

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO

Maurício Barbosa Landin

A (IM) POSSIBILIDADE DA DESCRIMINALIZAÇÃO DA
CASA DE PROSTITUIÇÃO (ARTIGO 229 DO CÓDIGO
PENAL)

Soledade

2015

A (im) possibilidade da descriminalização da casa de prostituição (artigo 229 do Código Penal)

Monografia Jurídica apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção de grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob a orientação do Professor Me. Renato Fioreze.

Aprovado em ____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Renato Fioreze - UPF

Prof. ____ - _____

Prof. ____ - _____

]

Maurício Barbosa Landin

A (IM) POSSIBILIDADE DA DESCRIMINALIZAÇÃO DA
CASA DE PROSTITUIÇÃO (ARTIGO 229 DO CÓDIGO
PENAL)

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação do professor Me. Renato Fioreze.

Soledade

2015

Dedico este trabalho a meu pai e minha mãe:
Rogério e Ivone, bem como meu irmão, Samuel, e
meu grande amigo, Afonso Antunes Piccoli (in
memoriam).

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, por tudo aquilo que ele me proporciona, buscando nele forças para ultrapassar minhas limitações e romper obstáculos.

Agradeço, outrossim:

A meu pai, exemplo de honestidade e comprometimento, que não poupou esforços em me ajudar em todas as fases de minha vida;

A minha mãe, mulher guerreira e batalhadora, grande apoiadora dos meus projetos e que me ensinou ser mais tolerante e amar ao próximo. Obrigado por tudo mãe, te amo;

A meu irmão Samuel, meu grande amigo, professor e companheiros de viagens. Nossos laços são muito mais do que sanguíneos;

A meus amigos que angariei ao longo do tempo, e estão comigo tanto nos momentos bons como nos ruins, pessoas de características tão diversas, porém sempre prontos para proporcionar sorrisos, aconselhar. Obrigado por compreenderem meus momentos de ausência enquanto estava trabalhando para concretizar mais um sonho.

Ao professor orientador, Me. Renato Fioreze, por todos os seus ensinamentos ao longo da graduação que vão além da vida acadêmica, bem como pela diligência empregada na orientação do presente trabalho.

“Não pretendo convencê-los, pretendo fazê-los pensar.”

José Alberto Mujica Cordano

RESUMO

O presente trabalho teve como objetivo analisar a (im) possibilidade da descriminalização da casa de prostituição (art. 229 do CP). Para tanto, analisou-se, inicialmente, aspectos básicos para poder se compreender o tema. Destacou-se, em um primeiro momento alguns dos princípios do Direito Penal. Ato contínuo constatou-se a diferença entre moral e direito e a partir daí a dignidade da pessoa humana. Em um segundo momento, adentrou-se no tema prostituição. São trazidos à tona os aspectos históricos dessa atividade. Posteriormente, observou-se como os crimes relacionados diretamente com a prostituição estão dispostos no Código Penal. Ademais, foi observado o artigo 229 do Código Penal. Em seguida, e por derradeiro, adentrou-se na (im) possibilidade de descriminalizar a casa de prostituição. Examinaram-se, então, a partir desse momento, posicionamentos doutrinários acerca do delito, bem como divergências jurisprudenciais sobre o tema, e por fim os projetos leis apresentados na Câmara dos Deputados com o intuito de regulamentar a prostituição e descriminalizar a casa de prostituição.

Palavras-chave: Adequação Social. Casa de Prostituição. Código Penal. Lenocínio. Moral. Princípio. Prostituição.

LISTA DE ABREVIATURAS

Art. – Artigo

CDHM – Comissão de Direitos Humanos e Minorias

CJCC – Comissão de Constituição e Justiça de Cidadania

CP – Código Penal

CTASP – Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público

DIAP – Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar

HC – Habeas Corpus

PL – Projeto Lei

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

TJ – Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. DOS PRINCÍPIOS, MORAL, DIREITO E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA ..	12
1.1 Princípios penais pertinentes ao tema	12
1.2 Moral e Direito	14
1.3. Da dignidade da pessoa humana.....	23
2. A PROSTITUIÇÃO NA PERSPECTIVA HISTÓRICA E PENAL	28
2.1 Estudos históricos da prostituição	28
2.2 A prostituição e o Código Penal	33
2.3 Da casa de prostituição: Artigo 229 do Código Penal.....	37
3. É POSSÍVEL OU NÃO DESCRIMINALIZAR A CASA DE PROSTITUIÇÃO?	41
3.1 Posicionamentos Doutrinários favoráveis e contrários ao delito de Casa de Prostituição	41
3.2 As posições jurisprudenciais	45
3.3 Uma análise acerca da possibilidade de descriminalização.....	48
CONCLUSÃO	53
REFERÊNCIAS	57

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como objetivo analisar a (im) possibilidade da descriminalização da casa de prostituição, artigo 229 do Código Penal Brasileiro. Apesar de manter um estabelecimento onde ocorre o comércio sexual ser considerado crime no Brasil, é notório o imenso número de ambientes desse tipo, sendo até mesmo divulgado por vários meios de comunicação, o que demonstra a tolerância e aceitabilidade da grande maioria da sociedade para com essa atividade. Diante disso, existe a discussão se essa atividade deve permanecer em nosso ordenamento jurídico como uma conduta passível de punição, já que o Direito Penal só deve se preocupar com os bens mais relevantes para a sociedade.

Nesse sentido, procurar-se-á, através de uma análise progressiva, demonstrando hipóteses divergentes sobre o tema, obter resposta sobre a (im) possibilidade de descriminalizar o delito da casa de prostituição. No primeiro capítulo do presente trabalho serão observados aspectos introdutórios que serão importantes para poder se compreender os demais. Primeiramente serão analisados alguns princípios do Direito Penal, quais sejam: legalidade, intervenção mínima, fragmentariedade e adequação social. Posteriormente será demonstrada a diferença entre direito e moral, fazendo uma abordagem histórica desde Sócrates, Platão e Aristóteles, passando por Emmanuel Kant e Jürgen Habermas. Ver-se-á também a Dignidade da Pessoa, um dos fundamentos da Constituição Federal de 1988, e dentro disso os Direitos Fundamentais.

No segundo Capítulo se adentrará no tema da prostituição. Primeiramente se analisará a prostituição num sentido histórico bem como seus sistemas de abordagem, podendo-se notar que ela esteve presente praticamente em todas as sociedades, e que em certas civilizações, as prostitutas eram consideradas sagradas, começando a sofrer forte repressão a partir do cristianismo, porém nunca se conseguiu extingui-la. A seguir será analisado como os delitos relacionados com a prostituição estão dispostos em nosso Código Penal, estudando o Título VI da parte especial do Código Penal e seu Capítulo V, além das figuras do “lenocínio”, “proxeneta”, “rufião”, bem como os termos “exploração sexual” e “tráfico de pessoas”. Em continuidade ao estudo se adentrará no artigo 229 do Código Penal, compreendendo o termo “habitualidade”, qual seu bem jurídico, sujeito ativo e passivo, quando acontece a sua consumação, o tipo subjetivo, requisitos essenciais, pena e classificação doutrinária.

Por fim, no terceiro capítulo se entrará no tema do problema, voltando-se para a (im) possibilidade da descriminalização da casa de prostituição. Para tal, serão apresentados posicionamentos favoráveis e contrários da doutrina, acerca da possibilidade de extinguir do

Código Penal, o artigo 229. Após será analisada a divergência da jurisprudência brasileira no que tange ao caso. Por derradeiro serão vistos os Projetos Leis 98/2003 e 4.211/2012, que propõe o fim do delito de manter um estabelecimento em que ocorra a exploração sexual. Nesse sentido, estar-se-á estudando o centro do problema, atentando-se a uma possível solução.

O método de abordagem que será utilizado para a realização do trabalho de pesquisa é o método dialético, que tem por pressuposto uma tese supostamente verdadeira, contraposta à uma antítese, caracterizada por uma tese negada, a fim de que se possa chegar à uma síntese e/ou conclusão. Esse método adequa-se com o presente trabalho, pois serão levantados e analisados os argumentos da corrente, a qual defende que a casa de prostituição (art.229) deve permanecer como delito, e da outra, a qual acredita que essa atividade deve ser descriminalizada, para assim tentar chegar a uma conclusão.

O método de procedimento, por sua vez, se dará por meio da pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e em meios eletrônicos com relação ao tema. Além disso, serão utilizados notícias e artigos relevantes sobre a matéria, que contribuam para os estudos que envolvem a problemática.

1. DOS PRINCÍPIOS, MORAL, DIREITO E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

Primeiramente, será apresentado no presente trabalho, aspectos que são básicos para poder compreender a problemática que, posteriormente, será enfrentada, analisando-se primeiramente, alguns princípios do Direito Penal, a diferenciação entre moral e direito, e posteriormente, estudar-se-á a dignidade da pessoa humana.

1.1 Princípios do Direito Penal relevantes ao tema.

Os princípios penais que regulam o Direito Penal são concebidos como garantias dos cidadãos, estabelecidas na Constituição Federal. Primeiramente, deve-se citar o princípio da legalidade, também chamado de reserva legal, que vem a ser uma limitação do poder de punir do Estado. Apesar de hoje ser garantido, constitucionalmente, ele passou por várias fases. Esse princípio se traduz na concepção de que para uma conduta ser considerada delito, deve existir uma lei que a defina como crime e lhe confira a sanção respectiva¹. Nesse sentido, o art. 5º, inciso XXXIX estabelece que “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.”²

Porém, o princípio da legalidade não obstrui o legislador de elaborar tipos penais injustos. Nesse sentido, verifica-se o princípio da intervenção mínima, igualmente chamado de *ultima ratio*, que dá limites ao poder punitivo do Estado, no sentido de só poder ser criminalizada a conduta desde que não exista outro modo de proteger o bem jurídico, existindo outros modos de controle que sejam capazes de defender o bem jurídico, como medidas civis ou administrativas, a criminalização da conduta não é necessária e adequada. Desse modo, o Direito Penal deve somente agir quando as outras áreas do direito não forem capazes de resguardar os bens jurídicos relevantes para o sujeito e sociedade, devendo ser utilizado em último caso, portanto *ultima ratio*³. Nesse sentido afirma Luiz Régis Prado:

O princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade estabelece que o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não pode ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa. Desse modo, a lei penal só deverá intervir quando for absolutamente necessário para a sobrevivência da comunidade, como *ultima ratio*.⁴

¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. v. 1, 15º ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 40-41.

² BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 5 mar. 2015.

³ BITENCOURT, 2010, p. 43-44.

⁴ PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. v. 1. 4º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. p. 140.

Na concepção de Rogério Grecco, o princípio da intervenção mínima, regula quais são os bens jurídicos que requer atenção do Direito Penal, como também serve para a descriminalização. Conforme as mudanças da sociedade, certas condutas deixam de ter relevância. Dessa forma, não devem mais fazer parte do ordenamento jurídico penal. O direito penal deve ter o mínimo possível de interferência na vida social, sendo chamado somente quando os outros ramos do direito não tiverem êxito⁵. Exemplo dessa evolução foi a exclusão de certas condutas tidas como criminosas, através da Lei nº 11.106 de março de 2005, dentre elas o adultério, que não sofre mais interferência do Direito Penal. Dessa maneira, o princípio da intervenção mínima possui duas vertentes, ou seja, orientar o legislador sobre os bens jurídicos considerados mais importantes pela sociedade e também ajudar o legislador sobre quais condutas já não tem tanta importância e podem ser protegidos por outras partes do direito⁶.

Muito importante também é o princípio da adequação social, teoria que foi elaborada por Hans Welzel e quer dizer que, ainda que determinada conduta se situar dentro do modelo legal, acaba por não ser tida com típica quando for aceita pela sociedade, ou seja, dentro da normalidade da sociedade e sua vida histórica.⁷ Sob esse prisma, entende-se que as condutas escolhidas como tipos penais possuem um caráter social, essas são ações ou omissões consideradas inadequadas para a vida em sociedade. Além da natureza social dos tipos, também existe neles a natureza histórica, pois se presume que essas condutas são graves infrações em um contexto histórico social. Dessa maneira, existem condutas que muitas vezes não são exemplos, porém estão dentro dos limites da liberdade de atuação social. São condutas socialmente adequadas que, portanto, não podem ser consideradas delitos⁸.

Assim, as condutas que são adequadas, socialmente, não têm como ser considerados delitos, não possuindo tipicidade. O tipo penal envolve a escolha de condutas e uma valoração. Alguns comportamentos, por si próprios, não possuem expressividade pelo fato de serem corriqueiros na sociedade, havendo por vezes, uma desarmonia entre o que é considerado delito no ordenamento jurídico e, a aceitação social do permitido ou tolerado.⁹

⁵ GRECCO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. v. 1, 16º ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2014a. p. 51-52.

⁶ *Ibid.*, p. 53.

⁷ PRADO, 2004, p. 145.

⁸ WELZEL, Hans. *O Novo Sistema Jurídico – Penal: Uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad., pref. e notas de Luiz Régis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001. p. 58-60.

⁹ BITENCOURT, 2010, p. 49-50.

Dessa forma, o princípio da adequação social tem dupla função, a primeira é de limitar a amplitude dos tipos penais, delimitando a sua interpretação e afastando aquelas condutas consideradas adequadas e aceitas pela sociedade. Já a segunda função está diretamente relacionada aos legisladores em dois níveis. O primeiro nível diz respeito às condutas que serão escolhidas como proibidas ou não, buscando defender aquilo que é o mais significativo para a sociedade, ou seja, se o comportamento observado pelo legislador for tido como adequado pela sociedade, ele não pode se valer do Direito Penal para coibi-lo. Por conseguinte, o segundo nível trata que o legislador deve refletir sobre os tipos penais e remover do ordenamento jurídico a proteção sobre a conduta que devido à evolução social acabou por se adequar.¹⁰

Por fim, o princípio da fragmentariedade do Direito Penal, que se baseia na concepção de que somente pode intervir nos bens jurídicos mais relevantes. Nem todos os bens jurídicos que são atingidos por determinada conduta são coibidos pelo Direito Penal, ao contrário disso, ele se limita a disciplinar apenas uma pequena parcela, daí surgindo o seu aspecto fragmentário.¹¹ Em tal sentido, Rogério Greco escreve:

Como corolário dos princípios da intervenção mínima, da lesividade e da adequação social temos o princípio da fragmentariedade do Direito Penal. O caráter fragmentário do Direito Penal significa, em síntese, que, umas vez escolhidos aqueles bens fundamentais, comprovada a lesividade e a inadequação das condutas que os ofendem, esses bens passarão a fazer parte de uma pequena parcela que é protegida pelo Direito Penal, originando-se, assim, a sua natureza fragmentária.¹²

Desse modo, o ordenamento jurídico possui várias ramificações, empenhando-se em defender inúmeros bens e interesses, sendo que o Direito Penal trata da menor parcela. Tem essência fragmentaria, pois, se importam com bens jurídicos restritos, aqueles tidos como os mais importantes para a sociedade¹³. Em sequência, estudar-se-á a moral e direito, seus significados, como também as semelhanças e diferenças.

¹⁰ GRECCO, 2014a, p. 59-60.

¹¹ BITENCOURT, 2010, p. 45.

¹² GRECCO, 2014a, p. 63.

¹³ Ibidem.

1.2. Moral e Direito

Na concepção de Ângelo Vitório Censi, o agir moral está estritamente ligado com os costumes, valores e regras válidas em certa conjuntura. Pode-se compreender a moral como o dever de agir em certas ocasiões, sendo que esse dever vem de algo exterior, ou seja, determinado por certo conjunto social. Dessa forma, ela vem a ser histórico, contextual, prescritivo e material. Já a ética é diferente da moral, trata-se mais do pensar sobre por que se deve tomar determinada atitude. Analisa princípios ou critica o comportamento do ser humano. Ser ético é agir legitimado na razão¹⁴.

Apesar dessa diferença, por muitas vezes elas são tratadas como sinônimos, o que acontecerá no tópico em questão, pois as duas são atribuídas a normas de conduta tidas como obrigatórias. A moral em Roma e a ética da Grécia, que por esses nomes tinham a área do pensar sobre os costumes, a sua validade, legitimidade, desejabilidade e exigibilidade¹⁵.

No cenário do comportamento sexual, para o qual lançamos tais termos – moral e ética – pouco importam as suas diferenças substâncias, pois se almeja justamente uma contemporânea visão de regras de conduta, possibilitando uma recomposição entre o bem/mal e o certo/errado¹⁶.

Sócrates ressalta que a base do homem está na alma, e dentro dela existe a virtude humana, que nada mais é que o conhecimento, o qual é o diferencial das coisas e outros seres para o homem. Essa virtude deve ser aprimorada para ter-se uma alma boa. Já o vício é justamente a falta do conhecimento. Nesse contexto, ele trouxe a ideia de uma ética intelectualista, baseada estritamente no conhecimento alicerçado, nas ideias de que o conhecimento é virtude e ninguém age mal por própria escolha, e sim, por não conhecer a virtude¹⁷.

Por sua vez, na concepção de Rogério Gesta Leal, Platão pretende demonstrar a unidade de todas as coisas na ideia de bem, ou bondade moral, que vem a ser a unidade de justiça, coragem, autocontrole e sabedoria¹⁸. Nesse sentido, Platão elaborou uma escala de

¹⁴ CENSI, Angelo Vitório, *Ética Geral e das Profissões*. Ijuí: Unijui, 2010. p. 35.

¹⁵ LA TAILLE, Yves. *Moral e Ética: Dimensões Intelectuais e Afetivas*. Porto Alegre: ArtMed, 2006. p. 25. Disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788536306285?q=moral+e+%C3%A9tica>>. Acesso em: 7 mar. 2015.

¹⁶ NUCCI, 2014, p. 36-37.

¹⁷ CENSI, 2010, p. 18-19.

¹⁸ LEAL, Rogério Gesta. *Teoria do Estado, Cidadania e poder político na modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 17.

valores, estando em primeiro lugar aqueles ligados aos deuses; posteriormente os valores da alma, ou seja, conhecimento; e por último àqueles exteriores, como riquezas e beleza de corpo. Assim, a razão deve-se sobrepor aos valores externos, devendo sempre ser buscada a virtude suprema, que é justiça, podendo ser definida como a justa medida entre as virtudes¹⁹.

Da mesma forma, Platão compreende que certas leis morais são eternas, não podendo ser substituídas por um simples regulamento, pois advém do Universo e da Natureza da alma. Dessa maneira, inviável sua eliminação. Importante destacar que ele acreditava que a moral está mais próxima da justiça do que as leis, devido a sua concepção a justiça é o conhecimento máximo, que vem da alma, com base em um princípio, fazendo o uso da razão para ser aplicado a determinado caso²⁰.

Ademais, Platão distingue a moralidade da legalidade, no sentido em que a legalidade está ligada às normas de regulamentação externa entre os integrantes de uma sociedade. A moralidade está relacionada à causa dessas regras, às ideias implícitas na legalidade, àquilo que se busca como ideal e repercute na sociedade²¹.

Por sua vez, Aristóteles, quando fala sobre a moral é mais contundente no que tange ao equilíbrio das virtudes, tanto que para muitos estudiosos sua ética é chamada de ética das virtudes. Para compreender sua visão sobre a ética também devemos entender o seu conceito de alma, que vem a ser a composição do homem, sendo ramificada em duas partes: racional e irracional. Em cada uma delas surgem tipos de virtudes, existindo assim as virtudes morais, as quais advêm da parte irracional e as intelectuais, que advêm da parte racional, devendo haver, através da razão, um equilíbrio entre as virtudes, sendo que dessa forma existirá a ética²².

As virtudes só são adquiridas com a prática constante, devendo sempre buscar seu aperfeiçoamento. Nesse sentido, para Aristóteles, agir de acordo com as virtudes depende de três características: de maneira consciente, propositalmente, e com base na moral, ou seja, o homem deve ter consciência da circunstância em que está envolvido, agindo de maneira racional, devendo escolher fazer por livre e espontânea vontade e agir com base em suas próprias convicções²³.

Apesar de tudo, Platão e Aristóteles acabaram por não diferenciar com concisão a moralidade da legalidade, entendendo que o homem deve cumprir a lei não somente pela coerção, mas também pela educação e instigação. Apesar de as leis serem uma força externa

¹⁹ CENSI, 2010, p. 20.

²⁰ LEAL, 1997, p. 19.

²¹ Ibid., p. 20.

²² CENSI, 2010, p. 24.

²³ Ibid., p. 25.

sobre o indivíduo, as pessoas devem ser educadas de forma que as leis sejam inseridas interiormente²⁴.

Importante são as ideias de Emmanuel Kant, que tinha a concepção de que as relações humanas são reguladas através da moral, definindo as chamadas leis de liberdade que são o oposto das chamadas leis de necessidade, enfrentando o problema da distinção entre as leis morais e as leis jurídicas em vários pontos, sendo alguns implícitos e outros explícitos²⁵.

Assim, para compreender a diferença entre leis morais e leis jurídicas, é importante saber quais são os requisitos para uma ação moral, que se dividem em três: O primeiro, é que a ação não deve ser gerada por uma influência externa e sim, somente por acreditar que está agindo correto conforme suas convicções, ou seja, obedecer à lei do dever. O segundo, diz que a ação não pode ser feita buscando alguma vantagem e sim, somente pelo princípio da vontade. O último, é que os impulsos subjetivos devem ser afastados, só deve ser observado o respeito à moral. Nesse sentido, o ato moral é aquele que não é cumprido conforme o dever, mas o cumprido por seguir o dever²⁶.

A boa vontade não é boa por aquilo que promove ou realiza, pela aptidão para alcançar qualquer finalidade proposta, mas tão-somente pelo querer, isto é em si mesma, e considerada em si mesma, deve ser avaliada em grau mais alto que tudo o que por seu intermédio possa ser alcançado em proveito de qualquer inclinação, ou mesmo, se se quiser, da soma de todas as inclinações.²⁷

Ainda, o direito na compreensão de Emmanuel Kant pode ser entendido através de três elementos: 1) É externo, prático e trata das relações entre pessoas, podendo as ações ter influências recíprocas; 2) Trata-se de maneira exclusiva do arbítrio de uma pessoa com o das outras. 3) Não interessa a matéria do arbítrio, mas somente a forma entre eles, ou seja, não se está interessado no fim e sim, como se chegará até ele. O direito tem a finalidade de que todos os arbítrios possam conviver em harmonia. Nesse sentido, é o direito que possibilita a convivência entre as pessoas, pois só quando existem limites é que a liberdade de um não vai afetar a dos outros. Todos através do direito devem compartilhar a mesma liberdade²⁸.

Dessa forma, pode-se analisar que a distinção formal entre legalidade e moralidade é que enquanto não se admite moralidade por interesse, na legalidade o importante é que o indivíduo cumpra a lei, não interessando qual razão o levou a isso. Nada impede que um

²⁴ LEAL, 1997, p. 24 -25.

²⁵ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. 3º ed, Brasília: UNB. 1995, p. 53

²⁶ *Ibid.*, p. 54.

²⁷ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70. 1995. p. 23.

²⁸ BOBBIO, 1995. p. 67-71

dever seja do interesse da moral e também do direito, porém o que difere entre moral e direito é o que leva o sujeito a cumprir. Se for cumprido, unicamente, por interesse próprio esse ato apesar de poder estar de acordo com as normas jurídicas, não será moral²⁹.

Emmanuel Kant, também acredita que as normas morais se referem às obrigações internas da pessoa, enquanto as normas jurídicas são externas³⁰. Nesse sentido, em sua obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* ele faz a seguinte afirmação: “quando se fala de valor moral, não é das ações visíveis que se trata, mas dos seus princípios íntimos que não se veem”³¹. O externo significa que a pessoa é, simplesmente, obrigada a agir de acordo com as normas jurídicas. Já o interno é quando o sujeito é obrigado e ao mesmo tempo deve-se praticar a ação com convicção de que aquilo é correto³².

Ainda, Emmanuel Kant diferencia legalidade de moral no que tange à liberdade. A liberdade interna (moral), a qual é a liberdade racional de considerar determinada conduta como correta, em contraponto com a liberdade externa (legal), que se refere a poder agir sem influência de terceiro, sem ser impedido pelos demais. Em outras palavras, a liberdade interna é aquela relação a qual a pessoa só é responsável perante ela mesmo, enquanto na liberdade externa, a pessoa é responsável em relação aos demais³³. Nesse sentido, o direito quando coage para impedir que a liberdade de um ultrapasse seus limites e interfira a do outro, deve-se considerar como justo³⁴.

Na concepção de Norberto Bobbio, em Emmanuel Kant, além dos critérios já citados, também existem critérios implícitos que diferenciam a moral do direito. Primeiramente, deve-se distinguir a autonomia da heteronomia. A autonomia refere-se à moral, ou seja, a ação só pode ser moral se for autônoma, se o indivíduo agir baseado apenas na moral, não levando em consideração quaisquer inclinações. No entanto, a heteronomia vem a ser o oposto e vai de encontro ao direito, já que não importa para a norma jurídica o que leva às pessoas a cumpri-la³⁵.

Por fim, a última distinção implícita entre moral e direito vem a ser em relação aos imperativos categóricos e imperativos hipotéticos. Por imperativo pode-se compreender por um dever que tem de ser cumprido, sendo distinguidos em categóricos e hipotéticos. Os categóricos, aqueles deveres em si mesmo, faz-se por acreditar ser uma ação correta e,

²⁹ BOBBIO, p. 54-55.

³⁰ Ibid., p. 56.

³¹ KANT, 1995, p. 40.

³² BOBBIO, 1995, p. 57-58.

³³ Ibid., p. 58-61.

³⁴ Ibid., p.79.

³⁵ Ibid., p..62-63.

hipotéticos, são os deveres, os quais buscam um objetivo. Dessa forma, pode-se dizer que a moral é relacionada ao imperativo categórico, enquanto o direito ao hipotético³⁶. Reforça-se a opinião de Emmanuel Kant, o qual acreditava que para uma ação ser moral deve-se tratar a pessoa sempre como o fim em si mesmo, e não como um simples meio³⁷.

Jürgen Habermas, filósofo mais atual, quando trata da ligação entre moral e direito, tem uma visão de que a argumentação jurídica não é um tipo específico de argumentação moral, diferente do pensamento de Emmanuel Kant e outros pensadores. Apesar de direito e moral serem normas de ação que tratam dos mesmos problemas, acabam por fazer isso de maneira diversa. O autor acredita que a moral e o direito podem ser estudados a partir do princípio do discurso, que abrange as normas de ação em geral³⁸, o definindo da seguinte forma “São válidas as normas de ação as quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais ”³⁹.

Por tratar de normas gerais ele é abstrato, sendo imparcial no que tange à moral e direito, dando a afirmação que os Juízos práticos devem ser decididos de forma racional. Porém, o princípio do discurso ganha concretude quando se divide em princípio moral e princípio democrático, tratando o primeiro das normas morais e o segundo das normas jurídicas⁴⁰.

[...] o princípio moral resulta de uma especificação do princípio geral do discurso para normas de ação que só podem ser justificadas sob o ponto de vista da consideração simétrica dos interesses. O princípio da democracia resulta uma especificação correspondente para tais normas de ação que surgem na forma do direito e que podem ser justificadas com o auxílio de argumentos pragmáticos, ético-políticos e morais – e não apenas com o auxílio dos argumentos morais⁴¹.

O princípio moral adquire um aspecto universal, sendo um preceito para a possibilidade de argumentação, conseguindo sua fundamentação segundo uma pragmática formal como uma maneira de ação comunicativa racional. Pode-se dizer que se controla de forma interior os argumentos para se ter decisões racionais morais. Por sua vez, o princípio da

³⁶ BOBBIO, 1995, p. 64-66.

³⁷ KANT, 1995, p. 69.

³⁸ DE ANDRADE, Camila Cardoso; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. A Relação entre Direito e Moral na Teoria Discursiva de Habermas: Porque a legitimidade do direito não pode ser reduzida a moralidade. IN: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, XVI, 2007, PUC MINAS – Belo Horizonte. p. 6093. *Anais...* Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/camila_cardoso_de_andrade.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015.

³⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*, entre a facticidade e validade. v. 1, 2º ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003, p. 142.

⁴⁰ DE ANDRADE; CATTONI DE OLIVEIRA, 2007. p. 6094.

⁴¹ HABERMAS, 2003, p. 143.

democracia ganha forma institucionalizada de direitos e comunicação política, dando a possibilidade de resolução de casos práticos através das razões justificadas, que possam ser levadas à negociação, o que se consegue graças à legitimidade das leis. Além de tudo, o autor distingue os dois princípios pelas características especiais das normas jurídicas, que devido ao seu aprimoramento através do avanço da sociedade, adquirem um caráter artificial, podendo ser aplicadas a si mesmas, sendo normas reflexivas. Essas normas devem fundamentar as possibilidades para atender os direitos no geral, que serão necessários para formação e auto-organização de uma comunidade jurídica. Para isso requer-se uma linguagem nas normas, de modo que a comunidade jurídica possa compreender-se como voluntária com membros iguais e livres⁴².

Nesse sentido, Jürgen Habermas, diferente do que se entende em Emmanuel Kant, o direito tem uma relação com a moral, porém não se pode ter a ideia de subordinação, em que a moral está em um patamar acima, e sim de uma complementação. Sob uma perspectiva sociológica, os dois são diferentes da ética tradicional quando moral e direito se confundiam. A partir da ruptura dos conceitos morais que se tinham por fundamentais inicia-se um progresso de mudanças morais. O direito no que tange ao nível cultural se desprende dos conteúdos éticos e morais e em nível institucional dos usos e costumes, que viram apenas convenções. Assim, a moral vira somente saber cultural, ao mesmo tempo em que o direito toma forma institucional e ganha traços de sistema de ação⁴³. Portanto, Direito e moral vão fazer se complementar no sentido que a partir da decaída da ética tradicional, uma moral apenas racional tem uma eficácia muito tênue, pois depende de um processo de interiorização da pessoa, devendo existir alguma forma de se por em prática as perspectivas morais que são justificáveis⁴⁴, o que se consegue através do direito, que por ser um sistema de saber e de ação, da eficácia necessária para a moral⁴⁵.

Assim, o direito surge como complemento da moral, pois, enquanto sistema de saber e sistema de ação, ele se estabelece nos níveis da cultura e da sociedade, e é responsável por conectar as decisões tomadas nos processos argumentativos com a institucionalização dessas decisões para torná-las eficazes para a ação. O direito apresenta-se, então, como um complemento funcional dessa moral, pois, esta pode recorrer ao direito para promover integração social.⁴⁶

⁴² DE ANDRADE; CATTONI DE OLIVEIRA, 2007, p. 6095.

⁴³ HABERMAS, 2003, p. 140-141.

⁴⁴ DE ANDRADE; CATTONI DE OLIVEIRA, 2007, p. 6096.

⁴⁵ HABERMAS, 2003, p. 150.

⁴⁶ DE ANDRADE; CATTONI DE OLIVEIRA, 2007, p. 6097.

Jürgen Habermas crê que a moral pós-convencional apresentada tem problemas para trabalhar com a integração social, de modo que transforme suas normas em ação devido às dificuldades cognitivas, motivacionais e operacionais. O aspecto cognitivo significa que apesar de as pessoas poderem fazer a análise de controvérsias e tirarem suas conclusões através da moral, isso não tem um caráter institucional. Os indivíduos devem agir por si. Já no direito, as pessoas possuem obrigações que guiam o agir, tirando do sujeito a responsabilidade de ter que decidir sobre suas escolhas em todos os instantes. O aspecto motivacional consiste no problema em que a moral não tem a capacidade de solidificar expectativas, já que sempre existe o risco das desavenças, pois ela advém da ideia que as normas devem advir de um processo argumentativo. O direito, por sua vez, tem a capacidade de impor suas normas de modo coercitivo, visando somente a ação externa, não fazendo conta dos motivos que faz a pessoa o cumprir. Por sua vez, a deficiência operacional da moral baseia-se na concepção de que em sociedades complexas, para poder imputar obrigações morais, existe a necessidade de esforços cooperativos ou realizações institucionais. Já o direito gera um sistema de imputações, tanto às pessoas físicas como às jurídicas⁴⁷.

Conforme já falado acima, as normas morais e jurídicas não possuem relação de subordinação e são diferentes, no sentido em que as normas jurídicas levam em conta, além da moral, outros fatores para fazer sua justificação através de discursos. Segundo a teoria do discurso de Habermas, o modo de se institucionalizar o desejo público, deve ser feito por meio do princípio do discurso, levando em consideração o aspecto cognitivo e o aspecto prático. O primeiro aspecto diz respeito à escolha de assuntos, colaborações, fundamentos e informações, com o compromisso de gerar presunção de racionalidade às conclusões obtidas no procedimento democrático, dando fundamento e legitimidade ao direito. Já o segundo aspecto é pertinente na questão das relações de acordo sem nenhum tipo de coação, que vai acarretar nas forças produtivas de liberdade comunicativas⁴⁸.

Trata o autor da distinção entre direito e moral, buscando através do princípio do discurso, como se devem tratar os assuntos políticos. Para Habermas é necessária a elaboração discursiva do direito e a formação comunicativa do poder, pois diferente de uma comunidade moral, uma comunidade que é concreta, que buscam o direito para regular essa sociedade não tem como separar as expectativas de conduta da ideia de objetivos coletivos. Por isso, a formação das normas jurídicas é diferente da constituição do dever moral⁴⁹.

⁴⁷ DE ANDRADE; CATTONI DE OLIVEIRA, 2007, p. 6097.

⁴⁸ Ibid., p. 6098.

⁴⁹ Ibid., p. 6098.

Ao passo que as normas morais têm por objetivo regular as relações em geral, visando o interesse de todos, as normas jurídicas buscam organizar determinada comunidade política concreta, que é demarcada de forma histórica e social. Apesar de as normas jurídicas não dever estar em desarmonia com a moral, elas têm de estar de acordo com os interesses pragmáticos dessa comunidade, buscando satisfazer os fins coletivos⁵⁰.

Tanto o direito como a moral tem uma força deontológica, porém devido ao direito ter ares institucionais pode usar de coação para exigir o cumprimento das obrigações. Todavia, além do direito possuir materialidade, se distingue da moral quanto ao conteúdo, caráter de validade e maneira de elaboração das normas⁵¹.

Quanto ao conteúdo, as normas morais baseiam-se na universalidade, buscando aquilo que é importante a todos, examinando a partir disso, o que é justo. Visam ter validade absoluta, pois tem objetivo de ser válidas a todos. Já as normas jurídicas tratam de regular as relações de determinado grupo jurídico, levando em consideração, além da moral, os valores pragmáticos e éticos, pois buscam dentro do grupo autocompreensão e paridade nos interesses.

No que tange a validade, as normas jurídicas buscam estar de acordo com os valores morais, como também tem alicerce nas questões éticas e pragmáticas, tendo uma validade relativa, dependendo do caso. As razões não morais estão presentes na formação da vontade e de políticas, e o vínculo com o contexto que vai dar a força de vontade na formação do direito significa que pode haver mudança nos valores éticos e pragmáticos⁵².

Quanto à forma de elaboração da norma, apesar de tanto as normas jurídicas como as morais serem construídas, o momento que isso acontece nas normas jurídicas é mais marcante, já que essas garantem uma estrutura racional a maneiras de vidas específicas. Assim, o direito se torna um meio de integração social, que não tem mais condão de ser obtido através da moral⁵³.

Nesse sentido, a ideia de Guilherme de Souza Nucci, aduzindo que direito e moral estão integrados, devendo se buscar harmonia entre eles, fazendo a ressalva que nem todas as normas morais devem ser captadas pelo direito, dando o exemplo de uma orgia, que apesar de

⁵⁰ DE ANDRADE; CATTONI DE OLIVEIRA, 2007, p. 6098-6099.

⁵¹ Ibid., p. 6099-6100.

⁵² Ibid., p. 6100-6101.

⁵³ PINZANI, Alexandre. *Habermas*, Introdução. Porto Alegre: Artmed, 2009. p. 146.

que para algumas pessoas pode ser considerada como algo imoral, não tem condições de se tornar um crime, levando em consideração o princípio penal da intervenção mínima⁵⁴.

Igualmente, sempre deve ser levado em consideração o aspecto prático, não podendo o direito se basear apenas na moral, por múltiplos fatores: a) As normas morais mudam de forma incalculável, devendo o direito buscar o meio termo. b) A moral tem influência da religião, sendo muitas vezes confundida, o que deve ser visto com ressalvas, pois estamos em um país laico. c) O falso moralismo que existe em uma pequena parcela da sociedade não deve ter espaço no direito. d) Ainda tem-se o politicamente correto, que tem a visão de um mundo perfeito, o direito deve considerar as falhas do ser humano e se basear na realidade. e) Por fim, certas normas morais não tem como ingressar no mundo do direito, pois diz respeito à intimidade e vida privada dos cidadãos, sendo uma garantia fundamental da nossa Constituição Federal⁵⁵.

Assim, pode-se concluir que o direito e moral se completam e deve-se chegar a um meio termo entre eles⁵⁶. Por conseguinte, será adentrado na dignidade da pessoa humana, analisando sua importância para o ordenamento jurídico brasileiro.

1.3 A Dignidade da Pessoa Humana

No início da religião cristã podemos apontar alguns dos primeiros traços da dignidade humana, pois o novo e o velho testamento afirmam que o ser humano foi feito à imagem de Deus, o que foi por tempos esquecido por suas instituições, foi a Inquisição, a qual cometeu diversas maldades⁵⁷.

Na antiguidade, a dignidade era medida conforme a classe social que as pessoas estavam, determinado grupo considerado mais digno do que outro. Porém, os filósofos estoicos já afirmavam que a dignidade era intrínseca do ser humano e isso que o diferencia dos outros seres, possuindo todos os humanos o mesmo nível de dignidade⁵⁸.

Apesar de tudo, na idade média, São Tomás de Aquino tinha a concepção do começo da religião cristã e do pensamento estoico, trazendo o termo “dignitas humana”. Na idade moderna, o filósofo Pico della Mirandola, com a concepção que a razão é própria do ser

⁵⁴ NUCCI, Guilherme de Souza, *Prostituição, Lenocínio e Tráfico De Pessoas*, Aspectos Constitucionais e Penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 38.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 39-40.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 40.

⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 30.

⁵⁸ *Ibidem*.

humano, afirmou que isso permite a viver de maneira livre e construir seu próprio destino. Também importante o pensamento do espanhol Francisco de Vitória, que em plena expansão colonial, no século XVI, aduziu que os índios deviam ser considerados livres e iguais, independente de sua religião, indo contra o método de dizimar, escravizar e explorar⁵⁹.

A partir do século XVII a dignidade começou a ser encarada de um modo geral através da razão, influenciada pelo pensamento jusnaturalista, devendo todos os homens ser tratados de forma igual, surgindo nomes muito importantes. Samuel Pufendorf, afirmou que até mesmo o rei deve respeitar a dignidade das pessoas, considerando por dignidade o ser humano poder agir por sua espontânea vontade. Immanuel Kant, já estudado no tópico anterior, que tinha a premissa de que a dignidade surgia da independência ética do ser humano, não devendo esse ser tratado como objeto⁶⁰.

Atualmente, dignidade da pessoa humana é muito importante e tem grande relevância, ganhando muita força nas ordens jurídicas dos países que possuem uma constituição e são Democráticos de direito. Nesse sentido, esses países são aqueles que o ser humano possui direitos que tem de ser respeitados, tanto pelo Estado como pelos demais indivíduos⁶¹.

Apesar de já terem sido dadas algumas noções do que é a dignidade da pessoa humana, é difícil conseguir uma definição clara, já que ela não é específica, sendo tratada como algo intrínseco ao ser humano, porém não se pode negar que ela existe. Dessa forma, devido a grande transformação das sociedades democráticas, com a grande diversidade de ideias e mudanças de valores, o conceito de dignidade não tem como ser um conceito fixo, ficando esse em constante construção e desenvolvimento⁶².

Deve ser destacado que a dignidade é indeclinável e faz parte do ser humano, devendo assim ser protegida, respeitada. Por ser valor próprio do ser humano, a dignidade existe mesmo onde não é reconhecido pelo Direito, esse que tem uma grande relevância, pois pode garantir uma efetiva proteção e promoção dela, devendo coibir possíveis violações⁶³.

Após a Segunda Guerra mundial, visando impedir que casos como o holocausto se repetissem, foi criada a Declaração Universal de Direitos Humanos⁶⁴, a qual foi proclamada no dia dez de dezembro de mil novecentos e quarenta e oito pela Assembleia Geral das

⁵⁹ SARLET, 2001, p. 31.

⁶⁰ Ibid., p.32.

⁶¹ Ibidem.

⁶² Ibid., p. 38-40.

⁶³ Ibid., p. 40-41.

⁶⁴ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana - Doutrina e Jurisprudência*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 40. Disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502135413/page/40>>. Acesso em: 11 dez. 2014.

Nações Unidas⁶⁵, reconhecendo a dignidade da pessoa humana, bem como seus direitos intransferíveis, logo vistos em seu preâmbulo: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”⁶⁶.

Importante frisar que essa declaração é uma recomendação da Assembleia Geral das Nações Unidas, que por sua vez não possui a competência para emitir normas positivas com caráter impositivo aos países que participam da ONU⁶⁷.

Um dos problemas que existe refere-se à contextualização histórico-cultural da dignidade da pessoa humana. Em alguns lugares determinadas práticas não são consideradas indignas, além de ser vistas como legítimas baseadas nos costumes e delimitadas juridicamente, enquanto para pessoas de outros países isso possa ser considerado um atentado à dignidade. É certo que por mais que se chegue a uma dignidade universal, existirão conflitos e pontos de vistas divergentes no sentido de ter a convicção de que certa conduta é digna ou não⁶⁸.

Porém, quando não existir o respeito ao ser humano, a igualdade entre as pessoas, quando não existir limites ao poder do Estado, nem direitos fundamentais reconhecidos e assegurados, não existe dignidade e o indivíduo passa a ser tratado como um objeto⁶⁹. Por todo o exposto, a dignidade da pessoa humana pode ser compreendida da seguinte forma:

A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo o qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.⁷⁰

Na Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana é posta como um princípio fundamental, em seu artigo 1º, inciso III, assim ganhando eficácia e virando um guia

⁶⁵ ANTUNES, Eduardo Muyleart. Natureza Jurídica da Declaração Universal de Direitos Humanos. Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 3, 2012, p. 127, fev. 2012. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818150000014d35f4d534b8d7839f&docguid=I775f6c40ec1b11e19ae6010000000000&hitguid=I775f6c40ec1b11e19ae6010000000000&spos=2&epos=2&td=2765&context=74&startChunk=1&endChunk=1#>>. Acesso em: 11 dez 2014.

⁶⁶ ONU. Assembleia Geral. *Declaração Universal de Direitos Humanos*, 1948. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf> Acesso em: 11/12/2014.

⁶⁷ ANTUNES, 2012, p. 127

⁶⁸ SARLET, 2001, p. 55-56.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 59.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 60.

para todo o ordenamento jurídico brasileiro. Importante ressaltar que apesar da dignidade existir ainda que não seja garantida como direito, estar assegurada da ordem jurídica de um país acaba lhe concedendo efetividade e proteção⁷¹.

A dignidade também possui grande ligação com os direitos e garantias fundamentais, já que esses apesar de serem os mais variados, têm por finalidade defender as pessoas e gerar o desenvolvimento da dignidade da pessoa humana⁷². Desse modo, podemos dizer que os direitos fundamentais estão enraizados no princípio da dignidade da pessoa humana, sendo formas de se exteriorizar a dignidade⁷³.

Os Direitos Fundamentais são os direitos humanos que são reconhecidos e estão positivados pela Constituição de algum país. A Constituição Federal de 1998, no Título II, trata dos direitos e garantias fundamentais, tratando em seus capítulos: Dos direitos e deveres individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; partidos políticos e seu regramento⁷⁴.

Esses direitos fundamentais são divididos em gerações ou dimensões. Os direitos fundamentais de primeira dimensão foram os primeiros a ser reconhecidos pelas Constituições escritas. São direitos que visam à defesa do indivíduo. Estão entre eles os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei⁷⁵.

Os direitos de segunda dimensão surgiram devido a grandes problemas sociais e de natureza econômica, já que o direito à liberdade e igualdade por si só não garantiam a sua efetividade. Dessa forma, foi criado de modo a garantir o bem estar social. São caracterizados por serem prestados serviços sociais às pessoas por parte do Estado, dentre eles a educação, o trabalho, saúde e previdência social. Além disso, estão englobadas as ditas liberdades sociais, como o direito à greve e os direitos fundamentais dos trabalhadores⁷⁶.

Já os de terceira dimensão, buscam defender o ser humano de forma mais abrangente no sentido de dar a proteção não ao indivíduo, mas a grupos de indivíduos. São os ditos direitos coletivos e difusos. Pode-se citar entre eles o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente, à qualidade de vida, além do direito ao uso e preservação do patrimônio histórico e cultural, como também o direito à comunicação⁷⁷.

Deve-se frisar que além desses Direitos fundamentais assegurados no Título II, ainda existem outros espalhados pela constituição, sendo também considerados aqueles que dizem

⁷¹ SARLET, 2001, p. 68-69.

⁷² Ibid., p. 82.

⁷³ Ibid., p. 87.

⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos constitucionais na perspectiva constitucional*. 10 ed. ver. atual. e ampl.; 2. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009, p. 28.

⁷⁵ Ibid., p. 46-47.

⁷⁶ Ibid., p. 47-48.

⁷⁷ Ibid., p. 48-49.

respeito a tratados no que tange a direitos humanos. Além disso, conforme o art. 5º, §2º, ainda temos direitos fundamentais não expressos na constituição baseados nos princípios Constitucionais, são os direitos fundamentais implícitos⁷⁸.

Dessa forma, pode-se concluir que a dignidade da pessoa humana passou por várias fases até podermos chegar a esse ponto, sendo de fundamental relevância, fazendo parte das pessoas e não tendo como ser recusada, sendo um princípio fundamental de nossa Constituição Federal, tendo estrita relação com os direitos fundamentais. Dessa forma, encerra-se esse capítulo, analisando-se em seguida a prostituição e a casa de prostituição em perspectiva histórica e penal.

⁷⁸ SARLET, 2001, p. 97-98.

2. A PROSTITUIÇÃO NA PERSPECTIVA HISTÓRICA E PENAL

Após algumas noções básicas que serão importantes para compreender o cerne do problema, adentrar-se-á no tema prostituição, observando-se seus aspectos históricos, bem como a maneira que os crimes ligados à prostituição estão dispostos no Código Penal Brasileiro, e por fim o artigo 229 do nosso Código Penal, que trata-se do delito de casa de prostituição.

2.1 Estudos Históricos da Prostituição

A prostituição caracteriza-se pela troca de favores sexuais, o qual não existe afeto em pelo menos uma das partes. Normalmente, troca-se sexo por dinheiro. Entretanto, pode ser trocado por informações, favor profissional, bens materiais, entre outros⁷⁹. Conforme Guilherme da Silva Nucci, a prostituição não é a profissão mais antiga do mundo, apesar de ser compreendida assim por muitos, sendo que essa referência é por vezes feita como uma forma de apontar a grande discussão desse tema. Seria uma forma de dizer que essa prática esteve presente desde o princípio das civilizações até os dias atuais⁸⁰. Quando surgiram as primeiras sociedades, onde não existia a propriedade privada nem monogamia, o sexo era visto de maneira diversa da nossa e os apontamentos são de que a prostituição não existia⁸¹.

Nas Índias Orientais, Indochina, Sudeste asiático, ilhas do Pacífico, Polinésia e parte da África, a promiscuidade feminina era relativamente corrente e nesses lugares não se conhecia a prostituição ou era uma raridade. Portanto, no geral, e até o século passado, quanto mais igualitária era uma sociedade, menos prostituição havia⁸².

Apesar do grande número de homens também se prostituir, em um sentido histórico as mulheres se prostituíram com mais regularidade. Determinados tipos de prostituição estavam vinculadas a divindades como aconteceu no início da Mesopotâmia e Egito quando sacerdotisas, que eram tidas como sagradas, recebiam presentes em troca de favores sexuais⁸³.

Na Mesopotâmia, entre 1704 a 1662 a.C, quando Hamurabi reinou, a sociedade se baseava em seu código. No Código de Hamurabi estava ditado que a monogamia era a regra. Todavia, caso a esposa não conseguisse dar um filho ao seu marido, ele poderia ter uma

⁷⁹ CECCARELI, Paulo Roberto. Prostituição: Corpo como Mercadoria. *Mente & Cérebro – Sexo*, v. 4. ed. esp., 2008, dez, p. 1. Disponível em: <http://ceccarelli.psc.br/pt/?page_id=157>. Acesso em: 10 dez. 2014.

⁸⁰ NUCCI, 2014, p. 47.

⁸¹ CECCARELI, 2008, p. 1.

⁸² NUCCI, 2014, p. 49.

⁸³ CECCARELI, 2008, p. 1-2.

concubina. Já a mulher que traísse o marido poderia ser afogada por ele. Como essa era uma época difícil de subsistência da mulher, uma das únicas formas de elas poderem se manter era através da prostituição. Ainda que o Código de Hamurabi tivesse regras sobre a família, o homem tinha uma boa liberdade sexual fora de sua casa. Salienta-se que nesse momento da história era algo normal a prostituição nos arredores de templos em vários países⁸⁴.

Já no Egito, apesar de a regra ser a monogamia, não era um obstáculo para os homens terem seus hárens, ao passo de que as mulheres se sustentavam através do casamento. Apesar disso, é sabido que surgiram prostitutas muito importantes, que acabaram por receber o estigma de lenda, dentre elas podemos citar Queóps e Cleópatra, essa que acabou ganhando vários territórios de Marco Antônio através de seus favores sexuais. Na Fenícia, existia a lei da hospitalidade, em que era imposto aos homens que prostituíssem suas filhas aos estrangeiros. Ressalta-se que era considerada uma ofensa por parte do hóspede a recusa, prática que foi imitada no litoral da Ibéria⁸⁵.

Pode-se afirmar que na Grécia antiga existiam muitas prostitutas consideradas sagradas e a prostituição era reconhecida pelas leis de Sólon, possuindo um cunho religioso. Essa classe era constituída por escravas, que moravam nos prostíbulos. Eles ficavam próximos às casas de banho, que também era um local para a atividade. Os bordéis existiam dentro da legalidade e ao que tudo indica por determinado tempo pertenciam ao Estado. As classes de meretrizes se distinguiam e as mais importantes eram as hetairas, mulheres importantes dentro da Grécia, as quais possuíam grande influência no país⁸⁶.

Segundo Paulo Roberto Ceccareli “As hetairas eram formadas em escolas nas quais as aspirantes aprendiam a arte do amor, da literatura, da filosofia e da retórica, vindo a ser as mulheres mais instruídas da Grécia⁸⁷”. É importante destacar que nessa época na Grécia os homens já se prostituíam e a homossexualidade era encarada como algo natural entre sábios e nobres⁸⁸.

Entre os romanos a prostituição era tratada como algo complexo, onde a venda do corpo das mulheres se dava em locais exclusivos a isso. Já a prostituição da alta burguesia acontecia nas próprias residências. Assim como para os Gregos, o meretrício devia ser registrado e devia arcar com impostos. Diferente de outras sociedades, a maioria das prostitutas não era considerada sacerdotisa, nem tinham tanta influência, ganhavam a vida

⁸⁴ NUCCI, 2014, p. 48

⁸⁵ Ibid., p. 49.

⁸⁶ NORONHA, E. Magalhães, *Direito Penal* v. 3, 21º ed. São Paulo: Saraiva, 1994, pg. 240.

⁸⁷ CECCARELI, 2008, p. 2.

⁸⁸ NUCCI, 2014, p. 52.

com o corpo e eram chamadas de meretrizes. A grande maioria eram escravas que acabavam sendo compradas em acampamentos militares por um preço baixo. A homossexualidade também era algo frequente, que não sofria perseguição, e até mesmo o casamento entre pessoas do mesmo sexo era permitido⁸⁹.

Com o fortalecimento do cristianismo, começaram as tentativas para conter a prostituição. Vários foram os imperadores que tentaram acabar com os prostíbulos e proibiram a prostituição, porém não conseguiram extingui-la⁹⁰. Nessa época, a moral começou a ser fortemente ligada à pureza de corpo. Dessa maneira, a prostituição acabou tornando-se uma atividade clandestina. Porém, em toda a Europa e suas Colônias continuou a existir através das cortesãs⁹¹. Baseados na ideia de Santo Agostinho ela passou a ser vista como um mal necessário⁹². Apesar de a prostituição ser uma atividade tolerada, quem fazia o lenocínio podia ter penas graves como castigos físicos, prisão e expulsão da cidade. Nesse sentido, a prostituição começou a se dar em locais fechados, que tinham toda a aparência de regulares, como: casas de banho, saunas e barbearias⁹³.

Com a chegada da Revolução Industrial, que chegou gerando o êxodo rural e crescimento da população das cidades, a desvalorização da mão de obra e as condições desumanas de trabalho, muitas pessoas começaram a se prostituir em troca de favores de patrões e capatazes, reanimando a prática que continua cada vez mais forte até os dias atuais⁹⁴.

Quanto ao Brasil, a exploração sexual começou na época de colônia, principalmente com índias e negras. Muitas mulheres não escravas acabavam por se prostituir em busca de renda e autonomia, podendo assim, participar de assuntos que na época eram vistos como masculinos⁹⁵. O código Penal Brasileiro de 1830 não considerava a conduta criminosa, o qual foi modificado no Código Penal de 1890, passando ser considerados delitos, além do lenocínio o cafetinismo ou lenocínio profissional. Em 1915 essas normas foram novamente modificadas devido ao país ter se comprometido na Conferência de Paris, no ano de 1902 a

⁸⁹ Ibid., p. 53-54.

⁹⁰ NORONHA, 1994, p. 240-241.

⁹¹ CECCARELI, Paulo Roberto, dez. 2008.

⁹² PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Parte Especial. Arts. 184 a 288, v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 292.

⁹³ NUCCI, Guilherme de Souza, 2014. p. 56.

⁹⁴ BORGES, Miria Fernanda Maranhão; PETRELLI, Laslei Aparecida Teles, Prostituição Feminina: De Deusas a Profanas. *Revista Cereus*, Gurupi/TO, v. 5, 2013, nº 2. p. 114. mai-ago. 2013. Disponível em: <<http://ojs.unirg.edu.br/index.php/1/article/viewFile/423/174>>. Acesso em: 25 mai.

⁹⁵ Ibid., p. 120-121.

proibir o tráfico de mulheres. Dessa forma, também, virando delito a manutenção de casa de tolerância, o constrangimento e aliciamento à prostituição⁹⁶.

Destaca Noronha Magalhães em sua obra, que historicamente têm-se três sistemas de abordagem da prostituição: o “sistema da regulamentação da prostituição”; “sistema proibitivo” e “sistema abolitivo”. O “sistema regulamentar” trata da ideia da prostituição como um mal necessário, impondo medidas às prostitutas. Já o “proibitivo” tem a intenção de tratar a prostituição como um delito. Por sua vez o “abolicionista”, que pode ser chamado de tolerante, relata que a prostituição não é um crime, porém comete um delito o terceiro que explora essa prática⁹⁷.

Guilherme da Silva Nucci tem uma concepção um pouco diferente e se aprofunda mais sobre o tema. Para ele, existem quatro sistemas de abordagem, além dos já acima citados traz a ideia do “sistema misto”. Compreende-se que o “sistema proibicionista” tem a concepção de que se deve punir tanto quem se prostitui, como também o próprio cliente e qualquer um que possa vir a auxiliar, intermediar ou que tenha sua renda a partir do meretrício. É presente em países com grande influência religiosa. Para quem defende esse sistema, a prostituição é algo imoral e deve ser tutelada pelo Estado, além de ir de encontro aos direitos humanos⁹⁸.

Sofre críticas porque fomenta a desigualdade social. Somente fomenta que pessoas de baixa renda deixem de ter uma melhor condição financeira através de uma atividade que não prejudica terceiros. Além disso, é citada a hipocrisia, devido a outras coisas muito mais graves como o consumo de álcool ser permitido. Apesar de a prostituição ser permitida é sabido que a indústria do sexo corre solta da mesma forma⁹⁹. Nesse sentido, compreende Luiz Régis Prado:

O sistema da proibição considera a prostituição como conduta criminosa, vedando o seu exercício. Sua adoção por alguns países não surtiu o efeito almejado pela legislação penal, já que a prostituição é motivada por graves problemas sociais, não constituindo causa obstativa da sua prática o simples fato de ser considerado delito.¹⁰⁰

Por sua vez, o “sistema regulamentar” da prostituição, tem a intenção é regularizar a prostituição, fazendo fiscalização e tratando os prostitutos e as prostitutas como qualquer

⁹⁶ PRADO, 2002, p. 285.

⁹⁷ NORONHA, 1994, p. 243-244.

⁹⁸ NUCCI, 2014, p. 68.

⁹⁹ Ibid., p. 69.

¹⁰⁰ PRADO, 2002, p. 292.

outro trabalhador com todos os direitos possíveis. Acontece na Holanda, e possui a concepção de que se a pessoa está em pleno acordo e tem consciência de seus atos, se prostituindo de forma livre e espontânea, deve ser encarado como um trabalho igual aos demais. O cafetão toma a figura de empresário, a prostituta de trabalhadora e, quem paga pelo programa, passa a ser o cliente¹⁰¹.

O “sistema regulamentar” baseia-se na ideia de que a prostituição é algo inevitável na sociedade, devendo ser controlada pelo Estado para proteger a ordem e a saúde pública. Nesse sentido, quem se prostituir deve estar devidamente inscrito e passar por controle médico de tempos em tempos, além de as casas de prostituição pagar impostos elevados. Difere-se de um modelo apenas fiscalizador, que não legaliza a prática, apenas a restringe com fiscalização em locais específicos. Verifica-se que sofre crítica dos movimentos feministas, que compreendem que a prostituição é uma forma de violência com a mulher no momento que a domina através do dinheiro. Além de que, acabaria por violar os direitos humanos por ser uma atividade que violaria a dignidade da pessoa humana¹⁰².

Já o “sistema abolicionista” tem por ênfase não proibir a prostituição, mas sim sua exploração por considerar que ela seja contrária à dignidade da pessoa humana. Busca prevenir com o intuito de proteger quem pensa em se prostituir e reinserir prostitutas. A crítica que recebe é por se basear em um conceito moral que não condiz com a realidade, não encarando a prostituição como uma profissão. Sua intenção é acabar com a prostituição e qualquer forma que possa diminuir a mulher frente ao homem. Esse sistema é aplicado na Suécia que além de tudo, criminaliza o cliente¹⁰³. Na concepção de Rogério Grecco, esse é o sistema adotado pelo Código Penal Brasileiro¹⁰⁴.

Por sua vez, o sistema misto seria uma mistura dos demais. Na concepção de Guilherme de Souza Nucci é o caso do Brasil, onde se prostituir ou ser quem usufrui da prostituição para satisfazer seus desejos sexuais não são condutas consideradas delitos. Todavia, é crime qualquer terceiro que auxilia, favorece ou ganha rendimentos financeiros. Apesar de a prostituição não ser considerada legalmente uma profissão, faz-se esse reconhecimento por ato administrativo do Ministério do Trabalho. Nesse caso a prostituição não está regulamentada e nem se procura sua abolição¹⁰⁵.

¹⁰¹ NUCCI, 2014, p. 69

¹⁰² Ibid., p. 69-70.

¹⁰³ Ibid., p. 70-71

¹⁰⁴ GRECCO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte especial. v. 3, 11º ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2014b, p. 604.

¹⁰⁵ NUCCI, 2014, p. 68-71.

Por todo o exposto, pode-se notar que a prostituição esteve presente em todas as épocas da sociedade, sendo um tema muito controverso com vários sistemas de abordagem ao longo dos tempos e, que achar o mais correto para a atual sociedade brasileira não é tarefa fácil. Em seguida, observar-se-á como a prostituição está interligada com o Código Penal.

2.2 A Prostituição e o Código Penal

Em nosso ordenamento jurídico prostituir-se não é considerado delito, o que é diferente do favorecimento ou exploração da prática¹⁰⁶. Importante aqui conceituar delito, que pode ser dado por vários ângulos. De um modo formal o delito é aquilo que o direito penal define como crime. Por sua vez, do ponto de vista material, delito é a atitude que certa sociedade, em certo momento histórico, considera danoso a ponto de ser regulado pela lei penal. E de um ponto de vista analítico, ou seja, analisando as partes do delito, ele pode ser considerado como um fato típico, antijurídico e culpável¹⁰⁷.

A partir da Lei nº 12.015 de 2009, o título VI da parte especial do Código Penal, então chamado *Dos Crimes contra os costumes*, passou a se chamar *Dos crimes contra a dignidade sexual*, já que em tese não é mais considerada interessante a forma como as pessoas usufruem de sua sexualidade, mas sim a busca pela dignidade sexual, que seria uma forma de dignidade da pessoa humana¹⁰⁸. Nesses termos, verifica-se que:

Em 2005, a Lei n. 11.106, de 29 de março, procedeu profundas alterações nesse Título: primeiramente, além de outras pequenas alterações, que serão examinadas, suprimiu integralmente o Capítulo III, que abordava os crimes de rapto (arts. 219 a 222), fazendo-o desaparecer do nosso diploma legal. Referida lei revogou também o art. 217, objeto do Capítulo II, que tipificava o crime de sedução, atendendo, no particular, antiga reivindicação de doutrina e jurisprudência. Alterou, por fim, o Capítulo V, que se denominava “Do lenocínio e do tráfico de mulheres”, para “Do lenocínio e do tráfico de pessoas”, ampliando consideravelmente a sua abrangência.
109

O bem jurídico para os crimes contra a dignidade sexual, na visão de Cezar Roberto Bitencourt é a liberdade sexual, que vem a ser o poder do indivíduo poder exercer sua sexualidade e seu corpo da maneira que lhe convier, poder escolher seus parceiros do modo que se achar melhor, sem ser coagido através de ameaças ou violência, sendo necessária uma

¹⁰⁶ BITENCOURT, 2012, p. 166.

¹⁰⁷ PRADO, 2004, p. 236-238.

¹⁰⁸ GRECCO, 2014b, p. 455-457.

¹⁰⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal, 4: Parte Especial, dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública*, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 41. Disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502188969/page/41>>. Acesso em: 12 mar. 2015.

proteção penal especial. Deve ser destacada a existência de um conjunto de normas não penais que a sociedade acata, e que cria padrões para o uso da liberdade sexual dos indivíduos. Todavia, essa moral sexual não pode ser considerada como o bem jurídico a ser protegido, pois assim, acaba se tornando um modo de impor com o auxílio do Direito Penal certo conceito ideológico¹¹⁰.

O Capítulo V do título VI da parte especial do CP, tem como objeto de estudo o Lenocínio e Tráfico de Pessoas para fim de Prostituição ou outra forma de Exploração Sexual, possuindo os seguintes delitos: (art. 227), mediação para servir a lascívia de outrem; (art. 228), favorecimento da prostituição ou qualquer outra forma de exploração sexual; (art. 229), casa de prostituição; (art. 230), rufianismo; (art. 231), tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual; e (art. 232), tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual¹¹¹.

Os crimes tratados como lenocínio buscam proteger o bem jurídico moralidade pública sexual, com a intenção de frear a ocorrência da prostituição. Assim, o lenocínio, vem a ser o auxílio ou assistência de qualquer forma da lascívia de outro, ou se beneficiar disso¹¹². Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci o “Lenocínio significa favorecer, de qualquer modo, a libidinagem alheia, com ou sem proveito pessoal, constituindo o gênero de outras condutas, denominadas de proxenetismo, alcovitece e rufianismo.”¹¹³

Por sua vez, alcoviteiro, proxeneta e rufião de um modo geral são considerados como palavras sinônimas, entretanto, no que se refere à esfera penal do Brasil, o proxeneta e alcoviteiro são aqueles que contribuem da qualquer maneira para a relação sexual de terceiros, englobando também a prostituição. Já o rufião é aquele que está entre a prostituta e o cliente, é o agenciador, advindo daí seu sustento. A diferença básica é que o proxeneta não ganha dinheiro diretamente da prostituição, enquanto que o rufião sim. O proxeneta é aquele que contribui com a prostituição, por exemplo, possibilitando que isso aconteça em seu estabelecimento comercial.¹¹⁴ Analisando o Código Penal, percebe-se que os crimes ligados à prostituição estabelecem-se da seguinte forma:

Técnicamente, a prostituição, no Brasil, é moldada, no Código Penal, da seguinte forma: (a) a prostituição individual, feminina ou masculina, da pessoa maior de 14 anos, é fato atípico, ou seja, irrelevante penal; (b) a prostituição individual, feminina ou masculina, da pessoa menor de 14 anos, é considerada estupro de vulnerável (art.217-A CP); (c) qualquer induzimento, submissão, atração, favorecimento, impedimento ao abandono, violência ou ameaça para o exercício da prostituição de

¹¹⁰ BITENCOURT, 2012, p. 43.

¹¹¹ GRECCO, 2014b, p. 457.

¹¹² BITENCOURT, 2012, p. 160.

¹¹³ NUCCI, 2014, p. 86.

¹¹⁴ Ibid., p.86-87.

pessoa maior de 14 anos é considerado crime (art.s 218-B, 228, 230 do CP); (d) manter local destinado à exploração sexual é conduta criminosa (art.229 do CP).¹¹⁵

Cabe destacar a existência de tipos penais com falta de nexos no Código Penal, como o do art.227 do Código Penal, que se refere a apenas induzir uma pessoa a satisfazer a lascívia de outra, sem estar relacionado à prostituição, ou seja, a mediação sexual entre pessoas adultas em nosso ordenamento jurídico é crime¹¹⁶.

O termo explorar possui vários sentidos, podendo ser desde uma pesquisa ou estudo, até se beneficiar de objetos ou pessoas, sendo que nesse último caso pode ser feito de maneira honesta ou não. Por exploração desonesta entende-se a má fé, ludibriar alguma pessoa para obtenção de vantagem e detrimento a quem é explorado¹¹⁷.

O Código Penal, a partir da Lei 12.015/2009, utiliza a expressão exploração sexual, porém não a define, deixando essa incumbência para a doutrina e jurisprudência. Na visão de Guilherme da Silva Nucci, do modo que está colocado em nosso Código, a prostituição e a exploração sexual se confundem. Exemplo disso, o artigo 288 do Código Penal que traz a redação: “induzir ou atrair alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual”, bem como os artigos 231 e 231-A que falam em prostituição ou outro tipo de exploração sexual¹¹⁸.

Ademais, existe outro grupo de doutrinadores que conceitua a exploração sexual como gênero e dela advém a prostituição, pornografia, turismo sexual e o tráfico de pessoas¹¹⁹. Entre esses, pode-se citar Rogério Grecco, o qual compreende que a prostituição é um modo de exploração sexual em conjunto com a pornografia, tráfico para fins sexuais e turismo sexual, tendo por base o I Congresso Mundial contra a Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes, que ocorreu em Estocolmo, no ano de 1996¹²⁰.

Porém, essa simplória conceituação tem problemas, já que na maioria dos casos não é clara. O turismo sexual vem a ser a busca pela prostituição, portanto não tem possibilidade de se tornar um tipo independente de exploração sexual. Além disso, caso a pornografia ser considerada delito, um local onde exista *striptease* está enquadrado como um tipo de exploração sexual, o que se caracteriza crime do art. 229 do CP. Por fim, o tráfico de pessoas, inserido nos crimes contra a dignidade sexual está na prática voltado à prostituição, ficando carente o termo “outra forma de exploração sexual”¹²¹. Nesse contexto, César Roberto

¹¹⁵ Ibid., p. 89.

¹¹⁶ Ibidem.

¹¹⁷ Ibid., p. 89-90.

¹¹⁸ Ibid., p. 90.

¹¹⁹ Ibid., p. 90-91.

¹²⁰ GRECCO, 2014b, p. 605-606.

¹²¹ NUCCI, 2014, p. 90-91.

Bitencourt faz a seguinte afirmação: “O legislador, na verdade, abusou da utilização do vocábulo exploração sexual, empregando-o em sentidos distintos (arts. 218-B, 228, 229, 231, 231-A), embora não tenha declinado com alguma clareza qual o significado que lhe atribui em cada hipótese”¹²².

Conforme Guilherme da Silva Nucci, não ocorre exploração sexual quando não existir violência, ameaça ou algum tipo de fraude que obrigue alguém a praticar sexo. Muito se usa dos argumentos de cunho liberal, no sentido de que não se pode usar uma pessoa como meio para se atingir um fim. Porém, é notório que a maioria dos trabalhadores é explorado, e devido a isso obtém vantagem, ficando em situação melhor que a anterior¹²³. Nesse contexto:

[...] salta aos olhos o caráter indeterminado de uma formulação assim tão excessivamente abrangente. Precisamente por viver em sociedade, o ser humano está permanentemente sendo meio legítimo de realização dos desígnios de outras pessoas, ao mesmo tempo em que se vale das ações e das qualidades de outros seres humanos para a realização de seus próprios objetivos. Por exemplo, a sociedade não enxerga mal algum, pelo contrário, que alguém se valha dos serviços de um médico, de uma empregada doméstica, de um policial[...]¹²⁴

Apesar de existir exploração na prostituição, principalmente por parte de rufiões que agem com ameaças e violência, isso não pode ser generalizado. Pois dessa forma, entra-se somente dentro do campo da moral, isto é, a concepção que de prostituição é exploração sexual por ser considerada imoral para certas pessoas. Dessa maneira, pode-se concluir que o termo “exploração sexual”, do modo que está disposto no Código Penal, possui inúmeros sentidos e é de extrema superficialidade¹²⁵.

Quanto ao “tráfico de pessoas”, inserido nos crimes contra a dignidade sexual, verifica-se que se traduz em deslocar indivíduos dentro do território nacional ou para outro país com o intuito de explorar e abusar da boa fé de outros para ganhar lucro ilícito gerado pela prostituição ou outro ramo da indústria sexual¹²⁶.

Ressalta-se que apesar da prostituição não ser considerada crime em nosso Código, ela sofre com juízos morais, sendo considerada por parte da sociedade como algo indigno, já que a sexualidade continua a ter um caráter de cunho sagrado. Nenhum tipo de estigmatização é aceitável, pois se baseia apenas em concepções morais, sem uso da razão ou isonomia que

¹²² BITENCOURT, 2012, p. 177.

¹²³ NUCCI, 2014, p. 91-92.

¹²⁴ NÉVITON, Guedes, Os limites da dignidade da pessoa humana. *CONJUR*, 2012, out. 29. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-29/constituicao-poder-limites-humanos-dignidade-pessoa-humana>>.

Acesso em: 26 mai. 2014.

¹²⁵ NUCCI, 2014, p. 92-93.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 100.

todos têm perante a lei. Salieta-se que a estigmação da prostituição masculina é tão grande quanto à feminina, já que além de tudo, envolve a homossexualidade, sendo o prostituto julgado por ser homossexual e comercializar seu corpo¹²⁷.

Na sequência, será analisado de modo específico o art. 229 do Código Penal, para poder-se chegar ao cerne do trabalho, ou seja, se é possível ou não descriminalizar a conduta de manter uma casa de prostituição.

2.3 Da casa de Prostituição: Art. 229 do Código Penal.

O art. 229 do Código Penal, o qual possui o título Casa de Prostituição, trata do crime de: “Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente: Pena - reclusão, de dois a cinco anos e multa”¹²⁸.

Esse artigo foi modificado pela Lei 12.015/09. Antes da mudança legislativa se criminalizava a conduta de manter por conta própria ou de terceiro, casa de prostituição ou lugar destinado a encontros para fim libidinoso. A partir do novo texto, o artigo passou a se referir em manter estabelecimento em que ocorra a exploração sexual, deixando para trás os elementos casa de prostituição e fim libidinoso, permanecendo os outros elementos e o título do delito como casa de prostituição¹²⁹.

Conforme o verbo “manter”, deve-se compreender habitualidade, ou seja, o delito deve ter certo prolongamento. Desse modo, para acontecer o crime, deve existir desejo de perdurar, podendo ser longo ou curto prazo. O local pode ser mantido por conta própria ou de terceiro, ou seja, o agente pode ser quem efetivamente mantém o local, como pode ser feito por um terceiro, que apesar de saber qual é a atividade realizada no estabelecimento, financia a sua conservação, acabando por também responder pelo crime como coautor. Caso esse terceiro não tenha ciência da real finalidade do lugar, o fato é atípico, já que lhe falta o dolo¹³⁰. Nesse sentido expõe Cezar Roberto Bitencurt:

A conduta incriminada é representada pelo verbo nuclear manter, que significa sustentar, conservar ou custear a antiga casa de prostituição, modernizada, pela Lei n. 12.015/2009, para “estabelecimento em que ocorra exploração sexual”. Em outros termos, o crime consiste em manter esses locais — seja sob a

¹²⁷ NUCCI, Guilherme da Silva. 2014, p. 95, 97-98.

¹²⁸ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 08 de abril de 2015.

¹²⁹ GRECCO, 2014b, p. 613-614.

¹³⁰ Ibid., p. 613-614.

terminologia tradicional (casa de prostituição), seja com a nova terminologia “estabelecimento onde ocorra exploração sexual” —, explorá-los ou dirigi-los, exatamente para o fim mencionado no tipo penal, qual seja para que “ocorra exploração sexual”¹³¹

Em relação ao termo exploração sexual, no que tange o artigo 229 existem divergências. Para Cezar Roberto Bitencourt a expressão refere-se diretamente à prostituição, ou seja, no artigo em questão, manter estabelecimento de exploração sexual é o mesmo que dizer manter casa de prostituição¹³². No entendimento de Rogério Grecco, a exploração sexual entende-se tanto por um local destinado a prostituição, isto é, a comercialização do corpo, como também boates de *striptease*, dentre outros, mesmo sem o fim de lucro¹³³.

O bem jurídico que o delito do art. 229 busca defender é a moralidade sexual pública, buscando frear a prostituição. O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, homem ou mulher, lembrando que terceiros também respondem pelo crime se souber qual é a finalidade do local. Salienta-se que a pessoa que se prostitui e que mantém um local para si onde faz seus programas, não está enquadrada no delito, já que a prostituição por si só não é considerada crime. Além disso, os demais funcionários desses estabelecimentos, como garçons e faxineiras, não respondem pelo delito, pois a intenção é reprimir quem detém a real responsabilidade sobre o estabelecimento¹³⁴.

Quanto ao sujeito passivo, também se verifica divergência doutrinária. Enquanto Guilherme de Souza Nucci e Rogério Grecco acreditam que o sujeito passivo é a coletividade, já que o bem jurídico protegido é a moralidade sexual pública¹³⁵¹³⁶, Cezar Roberto Bitencourt tem a visão que o sujeito passivo é a pessoa que se prostitui, aquele que fica no local com o intuito de comercializar sexualmente, já que a sociedade não se incomoda com essa conduta¹³⁷. No que tange à consumação do delito, deve ser analisado que se trata de um crime habitual, o que é diferente de crime permanente. Nesse sentido para caracterizar o crime, a prática deve se repetir com frequência, devendo ainda existir a prova da habitualidade, sendo impossível o crime tentado. Desse modo, um local onde exista a prostituição de maneira isolada não se enquadra no tipo, sendo uma conduta atípica¹³⁸.

¹³¹ BITENCOURT, 2012, p. 176.

¹³² Ibid., p. 177.

¹³³ GRECCO, 2014, p. 614.

¹³⁴ BITENCOURT, 2012, p. 175.

¹³⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual*; Comentários à lei 12.015 de 07 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 81.

¹³⁶ GRECCO, 2014b, p. 616.

¹³⁷ BITENCOURT, 2012, p. 175.

¹³⁸ Ibid., p. 186.

Nesse ponto Rogério Grecco entende que a consumação dá-se desde o instante em que se inaugura a casa de prostituição, sem importar se um casal já manteve relações sexuais ou não. Para ele, o “manter” já ocorre no momento em que vai se abrir o estabelecimento, somente devendo existir a vontade de permanecer fazendo a exploração sexual. Apesar da maioria da doutrina posicionar-se pela não existência da forma tentada, esse autor considera possível a sua ocorrência já que o crime é plurissubsistente e, para embasar essa afirmação, cita o exemplo de no momento exato em que ia se inaugurar o estabelecimento o agente ser surpreendido, sendo impedido de abrir por circunstâncias alheias à vontade do agente¹³⁹.

O tipo subjetivo desse delito é o dolo, que vem ser o desejo de ter um ambiente por conta própria, ou auxiliado por outro sujeito, onde se pratique a prostituição, tendo o agente que possuir conhecimento sobre isso. Ademais, existe um elemento subjetivo específico que vem a ser o fim especial de manter o local para atividades libidinosas¹⁴⁰.

Consoante com Cezar Roberto Bitencurt, para a caracterização do delito em questão, existe dois requisitos essenciais, os quais são: a natureza do local e a finalidade exclusiva, ou no mínimo predominante de atender os desejos sexuais daqueles que o frequentam. Importante salientar que esse fim deve ser exclusivo e específico, deve existir o interesse em se realizar a chamada exploração sexual. Desse modo, os hotéis, restaurantes, motéis e outros estabelecimentos onde não se tenha por fim específico a prostituição, não podem ser consideradas como estabelecimentos de exploração sexual, sendo condutas atípicas. Hotéis e motéis são ambientes recebem todos os tipos de pessoas, sem finalidade do comércio sexual. No caso de bares ou restaurantes, o local deve ter o objetivo principal de prostituição, ou não será considerado local de exploração sexual¹⁴¹.

A pena do delito é cumulativa, reclusão de dois a cinco anos e multa, já que esse delito de regra visa o lucro. Trata-se de uma ação penal pública incondicionada. Por fim, a classificação doutrinária se dá na seguinte forma: é um crime comum, de forma livre, comissivo, unissubjetivo, plurissubsistente e habitual. Existe divergência no seguinte sentido: Guilherme de Souza Nucci considera um crime material, tendo a obrigatoriedade de existir uma verdadeira exploração de cunho negativo, enquanto que para Cezar Roberto Bitencurt trata-se de um crime formal, não sendo preciso esse requisito. Além disso, Rogério Grecco o considera crime permanente e levanta a chance de ser praticado de maneira omissiva¹⁴²¹⁴³¹⁴⁴.

¹³⁹ GRECCO, 2014b, p. 617-618.

¹⁴⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. 2012. P 185-186.

¹⁴¹ Ibid., 2012, p. 178-180.

¹⁴² NUCCI, 2009, p. 81.

¹⁴³ BITENCOURT, 2012, p. 187-188.

Nesse sentido, encerra-se esse capítulo e finalmente é possível chegar-se ao centro do estudo desse trabalho, ou seja, o debate sobre a (im) possibilidade da descriminalização da casa de prostituição.

¹⁴⁴ GRECCO, 2014b, p. 615.

3. É POSSIVEL OU NÃO DESCRIMINALIZAR A CASA DE PROSTITUIÇÃO?

Por derradeiro chega-se na questão se existe a possibilidade de descriminalizar o crime de casa de prostituição (art.229 do Código Penal). Dessa forma, primeiramente serão analisados argumentos positivos e contrários a manter essa ação como delito em nosso ordenamento jurídico, posteriormente será observado o que a jurisprudência brasileira tem decidido sobre o tema, e por fim propostas de descriminalização pelos legisladores.

3.1 Posicionamentos Doutrinários favoráveis e contrários ao delito de Casa de Prostituição

Na concepção de Nelson Hungria, a prostituição sempre existiu e, vai continuar a existir, sendo que medidas diretas tomadas com o intuito de frear a prostituição dificilmente se consegue algum resultado positivo, devendo ter-se outros modos de enfrentamento. Para esse doutrinador a prostituição não é e nem pode ser considerado crime, o que é diferente do lenocínio, que é uma forma de iniciar e fomentar a prostituição¹⁴⁵. Nesse sentido afirma Guimarães Noronha:

Quanto a estes, não há razão de complacência legal, pois são causas da prostituição, atraindo e seduzindo a vítima para esse meio de vida, ou mantendo-a nele, quando não – o que freqüentemente acontece – a impe-dindo de abandoná-lo. Ao lado disso, há de considerar a torva personalidade do *souteneur*, em suas várias modalidades de *maquereau*, *cafinflero*, *rufião* etc., todos vivendo da desventura alheia, mercadejando com o corpo da infeliz que lhes caiu nas garras.¹⁴⁶

Para Nelson Hungria, o lenocínio é uma ação parasitária, constituindo uma grande lesão à vida social, vindo a ser uma conduta que vai contra a organização da vida sexual e ordem econômica. Existe o lenocínio principal, que se trata do induzimento e aliciamento à prostituição, e o lenocínio acessório, que é favorecimento da prostituição, ter um local para fins libidinosos ou explorar lucrativamente a prostituição de outrem, o que é o caso do art. 229 do Código Penal¹⁴⁷.

Conforme Magalhães Noronha, quem mantém uma casa de prostituição sempre favorece esse modo de vida, que é degradante e depravado. O bem jurídico protegido, a moralidade sexual, continua relevante para a sociedade. A vida sexual das pessoas deve ser de

¹⁴⁵ HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal*. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. v.8, Arts. 197 a 249. 5º ed. Rio de Janeiro: Forense. 1981, p. 266, 268-270.

¹⁴⁶ NORONHA, 1994, p. 210.

¹⁴⁷ HUNGRIA, 1981, p. 270- 271.

acordo com a moral e os bons costumes, não podendo aceitar que determinada pessoa venha a ser o motivo ou começo dessa libertinagem, facilitando ou explorando essas vítimas que se entregam à prostituição¹⁴⁸.

Diferente disso posiciona-se Luiz Flávio Gomes, o qual tem a visão que no crime de casa de prostituição (art.229 do CP) deve-se fazer uma interpretação restritiva. Isso significa que, quando a relação sexual for entre pessoas maiores de idade, não existe crime no estabelecimento que tem a finalidade de proporcionar encontros sexuais. As pessoas maiores de idade possuem liberdade para frequentar esses ambientes. Processar o dono do motel ou de uma casa de prostituição é algo incoerente¹⁴⁹.

O comércio do corpo seguro, entre pessoas maiores de idade não pode ser considerado exploração sexual, a qual tem um sentido negativo de abuso de uma fragilidade. As pessoas que possuem plena capacidade, desde que não atinjam direitos de outros, tem o direito de usufruírem da maneira que quiserem sobre sua sexualidade, podendo mercantilizar o prazer sexual. No que se referem aos crimes sexuais as chances de confundir direito com moral são muito altas. Porém deve-se resaltar que cada pessoa tem valores morais próprios, devendo prevalecer o bom senso e a razoabilidade¹⁵⁰.

No mesmo sentido, César Roberto Bitencourt compreende que criminalizando um estabelecimento onde acontece a prostituição, agora chamada “exploração sexual”, acaba por resultar na coibição de uma atividade que não é delito, confundindo a moral com o direito e sentenciando a prostituição nas ruas, a marginalização e a clandestinidade¹⁵¹.

A prostituição é um uso da liberdade sexual. Essa atividade é tolerada e aceita pela sociedade, que convive com essa prática, sendo que as pessoas as quais prostituem, convivem de maneira harmônica com os demais. É inegável que toda a pessoa que é adepta a essa prática precisa de um local para a realização de sua atividade, que não é crime, e é aceita pela parte da sociedade que não é hipócrita. Nesse sentido, essas pessoas buscam os melhores estabelecimentos possíveis, atualmente chamados pela legislação como estabelecimentos de exploração sexual, de forma livre e espontânea, aceitando trabalhar e muitas vezes residir nesses locais. Salienta-se que não é cabível dizer quais motivos leva alguém a se prostituir,

¹⁴⁸ NORONHA, 1994, p. 224.

¹⁴⁹ GOMES, Luiz Flávio. Crimes contra a Dignidade Sexual e outras Reformas Penais. *Jusbrasil*, 14, set. 2009. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1872027/crimes-contra-a-dignidade-sexual-e-outras-reformas-penais>>. Acesso em: 12 mar. 2015.

¹⁵⁰ Ibidem.

¹⁵¹ BITENCOURT, 2013, p. 173-174.

existindo as mais diversas circunstâncias, deve-se somente destacar que todos são livres para usufruir de sua sexualidade¹⁵².

Comercializar o próprio corpo, em si não é crime. Dessa forma, não existindo plausibilidade em coibir o lugar onde ela acontece. Se a prostituição é tão perturbadora deve ser criado um tipo penal para tal, tornando-a delito, só desse modo existe lógica em punir o mantedor de estabelecimento destinado à prostituição¹⁵³. Discorda disso Néelson Hungria:

Este raciocínio, porém, estaria abstraindo que a política criminal muitas vezes desatende à lógica, para seguir critérios de oportunidade e conveniência. A prostituição é tolerada como uma *fatalidade* da vida social, mas a ordem jurídica faltaria à sua finalidade se deixasse de reprimir aqueles que, de qualquer modo, contribuem para maior fomento e extensão dessa chaga social.¹⁵⁴

Ainda, Cézár Roberto Bitencourt traz a ideia de exclusão da antijuridicidade do delito de manter estabelecimento em que ocorra a exploração sexual. Pelo motivo de a prostituição ser uma atividade lícita, e a liberdade sexual é um direito de qualquer pessoa, o bem jurídico protegido é disponível. Nesse sentido, a doutrina brasileira começou a aceitar o consentimento do ofendido como uma causa supralegal de exclusão da antijuridicidade quando se tratar de um bem jurídico disponível¹⁵⁵.

Nesse contexto, é necessário fazer a distinção de quando o consentimento atinge a tipicidade e de quando atinge a antijuridicidade. É notável que ao analisar qualquer código penal, vários delitos dependem da ausência de consentimento do ofendido, fazendo parte da estrutura do tipo penal, é uma característica negativa do tipo. Pode-se citar como exemplo a invasão de domicílio (art. 150 do CP) e a violação de correspondência (art. 151 CP). Ainda, por vezes o consentimento é elemento do crime, como exemplo o aborto consentido (art.126 CP)¹⁵⁶.

Por sua vez, o consentimento influi na antijuridicidade quando o titular exercer sua vontade, juridicamente válida, em um bem jurídico disponível. Quando as prostitutas no exercício da prostituição consentem em praticá-la em um estabelecimento específico, a conduta apesar de poder ser considerada típica não é antijurídica, já que existe o consentimento da hipotética vítima que se torna uma causa justificante supralegal¹⁵⁷.

¹⁵² Ibid., p. 180-181.

¹⁵³ NUCCI, 2009, p. 80.

¹⁵⁴ HUNGRIA, 1981, p. 260.

¹⁵⁵ BITENCOURT, 2013, p.181.

¹⁵⁶ Ibid., p. 181-182.

¹⁵⁷ Ibid., p. 182.

Para Rogério Grecco, tipos penais como o do art. 229 do Código Penal apenas ocasionam a descrença e o desabono para os órgãos que trabalham com o Direito Penal, já que apesar de todos terem a ciência que essas práticas são ilegais, a atividade é muito divulgada e não se toma nenhuma atitude de repressão. Na maioria dos casos, quando se toma alguma postura contra, de regra, trata-se de algum tipo de vingança, e não a vontade de cumprir com a legislação. Ademais, quando isso acontece, normalmente o que se busca é a presença de menores se prostituindo, buscando assim não reprimir o estabelecimento e sim, as pessoas que necessitam da proteção do Estado¹⁵⁸.

Determinados comportamentos que envolvem a prostituição podem, facilmente, ser controlados de forma informal pela sociedade, alertando possíveis males causados por essa conduta não sendo necessária a repressão do Direito Penal, já que esse tem um papel de *ultima ratio*¹⁵⁹. Desse modo, afirma Guilherme da Silva Nucci:

Puna-se o rufião, que escraviza a prostituta. Puna-se o proxeneta que engana o adolescente. Porém, é preciso um forte choque de autenticidade para o legislador deixar de lado a feitura de leis inúteis, que, em grande parte, trocam termos ou expressões, mas redundam em lugares-comuns. São essas alterações desacreditadas que geram a desconfiança do cidadão e o descrédito do sistema punitivo estatal. Em lugar de descriminalizar o óbvio, eliminando do cenário do Código Penal o art. 229, altera-se uma expressão por outra análoga, gerando-se a expectativa de aplicação da norma, o que, fatalmente, não ocorrerá.¹⁶⁰

A delimitação e separação da moral e do direito começou há bastante tempo. Quando estiver falando de pessoas adultas, cada um faz o que entender com sua vida sexual. A moral não pode ser confundida com o direito, não existindo a possibilidade de o Estado instituir certa orientação moral ou sexual, sob pena de instrumentalizar o indivíduo¹⁶¹.

Conforme Guilherme de Souza Nucci, o agenciamento da prostituição tem condições de ser um comércio como qualquer outro, dando exemplo de quem vai a um spa em busca de uma massagem, tendo a noção que uma parte do que foi pago será dividido entre o estabelecimento e quem realizou a massagem, não se enxergando qualquer ilegalidade nisso. Dessa maneira, nem todos os que fazem a mediação da prostituição devem ser tratados como criminosos, havendo aqueles que ajudam os profissionais do sexo. Salienta-se que isso é

¹⁵⁸ GRECCO, 2014b, p. 614-615.

¹⁵⁹ Ibid., p. 615.

¹⁶⁰ NUCCI, Guilherme da Silva. 2009, p. 80.

¹⁶¹ GOMES, 2009.

diferente daqueles que agem com violência, ameaça e fraude, devendo esses ter suas condutas criminalizadas¹⁶².

Deve-se observar a relação entre o direito penal e o princípio da intervenção mínima. A comercialização do corpo vem a ser um ângulo do direito fundamental à intimidade, diz respeito à vida privada, devendo o Estado deixar de interferir nesses casos, com argumento de defender a dignidade humana que, no caso em questão possui conceito deturpado¹⁶³. Deve-se levar em conta que não é somente por que uma pessoa se prostitui que se acaba com sua dignidade. A dignidade vai muito além de conceitos morais, envolvendo vários direitos fundamentais como a liberdade, e intimidade à vida privada¹⁶⁴. Para melhor compreender o debate, subsequentemente serão trazidas as posições da jurisprudência brasileira sobre o tema específico.

3.2 As posições jurisprudenciais

Verifica-se a existência de divergência na jurisprudência, no que tange ao delito do art. 229 do Código Penal. No ano de 2008, o Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Aramis Nassif, então relator do acórdão de nº 70023513120, juntamente com os desembargadores Luís Gonzaga da Silva Moura, revisor, e Genacéia da Silva Alberton, decidiram por negar provimento ao recurso do Ministério Público, que visava condenar o apelado pelos delitos do art. 228 e art. 229 do Código Penal, por considerar essas condutas como atípicas¹⁶⁵.

Conforme a decisão, os delitos de casa de prostituição e favorecimento de prostituição, quando se tratar de pessoa adulta, absolutamente capaz, são condutas atípicas. Tendo em vista o princípio da adequação social, por serem condutas há muito tempo toleradas, a penalização do favorecimento e casa de prostituição somente gera um tratamento hipócrita. Dessa forma, as condutas reflexas da prostituição não podem mais serem consideradas típicas. Para o desembargador a sociedade tem a faculdade de descriminalizar condutas que foram consideradas crime pelo legislador, quando a maior parte da população não mais considerar

¹⁶² NUCCI, Guilherme de Souza. Os mitos e as verdades da prostituição, do lenocínio e do tráfico de pessoas em breves linhas. *Carta Forense*, 4. fev. 2014. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/os-mitos-e-as-verdades-da-prostituicao-do-lenocinio-e-do-traffic-de-pessoas-em-breves-linhas/12984>>. Acesso em: 13 de abril de 2015.

¹⁶³ Id., 2014, p. 109.

¹⁶⁴ Ibid., p. 144.

¹⁶⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Acórdão nº 70023513120. Relator: Desembargador Aramis Nassif. 07 de mai. de 2008, p. 1. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em 14 abril. 2015.

essas atividades como ilegais. O bem jurídico moralidade sexual faz parte de outro momento histórico, e demonstra anacronismo com a atualidade¹⁶⁶.

No mesmo sentido, é o acórdão nº 70050646298, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, datado de 06 de março de 2013, onde o relator é o Desembargador Danúbio Edon Franco, o qual tem a concepção de apesar de ser um assunto polêmico, manter um estabelecimento onde ocorra a prostituição, atualmente não se demonstra grave para a sociedade, pois ela o aceita, como também é aceito pelo poder público, que cede alvará para esses locais, na maioria das vezes com um nome diferente, porém toda a população tem a ciência que se trata de uma casa de prostituição, não considerando essa conduta como típica¹⁶⁷. Do mesmo modo é a recente decisão:

Manutenção de casa de prostituição. Aplicação do princípio da adequação social. A conduta de manter casa de prostituição inseriu-se na sociedade contemporânea, sendo aceita pela coletividade, razão pela qual a absolvição da ré se impõe. Embora formalmente típica, a prática em liça carece de tipicidade material. Retificação do fundamento legal para o art. 386, III, do Código de Processo Penal [...]¹⁶⁸

De maneira diversa das decisões acima, em 2011, a Ministra do Supremo Tribunal Federal, Cármen Lúcia, que foi a relatora, em julgamento do HC nº 104.467-RS, juntamente com os Ministros Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, denegaram ordem de Habeas Corpus no crime de manter casa de prostituição (art.229 do CP), não aceitando que os argumentos do princípio da adequação social e fragmentariedade causam a atipicidade da conduta¹⁶⁹.

Na visão da relatora, a moralidade sexual e os bons costumes são bens jurídicos extremamente importantes, que merecem ser protegidos pelo Direito Penal, não tendo como ser aplicado o princípio da fragmentariedade. A lei nº 12.015/2009 tornou atípicas condutas como manter um motel ou casa noturna, porém preservou a casa de prostituição o que demonstra sua relevância, já que ali ocorre exploração sexual. Também não se pode aplicar no caso o princípio da adequação social, pois esse por si só não possui força para revogar tipos

¹⁶⁶ Ibid., p. 1, 9.

¹⁶⁷ _____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Acórdão nº 70050646298 . Relator: Desembargador Danúbio Edon Franco. 06 de mar de 2013, p. 9. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em 14 abr. 2015.

¹⁶⁸ _____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Acórdão nº 70059907436 . Relator: Desembargador Icaro Carvalho de Bem Osorio. 29 de jan de 2015, p. 1. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em 14 abr. 2015.

¹⁶⁹ _____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 104.467-RS. Relatora: Ministra Carmem Lúcia. Brasília, DF, 08 fev. de 2011, p.1. Disponível em: <<http://www.stjgov.br>>. Acesso em: 03 jun. 2014.

penais, sendo que com base na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, uma lei só pode ser revogada ou modificada por outra lei¹⁷⁰. No mesmo sentido é o entendimento do STJ, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.045.907 (2008/0073272-4):

A eventual tolerância da sociedade ou das autoridades públicas não implica na atipicidade da conduta relativa à prática do crime previsto no art. 229 do Código Penal ("casa de prostituição"), valendo ressaltar que o alvará expedido tinha por objeto autorizar o funcionamento de um bar e não de uma casa para encontros libidinosos, não havendo que se falar, portanto, em aplicação do princípio da adequação social. Precedentes.¹⁷¹

Apesar das decisões do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça acima citadas, existe divergência sobre o assunto até mesmo dentro do mesmo Tribunal, exemplo disso são os dois casos a seguir de TJ de Minas Gerais. O acórdão nº 1.0713.06.062389-7/001, de 27 de janeiro de 2015, onde o relator é o desembargador Eduardo Brum vai de encontro com o entendimento do STF e STJ, compreendendo que o princípio de adequação social em si próprio não tem capacidade de afastar tipos penais¹⁷². Porém, diferente disso é o acórdão nº 1.0713.13.004702-8/001, do dia 06 de novembro 2014, de relatoria do Desembargador Paulo Calmon Nogueira da Gama, que faz a seguinte afirmação na ementa: “Ausente prova da exploração da prostituição de crianças e adolescentes, o manter prostíbulo é, hoje, conduta descriminalizada pela tolerância social e pela modificação dos costumes”¹⁷³.

Ressalta-se também a decisão no acórdão 0157315-16.2005.8.19.0001 (2008.050.06470) do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, julgado em 03 de junho de 2009, sendo relator o Desembargador Marcus Basílio, que traz a percepção que o princípio da adequação social deve ser utilizado analisando o caso concreto. Se o estabelecimento de prostituição estiver em uma área residencial deve ser considerado delito contra a moralidade

¹⁷⁰ Ibid., p. 7-9.

¹⁷¹ _____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.045.907 (2008/0073272-4). Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. 02 de out de 2012, p. 1. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

¹⁷² _____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Acórdão nº 1.0713.06.062389-7/001. Relator: Desembargador Eduardo Brum. 21 de jan. de 2015, p. 1. Disponível em <<http://www.tjmg.jus.br/portal/>>. Acesso em 14 abr. 2015.

¹⁷³ _____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Acórdão nº 1.0713.13.004702-8/001. Relator: Desembargador Paulo Calmon Nogueira da Gama. 06 de nov. de 2014, p. 1. Disponível em <<http://www.tjmg.jus.br/portal/>>. Acesso em 14 abr. 2015.

sexual pública¹⁷⁴. De maneira diversa é a decisão da apelação nº 0018678-82.2005.8.19.0002 (2007.050.02824), no dia 05 de agosto de 2009, do mesmo Tribunal, tendo por relatora a Desembargadora Maria Helena Salcedo:

Impossibilidade de afirmar-se inequivocamente a habitualidade do delito, representada pelo núcleo do tipo "manter" casa de prostituição. Ademais, a prática sexual, remunerada ou não, é alheia ao Direito Penal, tratando-se de decisão própria e particular de cada pessoa. A interpretação do mencionado tipo deve ater-se ao eventual envolvimento de incapazes ou à averiguação de possível abuso de poder do dono sobre as(os) prostitutas(os) que atuam no local. Atipicidade penal reconhecida. Solução absolutória que se impõe. Provimento do recurso.¹⁷⁵

Já, no Tribunal de Justiça do Paraná, em acórdão de número 949746-7, no ano de 2014, o relator, Desembargador Benjamim Acacio de Moura e Costa, acompanha o entendimento que essa conduta continua sendo típica, por mais que as casas de prostituição sejam toleradas pela sociedade¹⁷⁶.

Nesse sentido, pode-se concluir que apesar do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça considerar que a manutenção de uma casa de prostituição é delito, muitos são os desembargadores dos mais variados Tribunais do país que acreditam que devido à evolução sociedade e o princípio da adequação social, essa conduta vem a ser atualmente atípica. Por fim, analisar-se-á a possibilidade da descriminalização da casa de prostituição no Brasil, com ênfase em dois projetos lei apresentados na Câmara dos Deputados.

3.3 Uma análise acerca da possibilidade de descriminalização

Para Guilherme da Silva Nucci, descriminalizar os delitos ligados à prostituição vem a ser relevante por dois aspectos. Primeiramente dar um caráter de transparência, possibilitando se enxergar além daquele contesto policial ou judicial e, em segundo lugar, acabar com a concepção que toda a pessoa que se prostitui é imoral ou criminosa. Legalizar o comércio sexual é a forma de o Estado realmente poder conseguir a regular e fiscalizar. Ao conhecer

¹⁷⁴ _____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Acórdão nº 0157315-16.2005.8.19.0001 (2008.050.06470). Relator: Desembargador Marcus Basílio. 03 de jun de 2009, p. 1. Disponível em <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/31648/atipicidade-cond-manter-casa.pdf>>. Acesso em 14 abr. 2015.

¹⁷⁵ _____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Acórdão nº 0018678-82.2005.8.19.0002 (2007.050.02824). Relatora: Desembargadora Maria Helena Salcedo. 05 de ago de 2009, p. 1. Disponível em <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/31648/atipicidade-cond-manter-casa.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2015.

¹⁷⁶ _____. Tribunal de Justiça do Paraná. Acórdão nº 7. 949746-7. Relator: Desembargador Benjamim Acacio de Moura e Costa. 30 de jan de 2014, p. 1. Disponível em <<https://www.tjpr.jus.br/>>. Acesso: em 14 abr. 2015.

esse profissional é possível o aconselhar, gerar medidas protetivas, bem como admitir os benefícios que qualquer trabalhador possui¹⁷⁷.

Nesse sentido, no ano de 2003, o Deputado Federal Fernando Gabeira, apresentou um projeto de Lei (PL 98/2003)¹⁷⁸, com a intenção de poder ser exigível o pagamento por trabalho sexual e eliminar do nosso Código Penal os artigos 228, 229 e 231. Segundo esse projeto, também deve ser pago à pessoa pelo tempo que esteve disponível para a prestação, mesmo que não tenha prestado o serviço, podendo ser cobrado somente por esse, ou seja, pelo profissional do sexo¹⁷⁹.

A justificativa do Deputado Federal, Fernando Gabeira baseai-se na concepção que a prostituição sempre esteve junto com a sociedade, apesar de por vezes ser coibida com violência e preconceito vai continuar a existir, já que os mesmos que a condenam a usufruem como clientes. Foram várias as tentativas de eliminá-la, porém o caminho que mais resulta em ganho de dignidade para essas pessoas é a regulamentação, buscando reduzir os malefícios dessa atividade marginalizada¹⁸⁰.

O projeto se baseou no direito alemão, que em 2001 aprovou projeto de regularizar a prostituição como profissão, possibilitando exigir o pagamento por serviço de cunho sexual. Essa lei alemã passou a valer no ano de 2002 e também exclui de seu Código Penal o crime de favorecimento da prostituição. Se uma atividade é vista como lícita não existe razão para tratar como criminoso quem a favorece, o que também deve acontecer no Brasil¹⁸¹.

No mesmo ano o PL 98/2003 chegou à Comissão de Constituição e Justiça de Cidadania (CJCC), recebendo parecer favorável do relator¹⁸². Posteriormente foi apensado juntamente a ele o PL 2169/2003, projeto do Deputado Federal Elimar Máximo Damasceno, que diferentemente de regulamentar a prostituição e descriminalizar as condutas ligadas a essa prática, quis incluir no nosso Código Penal o delito de contratação e prestação de serviço sexual, quando existe remuneração¹⁸³. O PL 98/2003 recebeu mais dois pareceres

¹⁷⁷ NUCCI, 2014, p. 192.

¹⁷⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. Ficha de Tramitação. PL 98/2003. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=104691>>. Acesso em 15 de abr. 2015.

¹⁷⁹ _____. Câmara dos Deputados. Projeto Lei nº 98/2003. Autor: Deputado Federal Fernando Gabeira. 12 de fev de 2003, p. 1. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/>>. Acesso em: 16 abr. 2015.

¹⁸⁰ Ibid., p. 2.

¹⁸¹ Ibidem.

¹⁸² BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto Lei nº 98/2003. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Relator: Deputado Federal Chico Alencar. 30 de ago de 2003, p. 1-4. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/>>. Acesso em: 16 abr. 2015.

¹⁸³ _____. Câmara dos Deputados. Projeto Lei nº 2169/2003. Autor: Deputado Federal Elimar Máximo Damasceno. 13 de out de 2003, p. 1-3. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/>>. Acesso em: 16 abr. 2015.

favoráveis na CJCC, enquanto que ao mesmo tempo se entendeu pela rejeição do PL 2169/2003¹⁸⁴¹⁸⁵.

À luz de todas estas considerações, o voto é pela constitucionalidade, juridicidade, adequada técnica legislativa e, no mérito, pela aprovação do PL 98, de 2003, na forma do substitutivo oferecido em anexo, e pela constitucionalidade, juridicidade, adequada técnica legislativa (observando quanto a esta, apenas, que falta artigo inaugural com o objeto da lei) e, no mérito, pela rejeição do PL 2169, de 2003.¹⁸⁶

Todavia, em 2010, o PL 98/2003 recebeu o parecer desfavorável do relator Deputado Federal João Campos, na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público (CTASP), por não considerar a prostituição como um trabalho lícito e sim, como uma atividade imoral do ponto de vista do direito, moral e religiosa, tanto para quem se prostitui quanto para o cliente¹⁸⁷. Apesar de tudo, no dia 01 de fevereiro de 2011, o Projeto Lei 98/2003 e seu apenso foram arquivados¹⁸⁸.

Já no de 2012, o Deputado Federal Jean Wyllys, apresenta um novo Projeto Lei (PL 4.211/2012), também chamado Gabriela Leite, com a finalidade de regulamentar a prostituição. Esse projeto conceitua o profissional do sexo, o que vem a ser exploração sexual, e explica como o profissional do sexo pode trabalhar, fazendo alterações no Código Penal e concedendo aposentadoria especial de 25 anos¹⁸⁹.

Conforme o projeto, em seu artigo 1º, por profissional do sexo, pode-se entender àquela pessoa que é totalmente capaz, possuindo mais de 18 anos, e de livre vontade presta serviços sexuais recebendo por isso remuneração, sendo que em seus §1º e §2º, define que a

¹⁸⁴ _____. Câmara dos Deputados. Projeto Lei nº 98/2003. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania Relator: Deputado Federal Aloysio Nunes Ferreira. 25 de nov de 2004, p. 1-11. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/>>. Acesso em 16 abr. 2015.

¹⁸⁵ _____. Câmara dos Deputados. Projeto nº Lei 98/2003. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania Relator. Relator: Deputado Federal Antonio Carlos Magalhães Neto. 19 de mai de 2005, p. 1-11. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/>>. Acesso em 16 abr. 2015.

¹⁸⁶ _____. Câmara dos Deputados. Projeto Lei 98/2003. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania Relator: Deputado Federal Aloysio Nunes Ferreira. 25 de nov de 2004, p. 9. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/>>. Acesso em 16 abr. de 2015.

¹⁸⁷ _____. Câmara dos Deputados. Projeto Lei nº 98/2003. Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público. Relator: Deputado Federal João Campos. 02 de dev de 2010, p. 1-10. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/>>. Acesso em: 16 abr. 2015.

¹⁸⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. Ficha de Tramitação. PL 98/2003. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=104691>>. Acesso em 15 de abr. 2015.

¹⁸⁹ _____. Câmara dos Deputados. Projeto Lei nº 4.211/2012. Autor: Deputado Jean Wyllys, 12 de jul de 2012, p. 1-2. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/>> Acesso em: 17 abr. 2015.

remuneração pode ser cobrada em juízo e a obrigação de prestar o serviço é pessoal e intransferível¹⁹⁰.

Em seu artigo 2º, proíbe-se a exploração sexual, sendo tipos de exploração sexual: Terceiro se apropriar de mais de 50% do valor recebido pela prestação do serviço; não fazer o pagamento pela prestação de serviço contratada e obrigar com violência ou ameaça alguém a se prostituir. Além dessas modalidades de exploração sexual, podem existir outras estabelecidas em legislação específica¹⁹¹.

Ademais, por esse projeto o trabalhador do sexo pode trabalhar tanto de forma autônoma, como também de modo cooperativado, sendo permitida a casa de prostituição quando não for caso de exploração sexual (art.3º, incisos I e II e parágrafo único). Quanto aos artigos no Código Penal que são referentes à prostituição, o artigo 4º do Projeto Lei faz as seguintes modificações: (art. 228), exclui-se o induzimento a prostituição, permanecendo o da exploração sexual e todo o resto; (art. 229), permanece igual; (art. 230), continua igual; (art. 231 e 231-A), exclui-se o termo prostituição e o resto permanece igual. Por fim, no art. 5º, se tem a ideia de conceder aos profissionais do sexo aposentadoria especial em 25 anos de trabalho, nos termos do art. 57 da Lei Lei 8.213, de 24 de julho de 1991¹⁹².

A justificativa do projeto é parecida com a do PL 98/2003, buscando minimizar os perigos que os profissionais do sexo passam, bem como concretizar a dignidade da pessoa humana, garantido direitos previdenciários e a possibilidade de cobrar por seu trabalho no poder judiciário. Da maneira que as normas brasileiras estão dispostas, acabam por marginalizar e excluir uma camada da sociedade, indo contra ao que está disposto na Constituição Federal, que se compromete a acabar com a marginalização e promover o bem de todos (art. 3º, incisos III e IV), além de proteger nos incisos do seu art. 5º a inviolabilidade da liberdade, igualdade e segurança. A intenção do projeto é lutar contra a verdadeira exploração sexual¹⁹³. Nesse sentido, interessante às palavras de Gabriela Leite, fundadora em 1987 da Rede Brasileira de Prostitutas, contando 32 associações em todo o Brasil, sobre o projeto:

Importante porque permitirá regular a relação de trabalho entre prostituta e donos de casas, boates e termas, ao tirar do Código Penal os artigos referentes ao negócio, hoje ilegal. Essa relação não é formal justamente porque o proprietário é criminalizado, o que leva as prostitutas a serem exploradas, ao contrário do que pensa o senso comum, para o qual a proibição do negócio deixa a prostituta mais

¹⁹⁰ Ibid., p. 1.

¹⁹¹ Ibidem.

¹⁹² Ibid., p. 1-2.

¹⁹³ Ibid., p. 3-4.

protegida. Sendo que nós não cometemos ilegalidade ao prestar serviços sexuais. Por outro lado, o projeto fortalece a penalização da exploração sexual, hoje mal definida no próprio Código.¹⁹⁴

Esse projeto foi encaminhado a várias comissões¹⁹⁵, sendo que até agora somente recebeu parecer do relator da Comissão de Direitos Humanos e Minorias (CDHM), Deputado Federal Pastor Eurico, o qual se manifestou pela rejeição do projeto, por considerar essa conduta indigna e beneficiar mais quem pratica o lenocínio do que a pessoa que se prostitui, além de impulsionar o tráfico internacional e a prostituição nas ruas, dentre outros¹⁹⁶. Em 31 de janeiro de 2015 esse projeto foi arquivado, todavia no dia 06 de fevereiro de 2015 foi desarquivado, devido requerimento do deputado Jean Wyllys, continuando em análise pelos deputados¹⁹⁷.

Ressalta-se que esse projeto terá grandes dificuldades para ser aprovado nos próximos anos, já que, segundo o DIAP, o Congresso Nacional é o mais conservador desde o ano de 1964¹⁹⁸. Nesse sentido, nota-se que o tema é extremamente polêmico, dividindo opiniões do legislativo, porém deve-se ser levada em consideração a concretização da dignidade da pessoa humana, no sentido de buscar o melhor para as pessoas que se prostituem e têm essa atividade como meio de subsistência.

¹⁹⁴ LEITE, Gabriela. Aprovação do projeto vai regular a relação de trabalho entre prostituta e o dono de estabelecimento. abr. 2013. Disponível em: <<http://www.oabrj.org.br/materia-tribuna-do-advogado/17695-Regulamentacao--da-atividade-de-profissionais-do-sexo--Projeto-de-Lei-42112012>> Acesso em: 17 abr. 2015.

¹⁹⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. Ficha de Tramitação. PL 4211/2012. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=551899>>. Acesso em: 17 abr. 2015.

¹⁹⁶ _____. Câmara dos Deputados. Projeto Lei nº 4211/2012. Comissão de Direitos Humanos e Minorias. Relator: Deputado Federal Pastor Eurico, 13 de jun de 2013, p. 1-10. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/>>. Acesso em 17 abr. 2015.

¹⁹⁷ _____. Câmara dos Deputados. Ficha de Tramitação. PL 4211/2012. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=551899>>. Acesso em: 17 abr. 2015.

¹⁹⁸ SOUZA, Nivaldo; CARAM, Bernardo. Congresso eleito é o mais conservador desde 1964, afirma Diap. *Jornal Estadão*. 6, out. 2014. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,congresso-eleito-e-o-mais-conservador-desde-1964-afirma-diap,1572528>>. Acesso em: 15 maio. 2015.

CONCLUSÃO

O trabalho teve como ponto central a investigação da (im) possibilidade da descriminalização da casa de prostituição (art. 229 do CP). No núcleo do debate, foram levantados os posicionamentos favoráveis e contrários da doutrina no que se refere ao tema, bem como a divergência que existe na jurisprudência.

Para possibilitar o exame do tema central do trabalho no primeiro capítulo fez-se necessário, primeiramente, o estudo dos princípios penais que foram: legalidade; intervenção mínima; fragmentariedade; e adequação social, podendo-se concluir que o direito penal só deve intervir quando o bem jurídico for realmente considerado importante para a sociedade e, não existir outra forma de protegê-lo, o que vem a ser importante para o epicentro da discussão.

A partir daí foi-se estudado a diferença entre direito e moral, passando por vários conceitos de filósofos, constando-se que o direito e a moral, atualmente, são encarados como distintos. Os dois tratam dos mesmos assuntos, porém de maneira distinta. Enquanto a moral é um saber cultural o direito ganha uma forma institucionalizada. Apesar de ambos complementarem-se, o direito além do tudo possui um caráter pragmático, não podendo basear-se apenas na moral. Procedeu-se assim com o estudo da dignidade da pessoa humana, um valor que é intrínseco ao ser humano, tendo que ser respeitado por todos, vindo a ser um dos princípios fundamentais da Constituição Federal de 1988. Posteriormente analisaram-se os Direitos Constitucionais Fundamentais e suas gerações, que acabam por ser a forma de exteriorizar a dignidade da pessoa humana.

Subsequentemente, adentrou-se no tema prostituição. De pronto examinaram-se os seus aspectos históricos, descobrindo-se que essa esteve presente desde sociedades muito remotas, e que muitas prostitutas nessa fase da história eram tratadas como sagradas, sendo visto como uma atividade normal. A prostituição masculina também existia desde a antiguidade, embora em menor escala. Com o fortalecimento do Cristianismo a prostituição começou a ser perseguida, assim como aqueles que de algum modo facilitavam ou a exploravam, porém nunca deixou de existir e até foi considerada como um “mal necessário”. Além disso, foram estudados os sistemas de abordagem da prostituição: sistema proibicionista, que trata a prostituição como crime; abolicionista que não considera a

prostituição crime, porém sim a sua exploração por terceiros; regulamentar, que regulamenta essa prática e misto que é uma mescla do sistema abolicionista e regulamentar.

Posteriormente, observa-se que no Brasil prostituir-se não é crime, porém o favorecimento ou exploração da prostituição é considerado crime. Em seguida, foi estudado o título VI, da Parte Especial do Código Penal, anteriormente chamado Dos Crimes Contra os Costumes, a partir da Lei nº 12.015 de 2009 começa tratar o título “Dos crimes contra a dignidade sexual”, que vem a ser uma forma de dignidade, basicamente ligada na ideia da pessoa capaz poder usufruir de seu corpo da maneira que bem quiser desde que não atinja direitos de terceiros. Nesse sentido, adentra-se no Capítulo V desse Título, que trata do de lenocínio e tráfico de pessoas com o fim de prostituição, estudando as figuras do “proxeneta”, “rufião”, “exploração sexual”. Por lenocínio pode-se compreender que é aquele de qualquer forma ajuda a satisfazer a lascívia de outro. O proxeneta por sua vez vem a ser quem facilita a prostituição, enquanto que o rufião é aquele que faz o intermédio do comércio sexual e sobrevive disso. Já a exploração sexual, não é definida no Código Penal e deixa margem para interpretação, alguns doutrinadores considerando como um sinônimo de prostituição e outros como gênero e, a prostituição um tipo de exploração sexual. Nesse contexto, constata-se que apesar da prostituição não ser crime ela é marginalizada e estigmatizada.

Consequentemente, procedeu-se investigação acerca do artigo 229 do Código Penal, onde se notou que teve parte da sua redação modificada pela Lei 12.015/09, de estabelecimento onde ocorra prostituição ou atividade libidinosa para estabelecimento em que ocorra a exploração sexual. Viu-se que para o crime ocorrer deve existir a habitualidade do delito, ou seja, ocorrer várias vezes, ou pelo menos, ter essa intenção para poder ser caracterizado. Ademais, notou-se que o bem jurídico do delito em primeiro momento é a moralidade sexual pública, sendo o sujeito ativo qualquer pessoa e sujeito passivo a coletividade, apesar de alguns doutrinadores terem por sujeito passivo aquele que se prostitui.

Por derradeiro, agora sim é possível situar o tema que motivou a realização do presente trabalho. Primeiramente foram analisados posicionamentos positivos e contrários a descriminalização do delito pela doutrina. Nesse sentido, para certos doutrinadores mais antigos, todo o tipo de lenocínio é uma atividade parasitária, e apesar da prostituição não ser considerada um delito, aquele que influencia ou que ajuda a pessoa a se manter nesse ambiente deve ser punido, já que para eles a prostituição é uma atividade extremamente degradante. Dessa maneira, aquele que mantém uma casa de prostituição está fazendo a sua contribuição para essa atividade. Ainda, esses doutrinadores tem a concepção de que a

moralidade sexual é algo que continua a ser importante para a sociedade e deve ser preservado, devendo as pessoas estar de acordo com a moral e os bons costumes.

Todavia, constatou-se que para o grupo de doutrinadores penais mais atuais, acreditam de um modo geral, que manter uma casa de prostituição é uma conduta atípica, não podendo ser considerada crime, já que a prostituição não é uma atividade ilícita, acabando o legislador por confundir moral com direito, e aumentando a estigmatização da prostituição. Manter uma casa de prostituição é algo que vem a ser aceito pela sociedade e atualmente não tem a necessidade de fazer parte do Direito Penal. Também se demonstrou uma concepção de exclusão da ilicitude quando aquele que se prostitui estiver no estabelecimento que explora essa prática por vontade própria, pois na ideia de Cezar Roberto Bitencourt, o bem jurídico do artigo 229 é disponível, bem como o sujeito passivo é o prostituído, e nesses casos o consentimento do ofendido é causa de extinção da ilicitude.

Ademais, para essa corrente, manter delitos como a casa de prostituição somente causam descrédito ao sistema punitivo penal, já que é uma atividade extremamente divulgada e não coibida. O favorecimento da prostituição pode ser um negócio como qualquer outro, desde que não haja violência, ameaça ou fraude. Deve ser posto em prática o princípio da intervenção mínima, pois a intimidade deve ser preservada, não podendo o Estado intervir nessas relações com o argumento de resguardar a dignidade da pessoa humana, por ser muito mais do que apenas conceitos morais.

Levantaram-se então divergências jurisprudenciais, com a análise de várias decisões. Observou-se que para parte da jurisprudência dos Tribunais de Justiça brasileiros o art. 229 não pode ser mais visto como crime, tendo em vista ser algo há bastante tempo tolerado e aceito pela sociedade, podendo o corpo social descriminalizar condutas consideradas crime pelo legislador. Na sequência, é trazido o argumento que até mesmo o poder público aceita essa atividade, já que concede alvará para funcionamento de um estabelecimento, mesmo sabendo que lá acontece a prostituição. Além disso, outro entendimento que se averiguou foi de a adequação social ser aplicada verificando-o no caso concreto. Apenas quando a casa de prostituição estiver em local residencial deve-se compreender que está se atingindo a moralidade sexual pública. Para esses desembargadores a criminalização da casa de prostituição gera apenas hipocrisia.

Porém, verificou-se que o STF e o STJ, tem uma visão diferente. Para esses Tribunais, a moralidade sexual pública continua sendo importante para a sociedade, não tendo como essa conduta ser descriminalizada aplicando o princípio da fragmentariedade e, além disso, apesar

de ser uma conduta aceita pela sociedade o princípio da adequação social não tem condão para revogar tipos penais, ou seja, só uma lei pode revogar outra.

Por fim, estudaram-se dois projetos lei que foram protocolados na Câmara de Deputados. O PL 98/2003, de autoria do Deputado Federal Fernando Gabeira, que visava com o poder exigir o pagamento por trabalho sexual e eliminar do Código Penal os artigos 228, 229 e 231, com o intuito de melhorar as condições das pessoas que se prostituem, podendo o Estado regular e fiscalizar de forma mais efetiva os estabelecimentos onde acontecem as prostituições. O projeto ficou anos tramitando na Câmara, passando por várias comissões e acabou sendo arquivado no ano de 2011. Por sua vez, constatou-se que o PL 4.211/2012, de autoria do Deputado Jean Wyllys, que ainda está em tramitação, também tem a intenção de regulamentar a prostituição, descriminalizar a casa de prostituição, e definindo exploração sexual. Observou-se que esse projeto sofrerá grande resistência por parte da bancada conservadora do Congresso.

Por todo o exposto, fazendo uma análise de uma forma pragmática e racional, tendo a noção que direito e moral são coisas distintas, constatou-se que desde que se estiver tratando de pessoas absolutamente capazes, que não foram coagidas ou enganadas, é possível descriminalizar a conduta de “manter uma casa de prostituição”, já que essa atividade é aceita e tolerada pela sociedade brasileira, atentando-se aos princípios da adequação social e fragmentariedade do Direito Penal.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Eduardo Muyleart. Natureza Jurídica da Declaração Universal de Direitos Humanos. Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 3, 2012, p. 127, fev. 2012. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818150000014d35f4d534b8d7839f&docguid=I775f6c40ec1b11e19ae601000000000&hitguid=I775f6c40ec1b11e19ae6010000000000&spos=2&epos=2&td=2765&con text=74&startChunk=1&endChunk=1#>>. Acesso em: 11 dez 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, 4: Parte Especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública*, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502188969/page/41>>. Acesso em: 12 mar. 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. v. 1. 15º ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. 3º ed, Brasília: UNB, 1995.

BORGES, Miria Fernanda Maranhão; PETRELLI, Laslei Aparecida Teles, Prostituição Feminina: De Deusas a Profanas. *Revista Cereus*, Gurupi/TO, v. 5, 2013, nº 2. p. 114-129. mai-ago. 2013. Disponível em: <<http://ojs.unirg.edu.br/index.php/1/article/viewFile/423/174>>. Acesso em: 25 mai. 2014.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Ficha de tramitação. PL 98/2003. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=104691>>. Acesso em 15 de abr. 2015.

_____. Câmara dos Deputados. Ficha de Tramitação. PL 4211/2012. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=551899>>. Acesso em: 17 abr. 2015.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto Lei nº 98/2003. Autor: Deputado Federal Fernando Gabeira. 12 de fev de 2003, p. 1-3. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/>>. Acesso em: 16 abr. 2015.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto Lei nº 2169/2003. Autor: Deputado Federal Elimar Maximo Damascodo. 13 de out de 2003, p. 1-3. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/>>. Acesso em: 16 abr. 2015.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto Lei nº 4.211/2012. Autor: Deputado Jean Wyllys, 12 de jul de 2012, p. 1-8. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/>>. Acesso em: 17 abr. 2015.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto Lei nº 98/2003. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania Relator: Deputado Federal Aloysio Nunes Ferreira. 25 nov. 2004, p. 1-11. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/>>. Acesso em 16 abr. 2015.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto nº Lei 98/2003. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania Relator. Relator: Deputado Federal Antonio Carlos Magalhães Neto. 19 maio 2005, p. 1-11. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/>>. Acesso em 16 abr. 2015.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto Lei nº 98/2003. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Relator: Deputado Federal Chico Alencar. 30 ago. 2003, p. 1-4. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/>>. Acesso em: 16 abr. 2015.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto Lei nº 98/2003. Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público. Relator: Deputado Federal João Campos. 02 dez. 2010, p. 1-10. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/>>. Acesso em: 16 abr. 2015.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto Lei nº 4211/2012. Comissão de Direitos Humanos e Minorias. Relator: Deputado Federal Pastor Eurico, 13 de jun de 2013, p. 1-10. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/>>. Acesso em 17 abr. 2015.

_____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 8 abr. 2015.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 5 mar. 2015.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Acórdão nº 1.0713.06.062389-7/001. Relator: Desembargador Eduardo Brum. 21 de jan. de 2015, p. 1-14. Disponível em <<http://www.tjmg.jus.br/portal/>>. Acesso em 14 abr. 2015.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Acórdão nº 1.0713.13.004702-8/001. Relator: Desembargador Paulo Calmon Nogueira da Gama. 06 de nov. de 2014, p. 1-23. Disponível em <<http://www.tjmg.jus.br/portal/>>. Acesso em 14 abr. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Paraná. Acórdão nº 7. 949746-7. Relator: Desembargador Benjamim Acacio de Moura e Costa. 30 de jan de 2014, p. 1-9. Disponível em <<https://www.tjpr.jus.br/>>. Acesso: em 14 abr. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Acórdão nº 70023513120. Relator: Desembargador Aramis Nassif. 07 de mai. de 2008, p. 1-10. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 14 abril. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Acórdão nº 70050646298. Relator: Desembargador Danúbio Edon Franco. 06 de mar de 2013, p. 1-15. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 14 abr. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Acórdão nº 0018678-82.2005.8.19.0002 (2007.050.02824). Relatora: Desembargadora Maria Helena Salcedo. 05 de ago de 2009, p. 1. Disponível em <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/31648/atipicidade-cond-manter-casa.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Acórdão nº 0157315-16.2005.8.19.0001 (2008.050.06470). Relator: Desembargador Marcus Basílio. 03 de jun de 2009, p. 1. Disponível em <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/31648/atipicidade-cond-manter-casa.pdf>>. Acesso em 14 abr. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Acórdão nº 70059907436 . Relator: Desembargador Icaro Carvalho de Bem Osorio. 29 de jan de 2015, p. 1-12. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em 14 abr. 2015

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 104.467-RS. Relatora: Ministra Carmem Lúcia. Brasília, DF, 08 fev. de 2011, p. 1-13. Disponível em: <<http://www.stjgov.br/>>. Acesso em: 03 jun. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.045.907 (2008/0073272-4). Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. 02 de out de 2012, p. 1. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

CECCARELI, Paulo Roberto. Prostituição: Corpo como Mercadoria. *Mente & Cérebro – Sexo*. v. 4. ed. esp., 2008, dez, p. 1. Disponível em: <http://ceccarelli.psc.br/pt/?page_id=157>. Acesso em: 10 dez. 2014.

CENSI, Angelo Vitório, *Ética Geral e das Profissões*. Ijuí: Unijui, 2010.

DE ANDRADE, Camila Cardoso; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. A Relação entre Direito e Moral na Teoria Discursiva de Habermas: Porque a legitimidade do direito não pode ser reduzida a moralidade. IN: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, XVI, 2007, PUC MINAS – Belo Horizonte. p. 6090-6103. *Anais...* Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/camila_cardoso_de_andrade.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015.

GOMES, Luíz Flávio. Crimes contra a Dignidade Sexual e outras Reformas Penais. *Jusbrasil*, 14, set. 2009. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1872027/crimes-contra-a-dignidade-sexual-e-outras-reformas-penais>>. Acesso em: 12 março de 2015.

GRECCO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte especial*. v. 3. 11º ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2014b

GRECCO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. v. 1, 16º ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014a.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia*, entre a facticidade e validade. v. 1, 2º ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003.

HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal*. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vol. VIII. Arts. 197 a 249. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1981.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70. 1995.

LA TAILLE, Yves. *Moral e Ética: Dimensões Intelectuais e Afetivas*. Porto Alegre: ArtMed, 2006. Disponível em:

<<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788536306285?q=moral+e+%C3%A9tica>>. Acesso em: 7 mar. 2015.

LEAL, Rogério Gesta. *Teoria do Estado, Cidadania e poder político na modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

LEITE, Gabriela. Aprovação do projeto vai regular a relação de trabalho entre prostituta e o dono de estabelecimento. abr. 2013. Disponível em: <<http://www.oabRJ.org.br/materia-tribuna-do-advogado/17695-Regulamentacao--da-atividade-de-profissionais-do-sexo--Projeto-de-Lei-42112012>>. Acesso em: 17 abr. 2015.

NÉVITON, Guedes, Os limites da dignidade da pessoa humana. *CONJUR*, 2012, out. 29. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-29/constituicao-poder-limites-humanos-dignidade-pessoa-humana>>. Acesso em: 26 maio. 2014.

NORONHA, E. Magalhães, *Direito Penal*. v.3. 21º ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual*; Comentários à lei 12.015 de 07 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. Os mitos e as verdades da prostituição, do lenocínio e do tráfico de pessoas em breves linhas. *Carta Forense*. 4. fev. 2014. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/os-mitos-e-as-verdades-da-prostituicao-do-lenocinio-e-do-trafico-de-pessoas-em-breves-linhas/12984>>. Acesso em: 13 de abril de 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza, *Prostituição, Lenocínio e Tráfico De Pessoas*, Aspectos Constitucionais e Penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana - Doutrina e Jurisprudência*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 40. Disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502135413/page/40>>. Acesso em: 11 dez. 2014.

ONU. Assembleia Geral. *Declaração Universal de Direitos Humanos*, 1948. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 11/12/2014.

PINZANI, Alexandre. *Habermas*, Introdução. Porto Alegre: Artmed, 2009.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Parte Especial. Arts. 184 a 288, v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*: Parte Geral. v. 1. 4º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*: uma teoria geral dos direitos constitucionais na perspectiva constitucional. 10 ed. ver. atual. e ampl.; 2. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SOUZA, Nivaldo; CARAM, Bernardo. Congresso eleito é o mais conservador desde 1964, afirma Diap. *Jornal Estadão*. 6, out. 2014. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,congresso-eleito-e-o-mais-conservador-desde-1964-afirma-diap,1572528>>. Acesso em: 15 maio. 2015.

WELZEL, Hans. *O Novo Sistema Jurídico-Penal: Uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad, pref e notas de Luiz Régis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001

Revisar citações de livros no texto