



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Reflexões Críticas Acerca do Enquadramento Jurídico-Penal da Prostituição no Ordenamento Jurídico Português

Tatiana Isabel Laranjeira Botelho

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

Junho 2020

Resumo

A presente dissertação é uma reflexão crítica acerca do enquadramento jurídico-penal da prostituição no ordenamento jurídico português. A abordagem inicial deste fenómeno centra-se no estudo do tratamento adotado no cenário internacional, fazendo referência aos vários modelos prostitucionais existentes e a sua aplicação no direito comparado – Alemanha, Nova Zelândia e Suécia.

Analisámos a evolução político-legislativa do tratamento da prostituição em Portugal desde o século XII até aos dias de hoje e concluímos que, atualmente, o legislador português não criminaliza nem regula a prostituição, apenas criminalizando a sua exploração no artigo 169.º do Código Penal.

A incriminação contida no artigo 169.º, n.º 1 do Código Penal – denominado lenocínio simples – foi objeto de várias revisões, sendo que, a principal e mais polémica foi a revisão de 1998, que levou à supressão do elemento “explorando situações de abandono ou de necessidade económica”. Polémica que se centra nas questões da (in)existência de bem jurídico e na (in)constitucionalidade do normativo e que, divide, até aos dias de hoje, a doutrina e jurisprudência.

Após analisarmos a doutrina e jurisprudência sobre este tema e concluímos pela existência de duas posições antagónicas: uma no sentido de considerar o n.º 1 do artigo 169.º do Código Penal inconstitucional e outra, em sentido oposto, considerando o normativo totalmente em conformidade com os cânones da Constituição.

Na parte final da presente dissertação, serão apresentadas algumas reflexões críticas e sugestões aos problemas levantados pelo artigo 169.º, n.º 1 do Código Penal.

Palavras-chave: prostituição, modelos prostitucionais, lenocínio, exploração da prostituição, bem jurídico-penal, crimes de perigo, liberdade sexual, dignidade da pessoa humana.

Abstract

The present dissertation is a critical reflection about the legal and penal framework of prostitution in the Portuguese legal system. The initial approach to this phenomenon centers around the study of the treatment adopted in the international scenario, making reference to the various existing prostitional models and their application in comparative law – Germany, New Zealand and Sweden.

We analyzed the political-legislative evolution of the treatment of prostitution in Portugal from the 12th century to the present day and concluded that, currently, the Portuguese legislator does not criminalize or regulate prostitution, only criminalizes its exploitation in the article 169 of the Penal Code.

The incrimination contained in article 169, no. 1 of the Penal Code – denominated simple pimping – has been subjected to several revisions, the main and most controversial one being the 1998 revision that led to the suppression of the element “exploring situations of abandonment or economic need”. Controversy which centers around the questions of the (in)existence of a legal interest and the (un)constitutionality of the normative and that, until today, divides the doctrine and jurisprudence.

After analyzing the doctrine and jurisprudence about this subject we concluded that two opposite positions exist: one that considers the article 169, no. 1 of the Penal Code unconstitutional and another that, in the opposite sense, considers the normative totally confirmative with the canons of the Constitution.

In the end of the present dissertation, we will present some critical reflections and suggestions about the problems raised by the article 169, no. 1 of the Penal Code.

Key-words: prostitution; prostitional models, pimping, exploitation of prostitution, legal interest, crimes of danger, sexual freedom, human dignity.

Índice

Lista de Siglas/Abreviaturas.....	6
Prefácio	7
Introdução	9
Capítulo I – Prostituição no Cenário Internacional.....	10
1. Modelos Prostitucionais	10
2. Direito Comparado	11
a. Alemanha	11
b. Nova Zelândia.....	13
c. Suécia.....	16
Capítulo II – Prostituição no Quadro Legislativo Nacional	21
1. Evolução Politico-Legislativa da Prostituição em Portugal	21
2. Atual Quadro Legislativo Nacional.....	22
2.1. O Crime de Lenocínio	22
2.1.1. Evolução Legislativa.....	22
2.1.2. Análise do Tipo Legal.....	23
2.1.3. Inconstitucionalidade do Artigo 169.º, n.º1 do Código Penal: análise jurisprudencial	25
Capítulo III – Reflexões Críticas.....	31
Conclusão	43
Bibliografia.....	44
Legislação Estrangeira	48
Jurisprudência	49

Lista de Siglas/Abreviaturas

Ac.	Acórdão
Al.	Alínea
Art.	Artigo
CIG	Comissão para Cidadania e a Igualdade de Género
CRP	Constituição da República Portuguesa
CP	Código Penal
DL	Decreto-Lei
N.º	Número
P.	Página
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TC	Tribunal Constitucional
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
PRA	<i>Prostitution Reform Act 2003</i>

Prefácio

A presente dissertação de mestrado tinha como data final de entrega o dia 1 de Abril de 2020. Contudo, devido à pandemia de Covid-19 da qual o país foi vítima, fomos informados a 13 de Março de 2020 que o prazo de entrega seria suspenso por tempo indeterminado. Posteriormente, foi-nos comunicado que a data de entrega da dissertação seria a 1 de Junho de 2020.

De acordo com o regulamento de entrega da dissertação, o mestrando deverá entregar 15 dias antes da data final, o texto integral da dissertação ao orientador, de modo a este emitir o respetivo parecer.

Curiosamente, e contracorrente ao defendido na presente dissertação, surge o ac. do TC n.º 134/2020, que vem julgar inconstitucional a norma objeto de análise da presente tese. O acórdão é datado de 3 de Março de 2020, sendo que, à data, já toda a pesquisa inerente à presente dissertação bem como o seu texto estavam finalizados, de modo a dar cumprimento ao envio antecipado de 15 dias da data final de entrega inicial.

Acresce ainda que, devido à *supra* referida pandemia Covid-19, os espaços de pesquisa, inclusive bibliotecas, mantiveram-se encerrados, limitando significativamente o campo de pesquisa disponível.

Não obstante, e sob pena de imperícia da nossa parte, não poderíamos deixar de lhe fazer referencia e tomando em devida conta o desafio que representa para a posição defendida na presente dissertação.

Número de Palavras – 12 357

Introdução

Conhecida como a mais velha profissão do mundo, a prostituição é um fenómeno inegável em Portugal e no resto do mundo.

A relevância dada a este tema há muito fora reconhecida e os pareceres são vários. Se por um lado se levantam vozes no sentido da necessidade de regulamentação da prostituição como uma qualquer atividade laboral, em nome da liberdade e autonomia da pessoa; por outro, vozes em sentido oposto de fazem ouvir ao considerar a prostituição e a sua exploração uma forma de violência, uma violação da liberdade sexual da pessoa prostituída, bem como um atentando o princípio mais básico do Estado de Direito Democrático, o princípio da dignidade da pessoa humana.

A presente dissertação tem como objetivo compreender como é que a prostituição e a sua exploração são tratadas pelo legislador penal português. Neste sentido, no Capítulo I e, para uma melhor compreensão do tema, iremos começar o nosso estudo fazendo referência aos vários modelos prostitucionais existentes e demonstrando como os mesmos são aplicados recorrendo às experiências no direito comparado.

O Capítulo II terá como propósito perceber quais as opções político-legislativas que foram sendo adotadas desde o século XII até ao atual quadro legislativo. É, precisamente, no quadro legislativo atual que nos iremos concentrar, mais concretamente, na criminalização da exploração da prostituição, prevista no art. 169.º, n.º 1 do CP.

A atual redação do *supra* referido art. tem levantado duras e persistentes críticas por parte da doutrina e, inclusivamente, pela própria jurisprudência. São, essencialmente, duas as posições adotadas: uma no sentido da inconstitucionalidade do n.º 1 do art. 169.º do CP e a outra em sentido oposto, pugnando pela sua constitucionalidade. Analisaremos, portanto, os argumentos apresentados por ambas as posições, bem como a jurisprudência revelante ao tema.

Por fim, e de modo a conseguirmos dar resposta às principais questões colocadas sobre este tema, dedicaremos o Capítulo III às nossas reflexões críticas que versarão, nomeadamente, sobre a teoria do bem jurídico-penal, a legitimidade e fundamentação dos crimes de perigo abstrato e a sua aplicabilidade ao caso concreto do art. 169.º, n.º 1 do CP.

Capítulo I – Prostituição no Cenário Internacional

1. Modelos Prostitucionais

“A prostituição é uma prática social multifacetada composta por fatores económicos, culturais e pessoais que inviabilizam a construção de um modelo explicativo homogéneo, rígido e estático sobre a mesma” (SOUSA, FABIANA/OLIVEIRA, MARIA, 2008, p. 1).

Apreciar as soluções adotadas nos diversos ordenamentos jurídicos para a prostituição reveste-se de uma enorme importância. A existência de modelos operacionais e estudos sobre os seus resultados permite uma reflexão acerca do impacto destes no fenómeno da prostituição, nomeadamente, se o modelo adotado conseguiu atingir o seu objetivo; e, no caso de não ter conseguido atingir o objetivo traçado, perceber quais os obstáculos encontrados, e ainda, compreender quais as vantagens de um determinado modelo em detrimento de outro.

Não obstante, não podemos perder de vista a diversidade cultural, política, social e económica existente entre os diferentes países, que dita a presença de distintos modelos adotados internacionalmente.

A este nível o tratamento da prostituição conduz-se numa divisão em três modelos tradicionais e antagónicos: o modelo regulamentarista, o modelo abolicionista e o modelo proibicionista.

O *modelo regulamentarista* parte do pressuposto de que a prostituição é a mais velha “profissão” do mundo, que sempre irá existir sendo, por isso, algo impossível de eliminar. Este modelo opta por integrar a prostituição na sua legislação, intervindo com vista à regulação da atividade, nomeadamente, por razões de ordem e saúde pública. Quer a prostituição, quer a sua exploração por terceiro é autorizada mediante a observância de determinadas regras estabelecidas pelo Estado (neste sentido, FERREIRA, LUÍSA, 2018, p. 12; TENÓRIO, ÁLVARA, 2016, p. 25; GARCIA, MARTA/GONÇALVES, MANUELA, 2016, p. 453; OLIVEIRA, MARTA, 2017, p. 39).

Seguem este modelo, entre outros, a Alemanha, Holanda e Nova Zelândia.

O *modelo abolicionista* é caracterizado por uma certa ausência de posicionamento sobre o fenómeno da prostituição. A prostituição não é proibida, mas também não é regulada, sendo a pessoa prostituída vista como “vítima do comércio sexual” (TENÓRIO, ÁLVARA, 2016, p. 32). A ideia base é a de que a pessoa prostituída é sempre coagida a exercer a prostituição. No entanto, trata-se aqui de uma vítima sem qualquer tipo de proteção por parte do Estado. Os ordenamentos jurídicos que adotam este modelo estão direcionados para proibir todo e qualquer tipo de favorecimento ou exploração da prostituição (neste sentido, TENÓRIO, ÁLVARA, 2017, p. 30; FERREIRA, LUÍSA, 2018, p. 11; OLIVEIRA, MARTA, 2017, p. 38).

Seguem este modelo, entre outros, Portugal e Espanha.

Por fim, o *modelo proibicionista* caracteriza-se por considerar a prostituição uma atividade ilegal, condenando todos os elementos envolvidos: pessoa prostituída, clientes e terceiros intermediários. A prostituição é vista como uma violação de direitos humanos, devendo ser encarada “como uma violação dos direitos da mulher e como uma forma de violência contra ela” (TENÓRIO, ÁLVARA, 2016, p. 28 e ainda, GARCIA, MARTA/GONÇALVES, MANUELA, 2016, p. 452; FERREIRA, LUÍSA 2018, p. 11; OLIVEIRA, MARTA, 2017, p. 38.).

Seguem este modelo, entre outros, a Suécia e a Irlanda.

2. Direito Comparado

a. Alemanha

Até 2002, a Alemanha seguia um modelo tendencialmente abolicionista onde a prostituição não era crime, no entanto, também não era regulamentada.

Com a entrada em vigor da Lei da Prostituição Alemã a 1 de Janeiro de 2002 (*Prostitutionsgesetz – ProstG*), a Alemanha começou a regular o exercício e a situação jurídica das pessoas que se prostituem. A Lei da Prostituição Alemã veio afirmar que se forem praticados atos sexuais em troca de uma quantia previamente fixada, este “contrato” estabelece uma reivindicação legalmente eficaz, podendo a pessoa que se prostitui reclamar essa quantia nos tribunais.

A Lei da Prostituição Alemã veio prever taxas pré-contratuais, mecanismos de defesa das pessoas que se prostituem e o direito destas à segurança social e a todos os direitos inerentes, como subsídio de desemprego, seguro de saúde e pensões (OLIVEIRA, MARTA, 2017, p. 42; TAMPEP, 2010, p. 113).

A entrada em vigor desta lei ditou também alterações ao Código Penal Alemão (*Strafgesetzbuch – StGB*) passando este a tipificar diversas formas de lenocínio: § 180a *Ausbeutung von Prostituierten* (Exploração da Prostituição) e § 181a *Zuhälterei* (Lenocínio ou Proxenetismo).

Segundo o relatório sobre o trabalho sexual na Europa – TAMPEP 8 NATIONAL MAPPING REPORTS, MAPPING OF NATIONAL PROSTITUTION SCENE, NATIONAL COORDINATORS REPORT 2008/9 – elaborado pela TAMPEP¹ estima-se que existam 400 000 pessoas que praticam a prostituição na Alemanha, sendo que, cerca de 65% são migrantes. Recorrem a estes serviços cerca de 1 000 000 de homens por dia (TAMPEP, 2010, p. 108).

Os profissionais do sexo apontam como segunda maior vulnerabilidade, a seguir às dificuldades financeiras, a violência e abuso por parte dos clientes, polícia e proprietários das casas onde se desenvolve a atividade (TAMPEP, 2010, p. 112-113).

Apesar dos direitos estabelecidos a favor dos profissionais do sexo, a maioria destes não exerce os seus direitos, sendo que, muitos deles não têm sequer conhecimento destes. Estes profissionais continuam a ser alvo de discriminação e estigmatização, fomentando uma baixa autoestima, sendo alvos vulneráveis à exploração e situações de dependência (TAMPEP, 2010, p. 113).

Neste sentido, a TAMPEP sugere ao Governo Alemão que desenvolva campanhas eficazes de educação sobre o trabalho sexual e os direitos dos profissionais do sexo de modo a sensibilizar a sociedade, diminuindo a estigmatização e discriminação de que são alvo; que crie um órgão oficial que fique encarregue de fazer cumprir e fiscalizar a aplicação da Lei de Prostituição de modo a perceber as suas lacunas e a colmata-las; e que, o Governo elimine as disparidades de interpretação e regulamentação que existem nos 16 Estados da Alemanha. Por fim, defende uma intervenção junto do profissionais do

¹ TAMPEP International Foundation – Rede Europeia para a Promoção dos Direitos e da Saúde entre Profissionais do Sexo Migrantes, trata-se de uma organização internacional, com o objetivo de responder às necessidades dos trabalhadores do sexo na Europa. Mais informações disponíveis em <https://tampep.eu/>.

sexo de modo a que estes tenham pleno conhecimento dos seus direitos e deveres, através de um aconselhamento especializado e de uma divulgação mais consistente (TAMPEP, 2010, p. 113).

Por fim, alguns dados importantes dão conta que, o número de profissionais do sexo aumentou consistentemente desde a entrada em vigor da Lei da Prostituição Alemã (TAMPEP, 2010, p. 109). Salienta-se, ainda que, existe uma série de questões decorrentes da Lei da Prostituição Alemã que permanecem incertas, acarretando consequência negativas para os profissionais do sexo. Com a entrada em vigor da Lei da Prostituição Alemã, foi estabelecido que outras áreas do direito teriam de ser alteradas e adaptadas a esta nova realidade legal, no entanto, essas mesmas leis ainda não foram objeto de alteração, nomeadamente, leis fiscais, regulamentos de atividade por zonas, apoios aos migrantes. Existem mesmo leis que conflituam, sendo o mesmo assunto tratado de forma distinta consoante a zona em que se encontre, o que causa uma insegurança para os profissionais do sexo (TAMPEP, 2010, p. 120).

b. Nova Zelândia

O PRA – lei que regula o trabalho sexual na Nova Zelândia que entrou em vigor em 2003 – teve como objetivos principais “(...) descriminalizar a prostituição, salvaguardar os direitos humanos dos/as TS [trabalhadores do sexo], promover o bem-estar, a saúde e segurança ocupacional dos/as TS, contribuir para a saúde pública, combater a exploração dos/as TS e o envolvimento de menores na prostituição” (APDES/RTS/PEIXOTO, VÍTOR, 2012, p. 69; FERREIRA, LUÍSA, 2018, p.52).

Após a entrada do PRA, a prostituição passou a ser considerada uma profissão legítima, enquadrada no âmbito do Ministério do Trabalho, sendo que, os profissionais do sexo passaram a ter benefícios no que respeita à saúde e segurança, como qualquer outro trabalhador, bem como os mesmos direitos laborais. Estes profissionais passam a ser titulares do direito de apresentar queixas por assédio, tratamento desigual, violência, revindicação de pagamento de serviços, entre outros (APDES/RTS/PEIXOTO, VÍTOR, 2012, p. 69; Part 3, 7 – 10 PRA).

No que concerne às casas onde a atividade é desenvolvida – bordéis – o PRA vem criar um regime de certificação para os seus proprietários (APDES/RTS/PEIXOTO, VÍTOR, 2012, p. 69; FERREIRA, LUÍSA, 2018, p. 52-53; Part 3, 34 – 41 do PRA), onde se exige que

estes sejam maiores de 18 anos, sejam cidadãos ou residentes permanentes na Nova Zelândia, que possuam uma licença válida e renovável anualmente e que não tenham qualquer condenação desqualificante (APDES/RTS/PEIXOTO, VÍTOR, 2012, p. 69; Part 3, 34 – 41 do PRA).

De modo a combater a prostituição de menores de 18 anos, o PRA estabelece três pontos importantes: proibição de auxiliar/ajudar menores de 18 anos na prestação de serviços sexuais comerciais, proibição de receber ganhos com serviços sexuais comerciais prestados por menores de 18 anos e proibição de contratar serviços sexuais comerciais ou ser cliente de menores de 18 anos. O incumprimento destas regras pode culminar na aplicação de uma pena de prisão até 7 anos.

O PRA estabelece ainda um sistema de inspeções a estas casas, para fins de fiscalização do cumprimento dos requisitos de saúde e segurança (APDES/RTS/PEIXOTO, VÍTOR, 2012, p. 70; Part 3, 24 – 29 do PRA).

Decorridos 5 anos após a entrada em vigor do PRA, um estudo desenvolvido pelo *Prostitution Law Review Committee* (NEW ZEALAND GOVERNMENT, 2008) veio tecer algumas conclusões sobre o impacto que este teve no fenómeno da prostituição na Nova Zelândia.

Começando pelo impacto que o PRA teve no número de trabalhadores do sexo (NEW ZEALAND GOVERNMENT, 2008, p. 29 – 43), o Comité começa por evidenciar que nunca foi objetivo do PRA diminuir ou aumentar o número de pessoas envolvidas na indústria do sexo, mas sim proporcionar a estes profissionais melhores condições de trabalho, proteção e saúde. Defende, por isso, que a descriminalização da prostituição “não se tornou um fator significativo nas decisões das pessoas para entrar na indústria do sexo” (APDES/RTS/PEIXOTO, VÍTOR, 2012, p. 70). A indústria do sexo sempre foi uma realidade tratada de forma escondida e paralela. Com a descriminalização desta atividade, trabalhadores e proprietários de bordéis começam a falar mais abertamente, os próprios trabalhadores de rua ficaram mais visíveis. No entanto, o Comité salienta que, a maior visibilidade destes trabalhadores e proprietários não é, nem poderá ser, um indicador do crescimento do número das pessoas envolvidas nesta indústria (NEW ZEALAND GOVERNMENT, 2008, p. 41). Esta visibilidade da indústria do sexo é, pelo contrário, considerada uma consequência positiva da descriminalização pois, contribui para a

diminuição da estigmatização existente perante estes trabalhadores/proprietários, bem como, para diminuir as situações de risco a que estes estavam expostos quando tinham que praticar esta atividade clandestinamente.

No que concerne à proteção dos direitos humanos, o Comité defende que o PRA teve um impacto importante na proteção dos direitos dos trabalhadores do sexo, nomeadamente, a proteção dos menores de 18 anos na indústria do sexo, proteção da exploração da prostituição e ainda, o direito a recusar um determinado cliente ou prática sexual (NEW ZEALAND GOVERNMENT, 2008, p. 14 e 45).

Relativamente à saúde, o Comité refere que o número diminuto de reclamações recebidas pelos inspetores de saúde poderá indicar um “elevado nível de conformidade” (APDES/RTS/PEIXOTO, VÍTOR, 2012, p. 71) com as regras exigidas pelo PRA (NEW ZEALAND GOVERNMENT, 2008, p. 14). Quanto à violência, a maioria dos trabalhadores do sexo afirma que o PRA pouco poderá fazer, no entanto, existe um sentimento de maior propensão por parte destes para relatar os incidentes à polícia (NEW ZEALAND GOVERNMENT, 2008, p. 14).

O impacto do PRA nas condições laborais é bastante positivo. Apesar de o estigma em torno da prostituição continuar, e haver ainda algumas situações de exploração, existem também evidências de que esta indústria se está adaptar ao seu novo estatuto, quer os proprietários de bordéis, quer os trabalhadores do sexo têm a consciencialização dos seus deveres e direitos, unindo-se para dar cumprimento de todas as regras (NEW ZEALAND GOVERNMENT, 2008, p. 17).

Posto isto, e de acordo com o relatório ora apresentado, a adoção de um modelo regulamentarista por parte da Nova Zelândia veio melhorar as condições de saúde, trabalho, segurança e bem-estar dos trabalhadores do sexo. Estes passaram a sentir um maior poder de negociação, quer com os clientes, quer com os proprietários de bordéis, havendo por isso um sentimento geral de apoio pelo sistema legal. As condições de trabalho foram visivelmente melhoradas, os trabalhadores do sexo deixaram o ambiente clandestino, propício a violência e abusos, para exercerem a sua atividade legalmente. Apesar de todos os pontos positivos, verifica-se ainda um certo estigma e desaprovação face à atividade prostitucional.

c. Suécia

A 1 de Janeiro de 1999, a Suécia foi o primeiro país a implementar um modelo tendencialmente proibicionista no que ao tratamento da prostituição diz respeito. Esta tomada de posição firme por parte da Suécia deveu-se ao facto de esta considerar que a prostituição, a sua exploração e a compra de serviços sexuais era incompatível com o princípio da liberdade do individuo e da igualdade de gênero, que há muito se defendia. Neste sentido, o combate a este fenómeno era, e é, uma preocupação social premente, afirmando-se mesmo que este fenómeno se trata de uma forma gravíssima de violência contra a mulher, violadora do mais básico princípio da dignidade humana (SKARHED, ANNA/KULLMAN, ULRIKA, 2010, p. 13). Trata-se de um modelo “tendencialmente” proibicionista, pois no tradicional modelo proibicionista todos os envolvidos são condenados, incluindo a própria pessoa prostituída, o que não acontece no modelo sueco.

Este modelo foi, inicialmente, implementado como parte da Lei Kvinnofrid 1997/98:55 – Lei de Violência Contra as Mulheres – tendo como base quatro grandes pilares: criminalizar os compradores de serviços sexuais, descriminalizar a atividade da pessoa prostituída, oferecer ajuda e serviços para que as pessoas prostituídas possam abandonar a indústria do sexo e consciencializar e educar a população em geral.

Atualmente, esta proibição encontra-se no Capítulo 6, Seção 11 do Código Penal Sueco. De acordo com Código Penal Sueco, quem obtém uma relação sexual em troca de pagamento comete o crime de compra de serviços sexuais. O crime prevê duas modalidades de pena: a pena de multa e a pena de prisão até 1 ano.

Decorridos 11 anos da entrada em vigor deste modelo e, de modo a compreender o impacto que este teve no fenómeno da prostituição na Suécia, o Governo Sueco em 2008 criou um Comité de Inquérito para Avaliar a Proibição contra a Compra de Serviços Sexuais. Este teria como objetivo determinar como funcionava a proibição na prática e os efeitos da criminalização na incidência da prostituição e no tráfico de seres humanos para fins sexuais. As conclusões do comité foram compiladas no relatório intitulado de “A Proibição da Compra de Serviços Sexuais: Uma Avaliação 1999-2008” (*Förbud mot köp av sexuell tjänst. En utvärdering 1999-2008 (SOU 2010:49)*).²

² O presente relatório encontra-se redigido no idioma sueco pelo que, e uma vez que não dominamos o idioma, recorreremos do documento *Selected Extracts of the Swedish Government Report SOU 2010*.

O Comité começou por salientar que a tarefa de avaliar os efeitos da criminalização da compra de serviços sexuais não se mostrou uma tarefa fácil. Quer o fenómeno da prostituição, quer o fenómeno do tráfico de seres humanos para fins sexuais são realidades sociais complexas e multifacetadas que, na maioria dos casos, ocorrem em segredo. Além disso, a internacionalização e o desenvolvimento da *internet*, nomeadamente, como forma de aliciamento e publicidade, também dificultaram uma avaliação detalhada. Daí que, embora existam vários estudos e ensaios, o conhecimento de números exatos sobre estas duas realidades é sempre limitado (SWEDISH INSTITUTE, 2010, p. 7).

Não obstante, apesar da limitação apontada anteriormente, o Comité teceu algumas conclusões sobre o impacto da criminalização da compra de serviços sexuais no fenómeno da prostituição e do tráfico de seres humanos para fins sexuais.

O primeiro efeito da criminalização foi o da redução da prostituição de rua em cerca de 50%. Antes da entrada em vigor da criminalização da compra de serviços sexuais a prostituição de rua apresentava valores semelhantes nas capitais da Noruega, Dinamarca e Suécia. No entanto, comparando valores à data de 2008, e após a criminalização da compra de serviços sexuais, os valores da prostituição de rua nas capitais da Noruega e Dinamarca são três vezes maiores do que na capital da Suécia (SWEDISH INSTITUTE, 2010, p. 7). O Comité conclui que, à luz das grandes semelhanças económicas e sociais existentes entre os três países, seria razoável supor que a redução da prostituição de rua na Suécia tenha sido resultado direto da criminalização. Acrescenta ainda que, tal suposição é apoiada pela redução imediata e drástica da prostituição de rua que ocorreu na Noruega quando esta, a 1 de Janeiro de 2009 se tornou o segundo país a introduzir uma proibição de compra de serviços sexuais (SWEDISH INSTITUTE, 2010, p. 7 – 8).

Outro dado interessante prende-se com a nacionalidade das pessoas prostituídas. Apesar de o número de mulheres estrangeiras na prostituição de rua ter aumentado em todos os países nórdicos, incluindo na Suécia, em comparação, pode notar-se que o aumento dramático relatado pela Noruega e Dinamarca não tem paralelo na Suécia (SWEDISH INSTITUTE, 2010, p. 8).

No que concerne aos meios de propaganda da prostituição, o Comité identificou, não uma nova forma de publicitar os serviços sexuais, mas a evolução de uma forma já

existente, a *internet*. Esta tornou-se numa importante forma de publicidade, mas também uma importante forma de exploração da prostituição e aliciamento para tráfico de seres humanos para fins sexuais. Além disso, trata-se de uma forma de prostituição e tráfico difícil de verificar e avaliar. O Comité verificou um aumento deste tipo de prostituição e aliciamento na Suécia, na Noruega e na Dinamarca, no entanto, o aumento é mais significativo na Noruega e na Dinamarca (SWEDISH INSTITUTE, 2010, p. 8).

Estando ciente de que a *internet* desempenha um papel importante, particularmente no que diz respeito aos jovens na prostituição, o Comité reconhece que aumentaram as necessidades de proteger os jovens de cair na prostituição, pois apresentam uma maior vulnerabilidade (SWEDISH INSTITUTE, 2010, p. 8).

No que concerne à prostituição no interior, em contraposição à prostituição de rua, nada indica que esta tenha aumentado. Também nada sugere que tenha havido um deslocamento de prostituição de rua para o interior. Segundo estudos realizados junto de pessoas que trabalham em contacto com a prostituição, o Comité afirma que não se verificou qualquer aumento da prostituição desde a criminalização da compra de serviços sexuais. Apesar do quadro geral dos países nórdicos ser o aumento da prostituição entre 2000-2008, constata-se que na Suécia tal não aconteceu. O Comité afirma, mais uma vez, apesar de poder haver várias outras explicações, que é razoável supor que a prostituição também teria aumentado na Suécia se não tivesse entrado em vigor a proibição de compra de serviços sexuais. A criminalização tem ajudado, por isso, a combater o fenómeno da prostituição (SWEDISH INSTITUTE, 2010, p. 8 – 9).

Avaliando o impacto que a criminalização teve no tráfico de pessoas para fins sexuais, o Comité começa por realçar que é de extrema dificuldade avaliar a escala exata do tráfico humano para fins sexuais. No entanto, reconhece que a proibição da compra de serviços sexuais é uma barreira para traficantes e compradores (SWEDISH INSTITUTE, 2010, p. 9).

Aquando da implementação da proibição da compra de serviços sexuais, foram várias as dúvidas expressas no sentido de que, a criminalização correria o risco de levar a prostituição para o “subsolo”, tornando as pessoas prostituídas alvos mais vulneráveis, aumentando o risco de abusos físicos e piorando as condições de vida destas, sendo que, tal enquadramento levaria a que as pessoas prostituídas não tivessem acesso à proteção

que lhes era dada pelo Estado podendo, de certo modo, favorecer o tráfico de pessoas para fins sexuais (SWEDISH INSTITUTE, 2010, p. 9).

No entanto, o Comité afirma que, segundo os estudos e contatos que tiveram com funcionários públicos e pessoas envolvidas com a questão, estas dúvidas não se chegaram a concretizar. Aliás, o departamento policial afirma que, nas várias operações levadas a cabo contra a prostituição, além destas desempenharem um efeito dissuasor perante os compradores de serviços sexuais e intermediários, ajudou ainda, a desmantelar várias situações de tráfico de pessoas para fins sexuais. Conclui, neste sentido, que a criminalização, em certo modo, contribuiu para a prevenção e descoberta de casos de tráfico humano para fins sexuais (SWEDISH INSTITUTE, 2010, p. 9 – 10).

Por fim, o Comité tece algumas sugestões a adotar pelo Estado de modo a melhorar toda a legislação e implementação desta criminalização. Começa por referir que além da criminalização dos serviços sexuais, devem ser feitos outros esforços de modo a combater e prevenir a prostituição: criação de medidas voltadas para os compradores de serviços sexuais, realização de pesquisas em relação a quem compra os serviços e métodos de tratamento. É importante também dar apoio a crianças e jovens em risco, continuando com iniciativas de informação de modo a influenciar a opinião pública nesta área. Investir numa maior formação e apoio aos profissionais que lidam com esta situação (SWEDISH INSTITUTE, 2010, p. 11). O Comité propõe a criação de um Centro Nacional Contra a Prostituição e Tráfico Humano para Fins Sexuais que teria como objetivo, além de prestar apoio às vítimas destes fenómenos, realizar pesquisas e estudos sobre a prostituição e o tráfico de pessoas de modo a fornecer um acompanhamento contínuo e conhecimento sistemático sobre a evolução e caracterização destes fenómenos. O Comité reconhece que, é necessário criar melhores condições para coordenação, acompanhamento e produção de conhecimento para o futuro, a fim de utilizar o conhecimento existente e também disponibilizar novos conhecimentos para todos os que trabalham com estas questões (SWEDISH INSTITUTE, 2010, p. 11 – 12). Uma última sugestão do Comité prende-se com o aumento da pena para o crime de compra de serviços sexuais, pois considera que o nível atual de penalidade para certos casos de crime de compra de serviços sexuais não é proporcional à real gravidade do crime. Acrescenta ainda que, no tipo legal de crime se deveria ter em consideração, entre outros fatores, a condição da vítima, se esta é portadora ou não de deficiência ou o abuso de alguma

condição psicológica. No fundo, propõe que o crime passe a conhecer de vários e diferentes graus de gravidade e que a pena reflita exatamente isso.

Capítulo II – Prostituição no Quadro Legislativo Nacional

1. Evolução Político-Legislativa da Prostituição em Portugal

Entre o século XII até meados do século XIX, o fenómeno da prostituição era regulado por leis avulsas que “visavam controlar a prostituição e as pessoas que a praticavam” (OLIVEIRA, ALEXANDRA, 2017, p. 203). Durante este período de tempo, a prostituição era “mais ou menos aceita” (sic) (GARCIA, MARTA/GONÇALVES, MANUELA, 2016, p. 455), sendo que, a “repressão nunca foi efetuada com perseverança” (GARCIA, MARTA/GONÇALVES, MANUELA, 2016, p. 455).

Com a entrada em 1836 do Código Administrativo³ passou a prever-se o estabelecimento de regulamentos para a prostituição que foram implementados em Portugal a partir de 1853, denotando-se aqui uma corrente regulamentarista no que concerne ao tratamento da prostituição. Entre algumas medidas, salienta-se a obrigatoriedade das pessoas prostituídas se matricularem e de possuírem um livrete individual de registo de inspeções obrigatórias.

Contudo, a 1 de Janeiro de 1963, com a entrada em vigor do DL n.º 44579, de 19 de Setembro de 1962, a prostituição passou a ser proibida e criminalizada. O decreto-lei veio prescrever “o encerramento das casas; despejo e apreensão de todos os bens; destruição dos livros de registo de matrículas e livretos; punição com pena de prisão até um ano e multa para indivíduos que conscientemente fomentem, favoreçam ou de algum modo facilitem o exercício da prostituição ou nela intervenham com fins lucrativos; equipara as pessoas prostituídas a vadios para efeito de aplicação de medidas de segurança; e às menores de 16 anos define a aplicação de medidas de proteção, assistência ou educação” (GARCIA, MARTA/GONÇALVES, MANUELA, 2016, p. 459 – 460). Tais medidas não conseguiram eliminar a prostituição, servindo antes para piorar as condições das pessoas prostituídas, expondo-as a perigos adversos, como agressões ou perseguições.

Com a Revolução de 25 de Abril de 1974, criou-se uma comissão com vista à resolução dos problemas da prostituição que funcionaria junto do Ministério dos Assuntos

³ Código Administrativo de 1836, disponível em <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1814.pdf>, arquivo da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Veja-se ainda, <http://legislacaoregia.parlamento.pt/V/1/18/15/p43>.

Sociais. A 1 de Janeiro de 1983 a prostituição é descriminalizada com a entrada em vigor do DL n.º 400/82, de 23 de Setembro, posição que se mantém até à presente data.

2. Atual Quadro Legislativo Nacional

De acordo com o que já foi referido anteriormente, Portugal caracteriza-se por seguir, atualmente, um modelo tendencialmente abolicionista, na medida em que, a prostituição não é vista como uma atividade ilegal, não obstante, também não se encontra regulamentada.

2.1. O Crime de Lenocínio

2.1.1. Evolução Legislativa

No nosso ordenamento jurídico o art. 169.º do CP faz referência direta à prostituição e tipifica o crime de lenocínio. Inicialmente este crime integrava o âmbito dos crimes contra as pessoas, mais propriamente, os crimes contra a honestidade. Foi o CP de 1982 que trouxe a primeira alteração, passando o crime de lenocínio a constar dos crimes contra os valores e interesses da vida em sociedade.

Com a revisão de 1995⁴ e a inserção dos crimes sexuais num capítulo autónomo, o crime de lenocínio passa a constar dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual. Como evidência INÊS LEITE “assumiu-se como bem jurídico tutelado, a liberdade sexual” (LEITE, INÊS, 2011, p. 31). A redação do art. à data exigia que o agente agisse profissionalmente ou com intenção lucrativa, que fomentasse, favorecesse ou facilitasse o exercício por outra pessoa de prostituição ou prática de atos sexuais de relevo, sendo que, tais condutas deveriam explorar uma situação de abandono ou de necessidade económica⁵.

A revisão de 1998⁶ acarretou uma alteração ao crime de lenocínio, eliminando a exigência de exploração de uma situação de abandono ou de necessidade económica. Esta alteração teve como principal consequência o alargamento do âmbito de punição das situações até aí abrangidas.

⁴ DL n.º 48/95, de 15 de Março.

⁵ DL n.º 48/95, de 15 de Março.

⁶ DL n.º 65/98, de 02 de Fevereiro.

A revisão de 2001⁷ apenas trouxe alterações ao n.º 2, diminuindo-se as situações que constituíam o tipo agravado de lenocínio. Já a reforma de 2007 vem eliminar do n.º 1 a referencia feita à “prática de atos sexuais de relevo”. Sendo que o art. se mantém inalterado até à presente data.

2.1.2. Análise do Tipo Legal

É no seguimento da Revisão de 1998 e com a supressão do elemento “explorando situações de abandono ou de necessidade económica”, que surge a controvérsia em torno do bem jurídico protegido pelo art. 169.º, n.º 1 do CP.

Até à supressão do referido elemento era claro o bem jurídico protegido pela norma incriminadora – a liberdade sexual -, quando desprovida deste mesmo elemento, autores defendem que esta se tornou numa norma que não tutela nenhum bem jurídico, muito pelo contrário, acaba por tutelar uma certa ideia de defesa do sentimento geral de pudor e de moralidade (RODRIGUES, ANABELA/ FIDALGO, SÓNIA, 2012, p. 797). Os Autores que defendem esta posição, argumentam que a defesa do sentimento de pudor e/ou moralidade não é função do direito penal nem “(...) presidiu ao novo enquadramento dos “crimes contra a liberdade sexual” no título mais vasto dos crimes contra as pessoas”, sendo que, o direito penal apenas deveria intervir em dois casos “(...) quando está em causa o desenvolvimento sexual de menores [protegido pelo art. 175.º do CP] ou, quando, em relação a adultos, se utilize a violência, ameaça grave, se provoque erro ou se aproveite do seu estado de pessoa indefesa” (RODRIGUES, ANABELA/ FIDALGO, SÓNIA, 2012, p. 797).

JOAQUIM MALAFAIA partilha desta opinião, afirmando ainda que, apesar do comportamento de quem vive da atividade e lucra com as receitas geradas pela prostituição ser moralmente censurável, o direito penal “(...) deixou de ser um direito tutelar da «honestidade», dos «costumes» e dos «bons costumes», tutelando antes casos em que um determinado bem jurídico é colocado em causa” (MALAFAIA, JOAQUIM, 2009, p. 46 – 47).

SÉNIO ALVES e PEDRO VAZ PATTO, apesar de concordarem com a posição que nega a tutela da liberdade e autodeterminação sexual ao n.º 1 do art. 169.º do CP, ambos

⁷ Lei n.º 99/2001, de 25 de Agosto.

defendem a manutenção da criminalização desta conduta, no entanto, em moldes distintos. Segundo SÉNIO ALVES, a norma protege o “(...) interesse geral da sociedade na preservação da moralidade sexual e do ganho honesto (...)”, defendendo mesmo a deslocação deste normativo para o título IV “Dos crimes contra a vida em sociedade” (ALVES, SÉNIO, 1995, p. 68). Já PEDRO VAZ PATTO considera que a norma em causa tutela o bem jurídico da dignidade humana e, uma vez que esta é indisponível, a incriminação tem-se por legítima. Acrescenta ainda que, é esta “(...) indisponibilidade que limita a relevância do consentimento do ofendido [pessoa prostituída] como causa de exclusão da ilicitude penal” (PATTO, PEDRO, 2001, p. 138).

Para PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, apesar da referida supressão, o elemento “(...) explorando situações de abandono ou de necessidade económica” continua a ter de se provar, pugnando por uma “interpretação constitucional restritiva” e defendendo, por isso, que o bem jurídico protegido continua a ser a liberdade sexual (ALBUQUERQUE, PAULO, 2015, p. 67).

INÊS LEITE defende que o bem jurídico aqui tutelado é a liberdade sexual, pois considera que, a incriminação dependerá sempre do “(...) fator de exploração da pessoa que se prostitui, exploração esta que se encontra associada tipicamente a uma diminuição do âmbito de autonomia da vontade da mesma” (LEITE, INÊS, 2011, p. 48). É neste sentido que, a Autora defende a qualificação do crime como de perigo concreto, tendo sempre de se provar que o exercício da atividade de prostituição revela, em cada caso concreto, aptidão para condicionar ou diminuir a esfera de autonomia da vontade da pessoa que se prostitui. A mesma Autora dá como exemplo o caso de um terceiro, que embora recebendo remuneração pela atividade, proporciona melhores condições de segurança e de saúde à pessoa que se prostitui. Nestes casos, não haveria lugar à incriminação, pois não se comprovava qualquer tipo de exploração (LEITE, INÊS, 2011, p. 85 – 86).

Com a *supra* exposição doutrinária tivemos como objetivo evidenciar a querela doutrinária existente em torno da definição do bem jurídico tutelado pelo art. 169.º, n.º1 do CP. O Tribunal Constitucional e os demais tribunais judiciais não ficaram alheios a esta discussão, sendo que, iremos analisar às decisões por eles proferidas.

2.1.3. Inconstitucionalidade do Artigo 169.º, n.º1 do Código Penal: análise jurisprudencial

É no seguimento do debate sobre o bem jurídico tutelado pelo n.º 1 do art. 169.º do CP que o TC é chamado a pronunciar-se sobre a (in)constitucionalidade do mesmo.

O TC pronuncia-se, pela primeira vez, sobre esta matéria no ac. n.º 144/2004. O TC é chamado a averiguar da (in)constitucionalidade da referida norma por violação dos artigos 41.º (liberdade de consciência) e 47.º (liberdade de escolha de profissão), conjugados com o artigo 18.º, n.º 2 (restrição de direitos) da CRP.

A requerente começa por alegar que o direito penal não tem na sua génese a tutela de valores de ordem moral, “(...) mas sim, e tratando-se de um “crime contra as pessoas” defender interesses eminentemente pessoais, tais como a liberdade e autodeterminação sexual” (AC. TC n.º 144/2004, p. 2).

Relativamente à relação existente entre o Direito e a Moral, o TC reconhece que se trata de uma questão amplamente debatida pela doutrina, mas que “(...) tanto quem procure em valores morais a legitimação do direito, como quem acentue a distinção em moral e direito, reconhecerá, inevitavelmente, que existem bens e valores que participam nas duas ordens normativas” (AC. TC n.º 144/2004, p. 2).

Neste sentido, e confrontado com a questão prévia de saber se a norma em questão apenas protege valores que nada tenham a ver com direitos e bens consagradas constitucionalmente, o TC considera que subjacente à norma em questão está

(...) inevitavelmente uma perspetiva fundamentada na história, na cultura e nas análises sobre a sociedade segundo a qual as situações de prostituição relativamente às quais existe um aproveitamento por terceiros são situações cujo significado é o da exploração da pessoa prostituída. Tal perspetiva não resulta de preconceitos morais mas do reconhecimento de que uma ordem jurídica orientada por valores de justiça e assente na dignidade humana não deve ser mobilizada para garantir, enquanto expressão da liberdade de ação, situações e atividades cujo «princípio» seja o de que uma pessoa, numa qualquer dimensão, possa ser utilizada como puro instrumento ou meio ao serviço de outrem.
(AC. TC n.º 144/2004, p. 3)

No que concerne à possível violação do art. 41.º da CRP, na medida em que restringe o direito à liberdade de consciência, o Tribunal nega que a incriminação do n.º 1 do art. 169.º do CP restrinja, em que medida for, esse direito pois,

(...) não está (...) em causa qualquer aspeto de liberdade de consciência que seja tutelado pelo artigo 41.º, n.º1, da Constituição, pois a liberdade de consciência não integra uma dimensão de liberdade de se aproveitar das carências alheias ou de lucrar com a utilização da sexualidade alheias.
(AC. TC n.º 144/2004, p. 3)

Já no que concerne à alegada violação do art. 47.º da CRP por parte do n.º1 do art. 169.º do CP, o Tribunal afirma que

(...), ainda que se entenda que a prostituição possa ser, num certo sentido, uma expressão da livre disponibilidade da sexualidade individual, o certo é que o aproveitamento económico por terceiros não deixa de poder exprimir já uma interferência, que comporta riscos intoleráveis, dados os contextos sociais da prostituição, na autonomia e liberdade do agente que se prostitui (...), na medida em que corresponda à utilização de uma dimensão específica íntima do outro não para os fins dele próprio, mas para fins de terceiros.
(...) uma certa «atividade profissional» que tenha por objeto a específica negação deste tipo de valores seja proibida, não ofende, de modo algum, a Constituição. A liberdade de exercício de profissão ou de atividade económica têm obviamente, como limites e enquadramento, valores e direitos diretamente associados à proteção da autonomia e da dignidade de outro ser humano.
(AC. TC n.º 144/2004, p. 3)

Por fim, o acórdão faz menção à eliminação do elemento “explorando situações de abandono ou necessidade económica” defendendo que

O facto de a disposição legal não exigir, expressamente, como elemento do tipo uma concreta relação de exploração não significa que a prevenção desta não seja a motivação fundamental da incriminação a partir da qual o aproveitamento económico da prostituição de quem fomenta, favoreça ou facilite a mesma exprima, tipicamente, um modo social de exploração de uma situação de carência e desproteção social. Tal opção tem o sentido de evitar já o risco de tais situações de exploração, risco considerado elevado e não aceitável, e é justificada pela prevenção dessas situações, concluindo-se pelos estudos empíricos que tal risco é elevado e existe, efetivamente, no nosso país, na medida em que as situações de prostituição estão associadas a carências sociais elevadas (...). O entendimento subjacente à lei penal radica, em suma, na proteção por meios penais contra a necessidade de utilizar a sexualidade como modo de subsistência, proteção diretamente fundada no princípio da dignidade da pessoa humana.
(AC. TC n.º 144/2004, p. 3 – 4)

Vários ac. TC se seguiram sobre esta mesma questão⁸, sendo que, todos eles remetem, à margem de outra jurisprudência, para o ac. TC n.º 144/2004, pugnando pela não inconstitucionalidade do n.º 1 do art. 169.º do CP.

Não obstante, no âmbito da jurisprudência quanto à inconstitucionalidade do crime de lenocínio simples encontramos vozes que se levantam em sentido contrário ao defendido nos vários acórdãos constitucionais.

⁸ Veja-se, nomeadamente, o ac. TC n.º 303/2004 e ac. TC n.º 196/2004.

Salienta-se o ac. TC n.º 396/2007 de onde consta o voto de vencido de MARIA JOÃO ANTUNES defendendo a inconstitucionalidade do n.º 1 do art. 169.º do CP por violação das normas constitucionais presentes no art. 27.º, n.º 1 e n.º 2 e art. 18.º, n.º 2 da CRP. Defende no seu voto de vencido que

A Lei nº 65/98 alterou a estrutura típica do crime de Lenocínio, previsto no artigo 170º do Código Penal [atual art. 169.º, n.º 1 do CP], eliminando a exigência típica da “exploração dum situação de abandono ou necessidade”, ao arremesso de uma evolução legislativa, em matéria de crimes sexuais, que se inscreve num paradigma de intervenção mínima do direito penal, o ramo do direito que afecta, mais directamente, o direito à liberdade (artigo 27º, nºs 1 e 2, da CRP). Num paradigma em que a intervenção é apenas a necessária para a tutela de bens jurídicos (não da moral), que não obtêm protecção suficiente e adequada através de outros meios de política social. Com eliminação daquela exigência típica, o legislador incrimina comportamentos para além dos que ofendem o bem jurídico da liberdade sexual, relativamente aos quais não pode ser afirmada a necessidade de restrição do direito à liberdade, enquanto direito necessariamente implicado na punição (artigos 18º, nº 2, e 27º, nºs 1 e 2, da CRP).
(AC. TC n.º 396/2007, p. 7)

Salienta-se igualmente o voto de vencido de JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO no ac. TC n.º 654/2011 que afirma que

(...) com a eliminação, na revisão de 1998, do segmento que estabelecia, como elemento do tipo, a exploração da vulnerabilidade situacional, em razão de abandono ou necessidade económica, da pessoa que se prostitui, desapareceu qualquer conexão com a protecção da vontade livre dessa pessoa.
(AC. TC n.º 654/2011, p. 6 – 7)

JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO compara o tipo legal em questão com os restantes crimes que constam do capítulo dos crimes sexuais, os quais referem “(...) como elemento definidor do tipo legal de crime, o exercício de violência, coação, ou, pelo menos, constrangimento sobre a vontade da vítima” (AC. TC n.º 654/2011, p. 6), sendo que tal não acontece com o crime de lenocínio previsto no n.º 1 do art.º 169.º do CP.

JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO tece ainda algumas críticas ao ac. TC n.º 144/2204. Afirma que a jurisprudência fixada legitima a intervenção penal, no caso em apreço, com fundamento na protecção do princípio da dignidade da pessoa humana, princípio esse demasiado abstrato e geral para fundamentar e validar o “(...) exercício do poder punitivo do Estado, em compressão de direitos fundamentais” (AC. TC n.º 654/2011, p. 8). Termina afirmando que só será possível legitimar este “exercício do poder punitivo do Estado”, recorrendo a “(...) uma concepção essencialista (...) não decorrente de claras opções constitucionais” (AC. TC n.º 654/2011, p. 9) mas sim de concepções de natureza ético-sociais. JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO pugna, portanto, pela inconstitucionalidade do n.º 1

do art.º 169.º do CP por violação o princípio da proporcionalidade (art. 18.º, n.º 2 da CRP) e ainda pelo facto de a norma se encontrar desprovida de qualquer ligação com um bem jurídico constitucionalmente definido e protegido.

É de destacar, ainda, os votos de vencido de LINO RODRIGUES RIBEIRO e MANUEL DA COSTA ANDRADE no ac. TC n.º 641/2016. O primeiro vem afirmar que a reforma de 1998

(...) tornou indefinido o bem jurídico por ele tutelado (...) de modo que só fazendo uma interpretação restritiva da norma, no sentido de se aplicar apenas aos casos em que a vítima se encontra numa situação de necessidade económica e social, é possível afirmar que o tipo legal visa proteger o bem jurídico da liberdade sexual.

(...) não pode considerar-se que a letra da lei é mais ampla que o seu espírito quando foi o próprio legislador que quis eliminar do texto da lei aquela exigência. Se o fez para proteção de outros bens jurídicos, não o deveria deixar inserido no capítulo dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual. (AC. TC n.º 641/2016, p. 10)

Neste sentido, pugna pela inconstitucionalidade ao n.º 1 do art. 169.º do CP por violação do art. 18.º, n.º 2 da CRP.

MANUEL DA COSTA ANDRADE pugna igualmente pela inconstitucionalidade do n.º 1 do art. 169.º do CP por violação do art. 18.º, n.º 2 da CRP argumentando que após a eliminação do elemento “explorando situação de abandono ou de necessidade económica”, o legislador

(...) abriu deliberadamente mão do momento da factualidade típica que associava a infração à ofensa à liberdade sexual e deixou atrás de si uma incriminação exclusivamente votada à punição de “*quem, profissionalmente ou com intenção lucrativa, favorecer ou facilitar*” uma prática em si mesma irrelevante, indiferente para o direito penal – a prostituição. (...) a incriminação é que pode, ela própria, configurar um atentado perverso à dignidade ou autonomia das pessoas. Que sendo adultas, esclarecidas e livre – no fundo a situação típica pressuposta pela incriminação – devem poder legitimamente escolher conduzir a sua vida tanto na sombra da virtude” como do “pecado”. Uma escolha insindicável, que devem poder levar à prática inteiramente resguardados contra a intromissão do direito penal. (AC. TC n.º 641/2016, p. 11)

Por fim, considera que, a ideia de apoiar a legitimação material da incriminação na sua relação com os valores da liberdade e da integridade moral das pessoas que se prostituem, “(...) é posta em crise quando confrontada com o recorte típico da incriminação. Que pune os factos mesmo nas constelações fáticas em que as pessoas que se prostituem, sendo maiores, o fazem com toda a liberdade e autonomia” (AC. TC n.º 641/2016, p. 11).

Por fim, uma nota para o ac. do TRP de 08/02/2017 que vem declarar inconstitucional o n.º 1 do art. 169.º do CP. Após tecer algumas considerações sobre a vinculação do legislador ordinário ao princípio constitucional do direito penal do bem jurídico, analisa a sua materialização no art. 169.º, n.º 1 do CP.

O Tribunal vem defender que, de acordo com o defendido pelo ac. TC n.º 144/2004, o legislador criou um tipo legal de crime de perigo abstrato, nos termos do qual “(...) não se exige uma lesão efetiva do bem jurídico (...) mas tão só a colocação em perigo desse bem jurídico [...]” (AC. TRP de 08/02/2017, p. 25), sendo que,

(...) a criminalização de condutas relativas a crimes em que o perigo constitui a motivação da proibição deve visar a proteção de bens jurídicos identificáveis e de grande importância. Para além disso, necessita de uma especial fundamentação, desde logo do ponto de vista criminológico, para que se possa ter por materialmente justificada, à luz da constituição, e sem violação do art.º 18.º, n.º 2, a antecipação da tutela penal do bem jurídico fundamental em causa. (...) considerando que o bem jurídico visado é a autonomia e liberdade da pessoa que se prostitui (...) não vemos como as condutas descritas no tipo-de-ilícito em causa traduzam em si uma perigosidade típica de lesão de tal bem jurídico. Dito de outra forma, não se pode presumir, de forma categórica e inilidível, que quem fomenta, favoreça ou facilite a prostituição, ao fazê-lo, pura e simplesmente, põe em risco a liberdade sexual de quem se prostitui (as presunções operadas pelo legislador ordinário, nos termos explicados pelo Tribunal Constitucional, assentam em estudos de natureza acientífica, ligados à área dos conhecimentos sociais e empíricos, carecendo de demonstração metódica, organizada e racionalmente interpretada a associação da prostituição a situações de carências sociais elevadas e que qualquer comportamento de fomento, favorecimento ou facilitação da prostituição comporta uma exploração da necessidade económica ou social do agente que se prostitui).
(AC. TRP de 08/02/2017, p. 26)

O Tribunal, portanto, considera não justificável o facto de o legislador ter criado um tipo legal de crime de perigo abstrato. Por fim, mesmo que se entenda que a motivação que determinou a proibição é legítima, o Tribunal nega ao caso a existência de necessidade penal, pois considera “(...) que o bem jurídico em causa seria eficazmente acautelado com uma tutela contra-ordenacional mínima em sede de regulação administrativa da atividade” (AC. TRP de 08/02/2017, p. 26).

A nível jurisprudencial percebemos que a orientação do TC é no sentido da declaração da não inconstitucionalidade do n.º 1 do art. 169.º do CP⁹. Apesar desta orientação, são vários os votos de vencido que pugnam em sentido contrário e ainda,

⁹ Veja-se o prefácio da presente dissertação.

alguns tribunais judiciais declaram mesmo a inconstitucionalidade do normativo em análise.

Concluindo, o bem jurídico protegido pela incriminação contida no n.º 1 do art. 169.º do CP, apesar da posição assumida pelo TC nos vários ac. por ele proferidos, continuará a despertar um grande debate. Neste sentido, passaremos agora a tecer algumas reflexões acerca desta querela.

Capítulo III – Reflexões Críticas

Iniciamos o nosso estudo por examinar as soluções adotadas nos diversos ordenamentos jurídicos para a prostituição, reunindo três modelos prostitucionais patentes – o modelo regulamentarista, o modelo abolicionista e o modelo proibicionista. No primeiro verifica-se a regulamentação do exercício da prostituição, considerando-se esta uma atividade laboral como outra qualquer. No segundo modelo acaba por não se tomar uma posição clara no que concerne ao exercício da prostituição, não o punindo, muito embora, não o criminalizando. O terceiro modelo criminaliza a prática da prostituição, bem como todos os seus intervenientes.

Da análise feita à evolução do fenómeno da prostituição em Portugal, concluímos que este segue, atualmente, um modelo tendencialmente abolicionista, onde a prostituição, por um lado, não é considerada uma atividade ilegal, mas por outro, também não é objeto de regulamentação.

Contudo, o legislador considerou, e bem, que apesar de a prática da prostituição em si mesma considerada não consubstanciar um crime, a sua exploração por terceiro viola a liberdade sexual e o princípio da dignidade humana da pessoa prostituída.

É neste sentido que, o legislador vem tipificar o crime de lenocínio, no art. 169.º do CP. Após várias revisões, o atual n.º 1 do art. 169.º do CP tem despertado várias e duras críticas no que concerne à sua conformidade com a CRP. Tais críticas surgem após a revisão de 1998, onde o legislador eliminou o elemento “explorando situações de abandono ou de necessidade económica” e centram-se, essencialmente, na questão de saber qual o bem jurídico protegido pela norma em questão pois que, após a eliminação daquele elemento, considera parte da doutrina que o tipo legal não protege qualquer bem jurídico, mas apenas e só conceções puramente morais.

Posto isto, fará todo o sentido iniciar estas nossas reflexões críticas pelo mais básico pilar do direito penal – o bem jurídico-penal.

Nas palavras de JORGE FIGUEIREDO DIAS “(...) o paradigma do direito penal democrático hodierno pode (...) reduzir-se a um princípio político-criminal fundamental, diretamente atinente à questão da sua legitimação (...) todo o direito penal é um direito penal do bem jurídico” (DIAS, JORGE, 2010, p. 33).

Neste sentido, a definição de bem jurídico apresenta-se como uma tarefa de grande importância. AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO vem defendendo uma concepção ético-social do bem jurídico-penal, mediatizada pela CRP. Segundo este critério só deverão ser qualificados como bens jurídico-penais os “(...) valores considerados, pelo *ethos* social comunitário, como essenciais ou indispensáveis para a realização pessoal de cada um dos membros da sociedade” (CARVALHO, AMÉRICO, 2014, p. 48), por outras palavras, bens que possuam dignidade penal.

No entanto, tal não basta, é ainda, “(...) necessário que o recurso às penas criminais seja considerado indispensável e adequado à proteção daqueles bens jurídicos fundamentais” (CARVALHO, AMÉRICO, 2014, p. 48), que gozem, portanto, de necessidade penal, pressuposto que resulta diretamente do princípio político-criminal da intervenção mínima do direito penal ou princípio da subsidiariedade do direito penal.

Acresce que, e sob pena de a concepção ético-social do bem jurídico se demonstrar vaga e difusa, é necessário proceder-se a uma concretização deste critério. É na CRP que encontramos tal concretização, nomeadamente no seu art. 18.º, n.º 2, que nas palavras de AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO “(...) contém o critério jurídico-constitucional da definição material do bem jurídico-penal” (CARVALHO, AMÉRICO, 2014, p. 52). Concretização que se opera na medida em que, condiciona a restrição de direitos à salvaguarda de outros, materializando-se, assim, a exigência da dignidade penal; e, condiciona tal restrição à inexistência/insuficiência de outras reações sociais para uma proteção eficaz do bem jurídico com dignidade penal, a adequação da sanção criminal a uma tutela relativamente eficaz do bem jurídico e a proporcionalidade entre a gravidade da sanção criminal e a relevância pessoal e/ou social dos bens jurídicos protegidos, materializando-se, assim, a necessidade penal (DIAS, JORGE, 2018, p. 126).

É, portanto, na CRP que o direito penal encontra a sua fonte de legitimação material, “(...) repousando nela o critério regulador da atividade punitiva do Estado e, em última instância, se funda a exigência de que a função do direito penal seja somente uma função de tutela subsidiária de bens jurídicos e ainda que a densificação do conteúdo dos bens jurídico-penais tenha como referente a ordem axiológico-constitucional dos bens jurídicos” (BRANDÃO, NUNO, 2017, p. 239).

Prosseguindo agora, analisando o bem jurídico-penal tutelado pelo art. 169.º, n.º 1 do CP, este insere-se no Livro II, Título I, Capítulo V, Secção I onde se tutela da liberdade sexual, compreendendo esta, duas vertentes: a vertente positiva, que impõe a livre disposição do sexo e do próprio corpo para fins sexuais, tratar-se-á da possibilidade que cada individuo tem de fazer as suas escolhas no domínio da sexualidade; e a vertente negativa que, consagra o direito de cada individuo não suportar de outrem a realização de atos de natureza sexual contra a sua vontade.

Concebidas as *supra* considerações acerca da teoria do bem jurídico e sobre o bem jurídico protegido no art. 169.º, n.º 1 do CP, refletiremos critica e detalhadamente sobre este último ponto – o bem jurídico protegido no crime de lenocínio simples.

Os juízos dividem-se, e se por um lado, alguns autores¹⁰ entendem que o crime de lenocínio simples, na atual redação, não tutela a liberdade sexual da pessoa prostituída, mas sim valores morais, valores que não compete ao direito penal proteger; por outro lado, autores¹¹, apesar de negarem a tutela da liberdade sexual, defendem que o art. 169.º, n.º 1 do CP tutela o interesse geral da sociedade na preservação da moralidade e do ganho honesto, devendo o art. 169.º, n.º 1 ser deslocado para o Título IV “Dos crimes contra a vida em sociedade”. Há, ainda, quem entenda que o crime de lenocínio simples tutela efetivamente a liberdade sexual, no entanto, pugnando por uma interpretação constitucional restritiva¹² ou, considerando-o um crime de perigo concreto¹³.

Debruçar-nos-emos sobre este tópico, tendo como ponto de partida as principais conclusões retiradas do ac. do TC n.º 144/2004, onde se discutiu a (in)constitucionalidade do n.º 1 do art. 169.º do CP. Como vimos anteriormente, o TC considera o crime de lenocínio simples um crime de perigo abstrato, tutelando dessa forma, por antecipação, o bem jurídico-penal da liberdade sexual da pessoa prostituída.

As questões relacionadas com o perigo em direito penal têm despertado inúmeras hesitações, nomeadamente, quanto à sua legitimidade, fundamentação e harmonização com a CRP.

¹⁰ Entre outros, RODRIGUES, ANABELA/FIDALGO, SÓNIA, 2012, p. 797; MALAFAIA, JOAQUIM, 2009, p. 46-47.

¹¹ Entre outros, ALVES, SÉNIO, 1995, p. 68.

¹² Entre outros, ALBUQUERQUE, PAULO, 2015, p. 67.

¹³ Entre outros, LEITE, INÊS, 2011, p. 48.

É neste sentido que, JOSÉ FARIA COSTA encontra na relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo a fundamentação para os crimes de perigo (COSTA, JOSÉ, 1992, p. 568).

Segundo os ensinamentos do *supra* referido Autor, até à 1ª Revolução Industrial o perigo era sentido “(...) pela consciência ética comunitária e «experienciado» por cada um dos seus membros como algo externo à própria comunidade (...)” (COSTA, JOSÉ, 1992, p. 321) o que, por conseguinte, “(...) implicava uma total ausência de ressonância valorada na consciência comunitária das situações de perigo desencadeadas no seio da própria comunidade” (COSTA, JOSÉ, 1992, p. 321). À data, o perigo não era visto como algo desvalioso, merecedor de um tratamento específico por parte do direito, baseando-se o direito penal exclusivamente no resultado (COSTA, JOSÉ, 1992, p. 322).

Contudo, o paradigma alterou-se após a 1ª Revolução Industrial. Em primeiro lugar, porque “(...) cedo se percebeu que a técnica (...) era uma fonte geradora de perigos (COSTA, JOSÉ, 1992, p. 341). Desta constatação, nasceu a necessidade primeva de “(...) obstar [a] que esses perigos se cristalizassem em danos, mormente pessoais” (COSTA, JOSÉ, 1992, p. 343). As fontes geradoras de perigos deixaram de ser consideradas externas à comunidade, para passarem a ser “(...) fruto do desenvolvimento interno da própria comunidade” (COSTA, JOSÉ, 1992, p. 345).

Acresce que, outro fenómeno jurídico marcou esta mudança de perceção do perigo na comunidade jurídica. Fenómeno que se relaciona com a “(...) cada vez mais intensa e profunda intervenção do Estado, nomeadamente a nível legislativo, na definição de muitos comportamentos dos seus cidadãos (...) intervenção que no mundo do direito penal, tinha a ver com a defesa do princípio da segurança” (COSTA, JOSÉ, 1992, p. 351).

Neste sentido, e nas palavras de JOSÉ FARIA COSTA

A comunidade humana realiza-se e forma-se por meio de uma teia de cuidados, em que o cuidado individual, isto é, o cuidado do «eu» sobre si mesmo, só tem sentido se se abrir aos cuidados para com os outros, porque também unicamente desse jeito, unicamente nessa reciprocidade, se encontra a segurança.
(COSTA, JOSÉ, 1992, p. 319)

É precisamente nesta matricial relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo – cuidar de si cuidando do outro – que o direito penal encontra a sua razão de ser. A ilicitude penal residirá na rutura da relação de cuidado originário. Rutura cuja repercussão socialmente relevante se torna insustentável para a comunidade juridicamente organizada, de modo a revelar a necessidade de intervenção penal. A primeva relação onto-

antropológica de cuidado-de-perigo “(...) é o suporte mais-que-perfeito para legitimar, em termos ético-sociais, a aplicação de uma pena a aquele que, desvirtuando a relação de cuidado, põe em perigo um bem jurídico que a comunidade considera relevante para a proteção penal” (COSTA, JOSÉ, 1992, p. 622-623) – conclui-se que, o facto de pôr-em-perigo um certo bem jurídico-penal é elemento bastante para justificar uma pena criminal (COSTA, JOSÉ, 1992, p. 623).

Se até agora nos debruçamos sobre a procura de uma fundamentação para os crimes de perigo – fundamentação que se encontrou na relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo defendida por JOSÉ FARIA COSTA – passemos agora à compreensão exata do que se deve entender por crimes de perigo.

Os crimes de perigo caracterizam-se pela ação típica consistir em agir de modo a criar perigo de lesão de determinados bens jurídicos, não dependendo o seu preenchimento da ocorrência efetiva da lesão. No âmbito dos crimes de perigo é habitual proceder-se à distinção entre crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstrato.

Nos crimes de perigo concreto “(...) o tipo legal exige que o bem ou bens jurídicos tutelados tenham sido, efetivamente, postos em perigo. (...) Deste modo, o perigo efetivo é elemento do tipo legal e, portanto tem de, no respetivo processo penal, se fazer prova de que a conduta pôs, de facto, em perigo o bem jurídico tutelado” (CARVALHO, TAIPA, 2014, p. 297). Já nos crimes de perigo abstrato, “(...) o perigo não é elemento do tipo legal e, portanto, não tem de se fazer prova de que a conduta descrita no tipo colocou em perigo o bem jurídico” (CARVALHO, TAIPA, 2014, p. 297).

O perigo representa, portanto, “(...) um estágio relativamente ao qual é legítimo prever como possível o desencadear de um dano/violação para com um bem jurídico-penalmente protegido” (COSTA, JOSÉ, 1992, p. 583). A questão que se coloca é quando é que podemos afirmar que estamos perante uma situação de perigo?

Segundo JOSÉ FARIA COSTA “(...) haverá uma situação de perigo sempre que a produção do resultado desvalioso é mais provável que a sua não produção” (COSTA, JOSÉ, 1992, p. 596). Nova questão se impõe: como averiguar se um resultado é mais ou menos provável de acontecer? O mesmo Autor defende aqui o critério da “metade” segundo um

«cálculo de probabilidade» feito de acordo com as regras da experiência¹⁴ e juízos científicos (COSTA, JOSÉ, 1992, p. 600).

Temos, no entanto, que precisar qual será o limite probabilístico para se poder dizer que a partir dessa precisa linha de probabilidade há uma situação perigosa jurídico-penalmente relevante.

O bem jurídico-penal e a ofensividade são os pilares do Direito Penal. Como vimos anteriormente, o direito penal é um direito penal do bem jurídico, tendo como principal função a proteção destes. O princípio da ofensividade - *nullum crimen sine iniuria* – manifesta-se no facto de o Estado apenas poder punir condutas que lesionem ou coloquem em perigo um bem jurídico penalmente tutelado, por outras palavras, quando existe uma ofensa ao bem jurídico-penal. Resta-nos saber quando é que podemos considerar, em termos jurídico-penais, que um bem é ofendido.

Seguindo o entendimento de JOSÉ FARIA COSTA, a ofensividade estrutura-se em três distintos níveis: dano/violação, concreto pôr-em-perigo e cuidado-de-perigo. No primeiro nível, temos um “(...) total aniquilamento do próprio bem jurídico (...)” (COSTA, JOSÉ, 1992, p. 629)¹⁵, já o segundo nível de ofensividade ocorre quando se coloca, concretamente, em perigo um bem jurídico (COSTA, JOSÉ, 1992, p. 630). O terceiro e último nível de ofensividade trata-se no ponto central no que da fundamentação e legitimação dos crimes de perigo abstrato diz respeito, onde o perigo aparece apenas como uma motivação do legislador – cuidado-de-perigo, que esta diretamente ligado à função do Estado cuidador. Acresce que, os crimes de perigo abstrato só se podem justificar quando se protege um bem jurídico com dignidade penal e plenamente identificável e, deve ainda conter uma rígida definição das condutas proibidas (COSTA, JOSÉ, 1992, p. 645).

¹⁴ Sobre as regras da experiência, FARIA COSTA acrescenta ainda que, “Ao buscarmos as regras da experiência para constituírem o critério da determinação jurídico-penal do perigo fazemo-lo (...) não enquanto compreensão abstratizante de uma súmula empírica de experiências, mas antes como cânone de valoração que, embora assente em um transfundo de empiria, se transcende e se eleva a regra de captação do real, verdadeiro ou construído. Entre a relação efetivamente acontecida e a relação abstrata ex ante se constrói há mediação, porque se perfilha aí, nesse espaço intermédio, uma regra da experiência. A reiterada captação de factos e a sua constante interiorização faz com que se aceite, coletivamente, que a um determinado facto se segue certo e esperado efeito (COSTA, JOSÉ, 1992, p. 613–614).

¹⁵ Veja-se, a título de exemplo, o caso do crime de homicídio onde se verifica um total aniquilamento do bem jurídico-penal vida.

Posto isto e, após todas as considerações tecidas sobre a fundamentação e caracterização dos crimes de perigo, estamos habilitados a transpô-las para o caso concreto do crime de lenocínio simples, previsto no art. 169.º, n.º 1 do CP.

O crime de lenocínio simples tutela a liberdade sexual da pessoa prostituída, punindo quem, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa da prostituição.

Se até à revisão de 1998 se exigia que o agente explorasse uma situação de abandono ou necessidade económica da pessoa prostituída, a atual redação basta-se com o exercício profissional ou a intenção lucrativa e com o fomentar, favorecer ou facilitar o exercício da prostituição.

É reconhecida a legitimidade do legislador de proteger um determinado bem jurídico recorrendo aos crimes de perigo abstrato, por considerar que o “(...) pôr-em-perigo é elemento bastante para justificar uma pena criminal (...)” (COSTA, JOSÉ, 1992, p. 623). Tal aconteceu com o crime de lenocínio simples, onde se verificou um alargamento das situações abrangidas pelo tipo legal.

Tendo presente a doutrina de JOSÉ FARIA COSTA e a jurisprudência firme e constante do TC no sentido de que, as normas incriminadoras que tipificam crimes de perigo abstrato não violam os princípios constitucionais resta, verificar se tal se aplica ao n.º 1 do art. 169.º do CP.

Tal verificação passará por três níveis: primeiro, compreender se e em que medida a exploração da prostituição comporta um «perigo»; segundo, entender se o «cálculo de probabilidade» é cumprido, isto é, comportando a exploração da prostituição um «perigo»¹⁶, será uma situação perigosa jurídico-penalmente relevante merecedora de tutela penal; e por fim, perceber se protege efetivamente um bem jurídico com dignidade penal e plenamente identificável e se, a norma incriminadora contém um rígida e clara definição das condutas proibidas.

¹⁶ Tendo aqui o termo «perigo» segundo a definição dada por FARIA COSTA de um “estádio relativamente ao qual é legítimo prever como possível o desencadear de um dano/violação para com um bem jurídico-penalmente protegido”.

Se é verdade que a prostituição é considerada a mais velha profissão do mundo, não é menos verdade que associada a ela também se encontram outros fenómenos como a violência¹⁷, os abusos, as carências económicas e a exclusão social.

Para a compreensão destes fenómenos associados à prostituição nada melhor do que descer ao concreto e analisar as conclusões de estudos empíricos e da experiência de quem lida diretamente com estas situações.

Tais estudos e experiências, apesar de não negarem que existe uma minoria de casos onde a opção pela prostituição é genuinamente livre, assumem como regra a de que o exercício da prostituição não resulta de uma opção autenticamente livre. A opção pela prostituição é, na esmagadora maioria, condicionada por carências socioeconómicas e psicoafectivas (PATTO, PEDRO, 2013, p. 3).

O próprio exercício da prostituição acarreta consigo grandes vulnerabilidades, na medida em que, a pessoa prostituída sujeita-se, entre outros, a uma relação de total controlo e domínio por parte do “cliente”, inexistindo reciprocidade e respeito. Sendo que, a “(...) violência física e psicológica acompanha em regra a prática da prostituição” (PATTO, PEDRO, 2013, p. 3).

Quando, além da pessoa prostituída e do «cliente», encontramos um terceiro interveniente que utiliza o corpo da pessoa prostituída como forma de rendimento, as vulnerabilidades acrescem às já existentes. Além da desigual relação existente entre a pessoa prostituída e o «cliente», existe agora uma igual ou mais gritante relação de disparidade entre a pessoa prostituída e o terceiro interveniente – estabelece-se uma relação de domínio para com o corpo da pessoa prostituída, relação que se centra na coisificação do corpo da pessoa prostituída.

Também a própria experiência de quem lida de perto com esta realidade, nomeadamente, a CIG¹⁸, evidencia que as pessoas que se dedicam à prostituição são vítimas sem exceção e toma uma posição clara no que concerne à erradicação da

¹⁷ Conforme estudo de 2014 aponta, cerca de 71% das pessoas prostituídas já passaram por situações de violência durante a sua atividade, sendo que a maioria demonstrou receio de uma nova ocorrência num futuro próximo, informação disponível em https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/19440/1/Artigo06_JCardoso_Port.pdf

¹⁸ Para mais informação, consultar <https://www.cig.gov.pt/>.

prostituição. Inclusive, em relatório datado de 2014¹⁹, sobre a igualdade de género em Portugal, a CIG afirma que a prostituição é uma forma de violência sobre as mulheres – mais concretamente, sobre a pessoa prostituída, quer homem, quer mulher – uma violação dos direitos humanos e um modo de exploração sexual.

Justifica-se, assim, que o TC afirme que subjacente ao n.º 1 do art. 169.º do CP está “(...) uma perspetiva fundamentada na história, na cultura e nas análises sobre a sociedade segundo a qual as situações de prostituição relativamente às quais existe um aproveitamento económico por terceiros são situações cujo significado é o da exploração da pessoa prostituída. (...) Tal perspetiva não resulta de preconceitos morais mas do reconhecimento de que uma ordem jurídica orientada por valores de justiça e assente na dignidade da pessoa humana não deve ser mobilizada para garantir, enquanto expressão de liberdade de ação, situações e atividades cujo «princípio» seja o de que uma pessoa, numa qualquer dimensão (...), possa ser utilizada como puro instrumento ou meio ao serviço de outrem” (AC. TC n.º 144/2004, p. 3).

Depreende-se do exposto que a exploração da prostituição porque acarreta os vários riscos descritos, constitui um «perigo» para a liberdade sexual da pessoa prostituída.

Se a prática da prostituição em si pode ser considerada uma expressão da livre disponibilidade da sexualidade da pessoa prostituída – fazendo-se referência à vertente positiva da liberdade sexual –, quando existe um aproveitamento económico por terceiro, tal não deixa de exprimir “(...) uma interferência, que comporta riscos intoleráveis, dados os contextos sociais da prostituição, na autonomia e liberdade do agente que se prostitui, na medida em que corresponda[e] à utilização de um dimensão especificamente íntima do outro não para fins dele próprio, mas para fins de terceiros” (AC. TC n.º 144/2004, p. 3). Interferência que opera, independentemente do consentimento ou «opção»²⁰ da pessoa prostituída. Veja-se, a título de exemplo, o crime de incitamento ou ajuda ao suicídio (art. 135.º do CP) e o crime de divulgação de pornografia infantil (art. 176.º, n.º 1, al. c) do CP), onde a autonomia da pessoa ou o seu consentimento em determinados atos não

¹⁹ Disponível para consulta em <https://www.cig.gov.pt/wp-content/uploads/2016/03/Igualdade-de-G%C3%A9nero-em-Portugal-2014.pdf>.

²⁰ É legítimo considerar que, só em pouquíssimos casos, a prostituição é, verdadeiramente, uma opção livremente escolhida por pessoas realmente autónomas, visto que, na maioria dos casos, ou, quiçá, na totalidade, a liberdade pela eleição da prostituição como forma de rendimento parte sempre de situações de graves carências socioeconómicas e psicoafectivas.

justifica, sem mais, o comportamento daquele que auxilie, instigue ou facilite esse ato. Isto porque, e na tese de JOSÉ FARIA COSTA, nas relações com os outros, existe um dever de cuidado do eu para com o outro.

Conseguimos compreender, quer os «perigos» inerentes à exploração da prostituição, quer o modo como esses «perigos» conflituem e colocam em causa o bem jurídico-penal da liberdade sexual. E, é neste sentido que, concluímos pela relevância da tutela penal dada pelo legislador aos «perigos» da exploração da prostituição, sobretudo justificada pela normal associação entre as condutas que são previstas no tipo legal de crime do art. 169.º, n.º 1 do CP – fomentar, favorecer ou facilitar o exercício da prostituição – e a exploração de necessidades económicas e sociais das pessoas que a esta se dedicam.

Não obstante, a *supra* tutela penal conferida no art. 169.º, n.º 1 do CP à exploração da prostituição tem ainda como fundamento o mais basilar princípio do Estado de Direito Democrático, o princípio da dignidade da pessoa humana, logo presente no art. 1.º da CRP. Princípio que, na “(...) na célere perspectiva kantiana, impede que esta [qualquer indivíduo] seja tratada[o] (pelos outros ou por ela mesma) como *meio*, e não como *fim* em si mesma” (PATTO, PEDRO, 2013, p. 3).

Fácil será perceber em que medida o princípio da dignidade humana é colocado em causa quando confrontado com a exploração da prostituição. O terceiro que, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomenta, favoreça ou facilite o exercício da prostituição, utiliza uma “dimensão especificamente íntima” de outrem para fins de terceiros, instrumentalizando o corpo da pessoa prostituída. É esta instrumentalização que fere de forma inaceitável o princípio da dignidade da pessoa humana.

Não se defende que o art. 169.º, n.º 1 do CP protege o princípio da dignidade humana pura e simplesmente, pois este não poderá ser considerado um «bem jurídico-penal». O princípio da dignidade da pessoa humana é algo bem mais essencial, é “(...) a mais importante proposição ideológica que preside a um Estado de Direito” (DIAS, JORGE, 2010. p. 41). Não será menos verdade que, apesar de não poder constituir um «bem jurídico-penal», tal princípio pode e deve concretizar-se em concretos bem jurídicos, como o é, a liberdade sexual.

Posto isto, “(...) a incriminação prevista no art. 169.º, n.º 1 do CP, trata-se de uma opção de política criminal, justificada, sobretudo, pela normal associação entre as condutas designadas como lenocínio e a exploração da necessidade económica e social das pessoas que se dedicam à prostituição, fazendo desta um modo de subsistência” (AC. TC n.º 144/2004, p. 3). É exatamente esta exploração da necessidade económica e social – anteriormente designada de exploração de situação de abandono ou necessidade económica – que o legislador teve como fundamental motivação da incriminação. Considerou, e bem, o legislador considerou, e bem, adequado tutelar as *supra* situações de exploração, recorrendo à estruturação de um crime de perigo abstrato, onde não é necessário demonstrar que o agente explorou, no caso concreto, uma situação de necessidade económica e/ou social da pessoa prostituída. Além disso, fá-lo de acordo com as obrigações assumidas internacionalmente, nomeadamente na Convenção para a Supressão do Tráfico de Pessoas e da Exploração da Prostituição de Outrem²¹, onde se considera que “(...) a prostituição e o mal que a acompanha, a saber, o tráfico de pessoas com vista à prostituição, são incompatíveis com a dignidade e valor da pessoa humana e põem em perigo o bem-estar do indivíduo, da família e da comunidade (...) [devendo] As Partes na presente Convenção convencionam punir toda a pessoa que, para satisfazer as paixões de outrem: 1) Alicie, atraia ou desvie com vista à prostituição uma outra pessoa, mesmo com o acordo desta; Explore a prostituição de uma outra pessoa, mesmo com o seu consentimento”.

Concluimos as nossas reflexões críticas fazendo uma sugestão em jeito de crítica ao legislador. Admitidos que são os riscos e perigos inerentes, quer à prostituição, quer à sua exploração por terceiro; admitindo a posição do legislador em considerar a prostituição e todas as suas formas de exploração violadoras dos direitos humanos das pessoas vítimas da prostituição, é nossa convicção que o próximo passo seria, quiçá, criminalizar a compra de serviços sexuais, seguindo o exemplo da Suécia.

Se o terceiro interveniente instrumentaliza o corpo da pessoa prostituída – sendo tal um dos motivos da incriminação presente no art. 169.º, n.º 1 do CP – não é menos verdade que, o cliente quando compra serviços sexuais, também instrumentaliza o corpo da pessoa prostituída, servindo-se de uma “dimensão especificamente íntima” de outrem para fins de ele mesmo – do cliente. Vistas as coisas deste prisma, se as condutas descritas

²¹ Disponível para consulta em <https://dre.pt/pesquisa/-/search/288065/details/maximized>.

no n.º 1 do art. 169.º do CP gozam, justificadamente como vimos, de tutela penal, parecidos, e salvo melhor entendimento, que também as condutas *supra* referidas do cliente, deveriam gozar de igual tutela penal.

Não nos podemos esquecer, porém, que de nada valerá criminalizar a compra de serviços sexuais se nada se fizer quanto ao apoio às vítimas da prostituição. Proporcionar ajuda e serviços para que as vítimas de prostituição possam abandonar a indústria do sexo, criar programas de reabilitação social, consciencializar a própria comunidade dos riscos e perigos que a prostituição e a sua exploração comportam seriam medidas necessárias e indispensáveis para que as vítimas fossem agora consideradas a prioridade do legislador. Por fim, acresce que, à eventual pena aplicada ao crime de compra de serviços sexuais, deveria estar associada a obrigação de frequentar programas de sensibilização de erradicação da prostituição e todas as suas formas de exploração.

Conclusão

A evolução das políticas e das leis relativas à prostituição em Portugal que passaram pela sua regulação, posterior criminalização e por fim pela descriminalização da prostituição, culminaram na adoção de um modelo tendencialmente abolicionista onde a prostituição em si mesma considerada não constitui um crime, não obstante também não se encontra regulamentada. Dado evidente é que, nos últimos tempos o cerne da preocupação centra-se na questão de se saber até que ponto deve ou não a exploração da prostituição ser criminalizada.

A experiência e os vários estudos científicos elaborados sobre da prostituição e sua exploração demonstram, inequivocamente, que às condutas descritas no art. 169.º, n.º 1 do CP estão associados riscos e perigos intoleráveis, sendo manifesto o aproveitamento de terceiro das vulnerabilidades da pessoa prostituída – a vítima.

Assim, e apesar da atual redação do art. 169.º, n.º 1 do CP despertar duras críticas por parte da doutrina, nomeadamente, quanto à sua (in)constitucionalidade, é nossa convicção que a mesma não padece de qualquer inconstitucionalidade, nem se revela contrária aos cânones constitucionais.

Diversamente, a incriminação contida no n.º 1 do art. 169.º do CP fundamenta-se na frequente associação entre as condutas nele descritas e a situação de exploração de necessidades socioeconómicas e psicoafetivas das pessoas que se dedicam à prostituição, e que colocam em perigo a liberdade sexual da pessoa prostituída e a sua própria dignidade humana. De resto, o legislador, com a incriminação do lenocínio, está a cumprir as diretrizes com as quais se vinculou quando ratificou, nomeadamente, a Convenção para a Supressão do Tráfico de Pessoas e da Exploração da Prostituição de Outrem.

Contudo, somos da opinião que o legislador deverá refletir e ponderar a incriminação da compra de serviços sexuais. Tal como as condutas descritas no art. 169.º do CP são merecedoras de tutela penal – porque, entre outros fundamentos, instrumentalizam o corpo da pessoa prostituída –, também na compra de serviços sexuais, o cliente instrumentaliza o corpo da pessoa prostituída. Seria, a nosso ver, um complemento com vista à erradicação da prostituição e de todas as formas de exploração desta, a par da adoção de políticas sociais, por parte do Estado, enquanto Estado-social.

Bibliografia

ALBUQUERQUE, PAULO (2015) – “Anotações ao artigo 169.º” in *Comentário ao Código Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ª Edição Atualizada, Lisboa, Universidade Católica Editora

ALVES, SÉNIO (1995) – *Crimes sexuais – Notas e Comentários aos artigos 163.º a 179.º do Código Penal*, Coimbra, Almedina

APDES/RTS/PEIXOTO, VÍTOR (2012) – *Recomendações para a redefinição do Enquadramento Jurídico do Trabalho Sexual em Portugal*, Vila Nova de Gaia, disponível em

<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a5355786c5a793944543030764d54424455314e554c306455515656454d54425953556b765247396a6457316c626e52766330466a64476c32615752685a4756446232317063334e68627938354f4749304d7a6735596931694e6a41794c5451785a4749744f574e685a43316b4e3259794d7a41774d44646c4e7a51756347526d&fich=98b4389b-b602-41db-9cad-d7f230007e74.pdf&Inline=true>

BRANDÃO, NUNO (2017) – “Bem jurídico e direitos fundamentais: entre a obrigação estadual de protecção e a proibição do excesso”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, Volume I, Coimbra, Instituto Jurídico Editora

CARVALHO, AMÉRICO (2014) – *Direito Penal. Parte Geral. Questões Fundamentais. Teoria Geral do Crime*, 2.º Edição Reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora

COSTA, JOSÉ (1992) – *O Perigo em Direito Penal – Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas*, Coimbra, Coimbra Editora

DIAS, JORGE (2010) – “O “direito penal do bem jurídico” como princípio jurídico-constitucional. Da doutrina penal, da jurisprudência constitucional portuguesa e das suas relações”, in *XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa, Colóquio comemorativo do XXV aniversário do Tribunal Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora

DIAS, JORGE (2018) – *Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime, Tomo I*, 2ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora

FERREIRA, LUÍSA (2018) – *A Prostituição em Portugal: Reflexão Acerca de uma Possível Solução de Regulamentação no Ordenamento Jurídico Português*, Dissertação de Mestrado em Direito com especialização em Ciências Jurídico-Forenses, Universidade de Coimbra, Coimbra, disponível em: https://eg.uc.pt/bitstream/10316/85877/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o_.pdf

GARCIA, MARTA/GONÇALVES, MANUELA (2016) – “Prostituição: Que Modelo Jurídico-político para Portugal?”, in *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, Volume 59, n.º 2, disponível em <https://ria.ua.pt/bitstream/10773/22065/1/Prostitui%C3%A7%C3%A3o%20que%20modelo%20jur%C3%addico-pol%C3%adtico%20para%20Portugal.pdf>

LEITE, INÊS (2011) – “A Tutela Penal da Liberdade Sexual” in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 21, n.º1 Janeiro-Março, Coimbra, Coimbra Editora

MALAFAIA, JOAQUIM (2009) – “A Inconstitucionalidade do n.º1 do artigo 169.º do Código Penal”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 19, n.º 1, Janeiro-Março, Coimbra, Coimbra Editora

NEW ZEALAND GOVERNMENT (2008) – *Report of the Prostitution Law Review Committee on the Operation of the Prostitution Reform Act 2003*, disponível em <http://prostitutescollective.net/wp-content/uploads/2016/10/report-of-the-nz-prostitution-law-committee-2008.pdf>

OLIVEIRA, ALEXANDRA (2017) – “Prostituição em Portugal. Uma atividade marginalizada num país que tolera mais do que persegue”, in *BAGOAS*, n.º17, disponível em https://sigarra.up.pt/fpceup/pt/pub_geral.pub_view?pi_pub_base_id=259362

OLIVEIRA, MARTA (2017) – *A Prostituição no Sistema Jurídico Português*, Dissertação de Mestrado em Direito Forense e Arbitragem, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, disponível em https://run.unl.pt/bitstream/10362/25338/1/Oliveira_2017.pdf

PATTO, PEDRO (2001) – “Direito Penal e Ética Sexual” in *Direito e Justiça*, Volume XV, Tomo 2, Universidade Católica Editora

PATTO, PEDRO (2013) – *O Quadro Legal da Prostituição e a Dignidade Humana*, Lisboa, s.n., disponível em https://www.mdm.org.pt/wp-content/uploads/2017/11/O_QUADRO_LEGAL_DA_PROSTITUICAO_E_A_DIGNIDADE_HUMANA.pdf

RODRIGUES, ANABELA /FIDALGO, SÓNIA (2012) – “Anotação ao Artigo 169.º” in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Artigos 131.º a 201.º*, 2ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora

SOUSA, FABIANA/OLIVEIRA, MARIA (2008) – Contextualização do trabalho sexual exercido em casas noturnas em São Carlos: observações de prostitutas sobre questões de gênero. *Fazendo Género. Corpo, Violência e Poder*, n.º8, disponível em <https://docplayer.com.br/35246070-Contextualizacao-do-trabalho-sexual-exercido-em-casas-noturnas-de-sao-carlos-observacoes-de-prostitutas-sobre-questoes-de-genero.html>

SWEDISH INSTITUTE (2010) – *Selected Extracts of the Swedish Government Report SOU 2010:49: “The Ban Against the Purchase of Sexual Services. An Evaluation 1999-2008”*, disponível em https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/the_ban_against_the_purchase_of_sexual_services_an_evaluation_1999-2008_1.pdf

TAMPEP INTERNATIONAL FOUNDATION (2010) – *Tampep 8 National Mapping Reports, Mapping of National Prostitution Scene, National Coordinators Report 2008/9*, disponível em https://webgate.ec.europa.eu/chafea_pdb/assets/files/pdb/2006344/2006344_d4_deliverable_t8_annex_10_d_national_reports_mapping.pdf

TENÓRIO, ÁLVARA (2016) – *A Possibilidade de Regulamentação da Prostituição e seus Efeitos no Direito do Trabalho em Ordenamentos Jurídicos Abolicionistas: Um Estudo de Direito Comparado*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais, Universidade de Coimbra, Coimbra, disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/42883/1/%c3%81lvara%20Ten%c3%b3rio.pdf>

Legislação Estrangeira

Código Penal Alemão (Strafgesetzbuch – StGB), disponível em <http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/>

Código Penal Sueco (Brottsbalk), disponível em https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/brottsbalk-1962700_sfs-1962-700

Lei da Prostituição Alemã (Prostitutionsgesetz – ProstG), disponível em <https://www.gesetze-im-internet.de/prostg/BJNR398310001.html>

Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland), disponível em <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html>

Prostitution Reform Act 2003 (PRA), disponível em <http://www.legislation.govt.nz/act/public/2003/0028/latest/whole.html#DLM197821>

Jurisprudência

Tribunal Constitucional:

Acórdão do TC n.º 144/2004, de 10/03/2004, processo n.º 566/2003, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040144.html>

Acórdão do TC n.º 196/2004, de 23/03/2004, processo n.º 130/04, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040196.html>

Acórdão do TC n.º 303/2004, de 05/05/2004, processo n.º 922/03, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040303.html>

Acórdão do TC n.º 396/2007, de 10/07/2007, processo n.º 33/2007, disponível em http://www.pgdlisboa.pt/jurel/est_busca_actc.php?ano_actc=2007&numero_actc=396

Acórdão do TC n.º 654/2011, de 21/12/2011, processo n.º 62/11, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110654.html>

Acórdão do TC n.º 641/2016, de 21/11/2016, processo n.º 401/16, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20160641.html>

Acórdão do TC n.º 134/2020, de 03/03/2020, processo n.º 1458/17, disponível em <https://dre.pt/pesquisa/-/search/288065/details/maximized>

Supremo Tribunal de Justiça:

Acórdão do STJ de 07/11/1990, processo n.º 041168, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/fd39ffef5ce516db802568fc0039947b?OpenDocument>

Acórdão do STJ de 05/09/2007, processo n.º 07P1125, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/8de77467c21e93b28025737c004acdd6?OpenDocument>

Tribunal da Relação de Lisboa:

Acórdão do TRL de 19/01/2016, processo n.º 5964/11.6T3SNT.L1-5, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/136dcfd29946803180257f54003ec721?OpenDocument>

Tribunal da Relação do Porto:

Acórdão do TRP de 08/02/2017, processo n.º 404/13.9TAFLG.P1, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/32eeadd481f2b45802580d7003b28ff?OpenDocument>