---

<sup>7</sup> Oliveira, Sexualidade, moral e direito: a exclusão dos sujeitos, **Sequência**: Revista do curso de pós-graduação em Direito da UFSC, 2002, p. 42-44.

<sup>8</sup> Costa, Breves apontamentos sobre a reforma dos crimes contra a dignidade sexual da pessoa humana, **Revista da EMERJ**, 2010, p. 29-30.

<sup>9</sup> Gomes, Cunha, Mazzuoli, **Comentários à reforma criminal de 2009 e à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados**, 2009, p. 68-69.

Nesse sentido é lapidar, e reputamos como brilhante, a reflexão do jurista espanhol Pablo de Lora, quando põe em dúvida a eficácia de sistemas proibicionistas como o da Suécia. O autor questiona o porquê de profissionais do sexo não poderem trabalhar por conta própria ou mesmo alheia (sendo, no caso, empregados). Em primeiro lugar, afirma, há quem diga que o fato de o Estado regulamentar a atividade da prostituição poderia conferir-lhe a pecha de “normalidade”, ou seja, de uma atividade aceitável. Mas acaso é o Estado quem deve imbuir os cidadãos de virtudes e, mais ainda, de virtudes selecionadas por terceiros? São os cidadãos que devem planejar e traçar seus modelos de vida com os ideais e desejos que considerem valiosos. Do contrário, estar-se-ia diante de um ente público que se encarregaria de planejar a própria vida privada dos indivíduos: seria o “Estado perfeccionista”. Em troca, haveria a restrição inaceitável em relação à liberdade de homens e mulheres que veem, na prestação sexual de serviços, uma forma de trabalho tão digna quanto diversas outras.

Há também o argumento de que o ato de prostituir-se seria intrinsecamente imoral. Então poderíamos valorar, por exemplo, a masturbação como um ato mais “nobre” do que a contratação de um profissional do sexo, caso alguém deseje satisfazer sua lascívia? Qual o fundamento para esta conclusão, senão um ranço moralista? Algumas pessoas, pelas mais variadas razões possíveis, não conseguem encontrar parceiros para uma relação sexual. Os proibicionistas desejam, então, que todas estas pessoas não possam livremente contratar serviços sexuais com um profissional, pois que o ato sexual deve ser altruísta. E quantas outras necessidades humanas – até mesmo a de alimentar-se, que é vital a qualquer ser humano – não estão disponibilizadas quase que exclusivamente pelo comércio?

Por fim, fala-se em prostituição regulamentada como algo que poderia induzir alguém a querer desempenhar tal profissão como plano de vida. No entanto, toda decisão de cunho moral pode ser grave, ou até mesmo não recomendável, mas não pode, a toda evidência, ser censurada. Esta é a distinção básica, por assim dizer, entre o *pecado* e o *delito*: somente o último deve ser penalmente combatido, pois atenta contra os interesses básicos da cidadania. Se não há exploração, nem aviltamento à dignidade sexual, esta deve ser protegida em suas múltiplas formas de manifestação<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> ¿Hacernos los suecos? La prostitución y los límites del Estado, **Cuardenos de Filosofía del Derecho**, 2007, p. 459-463.

O Estado brasileiro, porém, é rigorosamente omissivo quanto à proteção da dignidade sexual, em seu sentido amplo, quando o tema se refere à prostituição. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus 104.467/RS, oferece bom exemplo quanto a esta visão: contrariando o Juízo de Primeira Instância e o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que afirmavam ser o delito do artigo 229 do Código Penal (casa de prostituição) uma conduta que vem sendo descriminalizada pela jurisprudência em razão da cultura hodierna, tendo-se em vista o princípio da adequação social da pena, os Ministros denegaram ordem para a libertação dos pacientes, os quais mantinham estabelecimento em que ocorria o comércio sexual, ainda que inexistissem quaisquer provas de que havia efetiva exploração sexual de pessoas no recinto.

Conforme o voto da Ministra Relatora Carmen Lúcia, o tipo penal em tela buscava resguardar “a moralidade sexual e os bons costumes”, não sendo o princípio da adequação social apto a revogar tipos penais. No entanto, Luís Greco critica a decisão da Excelsa Corte, aquiescendo com ela que a adequação social não revoga, de fato, a tipicidade de certas condutas. Para o autor, é justamente a nova redação conferida ao artigo 229 do Código Penal que poderia ser interpretada de maneira liberalizante, de maneira a não se permitir, ao Estado, a invasão nos domínios privados da sexualidade de outras pessoas.

O Supremo Tribunal Federal equivocou-se ao não demonstrar conhecimento acerca da distinção entre um conceito dogmático de bem jurídico e um conceito político-criminal de bem jurídico, sendo este último vinculante para o legislador e, em consequência, a quem aplica o direito. No entanto, ainda que recusasse este último conceito, deveria o Pretório Excelso saber que os bens tutelados pelo Direito Penal não refletem âmbitos meramente “imorais” e, portanto, considerar *a moralidade sexual e os bons costumes* um bem jurídico denota desinformação – para dizer o mínimo. Mesmo no conceito dogmático de bem jurídico, que buscou excluir da tutela penal os costumes e a moral sexual, não haveria fundamento suficiente para que o Supremo Tribunal decidisse desta forma, vez que se fala em *dignidade sexual* – como vimos, um direito fundamental.

Na verdade, o erro está em interpretar uma norma nova com o mesmo sentido da antiga. Isso porque o conceito de dignidade, bastante conhecido, suscita duas possíveis interpretações: o sentido oriundo de uma *perspectiva política*, ou seja, como o direito inerente à pessoa humana de viver sua própria vida, traçar seus planos de acordo com o

que considera valioso; e há também a *perspectiva perfeccionista*, que tem a dignidade como virtude, com valores ditados por terceiros – ou pelo Estado, como já nos referimos. No entanto, apenas a dignidade em sua *perspectiva política* é aquela aceita pelo direito. Não há qualquer indignidade no ato de prostituir-se, e “participar desse ato, por meio de mera manutenção de uma casa de prostituição, tampouco lesiona qualquer dignidade”<sup>11</sup>.

Ora, o ato de prostituir-se não afeta a dignidade sexual em seu sentido político, pois o objeto de proteção dos crimes sexuais não é a moral sexual, e sim a agressão à melhor expressividade do conceito de dignidade sexual, que é o direito à autodeterminação sexual. Portanto, exploração existe apenas nos casos em que este livre agir é lesionado, e o artigo 229 permite afirmar-se, *de lege lata*, que exploração sexual ocorre “apenas nos casos em que a em que a pessoa que pratica atos sexuais não o faz de modo livre, e sim age com *vontade viciada por fraude* ou *coação* praticada pelo agente”<sup>12</sup>. Esta é a interpretação a ser dada por um direito penal liberalizante, que não interfira na autodeterminação sexual e, por conseguinte, no direito fundamental à dignidade sexual dos cidadãos. Afinal, o que se busca é a proteção dessa dignidade, devendo ser a Lei 12.015/09 interpretada na realidade e contexto atuais, tendo-se em consideração o respeito à dignidade humana e o combate à pedofilia e à violência sexual<sup>13</sup>.

Ora, tudo quanto aqui foi exposto refere-se, sem sombra de dúvidas, à delimitação de um direito fundamental ainda pouco discutido, qual seja, o direito à dignidade sexual. No entanto, a ainda incipiente formulação deste conceito é que permite interpretações acerca da prostituição como esta acima vista: a dignidade sexual é vista como uma *liberdade negativa* (em seu sentido mais restrito), como o direito de ninguém ser objeto de abuso, exploração, estupro, tráfico, mutilação, etc. Não há um conceito eminentemente positivo e emancipador de dignidade sexual como, por exemplo, o direito a gozar do próprio corpo sexual da maneira que melhor aprouver à pessoa humana<sup>14</sup>. Mas como este direito estará garantido no caso de a pessoa querer prostituir-se se, apesar de o ato não ser considerado crime, tudo o que está relacionado à

---

<sup>11</sup> Greco, Casa de Prostituição (art. 229 do CP) e Direito Penal Liberal: reflexões por ocasião do recente julgado do STF (HC 104.467), **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, 2011, p. 449.

<sup>12</sup> *Idem*, p. 452.

<sup>13</sup> Greco Filho, Uma interpretação de duvidosa dignidade, **Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura**, 2009, p. 145.

<sup>14</sup> Mattar, Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais: uma análise comparativa com os direitos reprodutivos, **Revista Internacional de Direitos Humanos**, 2008, p. 64-65.

prostituição *livre* – mesmo aquela realizada em estabelecimentos que resguardam a proteção do profissional do sexo, no qual não exista qualquer forma de exploração – é tipificado por normas penais?

Portanto, numa leitura mais atenta e conforme à Constituição Federal e aos direitos fundamentais da pessoa humana, somente poder-se-á concluir que o aviltamento da dignidade sexual, enquanto direito fundamental, dá-se quando houver nítida *exploração*, o que obriga a toda uma releitura obrigatória dos tipos penais relacionados ao ato de prostituir-se. Do contrário, para além de sustentar-se um moralismo anacrônico – ou seja, a criminalização de condutas consideradas imorais por parte da sociedade – o Estado estará a colocar obstáculos indevidos a outros direitos fundamentais, mormente à liberdade de exercício profissional, o que não pode ser compreendido como conduta coerente com o sistema de direitos fundamentais existentes no Brasil. Trata-se, pois, da negação de um direito fundamental com base em valores morais, o que é inaceitável diante da própria dogmática jurídica.

### **1. Direito geral de liberdade e profissionais do sexo: o trabalho sexual e a liberdade de profissão**

Num espaço plural não há como negar à pessoa humana que, valendo-se de sua liberdade e autodeterminação sexual, e no exato sentido em que se traduz o direito fundamental da dignidade sexual do ser humano, contemplada num projeto de vida, seja possível afirmar, sem laivo de dúvidas, ser a prostituição uma legítima forma de *trabalho*. Nesse aspecto, ninguém infirma a assertiva, vez que o sexo poderá ser vendável, já que a pessoa que assim deseje fazer não encontra qualquer obstáculo. Pertence a venda do sexo aos domínios das atividades econômicas lícitas, ancorando-se no também direito fundamental à liberdade de exercício da profissão, ancorado no fundamento do valor social do trabalho e da livre iniciativa.

Consideramos importante observar algumas experiências alienígenas que, de maneira cabal, podem ser aplicadas ao Brasil. O Tribunal de Justiça da União Europeia (então Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia), já no ano de 1.981, reconheceu a prostituição como atividade econômica. A Bélgica pretendia negar autorização de residência e trabalho para cidadãs francesas lá empregadas sob o epíteto de camareiras

mas que eram, em verdade, profissionais do sexo; a alegação belga era de que o comportamento das francesas seria contrária à ordem pública, pois trabalhavam em locais suspeitos sob o ponto de vista dos costumes. O Tribunal não acolheu os argumentos da Bélgica, sustentando que *ameaça à ordem pública* deve ser vista de forma restritiva, ou seja, como ameaça de colocar em perigo valores da sociedade. Justificou por fim que, não sendo crime a prostituição voluntária no país em comento, a prostituição se consubstanciava em atividade econômica lícita e apta, portanto, a justificar o direito de residência das trabalhadoras francesas em terras belgas<sup>15</sup>.

Mais recentemente, na Espanha, o Supremo Tribunal sentenciou como legal o grupo autodenominado “Mesalina”. Tratava-se, pois, de uma associação empresarial hoteleira que tem como objetivo reunir proprietários de hotéis que tenham em mira o oferecimento de produtos e serviços a pessoas estranhas aos seus estabelecimentos, que exerçam prostituição por conta própria. Nesse caso inédito, portanto, a Justiça da Espanha reconheceu a prostituição como atividade econômica lícita, ou seja, como verdadeira forma de *trabalho*<sup>16</sup>. Assim o é também no Brasil, tanto porque o ato de prostituir-se não é crime, quanto pelo fato de encontrar-se listado na Classificação Brasileira de Ocupações, do Ministério do Trabalho e Emprego, qual afirmamos.

Em todo o mundo é possível notar, salvo exceções pontuais (como a Suécia), que o direito fundamental à liberdade de trabalho, corolário que é das liberdades humanas, começa a entrecortar caminhos e invadir a esfera da interpretação penal de países em que a atividade do comércio sexual não é ilícita, mas tudo o que a ela se relacione o é. Cada vez mais espaços são criados para que quem se prostitui tenha, ao menos, acesso a algum serviço público ou possibilidade de associação. Tudo isto é fruto, sem dúvidas, de movimentos sociais de profissionais do sexo que, muitas vezes sem força político-partidária, conseguem reunir-se em agremiações em torno de seus interesses. O *grau de intensidade* que se nota nesses grupos, formado por pessoas das mais diversas tendências culturais, religiosas, partidárias, etc., é o que confere a esse grupo o conceito de político: abre-se mão de convicções em torno de um objetivo comum, qual seja, a luta pelo reconhecimento dos direitos sexuais desses trabalhadores.

---

<sup>15</sup> Poyatos i Matas, **La prostitución como trabajo autónomo**, 2009, p. 73-75.

<sup>16</sup> Poyatos i Matas, **La prostitución como trabajo autónomo**, 2009, p. 79.

Torna-se esta associação, pois, um agrupamento humano normativo<sup>17</sup>, que se orienta conforme as condições e possibilidades de exercício e luta por direitos fundamentais.

Como é possível notar, até aqui a leitura do sexo profissional dá-se pelo direito fundamental à dignidade sexual da pessoa humana; no entanto, o *nomen juris* do artigo 229 (casa de prostituição), conforme já dito, encontra-se em rigoroso descompasso com o rol de direitos fundamentais sobre os quais comentamos. Numa rigorosa leitura da nova redação do dispositivo, serão punidos com a majestade da tutela penal apenas os proprietários de locais onde ocorra *exploração sexual*; o termo é vago, mas no decorrer deste trabalho já lançamos considerações sobre ele.

Não se pode pretender punir quem mantém casa de prostituição (como bordéis, casas de massagem, saunas, locais de entretenimento erótico, etc.) por uma razão bastante simples: trata-se de local onde ocorre *ato não criminoso*, desde que a prostituição seja exercida dentro dos limites da autonomia da vontade. Guilherme de Souza Nucci corrobora a assertiva afirmando que, se para alguns a prostituição é imoral, a corrupção também o é, e ainda mais: a corrupção é também crime, ao contrário do ato de prostituir-se. No entanto, “não consta existir tipo penal punindo quem mantenha estabelecimento onde ocorra corrupção. Esse é o desatino não mais compatível com o moderno direito penal brasileiro”<sup>18</sup>.

Vamos um pouco além das palavras de Nucci: a criminalização de bordéis, saunas, casas de massagem, enfim, de quaisquer locais em que ocorra a prostituição não apenas afronta o moderno direito penal, mas também o constitucional. Não é possível conceber a criminalização de uma pessoa que mantém local destinado à prática de atividades lícitas, pois fere tanto o direito à dignidade sexual de terceiros quanto outros típicos direitos fundamentais de liberdade, como o livre exercício profissional e o direito à disposição do próprio corpo sexual como a pessoa desejar. Somente são dignas da tutela penal as condutas que lesem bens jurídicos, ou seja, que se demonstrem socialmente danosas. Inexistindo lesão a quaisquer pessoas, a moralidade ou o bem-estar social não estão aptos a condenar ninguém, sob pena de afronta à própria dignidade da pessoa humana<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> Schmitt, **O conceito do político**, 2009, p. 39-41.

<sup>18</sup> **Crimes contra a dignidade sexual**: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009, 2009, p. 80.

<sup>19</sup> Dias; Andrade, **Criminologia**: o homem delinquente e a sociedade criminógena, 1997, p. 405-406

Na fala de uma profissional do sexo, que denominaremos Maria, questionamos sobre como se manteve após este um ano e meio na profissão do sexo, e se dela pretendia sair. Maria foi categórica:

sair, não, não, não. Eu nunca roubei ninguém, nunca matei, só aluguei o que era meu e com esse dinheiro ajudei meu pai e minha mãe, principalmente ela, que tá doente, cansada [...] mas eles não sabem o que eu faço. Eles fala que eu não tenho nome de santa por acaso, porque sou santa mesmo, coitados. Eu amo muito eles, sabe? [...] Mas a vida é complicada. Não é por causa de cliente não, porque gente folgada o seu Marcos (dono do prostíbulo – nome igualmente fictício) toca pra fora de cara. [...] E olha, no fundo a vida do seu Marcos é dura como a nossa: vira e mexe baixa a polícia por lá, ameaça ele e pede grana. [...] É, pede grana sim, porque eles fala que se num tiver a grana, os piá fecha o estabelecimento e aí grita pra gente: “você vão tudo pra rua”. [...] O povo da Polícia às vezes quer dinheiro, às vezes quer se divertir de graça com a gente. Aí não tem como não atender, não é?

A fala de Maria é exemplar – exemplar no sentido paradigmático, qual seja, o de representar o que, na realidade, vivem os profissionais do sexo que, mesmo exercendo sua profissão com liberdade, são ameaçados sempre por quem supostamente deveria “protegê-los” da *exploração presumida*, como querem alguns, existente na prostituição. A exploração e marginalização destes trabalhadores advém, em verdade, do próprio Estado e da lei. Eugênio Raúl Zaffaroni oferta a exata medida do que disse Maria: o sistema penal possui a capacidade de criminalizar reiteradamente toda a população – uma proposição hipotética, claro – porque “o sistema penal está *estruturalmente* montado para que a legalidade processual não opere e, sim, para que exerça seu poder com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva dirigida, naturalmente, aos setores vulneráveis”<sup>20</sup>. Os prostíbulos existem em grande parte – senão em todas as cidades – do território brasileiro. Operam em meio a uma “liberdade opaca” ou “criminalidade consentida e tolerada”; no entanto, paira sobre todos eles, onipresente, a norma penal, que está apta a incriminar quem mantiver estabelecimentos com destinação à prática de prostituir-se.

---

<sup>20</sup> Zaffaroni, **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal, 1991, p. 27.

O criminoso, no caso mencionado, seria o proprietário do estabelecimento e isso permite concluir, com Zaffaroni, que “os órgãos executivos têm ‘espaço legal’ para poder exercer poder repressivo sobre qualquer habitante, mas operam *contra e quem deciden*”<sup>21</sup>. Em sendo os bordéis, casas de massagem, saunas, etc., estabelecimentos todos em que sabidamente ocorre prostituição, os agentes da força coercitiva do Estado – *sponte própria* – decidem como e quando agir, ameaçando a existência do local de trabalho de profissionais do sexo e a liberdade do proprietário do estabelecimento. Discricionariamente, de maneira corrupta, decidem *como e quando* operar, estabelecendo chantagens em relação ao proprietário e aos profissionais do sexo, deles exigindo ora prestação sexual propriamente dita, ora propina para comprar o silêncio policial ou, ainda, ambas as coisas.

A escolha pela profissão do sexo pode ser ditada por razões econômicas; não por estar sempre acompanhada a pessoa pela situação de *miserabilidade*, e sim pelo fato de tal trabalho remunerar de maneira muito mais acentuada os profissionais que os exercem do que aqueles empregos ordinariamente ofertados pelo mercado. Aliás, a necessidade econômica é o que leva qualquer pessoa a trabalhar: seria o trabalho numa mina de carvão, em que o trabalhador é exposto a agentes cancerígenos, mais *digno* que o trabalho sexual? Ou apenas mais *virtuoso*, na concepção estatal? Nesse sentido é de se questionar, como bem faz Pablo de Lora: quais os limites do Estado frente ao fenômeno social da prostituição?<sup>22</sup> Lembremo-nos, pois, que estamos diante de uma atividade lícita, e a impedir não parece ser, ao menos em princípio, a melhor solução.

## **2. Tendências penais quanto ao meretrício: proibicionismo, abolicionismo e regulamentarismo**

O mundo experimentou três modelos de tratamento da prostituição, a saber: o proibicionismo, o abolicionismo e o regulamentarismo. Proibicionista é o tratamento dispensado por países como a Suécia e os Estados Unidos da América, à exceção do Estado de Nevada: criminalizar todas as atividades relacionadas à prostituição e o ato comercial da venda do sexo em si mesmo, seja penalizando o cliente-prostituidor (como

---

<sup>21</sup> *Idem, ibidem* (grifamos).

<sup>22</sup> ¿Hacernos los suecos? La prostitución y los límites del Estado, **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, 2007, p. 468-469.

no caso da Suécia), profissional e adquirente da prestação (como ocorre nos Estados Unidos), ou apenas do profissional do sexo, como dispõe a legislação egípcia. No Brasil, há Projeto de Lei neste sentido (mais especificamente, o citado Projeto de Lei 377/2011, de autoria do Deputado João Campos): pretende criminalizar tanto profissional do sexo quanto seu cliente. Caso seguissemos tal paradigma, todos os entrevistados e os clientes que já tiveram em suas vidas seriam considerados criminosos.

O modelo abolicionista, ao contrário do que a nomenclatura parece inicialmente sugerir, pretende não criminalizar os profissionais do sexo e seus clientes, mas sim tudo o que estiver envolvido com a prostituição, como determinadas condutas que facilitam ou, de alguma forma, contribuem para com a prostituição, tais quais as atividades desenvolvidas pela figura do proxeneta, do rufião, dos donos de casas de prostituição, etc. Este é o modelo defendido por grande parcela dos setores feministas, que advogam a tese de que um dia, a depender do desenvolvimento econômico dos países, a prostituição restará *abolida* por si mesma. É o sistema existente no Brasil.

Defensores deste modelo afirmam que, de fato, a invisibilidade que tal modelo permite ao sistema, aliado aos valores culturais da sociedade, não permitem uma aplicação fática das normas penais. No entanto, não é por isto – na visão dos abolicionistas – que este não seja o melhor modelo: ao mesmo tempo em que se deve exigir maior eficácia nas normas penais que criminalizam os intermediários do comércio sexual, há de se ter uma campanha de sensibilização acerca dos efeitos negativos do ato de prostituir-se. Ademais, seria a prostituição um resquício da sociedade patriarcal, vez que o matrimônio (como forma supostamente legítima de sexualidade) encontra-se falido, encontrando os homens, nas prostitutas, a satisfação dos prazeres não vividos em casa. A autonomia da prostituta, nesse diapasão, seria uma falácia<sup>23</sup>.

Contra o paradigma abolicionista posicionam-se outros grupos feministas, profissionais do sexo e pessoas que investem no ramo da indústria do sexo. Em que pese a discussão já existir há mais de um século e continuar polêmica, em nosso sentir o modelo abolicionista encontra-se *radicalmente* equivocado: é na *raiz* de seus postulados, em sua gênese, que o modelo encontra suas falhas. Por mais que se invoque

---

<sup>23</sup> Rubio, La teoría abolicionista de la prostitución desde una perspectiva feminista, in Holgado Fernández, **Prostituciones**: diálogos sobre sexo de pago, 2008, p. 81-87.

o contrário, admitir a existência de efeitos nocivos no comércio do sexo é, ainda, uma questão moral. Contraria o projeto de vida que cada um pode livremente dispor, seja qual for a razão da escolha. Tomemos, pois, o depoimento de Maria: é claro que fortes razões sociais e econômicas a levaram à escolha da profissão sexual; no entanto, não é este mesmo motivo que leva todo e qualquer trabalhador à procura de seu mister? Não há razão para que elejamos um trabalho com maior dignidade que outro, pois haveria a imposição de um modelo de vida virtuosa, e não a virtude vista pela própria existência em si. Sabemos da existência de trabalhos perigosos, insalubres e penosos e, ainda assim, são eles tolerados pela legislação trabalhista em quase todo o globo. Muitos expõem a perigo – tal como no trabalho sexual – os profissionais a doenças severas, a depender do mister realizado. Nem por esta razão, todavia, há criminalização de atividades relacionadas a tais labores.

No mais, atrevemo-nos em dizer que o argumento do machismo ou da manutenção da sociedade patriarcal encontra-se obsoleto. Embora seja impossível quantificar numericamente o gênero dos profissionais do sexo, é fato que existem mulheres e homens que exercem tal trabalho; ademais, também há homens e mulheres que são clientes destes serviços sexuais. No entanto, é recorrente falar-se em *prostituta* apenas no feminino, como se apenas homens fossem os clientes ou, numa nomenclatura mais pesada, os prostituidores. Acaso seria a prostituição masculina os primeiros gritos de uma sociedade feminista? Impossível, pois, estabelecer qualquer base para tal diálogo.

Alega-se, além disto, que a prostituição coisifica a pessoa para que outra obtenha prazer, obliterando o direito ao desfrute de sua própria sexualidade: não a usará para a obtenção de prazer, e sim como meio de vida. Isto obstará o direito à integridade física e moral, à intimidade e ao livre desenvolvimento da personalidade da pessoa prostituída. Além disso, se a prostituição é hoje aceita e tolerada socialmente, cabe lembrar que a escravidão também o foi, e nem por isto é aceitável<sup>24</sup>.

Em nosso sentir comparar a escravidão com o comércio sexual, *maxima venia*, é argumento esdrúxulo. Ignora séculos de sofrimentos e torturas, ao menos em nosso país, dos povos indígenas e africanos. No sistema escravocrata a pessoa era reduzida por inteiro à condição de coisa, não possuindo quaisquer direitos; era propriedade de alguém e, como coisa que era, poderia sofrer torturas físicas, psíquicas ou mesmo

---

<sup>24</sup> Carmona Cuenca, ¿Es la prostitución una vulneración de derechos fundamentales?, in Serra Cristóbal, **Prostitución y Trata: marco jurídico y régimen de derechos**, 2007, p. 64-69.

enfrentar a doença e a morte sem que isso acarretasse qualquer implicação jurídica ao dono de alguém.

A coisificação do sexo é um argumento mais delicado. No entanto, como já examinamos, a dignidade sexual – valor diretamente ligado à dignidade da pessoa humana – preza pela autodeterminação sexual e, como direito de liberdade, deve ser exercido da forma mais ampla possível para a satisfação das *necessidades humanas*, conquanto não comporte violência de qualquer espécie. Na interpretação de um direito democrático não existirá espaço, em nosso sentir, para afirmar que a venda do sexo é *coisificação*. A sexualidade, num sistema de direitos fundamentais, deve ser exercida da maneira que melhor satisfaça as necessidades humanas, e se esta necessidade é a de subsistência, não há como qualificá-la como boa ou má escolha, e menos ainda como violência presumida, em se tratando de pessoas maiores e capazes. A adjetivação de *boa* ou *má* escolha no ato da venda do sexo importa, rigorosamente, num conceito moral.

Juan Carlos Ferré Olivé critica a reforma penal de 2.003, ocorrida na Espanha, quanto ao tratamento dos profissionais do sexo. Conforme o autor, em pleno século XXI a faculdade de autodeterminação sexual deve ser plena ao chegar-se à maioridade, podendo a pessoa humana adotar a forma de praticar atos sexuais como bem entender: sexo heterossexual, homossexual, bissexual, grupal, etc., seja por conveniência, amor ou dinheiro – neste último caso, o que se costuma denominar como prostituição. Por isto, a Espanha viveu, de 1.995 até o mencionado ano de 2.003, um direito penal democrático no que diz respeito ao comércio sexual: distinguia-se, pois, a *servidão sexual* (ou seja, trabalho sexual obtido mediante ausência de liberdade) do *trabalho sexual*, que tinha como base o consentimento do profissional do sexo. Protegia-se apenas a liberdade sexual fundada na base do consentimento; existindo este, não haveria crime. Inexistindo, todos os envolvidos seriam punidos.

Conforme o citado autor espanhol, um interessante debate foi travado ao longo dos anos de 1.995 e 2.003 em terras espanholas. A doutrina e a jurisprudência procuraram balizar a figura do consentimento do profissional do sexo, de maneira a concluir que, no caso das pessoas menores de idade, o conceito de liberdade sexual em sentido amplo deveria ser matizado, com vistas à dignidade sexual, qual seja, o direito de o menor desenvolver normalmente sua personalidade no que respeita ao sexo. A reforma de 2.003, porém, adotou os postulados abolicionistas, de maneira a criminalizar todos os intermediários existentes numa relação sexual de cunho financeiro; assim,

buscou o legislador – e isso é inegável, em que pesem justificativas em contrário – proteger não a liberdade sexual, e sim uma *moral sexual coletiva*, ranço paternalista e de origem moral que não se coaduna com um direito democrático<sup>25</sup>.

O discurso dos profissionais do sexo não os reflete invariavelmente como vítimas. Os motivos apontados para a chamada *vitimização* poderiam ser aplicados, sem reparos ou adaptações, a quaisquer trabalhadores que laborem em condições perigosas e insalubres, e que encontram na remuneração desse mister oriunda a forma de sua subsistência.

A afirmação é compatível com o que explana Cristina Garaizábal, profissional do sexo e co-fundadora de uma associação de defesa de direito dos trabalhadores sexuais. Com efeito, a autora afirma que, numa sociedade capitalista em que as pessoas trabalham com habilidades ou conhecimentos para subsistir, a prostituição segue considerada como a maior de todas as indignidades, porque a temática do sexo persiste, mesmo no século XXI, como uma das maiores dificuldades encontradas pela sociedade para uma discussão aberta e sem ranços moralistas. Essa invisibilidade conferida aos profissionais do sexo acaba por traduzir-se numa construção coletiva de *vitimização extrema* dos aludidos trabalhadores, pois a sociedade não aceita sua independência pessoal e econômica. Assim, o imaginário popular e mesmo o Estado acaba por vê-los como pessoas sempre exploradas por proxenetas, rufiões ou outros intermediários, o que não é verdadeiro. Por fim, a autora arremata: o estigma destinado aos profissionais do sexo somente serve para que lhes seja negado os direitos sociais mais elementares<sup>26</sup>.

Podemos concluir, portanto, que os profissionais do sexo estão, de fato, *marginalizados*: não por serem vítimas de intermediários existentes nas relações comerciais de sexo havidas entre estes e seus clientes, mas por sociedades que os enxergam como vítimas *presumidas* e, negando-lhes qualquer autonomia da vontade e, por consequência, sua autodeterminação sexual, negam-lhes a própria dignidade sexual, de maneira a demonstrar qual seria o caminho *moralmente* mais correto de subsistir. Toda argumentação contrária ao ato de prostituir-se tem, em si, uma forte conotação moral, por mais que seja negada. Estes conceitos, porém, só se traduzem em um signo:

---

<sup>25</sup> Trabajo sexual, crimen organizado y trata de personas, in Núñez Paz, **Um derecho penal comprometido**, 2011, p. 403-411.

<sup>26</sup> Las prostitutas toman la palabra: las vicisitudes de su construcción como sujetos sociales, in Holgado Fernández, **Prostituciones**: diálogos sobre sexo de pago, 2008, p. 96-97.

ausência de qualquer proteção social ao trabalhador do sexo, pela ausência de um modelo que regule sua prática profissional.

O modelo regulamentarista não é novo: já existe ao menos desde o século XIX, para não adentrarmos, por exemplo, em paradigmas como o da Grécia antiga. Tal modelo teve sua origem ligada à higienização e a motivos de saúde pública, como a tentativa de prevenção de doenças sexualmente transmissíveis que ocorreram no século XIX, como a sífilis. Na verdade, o regulamentarismo clássico é impensável sem os ingredientes das doenças venéreas, e do combate moral à indecência e à desordem moral existente na prostituição. No afã de controlar a sociedade de maneira panóptica, os princípios sanitaristas incumbiam o Estado, em síntese, de afastar a prostituição para zonas de confinamento, a fim de proteger a moralidade e a ordem pública, para além de realizar inspeções de saúde nas prostitutas, para cessar a transmissão de doenças. Na verdade, foi uma tentativa do Estado em classificar os profissionais do sexo – nessa fase, pode-se dizer que apenas as mulheres – como *decentes* ou *indecentes*, de maneira a construir uma espécie de sociedade subterrânea<sup>27</sup>.

Posição similar, com nuances diferentes, foi defendida no Brasil por Nélson Hungria na década de 1.950, a considerar que “a prostituição exerce uma baixa e aviltante função, mas, como quer que seja, *função social*, ligada a um dos primordiais e inelutáveis instintos do homem.”<sup>28</sup>. O autor, rejeitando as teses abolicionistas e proibicionistas – que suplantaram, no breve século XX, o regulamentarismo – entende a prostituição como inevitável e, por isto, sugere a *liberdade vigiada* do ato de prostituir-se; deveriam, pois, as prostitutas submeterem-se não à regulamentação oficial do mister, mas a zonas de confinamento, tendo em vista a moralidade pública<sup>29</sup>.

Nas duas últimas décadas do século XX, um neorregulamentarismo surgiu com força quando do surgimento da pandemia da AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida)<sup>30</sup>, e acabou por resultar em legislações que permitiram regulamentar a atividade comercial do sexo, como demonstrado no capítulo anterior. Em que pesem conquistas importantes, como na Nova Zelândia, Alemanha e no Estado de Nevada, nos Estados Unidos da América – que promoveram a integração social dos profissionais do sexo por meio de lei – alguns países, como a Holanda, promoveram o reconhecimento

---

<sup>27</sup> Maqueda Abreu, **Prostitución, feminismos y derecho penal**, 2009, p. 5-6.

<sup>28</sup> **Comentários ao Código Penal**, v. 8, 1959, p. 276.

<sup>29</sup> *Idem*, p. 278.

<sup>30</sup> Lopes, **Trabalhadores do sexo, uni-vos: organização laboral na indústria do sexo**, 2006, p. 149 ss.

da atividade, mas com preceitos ainda ditados pelo higienismo, confinamento e liberdade vigiada dos profissionais do sexo, mesmo em pleno século XXI.

Portanto, vale a conclusão neste tópico já explanada: os profissionais do sexo continuam marginalizados, à exceção de poucos países no mundo. Em sistemas proibicionistas e abolicionistas, o trabalhador sexual é, no primeiro caso, potencial instigador de crimes ou criminoso; no segundo, poderá exercer sua atividade, mas qualquer um que possa auxiliá-lo, seja na intermediação, seja em comercializar a prestação sexual consentida de outrem, incorrerá em crime, em que pese a atividade econômica, em si, ser considerada lícita. Vemos nesses sistemas, salvo melhor juízo, violação a direitos fundamentais da pessoa humana, sobretudo aqueles relacionados ao livre exercício profissional, à autodeterminação sexual, como corolário da dignidade sexual. Em sistemas regulamentaristas como o da Holanda, que confina o meretrício a determinadas zonas da cidade, parece haver uma espécie de discriminação não justificável mas, de qualquer modo, não atenta contra os demais direitos fundamentais já citados e impede, de alguma forma, a marginalização desses trabalhadores. Em sistemas penais proibicionistas, ou mesmo abolicionistas (como é o caso brasileiro) não se sabe, ao certo, qual bem jurídico a criminalização de atividades relacionadas ao prostituir-se deseja proteger.

### **3. Critérios para a determinação de um bem jurídico-penal e o trabalho do sexo por adultos**

O bem jurídico, embora não caracterize de per si o delito, é indispensável para a caracterização da tipicidade penal. Não houvesse o bem jurídico, o resultado seria, inexoravelmente, a criminalização formalista de alguma conduta, ou uma espécie de “jurisprudência de conceitos”. É óbvio que a norma tutela bens jurídicos tanto no direito penal quanto em outras ramificações, mas para a discussão ora versada importa, no momento, a tutela jurídico-penal de um bem. Segundo Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, “*bem jurídico penalmente tutelado é a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam*”<sup>31</sup>.

---

<sup>31</sup> **Manual de Direito Penal Brasileiro**, 2011, v. 1, p. 403.

Nesse diapasão, conforme os autores citados, os bens jurídicos a serem tutelados não seriam especificamente a honra, a vida, a administração pública, a dignidade sexual, etc., e sim o direito de dispor da própria honra, ou o direito de dispor da própria dignidade sexual. Isto remete à questão da *disponibilidade*: quando alguém doa a terceiros uma propriedade, ou quando publicamente uma pessoa fala mal de si mesma, atribuindo-lhe caracteres negativos, há afetação do patrimônio ou da honra. O direito penal objetiva aplicar sanção a quem, não sendo titular do direito material, pretenda impedir a disposição pessoal da honra, do patrimônio, da dignidade sexual: esta é, pois, a proteção dispensada pela tutela dos bens jurídicos.

O direito pressupõe um conteúdo ético; contudo, facilmente verificamos, vez ou outra, normas que não são consideradas éticas por algum grupo, mas o são por outro, a depender das condições sociais, da época em que se vive, de certos costumes locais, etc.; assim, o direito é objetivação de uma moral circunstancial<sup>32</sup> e por tal feita, em nosso sentir, a moral não pode tornar-se objeto de um bem jurídico. Aliás, o direito penal como um todo não se presta a tutelar valores ínsitos à moral individual de cada ser humano, ou sentimentos, conforme deixa claro, em massa, a doutrina da área.

A autora alemã Tatjana Hörnle é clara nesse sentido, ao dissertar acerca da proteção dos sentimentos no Código Penal germânico. É claro que as normas penais tutelam, num plano bastante secundário, a questão dos sentimentos, mas sua justificativa repousa na tutela de bens jurídicos consistentes, como a tutela da liberdade da vida ou do patrimônio; por exemplo: é claro que se alguém for vítima de tentativa de homicídio ou roubo sofrerá sentimentos de frustração ou medo, mas isto não é de nada relevante para a valoração penal. Mesmo se se procurar a questão da tutela contra delitos que, em aparência, são atentados a sentimentos – como a honra ou a dignidade sexual, por exemplo – há a questão de proteger-se *o direito dos indivíduos contra atos indevidos de terceiros*, o que sobrepuja qualquer fundamentação que tenha como escopo eleger a proteção de sentimentos como bem jurídico relevante. Um claro e criticável exemplo é a manutenção, no Código Penal da Alemanha, do crime de incesto, cuja fundamentação foge a qualquer justificativa racional-instrumental do direito: trata-se, pois, de escolher um tabu social (oriundo de conceito moral) para ser penalizado, o que

---

<sup>32</sup> Adeodato, **Filosofia do Direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência, 2008, p. 231-232.

mostra impertinente, a toda evidência, sua caracterização como proteção a um bem jurídico<sup>33</sup>.

O direito como um todo – e o direito penal, mais especificamente – não poderá ditar comportamentos morais aos indivíduos de uma sociedade, a fim de moldá-los como desejar o Estado, pois se o fizer “o direito penal sai de seu território e se presta em ser um simples servo de grupos de poder”<sup>34</sup>. O limite racional, pois, impresso à tutela penal, reside na ânsia de tutelar apenas bens jurídicos, com vistas à segurança da sociedade, a fim de garantir liberdade à pessoa humana em seu agir, na conformidade da livre disposição dos bens jurídicos tutelados.

A prostituição, de per si, não é crime. No entanto, atividades a ela relacionadas – o proxenetismo (caracterizado como mediação para satisfazer a lascívia de outrem ou favorecimento da prostituição), a manutenção da assim chamada “casa de prostituição” ou o rufianismo – não tutelam, em verdade, bens jurídicos. Alguns afirmam que não se trata apenas da tutela da liberdade sexual, e sim porque o uso desta liberdade, na prostituição mediada por terceiros, é uma *disposição falseada de bem jurídico*, já que por detrás deste suposto uso da liberdade se escondem situações de miséria e necessidade financeira, com possíveis consequências físicas e psicológicas futuras. Por esta razão é que podemos considerar, com Díez Ripollés, que a liberdade sexual é o único bem jurídico que justifica a intervenção da tutela penal nas relações entre as pessoas, e tal intervenção se faz necessária justamente para que qualquer ser humano – homem ou mulher – possa desenvolver sua vida sexual em acordo com o projeto de vida adotado<sup>35</sup>.

Ora, a liberdade sexual é garantida em plano constitucional, especialmente se extraído da melhor dicção do artigo 5º, X e XLI, da Constituição Federal; desejar criminalizá-la ou estabelecer balizamentos e contornos injustificáveis sob a égide de um suposto bem jurídico calcado em conceitos morais não afronta apenas a dogmática jurídico-penal, mas também a constitucional. No plano fático do comércio sexual exercido entre adultos, seja por meio da intermediação de terceiros, e tenha ou não este terceiro o intento de lucro, inexistirá qualquer antijuridicidade se as partes livremente

---

<sup>33</sup> La protección de sentimientos en el StGB, in Hefendehl, **La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?**, 2007, p. 383-399.

<sup>34</sup> **Manual de Direito Penal Brasileiro**, v. 1, 2011, p. 95.

<sup>35</sup> El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual, **Revista de Derecho Penal y Criminología**, 2000, p. 69.

ajustaram a contratação sexual de serviços. Esse é o ponto fulcral para a compreensão de que o ato de prostituir-se recebe, do direito penal brasileiro, um tratamento ainda moralista, mas que se demonstra inconstitucional frente à autodeterminação e liberdade sexuais, vez que as garantias são claras nesse sentido.

O direito penal oferece uma figura interessante, qual seja, a do *consentimento da vítima*. Embora existam teorias que distingam acordo entre as partes (o que exclui a tipicidade do crime) e o consentimento (que cria uma causa de justificação para o crime), e outras que tomam ambos os vocábulos como sinônimos, não adentraremos nesses detalhes, tratando ambas as expressões como idênticas. Em determinadas ocasiões, o crime não se configura; é o caso, por exemplo, da invasão de domicílio: em havendo consentimento para que alguém adentre no domicílio alheio, haverá o simples exercício de uma liberdade. Com os crimes sexuais o mesmo acontece, porque a dignidade sexual exerce sua forma concreta no vocábulo liberdade, entendido como *autodeterminação sexual*: se a suposta vítima (a pessoa prostituída) tomou como exercício de sua liberdade comercializar o sexo, inexistirão quaisquer delitos relacionados a tal ato, posto restar excluída a tipicidade, já que a pessoa que realizou o ato com este *consentiu*<sup>36</sup>.

A conclusão acima lançada pode, num primeiro instante, saltar às vistas como descabida ou inconcebível. No entanto, ela se relaciona intimamente com a figura do bem jurídico, que é indispensável para a existência do delito.

Um dos grandes expoentes do conceito penal de bem jurídico como indispensável para a formação do delito é, sem dúvidas, Claus Roxin, um dos mais notáveis juristas alemães do século passado. Para o penalista citado, não é a reprovabilidade moral ou o clamor da sociedade que podem balizar o legislador quando este deseja criminalizar determinada conduta. Este não é um modelo adequado de política criminal; um bom exemplo disto é a questão da homossexualidade, muito debatida ao longo do século XX (e também do XXI): se para alguns a conduta é reprovável moralmente, nem por isto deve ser criminalizada. Só poderá uma conduta receber as graves restrições do direito penal se ameaçar a “ordem pacífica externa” ou, nas palavras de Zaffaroni, a “defesa da sociedade”.

---

<sup>36</sup> Andrade, **Consentimento e acordo em direito penal**: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista, 1991, p. 382-383.

Roxin afirma, ainda, que certamente o conceito de bem jurídico não é uma “varinha mágica” com a qual se pode separar o que deve ser punido e o que não deve sê-lo. No entanto, é este conceito que funcionará como diretriz geral para delimitar as ações que devam ser declaradas puníveis pelo Estado, a fim de garantir minimamente a defesa e segurança da sociedade<sup>37</sup>.

O modelo de racionalidade presente no conceito de bem jurídico traça limites à atuação do legislador, de forma a fazê-lo agir apenas no sentido de assegurar, sob a égide dos direitos fundamentais, a coexistência social pacífica e livre. Disso resulta que o direito penal somente deve restringir liberdades quando não for possível, por meio de outras medidas político-sociais, garantir a citada coexistência pacífica. Esta é, aliás, a função social do Direito Penal<sup>38</sup>. Assim, “podem-se definir os bens jurídicos como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade”<sup>39</sup>.

Nas escorreitas considerações de Claus Roxin podemos observar os limites que os bens jurídicos tutelados penalmente impõem ao legislador; sucintamente, não se pode admitir normas penais motivadas por pura ideologia, conceitos morais, tabus sociais ou que atentem contra direitos fundamentais da pessoa humana. Um *paternalismo penal* somente seria justificável, nesse caso, se houvesse déficit de autonomia do afetado, como é o caso de menores de idade ou outros absolutamente incapazes. De qualquer maneira, estas limitações criadas aos tipos penais vêm de encontro à discussão proposta: qual mencionado por Roxin, a simples menção de uma norma penal não fundamenta um bem jurídico<sup>40</sup>; desta feita, qual seria o bem jurídico tutelado nos crimes relacionados à prostituição adulta?

O balizamento para que um bem jurídico-penal tenha sua importância fundamentada passa pela análise e crivo dos valores constitucionalmente estabelecidos, mormente no quadro de direitos fundamentais da pessoa humana. A Constituição oferece não apenas um dado prévio à norma penal, de maneira a indicar quais bens jurídicos mereçam tutela; indica também *valores que despenalizam os ilícitos existentes em normas penais*, já que estes bens jurídicos são, do ponto de vista constitucional, insignificantes. Desta feita, a Constituição – em seu catálogo material e no rol de

---

<sup>37</sup> **Problemas básicos del derecho penal**, 1976, p. 45-48.

<sup>38</sup> Roxin, **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**, 2009, p. 16-17.

<sup>39</sup> *Idem*, p. 18-19.

<sup>40</sup> *Idem*, p. 21.

direitos fundamentais estabelecidos – oferta um parâmetro de referência para eventual declaração de inconstitucionalidade, a qual se dá quando o legislador penal carrega a tinta, por assim dizer, em estabelecer tipos punitivos, os quais não tutelam bens jurídicos compatíveis com a Carta Magna<sup>41</sup>.

Desta maneira, é possível observar, sem delongas, que um bem jurídico penalmente relevante deverá se encontrar refletido em algum valor jurídico-constitucional que, por assim dizer, antecede logicamente os pressupostos do ordenamento penal. Deverá haver entre tutela penal e garantias constitucionais uma correspondência de sentidos e, sobretudo, de *finalidades*<sup>42</sup>. Acresça-se a estas ponderações um dos princípios basilares do direito penal, que é o da *intervenção mínima*: sua presença “só se legitima quando os demais ramos do direito se revelam incapazes de dar a devida tutela a bens de relevância para a própria existência do homem e da sociedade”<sup>43</sup>.

Diante destas conclusões, é evidente que o legislador andou bem em modificar o *nomen juris* do Título VI do Código Penal de 1.940, modificando-o de “crimes contra os *costumes*” para “crimes contra a *dignidade sexual*”. Costumes de uma sociedade não é um bem jurídico penalmente tutelável, não encontrando respaldo algum na Constituição Federal; ademais, esta incorreção – típica da década de 1.940 – em criminalizar condutas contrárias à moral vigente (como o crime de sedução, previsto no artigo 217 da redação original do diploma) poderia levar à inevitável conclusão de que o *mau costume* em seduzir mulher virgem entre 14 e 18 anos deveria ser criminalizado. A nomenclatura também poderia suscitar dúvidas até grotescas: acaso o estupro, previsto no artigo 213 do digesto penal, poderia ser classificado como um *mau costume*?

A nomenclatura advinda com a Lei 12.015/09 não deixa dúvidas acerca do bem jurídico tutelado, que é a dignidade sexual da pessoa humana a qual, como vimos, participa do rol de direitos fundamentais estabelecido pela Constituição Federal. O bem jurídico, neste caso, está perfeitamente delineado e delimitado, justificando de pleno a intervenção penal para asseguuração de liberdades no campo da sexualidade, tendo em vista a função de garantir de forma mais ampla possível o exercício de direitos

---

<sup>41</sup> Palazzo, **Valores constitucionais e direito penal**, 1989, p. 84-85.

<sup>42</sup> Guimarães, A intervenção penal para a proteção de direitos e liberdades fundamentais: linhas de acerto e desacerto da experiência brasileira, **Revista Jurídica**, 2001, p. 59.

<sup>43</sup> Luisi, **Os princípios constitucionais penais**, 2003, p. 40.

fundamentais relacionados à sexualidade, desde que terceiros não venham a lesionar a pessoa humana.

No entanto, é justamente no Título VI do Código Penal que se encerram as principais contradições acerca do bem jurídico *dignidade sexual*. A Lei 12.015/09 trouxe importantes e salutares inovações, delimitando com maior atualidade tipos penais como o estupro, e oferecendo proteção maior à tutela da sexualidade mormente no que diz respeito à proteção de crianças e adolescentes, especialmente menores de quatorze anos de idade. Todavia, foi infeliz ao manter a estrutura básica de tipos como favorecimento da prostituição, acrescentando-lhe apenas o adendo “*ou outra forma de exploração sexual*” (sem, contudo, definir o que seria esta exploração); manteve, ademais, o crime de rufianismo em sua redação original, apenas aumentando-lhe a pena e acrescentando circunstâncias qualificadoras. A reforma mais drástica deu-se no tipo presente no artigo 229 do Código Penal que, embora mantendo o nome de “casa de prostituição”, criminaliza apenas estabelecimentos em que haja *exploração sexual*.

A contradição verificada na reforma, nesse aspecto, é mais do que aparente: é substancial. O Ministério do Trabalho do Brasil, por meio da Portaria 397, de 09 de outubro de 2002, ao instituir a Classificação Brasileira de Ocupações (CBO), reconhece explicitamente o trabalho sexual como *trabalho*, ou seja, atividade exercida no domínio das atividades econômicas lícitas. Trata-se, pois, de reconhecimento formal por parte do Estado. Logo, a prostituição adulta, exercida livremente por qualquer pessoa que deseje realizar este mister, poderá incriminar a figura de quem auxiliar o profissional do sexo em suas atividades (como incurso no crime de *favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual* previsto no artigo 228 do Código Penal), ou também criminalizar empresários do ramo sexual, como no crime de *casa de prostituição*?

## **Conclusões**

A autodeterminação pessoal vista nos contratos de trabalho representa, sem muito esforço, a mesma esfera de liberdade de autodeterminação – pessoal ou, mais especificamente, sexual – vista na prostituição consentida. É bem que se ressalte, desde já, a apontada diferença entre prostituição desejada e indesejada; o bem jurídico tutelado nos crimes relacionados à prostituição (mais especificamente, aqueles previstos nos

artigos 227 a 231-A do Código Penal) somente poderá ser interpretado como a dignidade sexual ou, mais especificamente, o exercício livre da sexualidade. Em havendo exploração sexual, seja sob qual forma esta apareça, a tutela dos crimes relacionados à prostituição é plenamente justificável e constitucionalmente escoreita, pois tem como objetivo resguardar a liberdade sexual.

No entanto, em havendo consentimento da pessoa que deseja fazer da prostituição seu meio de vida (extraindo da atividade sua renda principal ou complementar, com habitualidade), não há como negar o nítido caráter de *trabalho* existente no conceito; desta forma, a tutela penal não se justifica sob qualquer aspecto e se mostra inconstitucional, visto restringir, de forma indevida e injustificada, a liberdade de profissão e de trabalho, a autodeterminação sexual e liberdade sobre disposição sobre o próprio corpo, para além da violação de outros preceitos penais básicos.

Um dos princípios básicos do direito penal, conforme verificado, é o da intervenção penal mínima; se há outra forma de conferir tutela a um bem jurídico por outro ramo do direito que não seja o penal, apta a mostrar-se mais eficaz na promoção da dignidade da pessoa humana do profissional do sexo, pensamos que esta tutela é a trabalhista. Ademais, em havendo prostituição desejada (ou *pactuada*, ou *consentida*, ou, ainda, *livre*) inexistem qualquer bem jurídico a ser tutelado em possíveis delitos (relacionados à prostituição), vez que a moral não se constitui em bem jurídico apto a justificar a intervenção estatal no campo penalista.

Reiteramos aqui nosso entendimento de que o consentimento da pessoa que se prostitui em exercer esta profissão exclui a tipicidade dos delitos previstos nos artigos 227 a 231-A do Código Penal, justamente pela ausência de bem jurídico a ser tutelado. Caso a interpretação da lei seja dada em literalidade haverá, isto sim, *a negação do bem jurídico tutelado*: cogitar-se-á a dignidade sexual da pessoa que se prostitui como de importância menor, negando-lhe autonomia sexual e liberdade de disposição sobre o próprio corpo sexual em nome de argumentos moralistas ou de injustificável paternalismo, os quais afrontarão o princípio elementar de intervenção mínima do direito penal.

Com a nova redação conferida especialmente ao artigo 229 do Código Penal revela-se *extremamente nítida* a tutela da dignidade sexual da pessoa humana no que concerne à sua capacidade de autodeterminação sexual; caso seja tolhida a liberdade sexual por meio ardiloso, de forma a caracterizar exploração, o direito penal intervirá

para a tutela deste bem jurídico. É passível de criminalização, pois, apenas os atos de proprietário de locais em que ocorra efetiva *exploração sexual*.

Portanto, diante destes conceitos inauguramos uma passagem um tanto diversa para a tutela dos profissionais do sexo, e em atendimento ao princípio da intervenção mínima do direito penal: alijados que estão os aludidos profissionais quanto a uma tutela que *efetivamente* zele por sua dignidade enquanto pessoa humana, oferecemos a proposta que, de fato, tutelar adequadamente os profissionais do sexo. Não estão estes profissionais amparados por qualquer direito social, e as propostas proibicionistas e regulamentaristas não se mostraram efetivas para a promoção do bem-estar destes profissionais; a tese abolicionista, em vigor no Brasil, não apresenta resposta ao problema há pelo menos setenta anos. O caminho a ser seguido, em nosso sentir, apresenta-se num modelo neoregulamentarista: o modelo *laboral*, qual seja, a aplicação do Direito do Trabalho à tutela das relações entre trabalhadores do sexo e empresários do ramo, por ser o único ramo do direito apto a conferir e promover a dignidade humana e profissional destes profissionais, de maneira a garantir-lhes direitos sociais mínimos.

### **Referências Bibliográficas**

ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em direito penal**: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Coimbra, 1991.

BÁRTOLI, Márcio. A capacidade de autodeterminação sexual da vítima como causa de relativização da presunção de violência. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 81, n. 678, p. 410-413, abr. 1992.

CARMONA CUENCA, Encarna. ¿Es la prostitución una vulneración de derechos fundamentales? In: SERRA CRISTÓBAL, Rosario (Coord.). **Prostitución y trata**: marco jurídico y régimen de derechos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007. p. 43-70.

COSTA, Álvaro Mayrink da. Breves apontamentos sobre a reforma dos crimes contra a dignidade sexual da pessoa humana. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 49, p. 29-50. 2010.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. Prostituição regulamentada. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 81, n. 684, p. 408-409, out. 1992.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manoel Costa. **Criminologia**: o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

DIAS, Rodrigo Bernardes. **A incorporação dos direitos sexuais aos direitos humanos fundamentais**. Tese (Doutoramento em Direito). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.

DÍEZ RIPPOLÉS, José Luis. El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual. **Revista de Derecho Penal y Criminología**, Madrid, n. 6, p. 69-101, jul. 2000.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. Trabajo sexual, crimen organizado y trata de personas. *in*: NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel (Coord.). **Um derecho penal comprometido**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 403-418.

GARAIZÁBAL, Cristina. Las prostitutas toman la palabra: las vicisitudes de su construcción como sujetos sociales. *In*: HOLGADO FERNÁNDEZ, Isabel (Ed.). **Prostituciones: diálogos sobre sexo de pago**. Barcelona: Icaria, 2008. p. 95-109.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à reforma criminal de 2009 e à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GRECO, Luís. Casa de Prostituição (art. 229 do CP) e Direito Penal Liberal: reflexões por ocasião do recente julgado do STF (HC 104.467). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 19, n. 92, p. 431-457, set./out. 2011.

GRECO FILHO, Vicente. Uma interpretação de duvidosa dignidade. **Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura**, São Paulo, v. 10, n. 32, p. 145-148, mai./ago. 2009.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. A intervenção penal para a proteção de direitos e liberdades fundamentais: linhas de acerto e desacerto da experiência brasileira. **Revista Jurídica**, Sapucaia do Sul, v. 49, n. 286, p. 52-67, ago. 2001.

HÖRNLE, Tatjana. La protección de sentimientos en el StGB. *in*: HEFENDEHL, Roland. **La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?**. Trad. María Martín Lorenzo. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 383-399.

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 8.

LOPES, Ana. **Trabalhadores do sexo, uni-vos: organização laboral na indústria do sexo**. Lisboa: Dom Quixote, 2006.

LORA, Pablo de. ¿Hacernos los suecos? La prostitución y los límites del Estado. **Cuardenos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 30, p. 451-479, 2007.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.

MATTAR, Laura Davis. Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais: uma análise comparativa com os direitos reprodutivos. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 5, n. 8, p. 61-83, jun. 2008.

MAQUEDA ABREU, María Luisa. **Prostitución, feminismos y derecho penal**. Granada: Comares, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Homossexualidade**: uma visão mitológica, religiosa, filosófica e jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Rosa Maria Rodrigues de. Sexualidade, moral e direito: a exclusão dos sujeitos. **Sequência**: Revista do curso de pós-graduação em Direito da UFSC, Florianópolis, v. 23, n. 44, p. 31-54, jul. 2002.

PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**. Trad. Gerson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989.

POYATOS I MATAS, Glòria. **La prostitución como trabajo autónomo**. Barcelona: Bosch, 2009.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. **Problemas básicos del derecho penal**. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Reus, 1976.

RUBIO, Ana. La teoría abolicionista de la prostitución desde una perspectiva feminista. In: HOLGADO FERNÁNDEZ, Isabel (Ed.). **Prostituciones**: diálogos sobre sexo de pago. Barcelona: Icaria, 2008. p. 73-94.

SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1.