

DELITOS RELATIVOS À PROSTITUIÇÃO NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO: PROTEÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA OU PATERNALISMO JURÍDICO?

Ciências Penais | vol. 12 | p. 177 | Jan / 2010 | DTR\2010\578

Gisele Mendes de Carvalho

Pós-Doutora em Direito Penal pela Universidade de Zaragoza (Espanha). Professora Adjunta de Direito Penal na Universidade Estadual de Maringá (UEM).

Área do Direito: Penal

Resumo: O artigo tem por objetivo analisar até que ponto a previsão dos delitos relativos à prostituição, no Capítulo V do Título VI do Código Penal brasileiro, obedece a fundamentos exclusivamente paternalistas ou se, pelo contrário, legitima-se pela necessidade de tutela de algum bem jurídico, adequando-se, assim, ao princípio da ofensividade que norteia o Direito Penal moderno. Para tanto, estuda-se, em primeiro lugar, o conceito de paternalismo e suas modalidades, com vistas a identificar o fenômeno que a doutrina costuma classificar como proteção da "moralidade pública sexual". O moralismo que pretensamente fundamenta a punibilidade desses comportamentos é uma forma de paternalismo negativo, forte e indireto, e que, dada a evolução dos tempos e a secularização do Estado, não deveria ter o condão de manter figuras como o proxenetismo, o rufianismo e o tráfico de pessoas para fins sexuais no Código Penal. Contudo, a descoberta de um novo bem jurídico, a integridade moral do ser humano, como concretização da dignidade da pessoa humana, que é princípio fundamental do Estado de Direito brasileiro (art. 1.º, III, CF), concede roupagem inédita à interpretação desses tipos, justificando a intervenção do Direito Penal para coibir condutas que impliquem na instrumentalização do ser humano e na sua redução à condição de mera "coisa" ou "mercadoria". A conciliação da proteção desse bem jurídico com o respeito à autonomia individual, quando a vítima tenha consentido validamente em dispor de sua integridade moral, deve ser feita em sede de justificação, mediante a análise de cada caso concreto, com vistas a coibir os eventuais abusos que a destipificação indiscriminada desses delitos poderia gerar para aqueles indivíduos em situação de especial vulnerabilidade, cuja opção pela prostituição é condicionada por razões muito diversas da reivindicação do direito a exercer a própria liberdade sexual.

Palavras-chave: Código Penal brasileiro - Prostituição - Paternalismo - Dignidade humana - Integridade moral

Abstract: This paper has as purpose to examine to what extent anticipation of the offenses related to the prostitution, in Chapter V of Title VI of the Brazilian Penal Code, comply solely with the paternalistic fundamentals or otherwise, are legitimated by the necessity of protection of some legal asset, thus adapting to the principle of offensivity that guides the modern Criminal Law. To this end, the concept of paternalism and its modalities are studied firstly, with a view to identify the phenomenon that the doctrine usually classifies as "public sexual morality" protection. Moralism that purportedly serves as basis to punibility of such behaviors is a way of negative, strong and indirect paternalism, and that, given the evolution of times and secularization of the State, it should not have the prerogative to maintain figures such as the pimp, ruffian and the people trafficking for sexual purposes in the Penal Code. However, the finding of a new legal asset, the human being moral integrity, as the accomplishment of the human person dignity that is the fundamental principle of the Brazilian Rule of Law (article 1st, III, CF) provides an unprecedented approach to the interpretation of such types, justifying the Criminal Law intervention to suppress behaviors implying instrumentalization of the human being and reduction to the condition of mere "thing" or "merchandise". The protection conciliation of such legal asset with respect to the individual autonomy, when the victim has validly consented to dispose of his/her moral integrity is to be made as justification, upon analysis of each specific case, with a view to suppress any abuses that the indistinguishing non-typification of such offenses could create to those individuals in a special vulnerability situation, whose option for prostitution is conditioned to reasons very different from the claim for the right to exercise one's own sexual freedom.

Keywords: Brazilian Penal Code - Prostitution - Paternalism - Human dignity - Moral integrity

Sumário: 1.Paternalismo: conceito e classificação - 2.Crimes relativos à prostituição no Código Penal brasileiro: as alterações introduzidas pela Lei 12.015/2009 e a proteção penal da dignidade sexual - 3.Prostituição e exploração sexual: delimitação conceitual - 4.As discussões acerca do bem jurídico protegido no Capítulo V, Título VI, do CP - 5.Análise dos crimes em espécie: alcance da intervenção punitiva e propostas de lege ferenda - 6.Conclusões principais

1. Paternalismo: conceito e classificação

Tendo em conta a multiplicidade de facetas que pode assumir, constata-se que o paternalismo é um fenômeno de difícil definição, pois não é tarefa simples resumir em poucas palavras toda a heterogeneidade que ele alberga. Como destaca a doutrina especializada no tema, o debate filosófico relativo à justificação do paternalismo alcança limites muito amplos, pois é possível classificar como "paternalistas" pautas e comportamentos de natureza muito diversificada, que vão desde as normas que impõem o uso do capacete e do cinto de segurança pelos motoristas no trânsito, ou que proíbem o porte e o consumo de drogas, até as medidas que aconselham a não revelação da real condição de saúde com o fim de evitar o agravamento de uma enfermidade ou a imposição de um tratamento médico contra a vontade do enfermo. Por outro lado, essa heterogeneidade é notada também em relação aos próprios sujeitos aos quais as medidas paternalistas se dirigem, que abarcam desde crianças submetidas a um tratamento dentário corretor, até pacientes maiores de idade aos quais se aplicam medidas de reanimação, embora tenham eles manifestado previamente o seu desejo de não seguir vivendo.

Obviamente, o propósito do presente trabalho não é o de aprofundar na intrincada problemática jurídico-filosófica em torno à justificação do paternalismo, mas tão somente destacar de forma geral os principais aspectos da discussão a respeito dos fundamentos éticos e político-criminais da limitação da autonomia individual por parte do Direito Penal nas hipóteses relacionadas à participação de terceiros na prostituição voluntária e consentida de adultos capazes e maiores de idade. Trata-se de alguns comportamentos, constantes do Título VI, Capítulo V, do Código Penal (LGL 1940\2) brasileiro ("Do lenocínio e do tráfico de pessoa para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual"), cuja presença em nosso ordenamento demanda um imprescindível estudo sobre as verdadeiras razões de sua tipificação, para que posteriormente seja possível determinar de forma adequada os limites legítimos de aplicação das normas que os incriminam.¹

De modo geral, pode-se destacar como clássica a definição de paternalismo dada por Gerald Dworkin, que o conceitua como "a interferência na liberdade de ação de uma pessoa que se justifica por razões referidas ao bem-estar, bem, felicidade, necessidades, interesses ou valores da própria pessoa coagida".² Embora a definição de Dworkin sintetize os principais elementos do conceito de paternalismo, isso não exclui a necessidade de se realizar uma análise um pouco mais detalhada dos matizes que caracterizam esse fenômeno.

De modo geral, portanto, é possível afirmar que o paternalismo aparece sempre que se adote uma medida de limitação da autonomia pessoal de alguém com o fim de protegê-lo de um mal, isto é, de algo que o sujeito paternalista considera prejudicial ao sujeito cuja liberdade é limitada, de acordo com o seu próprio ponto de vista. Do ponto de vista da Filosofia Moral, o termo "paternalismo" é empregado especialmente com o fim de aludir a uma atuação que opera uma restrição da autonomia dos indivíduos. Contudo, essa limitação da liberdade individual não acontece de forma injustificada, mas fundamenta-se precisamente na promoção do bem do sujeito cuja autonomia é restringida. Assim, um dos traços principais do paternalismo, e que teoricamente lhe serve de justificação, é o propósito beneficente da medida coercitiva imposta: a intervenção se dá sempre com o fim de proteger o "bem" ou os "interesses" do indivíduo protegido, inclusive quando este "bem" não coincida com o que o próprio indivíduo entenda ser o melhor para si mesmo.³ Daí por que esse propósito beneficente vem sempre acompanhado de uma limitação da liberdade individual, pois essa intromissão na esfera de liberdade alheia é, muitas vezes, a única forma de garantir a realização desse "bem".

Entre as principais classificações do paternalismo, tem-se em primeiro lugar a que distingue entre paternalismo positivo (que ocorre quando a intervenção beneficente busca promover o bem do sujeito protegido) e *paternalismo negativo* (que se manifesta quando o objetivo da medida paternalista não é promover o bem, mas apenas impedir a causação de um dano), sendo o primeiro evidentemente mais limitador da autonomia pessoal que o segundo. A distinção entre paternalismo positivo e paternalismo negativo levou alguns autores a preferir o emprego do termo "perfeccionismo" para designar aquelas medidas que não se limitam a evitar o mal, mas se empenham em promover o bem do sujeito protegido.⁴ Isso leva a outra importante aproximação conceitual relativa ao paternalismo, qual seja a que distingue entre esse fenômeno e outras formas de intervenção coercitiva estatal que se encontram em estreita relação com ele: o *moralismo* e o *perfeccionismo*.

O *moralismo jurídico* pode ser conceituado como a limitação da autonomia individual por parte do

Estado com o fim de promover uma determinada concepção moral positiva.⁵ Nesse sentido, pode-se identificar o moralismo como uma espécie de "paternalismo moral negativo", pois através dele trata-se de evitar o mal que um sujeito possa causar a si mesmo, com a única peculiaridade de que esse dano não é físico, mas sim moral.⁶ Nessa linha, citem-se como exemplos as leis de censura que proibiam o consumo de pornografia por adultos ou as decisões administrativas de não conceder licenças ao funcionamento de negócios relacionados ao exibicionismo sexual (casas de *strip-tease*). Muitas vezes, porém, o moralismo jurídico vai além do mero paternalismo, ao não se limitar à evitação de um dano moral ao sujeito protegido, mas buscando promover uma determinada concepção moral em si e por si mesma, mediante a proibição de condutas consideradas "intrinsecamente imorais", independentemente do fato de que tais comportamentos impliquem efetivamente a causação de um dano a quem os realize.⁷

Por outro lado, o perfeccionismo jurídico identifica-se com a tentativa do Estado de impor determinados valores em detrimento de outros, mediante a adoção compulsória pelos cidadãos de hábitos de vida considerados intrinsecamente superiores.⁸ Do ponto de vista prático, a adoção de uma postura perfeccionista pelo Estado traduz-se na imposição de medidas com o argumento de que ela é provavelmente necessária para aperfeiçoar o caráter da pessoa a quem são impostas.⁹ Assim, por exemplo, o Estado pode desenvolver políticas públicas com o fim de promover a adoção de hábitos de vida saudáveis por parte de cidadãos através de medidas positivas (incentivando a prática de atividades esportivas) ou negativas (divulgando campanhas publicitárias contra o tabagismo). De qualquer modo, o fundamental é que, ante a dificuldade de se justificar moralmente a imposição de medidas educativas ou punitivas a pessoas adultas com o propósito de ajustar suas condutas a determinadas pautas comportamentais eticamente valoradas, o emprego do perfeccionismo como razão para legitimar a imposição de medidas coercitivas é sempre veementemente rechaçado.¹⁰ Nesse sentido, é perfeitamente possível que o Estado edite leis que restrinjam, por exemplo, fumar no interior de edifícios fechados, mas não se pode, pela mesma lei, obrigar a que todos os cidadãos fumantes deixem de consumir tabaco em todo e qualquer lugar, sob pena de multa, com o único e exclusivo propósito de evitar que eles padeçam no futuro de enfermidades causadas pelo tabagismo, porque tal medida constituiria uma intolerável intromissão e constrictão da autonomia individual. No primeiro caso, é evidente que a medida busca salvaguardar a saúde de terceiros, e isso é algo que resulta plenamente justificável do ponto de vista jurídico e moral, mas o segundo caso consiste em um exemplo de perfeccionismo intolerável no marco de um Estado de Direito verdadeiramente democrático. Nessa linha, pode-se concluir que certa dose de perfeccionismo jurídico é aceitável desde que o Estado não imponha planos de vida ou concepções de bem-estar contrárias à vontade individual dos cidadãos, tratando tão somente de privilegiar ou prejudicar, através de subvenções e impostos, ou de incentivar, através de campanhas publicitárias, formas de vida mais saudáveis para os seres humanos, sem que isso justifique, em hipótese alguma, o recurso à imposição de sanções.¹¹

Isso posto, tem-se que, se o propósito de evitação de um dano é um dos traços característicos do paternalismo jurídico, cabe agora averiguar que classe de danos é possível evitar através da aplicação de medidas paternalistas. Para responder adequadamente a essa indagação, impõe distinguir entre as intervenções justificadas pelo chamado princípio do dano a terceiros (*harm to others principle*) e aquelas motivadas pela evitação de um dano que o indivíduo possa causar a si mesmo (*harm to self*).¹² Nesse sentido, insta recordar que o paternalismo consiste essencialmente em adotar medidas com o fim de evitar que o sujeito protegido cause danos a si próprio, e não a terceiros.

No que diz respeito ao conteúdo do princípio do dano a terceiros, vale registrar que as contribuições mais significativas em seu favor, e conseqüentemente contrárias ao paternalismo, se constituem nos escritos de John Stuart Mill em sua obra *On liberty* (Sobre a liberdade), de 1859. Na obra, Mill se dedica a investigar a natureza e os limites do poder que pode ser exercido livremente pela sociedade sobre os indivíduos, e nessa trilha proclama que o princípio geral que deve reger de modo absoluto a conduta da coletividade com respeito a cada um dos seus cidadãos é o seguinte: o único fim legítimo que autoriza os homens, individual e coletivamente, a usar da força contra um membro de uma comunidade civilizada é o de impedir que ele prejudique os outros. O bem-estar deste mesmo indivíduo, seja físico ou moral, não é razão suficiente para que a sociedade limite sua liberdade de ação.¹³ A consequência deste pensamento é que, em palavras do próprio Mill, "sobre si mesmo, sobre seu próprio corpo e espírito, o indivíduo é soberano", e que "cada um é o melhor guardião de sua própria saúde, seja ela física, mental ou espiritual".¹⁴ E tudo isso se justifica sob o argumento essencialmente utilitarista segundo o qual "a espécie humana ganhará mais ao deixar que cada um

viva como goste, do que obrigando-o a viver como querem os seus semelhantes".¹⁵

Contudo, a postura antipaternalista de Mill admite algumas exceções. Nesse sentido, declara o filósofo inglês que sua doutrina não tem aplicação "para além dos seres humanos que estejam no pleno gozo de suas faculdades mentais".¹⁶ Devem excluir-se, portanto, as crianças, os adolescentes e os enfermos mentais, pois, se a liberdade consiste em fazer o que se deseja, e uma pessoa está a ponto de fazer algo que pessoas maduras e sãs não fariam, é porque atua de forma não livre, ou não autônoma, o que justificaria perfeitamente o uso da coerção com o fim de evitar essa ação. Outro importante exemplo oferecido por Mill para justificar em alguns casos as medidas paternalistas é o do contrato de escravidão. De acordo com o filósofo inglês, o compromisso pelo qual uma pessoa concordasse em ser traficada como escrava de outrem seria absolutamente nulo e sem valor, embora representasse manifestação de sua vontade, e ainda que ela pudesse obter vantagens com isso, pelo simples fato de que, ao vender-se como escravo, o homem abdica de sua própria liberdade, destruindo precisamente a razão pela qual lhe era permitido dispor livremente de sua pessoa.¹⁷ Ao firmar um contrato dessa natureza, o indivíduo não só deixará de ser livre, como permanecerá em uma posição que presumivelmente não é de seu agrado, de modo que seu comportamento passará a ser involuntário. Segundo Mill, em nenhuma hipótese será admissível que uma pessoa seja livre para não sê-lo, concluindo que um indivíduo pode ter liberdade inclusive para dispor de sua própria vida, mas não para dispor de sua própria liberdade.¹⁸

Dito isto, tem-se outra importante classificação do paternalismo: aquela que distingue entre as diferentes "intensidades" ou "graus" que este fenômeno pode assumir de acordo com o sujeito ao qual se aplica a medida beneficente. Nessa trilha, fala-se de um *paternalismo débil* ou *leve* (soft paternalism) quando se trata de evitar uma conduta essencialmente involuntária do sujeito em questão, isto é, de proteger pessoas contra suas próprias atitudes não autônomas. Essas são as ações levadas a cabo pelos indivíduos antes citados por Mill, como crianças, adolescentes e enfermos mentais, e em geral pelos sujeitos que não são conscientes das reais condições em que devem tomar uma decisão de agir. A essa segunda classe de indivíduos - isto é, os temporariamente impossibilitados de consentir - podem ser acrescentados todos os casos em que por alguma razão o sujeito não possa manifestar validamente sua vontade, como os indivíduos sob o efeito de drogas tóxicas, alcoolizados, e também aqueles submetidos a algum tipo de ameaça ou coação. Tampouco seriam voluntários os danos causados a si mesmos por sujeitos cujo consentimento é obtido mediante violência ou fraude.

Em qualquer caso, e tendo-se em conta que a polêmica em torno à justificação do paternalismo surge precisamente da oposição entre o propósito beneficente e o respeito à autonomia individual, então a justificação da imposição de medidas paternalistas "débeis" ou "leves" não deve suscitar maiores problemas, visto que em tais hipóteses o conflito antes citado não existe, em virtude da falta de autonomia dos sujeitos protegidos. De fato, talvez não seja nem mesmo possível falar em verdadeiro paternalismo nesses casos, já que existem sérias razões para duvidar que o paternalismo débil constitua uma autêntica forma de paternalismo, de acordo com os critérios aqui utilizados para definir esse fenômeno.¹⁹ Desse modo, como destaca com acerto Feinberg, assim como o princípio do dano a terceiros (*harm to others principle*) permite que uma pessoa seja protegida contra as ações potencialmente danosas dos demais, no paternalismo débil ou leve o que se protege é essa mesma pessoa de suas próprias decisões potencialmente prejudiciais involuntárias que, ao não serem fruto de sua livre decisão, são como um comportamento estranho ou alheio e, por isso, podem ser consideradas como um dano provocado por um terceiro.²⁰

O *paternalismo duro* ou *forte* (*hard paternalism*), por sua vez, pressupõe que as medidas com o fim de beneficiar ou de evitar o dano que uma pessoa possa causar a si mesma se justifiquem inclusive quando as decisões ou ações arriscadas ou danosas praticadas por ela sejam perfeitamente informadas, voluntárias e autônomas.²¹ Assim, o paternalismo forte não depende de considerações acerca da maioridade, saúde mental ou autonomia do sujeito para consentir validamente: desde essa perspectiva, uma medida com o propósito de proteger o indivíduo se legitima independentemente de tais considerações, e mesmo que para isso seja necessário aplicá-la contra a sua vontade. Diferentemente do paternalismo leve, essa espécie de paternalismo é exercida sobre sujeitos capazes e autônomos, embora a danosidade dos atos a serem evitados só atinja de forma significativa essas próprias pessoas.

Contudo, essa limitação da liberdade individual com o propósito de tutelar o sujeito protegido pode se dirigir tanto ao próprio sujeito como ao terceiro que de alguma forma participa do comportamento

danoso que a medida paternalista busca evitar, de modo que a classe de pessoas cujo bem-estar é protegido nem sempre coincide com a classe de pessoas cuja liberdade é restringida.²²

Do anterior, se deduz uma última e não menos importante classificação de paternalismo: a que distingue entre *paternalismo direto* ou puro, que se verifica quando a limitação da liberdade individual é exercida sobre o próprio sujeito protegido, e *paternalismo indireto* ou *impuro*, que se verifica quando a medida coercitiva se dirige a terceiros, embora seu propósito continue sendo a realização do bem-estar do indivíduo que motiva a intervenção paternalista.²³ Assim, por exemplo, o objetivo do Estado de coibir o consumo de drogas tóxicas pode ser alcançado tanto através da proibição do tráfico (isto é, limitando a atividade de terceiros que atuam como provedores das substâncias cujo consumo se quer evitar -paternalismo indireto), como por meio da sanção direta do consumo individual (que implica uma coação da liberdade do próprio sujeito que se quer proteger - paternalismo direto), algo que implica o exercício de um paternalismo mais forte (ou, por que não dizer, de um perfeccionismo), mais questionável do ponto de vista ético que a simples proibição do tráfico de drogas.²⁴ Destarte, como bem destaca Gerald Dworkin, as intervenções jurídicas motivadas pelo paternalismo indireto, muito mais do que as medidas lastreadas no princípio do dano a terceiros, necessitarão razões bem mais fortes para justificar uma limitação da liberdade individual como motivo da proteção de bens jurídicos alheios cujo próprio titular consente validamente em sua lesão, já que estão dirigidas a pessoas que perdem uma parcela de sua autonomia sem que sequer seja possível dizer que o fazem "em seu próprio interesse".²⁵

2. Crimes relativos à prostituição no Código Penal brasileiro: as alterações introduzidas pela Lei 12.015/2009 e a proteção penal da dignidade sexual

Conforme destacado anteriormente, no Capítulo V do Título VI do Código Penal (LGL 1940\2) ("Dos crimes contra a dignidade sexual") estão previstos os delitos relativos à prostituição, reunidos pelo legislador sob a rubrica "Do lenocínio e do tráfico de pessoa para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual". O propósito do presente artigo é investigar até que ponto a tipificação de algumas condutas relacionadas à prática desses delitos pode ser considerada uma mostra de paternalismo jurídico por parte do Estado brasileiro, que incrimina a indução à lascívia alheia, o favorecimento à prostituição, o rufianismo e o tráfico de pessoas (interno e externo) para fins sexuais, mesmo quando a vítima seja maior de 18 anos e não tenha o seu consentimento para entregar-se à prostituição sido obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência. Dito de outro modo, trata-se aqui de investigar se a atitude do legislador pátrio não constitui manifestação de um *paternalismo* (ou moralismo) *negativo* (ao impedir a prostituta de causar um dano moral a si mesma), forte (pois trata-se de sujeitos plenamente capazes e cientes de sua decisão) e *indireto* (vez que a prostituição, em si mesma, não é delito, punindo-se tão somente o comportamento do terceiro que a promove ou facilita). De outro lado, uma vez esclarecido se a presença desses crimes no Código Penal (LGL 1940\2) brasileiro constitui ou não uma mostra de paternalismo jurídico (ou se, ao contrário, seu fundamento é, de fato, a proteção de um bem jurídico), passar-se-á a perquirir até que ponto essa atitude paternalista poderá se justificar ou se, por outra parte, a defesa do Estado de Direito democrático e do princípio da ofensividade em matéria penal impõe a supressão desses comportamentos do ordenamento jurídico-penal pátrio, como defendem alguns autores.²⁶

Em agosto de 2009, entrou em vigor a Lei 12.015, que operou uma profunda reforma nos delitos sexuais inseridos no Título VI do Código Penal (LGL 1940\2) brasileiro, com a inclusão de novos dispositivos e a revisão e a exclusão de outros. A primeira e mais marcante modificação foi a alteração do próprio título, que antes se denominava "Dos crimes contra os costumes" e passou a se intitular "Dos crimes contra a dignidade sexual". Como bem destaca a doutrina, essa alteração denota uma evolução na própria maneira como o legislador (e a sociedade, por ele representada) interpreta o conteúdo e alcance dos crimes sexuais no Brasil. Nesse sentido, salienta-se com acerto que a anterior denominação do Título VI revelava a importância que o legislador de 1940 atribuía à tutela da moralidade sexual e do pudor público nos crimes sexuais em geral, situando-os acima da proteção de outros bens jurídicos relevantes, como a liberdade sexual e a integridade física e psíquica da vítima.²⁷

Entre as principais alterações introduzidas pela Lei 12.015/2009 está a inserção de um capítulo dedicado aos crimes sexuais contra os vulneráveis (Capítulo II do Título VI), acabando assim o legislador com a antiga presunção de violência,²⁸ que constava do revogado art. 224, CP (LGL 1940\2) . De acordo com a nova configuração dos tipos, o estupro (art. 217-A), a corrupção (arts. 218 e 218-A) e o favorecimento da prostituição (art. 218-B) de sujeitos menores de 14 anos (ou de

18 anos, no caso do art. 218-B), bem como de indivíduos que, em razão de enfermidade ou doença mental, não tenham o necessário discernimento para a prática do ato sexual, configuram delitos bem mais graves do que os similares praticados contra vítimas maiores de idade e no pleno gozo de suas faculdades mentais. As alterações legislativas buscam, portanto, cumprir a importante missão de reprimir a pedofilia e outras práticas relacionadas à exploração sexual de menores e incapazes no Brasil, na mesma linha já seguida pela Lei 11.829/2008, que alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente (LGL 1990\37) (Lei 8.069/1990), com o fim de combater a pornografia infanto-juvenil.

Pois bem, com respeito a essa classe de comportamentos, e independentemente da discussão sobre a eficácia da adoção de uma política criminal repressiva como meio de combate à pedofilia, não resta dúvida que o legislador encontra o fundamento da punibilidade das condutas que tipifica na tutela da integridade sexual do menor, que não é capaz de compreender com exatidão a transcendência dos atos praticados, e cujo desenvolvimento psicofísico poderia resultar altamente comprometido pela submissão ao abuso sexual por parte de adultos, ainda que essas práticas fossem intermediadas pelo seu consentimento. Trata-se, assim, de uma manifestação do *paternalismo débil* ou leve, cuja justificação, como bem se sabe, não suscita maiores discussões filosóficas, posto que se está diante daquelas hipóteses relatadas por Stuart Mill, em que o sujeito protegido pela medida paternalista não é capaz de se dar conta do mal que o seu comportamento voluntário pode provocar a si mesmo, equivalendo sua decisão a uma escolha involuntária que autorizaria sua proteção contra os danos provocados por terceiros que se aproveitam de sua incapacidade ou ignorância.

Isso posto, resta indagar a respeito do fundamento da punibilidade destes mesmos delitos, quando praticados contra vítimas maiores de 18 anos e no pleno gozo de suas faculdades mentais. Nessas hipóteses, não resta dúvida que a tipificação de tais comportamentos se justifica sempre com base na falta de consentimento do sujeito passivo, que pode ter sua origem no uso de violência, grave ameaça ou fraude, empregadas pelo autor do crime para tornar possível o abuso sexual. Em tais casos, de modo semelhante ao que se concluiu anteriormente em relação aos crimes praticados contra menores de idade e doentes mentais, a tipificação dos comportamentos previstos no Capítulo I do Título VI ("Dos crimes contra a liberdade sexual"), isto é, o estupro (art. 213), a violação sexual mediante fraude (art. 215) e o assédio sexual (art. 216-A), ao contar com a violência, a grave ameaça e a fraude como elementos de sua configuração, constitui igualmente uma manifestação de *paternalismo negativo, débil e indireto*, cujo fundamento não cabe discutir.

Os problemas aparecem, contudo, quando se trata de questionar a legitimidade da escolha político-criminal feita pelo legislador no tocante aos delitos do Capítulo V do Título VI, isto é, nos já mencionados delitos relativos à prostituição, quando se incriminam condutas de mediação para servir à lascívia de outrem (art. 227, CP (LGL 1940\2)), favorecimento da prostituição (art. 228), rufianismo (art. 230) e tráfico interno e internacional de pessoas para fins sexuais (arts. 231 e 231-A), quando a vítima, maior de 18 anos e não submetida a qualquer forma de constrangimento, ameaça, fraude ou violência, consente livremente na participação de terceiras pessoas, que figurarão como os autores desses delitos. Em princípio, parece ser que a tipificação de todos estes comportamentos figura como uma clara manifestação de um *paternalismo jurídico negativo, forte* e indireto, cuja justificação não é possível, no marco de um Estado de Direito que se pretenda verdadeiramente democrático. Todavia, cumpre, para logo, destacar que a doutrina penal majoritária tende a repudiar esse ponto de vista, preferindo identificar na atitude do legislador uma tentativa de proteger o bem jurídico dignidade sexual e, inclusive, a própria dignidade humana (exemplo do tráfico de pessoas), restando, portanto, a tipificação desses comportamentos plenamente conforme com o princípio da lesividade ou da exclusiva proteção de bens jurídicos.

A discussão acerca do fundamento filosófico e político-criminal da incriminação de tais comportamentos passa necessariamente, porém, pelo prévio debate a respeito da legalidade da prostituição e do alcance da sua interpretação como uma forma de exploração sexual, por um lado, ou como um contrato de trabalho lícito, por outro, no qual o consentimento de ambos os contraentes é um elemento essencial para a caracterização da voluntariedade e cujo exercício, nesses termos, não deveria jamais implicar a criminalização das condutas daqueles que de algum modo promovam ou facilitem o seu desempenho.

3. Prostituição e exploração sexual: delimitação conceitual

Entre as condutas tipificadas no Capítulo V do Título VI do Código Penal (LGL 1940\2) , a mediação

para servir à lascívia de outrem, ou lenocínio (art. 227), destaca-se em relação às demais pelo fato de que o autor não concorre aqui para o exercício da prostituição alheia, mas tão somente induz a pretensa vítima à satisfação da lascívia de um terceiro, através da prática de atos libidinosos com pessoa determinada. Daí, portanto, a diferença desse delito com respeito aos demais que integram o mesmo capítulo: a *prostituição* é sempre um conceito que requer a reiteração ou habitualidade da prática do comércio do corpo com pessoas indeterminadas, e o fato de aqui o sujeito ativo não atrair ou induzir a vítima ao seu exercício é indubitavelmente a principal razão para que as penas do crime do art. 227 sejam significativamente mais brandas que as dos delitos seguintes: um a três anos de reclusão, quando a vítima seja pessoa maior de 18 anos.²⁹

A *prostituição*,³⁰ como tal, é elemento da composição típica dos delitos dos arts. 228 (favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual), 230 (rufianismo), 231 e 231-A (respectivamente, tráfico internacional e interno de pessoa para fim de exploração sexual). Nunca é demasiado recordar, porém, que a prostituição, em si mesma, não é crime, de modo que a(o) prostituta(o) não responderá jamais por delito algum, a exemplo do que acontece com o suicídio,³¹ em que apenas as condutas de participação (indução, instigação ou auxílio) de terceiros restam sancionadas criminalmente. O legislador pátrio rechaçou, portanto, a adoção de uma política *paternalista direta*, pela qual resultaria incriminado o próprio exercício da prostituição, por entender que essa opção revelaria um moralismo jurídico exacerbado e incompatível com o respeito à autonomia pessoal. Pelas mesmas razões, tampouco se incrimina o comportamento do cliente que se relaciona com a(o) prostituta(o), desde que sua atuação não configure uma forma de induzimento ou favorecimento à prostituição, ou que não participe diretamente dos lucros auferidos.³²

Prostituição e exploração sexual são conceitos que não se confundem, mas, antes, se relacionam. A prostituição, como antes destacado, consiste no exercício habitual do comércio do próprio corpo para a satisfação sexual de número indeterminado de pessoas. A mera referência à prostituição não encerra, em si mesma, a noção de abuso ou de ausência de consentimento. Essa noção ficaria reservada, em princípio, à exploração sexual, que não abarcaria a prostituição. De acordo com esse entendimento, a prostituição é sempre sexo consentido, sendo a habitualidade, a voluntariedade e a venalidade suas três características principais.³³ Nesse sentido, a prestação coercitiva de serviços sexuais não configura prostituição, pois a pessoa que presta o serviço carece de capacidade de eleição, não tendo oportunidade de negociar o preço de sua prestação.

Nesse particular aspecto, é importante destacar que o conceito de prostituição encontra-se intrinsecamente relacionado à sua visibilidade como uma atividade degradante e estigmatizadora, ou, pelo contrário, como um trabalho como outro qualquer. Destarte, ao longo dos tempos, foram traçadas diferentes políticas ou estratégias de controle social da prostituição. O primeiro deles é o proibicionismo, pelo qual se criminaliza a prostituição em si mesma, proibindo essa prática inclusive entre adultos. Por esse sistema, responde pelo crime apenas o cliente que mantém relações sexuais com a(o) prostituta(o) - é adotado em alguns Estados norte-americanos, e recentemente foi seguido também pela Suécia. Já o *sistema da regulamentação* tem por finalidade proteger a saúde pública, de modo que o Estado deve tolerar a prostituição, estabelecendo, porém, mecanismos de controle com vistas a evitar a transmissão de enfermidades venéreas (sífilis, gonorreia) ou sexualmente transmissíveis (Aids), mediante o confinamento das pessoas que exercem a prostituição em determinadas áreas urbanas, isoladas e sujeitas a controle e a fiscalização sanitária.³⁴ Esse sistema é criticado pela doutrina por estigmatizar a(o) prostituta(o), dificultando sua integração social, e por ser o seu resultado higiênico restrito, já que controla apenas uma parte dos sujeitos que participam da atividade.³⁵ Esse sistema tem ainda o inconveniente de fazer surgir uma "prostituição privilegiada", especialmente nas sociedades em que impera a desigualdade, pois, como salienta Fragozo, "a regulamentação somente atinge as mulheres miseráveis e de baixa condição social, não colhendo a prostituição das camadas superiores, o que significa uma odiosa discriminação".³⁶ Esse sistema foi acolhido pelo Código Penal (LGL 1940V2) alemão de 1871 e também na França, onde, dado o seu fracasso, foi abolido em 1946. Finalmente, o *abolicionismo* procura suprimir todo tipo de ingerência do Estado no exercício da prostituição, entendendo que essa atividade constitui o exercício da liberdade de expressão sexual dos que nela trabalham. No Brasil, como já destacado, vigora o abolicionismo, optando o legislador por punir aqueles que participam ou exploram a prostituição alheia (o proxeneta, o rufião e o traficante de mulheres), mas não a(o) prostituta(o).

No que diz respeito especificamente ao proveito econômico obtido pela(o) prostituta(o) com sua atividade, existem autores que negam que o exercício da prostituição esteja necessariamente

associado à finalidade lucrativa, sendo possível a sua prática por puro vício ou depravação moral.³⁷ Magalhães Noronha cita o exemplo da mulher ninfomaniaca que se entrega à prostituição sem ter por objetivo o lucro, salientando ainda que "a mulher abonada que indistintamente se entrega, a título gratuito, a quem quer que seja é tão prostituta quanto a miserável que o faz para ganhar o pão de cada dia".³⁸ Esse entendimento, porém, deve ser rechaçado, pois implicaria em uma inadmissível extensão da responsabilidade penal àqueles que incentivassem ou de qualquer modo favorecessem o exercício de uma atividade que, em si mesma, não implica qualquer mercantilização do ser humano, que nesse caso a exerce não em troca de dinheiro, mas por mero prazer. A prostituição há de estar sempre associada ao *comércio do corpo*, não sendo possível tachar de prostituta(o) alguém que se entregue, sem distinção, a qualquer pessoa, ou que padeça de uma patologia, como a ninfomania. A postura desses autores revela um moralismo jurídico injustificado e incompatível com o respeito à autonomia pessoal e aos princípios vigentes no democrático modelo estatal brasileiro.³⁹

Dentro dessa linha de raciocínio, a *exploração sexual*, ao contrário da prostituição, pressupõe sempre a dominação e o abuso por parte de um terceiro, que tira proveito ou vantagem do ato sexual alheio.

Contudo, tal e como é empregado pela legislação penal brasileira, o termo "prostituição" há de ser necessariamente entendido como uma forma de exploração sexual, sendo este o gênero do qual a primeira é espécie. Essa interpretação é corroborada pelo próprio modo como o legislador se refere a ambas, ao incriminar a participação de terceiros, nos diferentes tipos do Capítulo V do Título VI, na "prostituição ou outras formas de exploração sexual" de outrem (grifou-se). Nessa linha, *exploração sexual* é termo mais abrangente que prostituição, abarcando, além da prostituição, toda e qualquer forma de manipulação sexual da pessoa, seja do sexo feminino ou masculino, das mais variadas formas (despir-se em forma de *strip-tease* ou em cabines eróticas; praticar *disk-sexo*, sexo virtual ou massagens eróticas; obrigação de dançar ou de servir mesas de um bar ou restaurante usando roupas provocantes ou de participar da confecção de material pornográfico impresso ou televisionado ou de outros espetáculos variados com conteúdo sexual).⁴⁰ Note-se que na exploração sexual, ao contrário da prostituição, não se faz necessário o contato corporal direto entre a vítima e terceiro, mas tal coisa não impede a satisfação da lascívia dos possíveis clientes, por intermédio ou mediante a prática de ato libidinoso por parte da pessoa explorada.⁴¹ Por outro lado, embora normalmente a exploração sexual seja um comportamento que costuma estar frequentemente unido à obtenção de alguma forma de lucro ou vantagem econômica, o legislador brasileiro parece ter se inclinado no sentido de não associar necessariamente a exploração sexual ao proveito econômico, posto que sanciona mais gravemente as condutas de participação na prostituição ou exploração sexual alheias, cumulando à pena de reclusão a pena de multa, sempre que este propósito se verifique (arts. 228, § 3.º; 231, § 3.º; e 231-A, § 3.º, CP (LGL 1940\2)).

4. As discussões acerca do bem jurídico protegido no Capítulo V, Título VI, do CP

Como visto, exploração sexual e *prostituição*, no Brasil, têm a ver com o fato de o seu autor aproveitar-se sexualmente de um terceiro, sendo esse proveito material ou imaterial,⁴² e independentemente do consentimento de quem seja explorado. Assim, é comum que a vítima se sujeite à exploração sexual, por exemplo, em virtude de prementes necessidades econômicas, ou por submissão à vontade de alguém,⁴³ mas também pode ocorrer que uma pessoa maior, capaz, de posses, exerça a prostituição por decisão própria e livre, movida somente pela ambição. O Código Penal (LGL 1940\2) brasileiro não distingue essas duas situações, considerado que se encontram em estado de exploração sexual ambos os sujeitos. Isso porque o legislador considera a prostituição uma atividade contrária à dignidade sexual da pessoa, e por isso incrimina as condutas tendentes a favorecer o ingresso ou a permanência nesse estado, independentemente de qualquer condição desvantajosa para a(o) prostituta(o).

A problemática relativa à validade do consentimento nos delitos relativos à prostituição coloca em evidência a discussão a respeito da disponibilidade do bem jurídico protegido através da criminalização dessas condutas e, mais do que isso, descortina o debate a respeito da própria necessidade político-criminal de punição daqueles comportamentos em que a vítima consente validamente em submeter-se à prostituição ou a outra forma de exploração sexual. Existiria, de fato, um bem jurídico-penal a ser protegido, ou se trata a atitude do legislador de uma clara manifestação do paternalismo (ou moralismo) forte por parte do Estado? A esse respeito, cumpre recordar, previamente, que, de acordo com o princípio da ofensividade ou da exclusiva proteção de bens jurídicos, o delito constitui lesão ou perigo de lesão a bens jurídicos - é dizer, bens do indivíduo ou da

comunidade, cuja proteção se revela imprescindível para assegurar as condições de vida, o desenvolvimento e a paz social -, sendo este postulado o verdadeiro axioma da moderna ciência do Direito Penal.⁴⁴ Por outra parte, a afirmação desse princípio ressalta a importante função político-criminal cumprida pelo bem jurídico como um dos principais critérios de individualização e de delimitação da matéria destinada a ser objeto de tutela penal.⁴⁵ A sanção criminal revela-se, assim, como contingência de *ultima ratio*, necessária à proteção de bens jurídicos que, por sua vez, cumprem a função de tutela não deles próprios, mas da pessoa humana, que constitui objeto final de proteção de toda a ordem jurídica.⁴⁶ Há muito tempo foi abandonada a ideia de que o Direito Penal tem por finalidade a tutela de direitos subjetivos, sendo que o pensamento jurídico moderno se assenta no fato de que o escopo imediato e primordial desse ramo do Direito reside na proteção de bens jurídicos dentro do quadro axiológico constitucional ou decorrente da concepção de Estado de Direito democrático.⁴⁷ Não há, portanto, delito no sentido material da palavra sem que a conduta incriminada suponha uma lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico-penal, cujo conceito se lastreia na própria ordem constitucional vigente no País, isto é, nas diretrizes contidas na Constituição Federal (LGL 1988\3) e nos valores nela consagrados.⁴⁸ Só assim a noção de bem jurídico pode desempenhar uma função verdadeiramente restritiva.

Isso posto, estima um setor da doutrina que a exploração sexual e a prostituição (como forma de exploração sexual que é) convertem a pessoa explorada em *mercadoria* ou *objeto de uso* por parte de terceiros, que dela auferem proveitos sexuais, econômicos ou de outra índole. De acordo com essa interpretação, que encontra lastro no próprio Código Penal (LGL 1940\2) , o bem jurídico penalmente protegido através da criminalização da participação na prostituição alheia é a *dignidade sexual* da(o) prostituta(o), que abarca tanto a integridade quanto a autonomia sexual da pessoa explorada sexualmente. Em alguns tipos, para além da dignidade sexual, tutela-se a própria *dignidade humana* da vítima do delito (que abarca, certamente, a primeira), como no caso do tráfico internacional (art. 231) e interno (art. 231-A) de pessoas para fins de exploração sexual. Nessas hipóteses, considera a doutrina que o legislador repudia o vil comércio de pessoas, que são utilizadas como objetos, geralmente mediante contraprestação econômica, para a prostituição ou outra forma de exploração sexual por parte de terceiros no país ou local de destino.⁴⁹

Na Constituição Federal (LGL 1988\3) brasileira, a previsão da dignidade da pessoa humana como valor fundante do sistema de direitos fundamentais (art. 1.º, III, CF (LGL 1988\3)) implica o reconhecimento do homem como pessoa e não apenas como cidadão, outorgando-lhe um "núcleo de prerrogativas que o Estado não pode deixar de reconhecer, como uma verdadeira esfera de ação dos indivíduos que delimita o poder estatal".⁵⁰ Nessa trilha, tem-se que a dignidade humana não aparece como simples criação do legislador, pois sua existência é um dado anterior, aferido de modo prévio à normação jurídica. Constitui, portanto, um "princípio de justiça material, de validade *a priori*, positivado jurídico-constitucionalmente", de modo que a dignidade humana assume assim "contornos de verdadeira categoria *lógico-objetiva* ou *lógico-concreta*, inerente ao homem enquanto pessoa. É, pois, um atributo ontológico do homem como *ser* integrante da espécie humana - vale em si e por si mesmo".⁵¹ De conseguinte, a dignidade da pessoa humana antecede o juízo axiológico do legislador e vincula sua atividade normativa, sobretudo em matéria penal.

Contudo, não se pode olvidar que a dignidade humana não deve ser considerada um bem jurídico específico e diferenciado, pois ela constitui uma "síntese da totalidade de dimensões físicas e espirituais específicas da pessoa humana que inspira e fundamenta todos os direitos fundamentais".⁵² Assim, a proteção da dignidade humana, por si só, já implica a tutela de todos os demais direitos e liberdades fundamentais do indivíduo, visto que é impossível pensar que a lesão de bens jurídicos tão relevantes como a vida e a integridade física e moral não implicasse também, ainda que indiretamente, um atentado à sua dignidade pessoal.⁵³ Daí por que se diz, com razão, que a proteção da dignidade humana absorve a tutela de todos os direitos fundamentais e, dada sua condição de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, sua consagração implica sem dúvida a proteção da integridade física e moral (art. 5.º, III, CF (LGL 1988\3)) de todos os indivíduos.

Ante o exposto, a relação entre os conceitos de *dignidade humana* e integridade moral resulta evidente. O reconhecimento constitucional da dignidade pessoal implica uma determinada concepção de ser humano, isto é, supõe a consagração de sua qualidade de ser humano em si mesmo, pelo mero fato de sê-lo. Dessa afirmação se deduz não apenas a incondicional superioridade do homem frente aos demais seres e objetos da natureza, como também sua condição de igualdade em relação aos demais seres humanos, características que possui toda pessoa e que

lhes não de ser reconhecidas independentemente de circunstâncias pessoais e sociais, de suas capacidades físicas ou mentais, de seu estado de saúde ou de sua própria conduta. Assim, um setor da doutrina costuma inserir o direito fundamental à integridade moral no contexto mais amplo do *direito à integridade ou inviolabilidade pessoal*, junto aos direitos à integridade física e psíquica, conceito que abarca a pessoa humana em suas dimensões física e imaterial, ou como uma realidade moral dotada de um substrato físico, de modo que é possível argumentar que se afeta a integridade moral quando se trata o ser humano como uma "mercadoria" ou "coisa", quando se o reduz puramente à sua realidade física, rompendo com a inseparabilidade entre o físico e o moral, que lhe é inerente.⁵⁴

Por outro lado, a proteção da dignidade humana implica o reconhecimento da racionalidade do homem, de modo que através de sua tutela o Direito Penal protege a autonomia ou liberdade de decisão pessoal e o respeito devido a todos os indivíduos como seres humanos.⁵⁵ Todavia, insta destacar que uma lesão à integridade moral não perderá sua relevância penal mesmo diante do consentimento do titular desse bem jurídico. A integridade moral, de acordo com esse entendimento, é um bem jurídico *indisponível*, cuja lesão, de forma objetiva, deve de ser avaliada independentemente da concreta sensação de degradação que possa sentir a vítima. Dado o caráter geral da dignidade humana, portanto, será a *integridade moral* que figurará como bem jurídico protegido pela criminalização dos delitos relativos à prostituição, ainda que a vítima haja prestado validamente o seu consentimento.

Em contraposição a esse entendimento, considera um setor da doutrina que a postura do legislador penal pátrio, ao criminalizar o favorecimento e a promoção da prostituição de adultos, é manifestamente contrária ao Estado de Direito democrático por representar a expressão de um paternalismo (ou moralismo) forte sem justificção possível, já que é a própria vítima do delito quem consente validamente (isto é, sem violência, grave ameaça ou fraude) em entregar-se à exploração sexual. Argumenta-se que "a ideia de fundo, também aqui, é a de que a prostituição é ruim (fundamento moralista)", e que a tipificação dessas condutas "é uma forma de impedir que alguém se torne uma prostituta, para seu próprio bem (paternalismo indireto)".⁵⁶ Alega-se, ainda, que o consentimento da(o) prostituta(o) deve afastar a tipicidade de tais comportamentos, pois, sendo a prostituição uma opção laboral como outra qualquer, os níveis de voluntariedade não podem ser distintos daqueles exigidos para o exercício de outros trabalhos igualmente insalubres e penosos.⁵⁷

Não resta dúvida que, num primeiro momento, parece que a criminalização das condutas relacionadas à prostituição de adultos capazes obedece em boa parte a razões paternalistas (moralistas) fortes indiretas, pois o legislador opera uma limitação da autonomia individual das vítimas desses delitos, ignorando a validade de seu consentimento, com o fim de promover seu bem-estar. Mas não é esse o fundamento da punibilidade de tais delitos, e a própria doutrina antipaternalista de Stuart Mill comprova essa postura. Recordemos que, de acordo com o filósofo inglês, sua posição contrária ao paternalismo estatal admitia algumas exceções: a primeira, relacionada à proteção de indivíduos menores de idade e doentes mentais, por sua incapacidade de compreender a transcendência do dano a que se submetiam (razão pela qual não cabia sequer falar de autêntico paternalismo, mas apenas de um paternalismo "leve" ou "brando"); e a segunda, no caso do contrato de escravidão. Nessa última hipótese, salientava Mill que, ao firmar um contrato dessa natureza, o indivíduo não só deixará de ser livre, como permanecerá em uma posição que presumivelmente não é de seu agrado, de modo que seu comportamento passará a ser involuntário. Sendo a liberdade, ou a autonomia individual, uma manifestação da própria dignidade humana, pode-se argumentar que, quando o homem dispõe de sua própria dignidade (ou integridade moral), abdica também da essência que o faz um ser autônomo e racional, distinto de qualquer outro animal ou coisa existente na natureza. Equipara-se, destarte, às mercadorias, instrumentaliza-se em proveito de outros, afastando-se, assim, a premissa que lhe permite exercer a própria autonomia: a sua dignidade.⁵⁸ Essa premissa encontra-se também na obra de outro célebre utilitarista: Cesare Bonessana, o Marquês de Beccaria, que já em seu clássico *Dos delitos e das penas* afirmava que "não haverá liberdade sempre que as leis permitirem que, em certas circunstâncias, o homem deixe de ser pessoa e se torne coisa".⁵⁹

Portanto, também subjaz a essas incriminações a proteção de um importante bem jurídico, o que demonstra que os tipos dos delitos do Capítulo V do Título VI do Código Penal (LGL 1940\2) brasileiro, mesmo quando sejam estes praticados com o consentimento das vítimas, resultam conformes com o princípio da ofensividade ou da exclusiva proteção de bens jurídicos, com base na proteção de um valor constitucional fundamental - a dignidade da pessoa humana - e,



concretamente, do bem jurídico *integridade moral*. A integridade moral (e não a liberdade sexual, plenamente disponível) é o bem que o Direito Penal protege mediante a incriminação do proxenetismo, do rufianismo e do tráfico de pessoas com fins sexuais, pois em todos eles o exercício da prostituição (ou das outras formas de exploração sexual) aparece associado à conduta de um terceiro que, instrumentalizando a vítima, a mercantiliza, reduzindo-a à condição de mero objeto de uma negociação.⁶⁰ O exercício da sexualidade se dá mediante o pagamento de um preço, e é exatamente esse componente monetário ou econômico que "coisifica" a vítima desses delitos. Ressalte-se que o mesmo não se poderia dizer daqueles casos em que o indivíduo não cobra qualquer preço para satisfazer a lascívia de terceiro (p. ex., nas hipóteses do art. 227, CP (LGL 1940\2)), pois, ausente o fim lucrativo e a habitualidade, inexistente prostituição no sentido aqui defendido. Bem por isso deve ser rechaçado o argumento de que o incentivo e a promoção de outras profissões árduas, penosas e mal remuneradas, ao contrário da prostituição, não legitimam a intervenção do legislador penal, pois em nenhuma delas, por mais insalubre que seja, o ser humano é reduzido à condição de mera "coisa" ou "objeto" a ser usado em proveito ou em benefício de outrem.

Contudo, a proteção penal da dignidade humana, ou, mais concretamente, da integridade moral, no marco dos delitos relativos à prostituição, não deve ocorrer de forma absoluta (já que, de fato, nenhum direito pode ser exercido de forma absoluta).⁶¹ Isso significa que essa tutela deve admitir diferentes matizes ou graduações de acordo com a constatação, no caso concreto, do maior ou menor alcance do exercício da autonomia individual por parte do indivíduo que figura como vítima desses delitos. A forma como essa ponderação de interesses (por um lado, a integridade moral e, por outro, a liberdade ou autodeterminação pessoal) pode ter lugar, no marco de cada um dos crimes relacionados ao exercício da prostituição, é o que nos propomos a analisar a seguir.

5. Análise dos crimes em espécie: alcance da intervenção punitiva e propostas de lege ferenda

Nos delitos constantes do Capítulo V do Título VI do Código Penal (LGL 1940\2) brasileiro encontram-se vários exemplos de delitos pluriativos, que lesionam não apenas a dignidade sexual da vítima, como também sua liberdade sexual, autonomia pessoal (quando a concordância da vítima em submeter-se à prostituição decorre do emprego de fraude⁶² ou de grave ameaça) e integridade corporal (nas hipóteses em que o consentimento tenha sido obtido mediante violência). Não parece excessivo recordar que, quando praticados contra vítimas menores de 18 anos e enfermos mentais, ou quando o consentimento da vítima adulta e capaz tenha sido obtido por algum dos meios antes citados, a tutela penal se justifica sem que se possa sequer considerar paternalista a atitude do legislador.⁶³ É o que ocorre, portanto, nos tipos dos arts. 227, §§ 1.º e 2.º; 228, §§ 1.º e 2.º; 230, §§ 1.º e 2.º; 231, § 2.º; e 231-A, § 2.º.

Com respeito ao delito do art. 227, *caput* (*mediação para servir à lascívia de outrem*), sendo a vítima maior de 18 anos, estima-se questionável a sua manutenção no ordenamento jurídico-penal pátrio, visto que, em tais casos, o agente não induz o sujeito passivo ao exercício da prostituição (em que a *venalidade* e a habitualidade são elementos essenciais), mas apenas induz alguém a satisfazer a lascívia de terceiro, de forma momentânea e gratuita (o fim de lucro constitui figura qualificada: art. 227, § 3.º). Daí por que se estima que, se se quer evitar que o Direito Penal atue como um instrumento para a realização dos objetivos moralistas do Estado, e não se desvirtue sua função de exclusiva proteção de bens jurídicos, deve ser suprimido do texto do Código Penal (LGL 1940\2) brasileiro o dispositivo em questão.⁶⁴

O tipo básico dos delitos dos arts. 228 (*favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual*)⁶⁵ e 230 (*rufianismo*)⁶⁶ não contém qualquer referência ao uso de violência, grave ameaça ou fraude para a obtenção da anuência da vítima. Onde se conclui que, sendo o sujeito passivo maior de 18 anos, a incriminação de tais comportamentos poderia ser também, como no caso do delito anterior, um reflexo do moralismo ou paternalismo forte injustificado por parte do Estado. Todavia, essa postura, acolhida por um setor da doutrina nacional, foi anteriormente rechaçada, ao identificar-se aqui a existência de um importante bem jurídico que justifica a intervenção do Direito Penal com vistas à sua proteção: a integridade moral da pessoa humana. Sendo este o fundamento último da incriminação, resta ainda por determinar até que ponto seria admissível a possibilidade de se dispor de tal bem jurídico, quando o seu titular validamente consentisse em sua lesão.

Como já destacado, a integridade moral, como direito relativo que é, poderia ceder em alguns casos,

ante o respeito à autonomia individual, sempre que restasse comprovado que a(o) prostituta(o) exerce sua atividade de forma livre e independentemente de qualquer ameaça, fraude ou violência por parte do proxeneta ou rufião. Como bem se sabe, a opção pela prostituição pode ser condicionada por contingências socioeconômicas que impelem o indivíduo a exercê-la, mas não raramente ela também figura como uma escolha consciente de quem prefere desempenhá-la em detrimento de outras profissões mais mal remuneradas.⁶⁷ A valoração da voluntariedade do comportamento deveria ficar a cargo da própria sociedade, com o fim de coibir os eventuais abusos que a descriminalização do proxenetismo e do rufianismo poderiam causar.

Assim, em vez de se propor a atipicidade desses comportamentos, o que não se justificaria em face da relevância do bem jurídico protegido, postula-se a exclusão da sua ilicitude, com lastro no consentimento do ofendido, que, como causa de justificação supralegal que é, deveria constar da figura de delito dos arts. 228 e 230 logo após a descrição do tipo básico, a ser analisada caso a caso pelo juiz, a quem incumbiria a análise de sua amplitude e validade. Observe-se, assim, que o bem jurídico integridade moral continuaria sendo indisponível com caráter geral, admitindo-se tão somente de forma excepcional sua disponibilidade, visto que, em tais casos, o Direito Penal não protege também a própria liberdade de sua disposição.⁶⁸ Dito de outro modo, o consentimento, como causa de justificação, encontra seu fundamento na *ponderação de valores*: em casos excepcionais, a ordem jurídica concede maior valor à liberdade de atuação da vontade frente ao desvalor da ação e ao desvalor do resultado da agressão ao bem jurídico. A cargo do Estado-juiz ficaria, portanto, a análise da real voluntariedade do consentimento, de modo que, ao constatar que ele é fruto de uma situação de desvantagem social (por exemplo, extrema pobreza ou miserabilidade econômico-cultural), a ilicitude do comportamento do proxeneta ou rufião deverá ser mantida, tendo em vista o dever do Estado social de impedir a exploração e a instrumentalização de seus cidadãos.⁶⁹

Idêntica solução pode ser proposta para as figuras contidas no *caput* e no § 1.º dos arts. 231 (*tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual*) e 231-A (*tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual*), posto que, não sendo o consentimento do sujeito passivo viciado pelo emprego de violência, grave ameaça ou fraude por parte do traficante ou de quem de qualquer modo auxiliou o traslado da(o) prostituta(o), e sendo esta(e) maior de 18 anos e plenamente capaz, o bem jurídico integridade moral torna-se disponível, em caráter excepcional, sempre que se constate a voluntariedade do consentimento do seu titular. Para que essa causa de justificação possa ser corretamente aplicada a esses delitos, contudo, faz-se mister registrar que é a integridade moral o único bem jurídico protegido por tais figuras, devendo-se excluir qualquer pretensão de que o Direito Penal sirva como instrumento para a tutela de funções meramente administrativas, como o controle migratório dos Estados estrangeiros, interessados na erradicação dessa forma de tráfico.^{70 71}

6. Conclusões principais

A doutrina penal majoritária costuma vislumbrar nos delitos relativos à prostituição, constantes do Capítulo V do Título VI do Código Penal (LGL 1940/2) brasileiro, uma forma de proteção da moralidade pública sexual, o que conduziria necessariamente à conclusão de que, ao criminalizar algumas formas de promoção ou facilitação da prostituição alheia, o legislador pátrio assumiu uma postura abertamente paternalista, ou moralista, já que tenta impedir os danos que a exploração dessa atividade por parte de terceiros possa causar à(o) prostituta(o), independentemente do seu consentimento.

Em primeiro lugar, incumbe esclarecer que os tipos dos arts. 227, 228, 230, 231 e 231-A descrevem delitos pluriofensivos, onde restam protegidas a dignidade sexual, a autonomia pessoal e a própria integridade física das vítimas. Destarte, quando o consentimento tenha sido obtido mediante violência, grave ameaça ou fraude, ou, ainda, quando a vítima seja pessoa menor de 18 anos ou enferma mental, não haverá razões para se questionar a legitimidade da intervenção penal, não cabendo sequer falar em paternalismo ou moralismo jurídico.

Mas acontece que o principal bem jurídico protegido nesses delitos é a *integridade moral* da pessoa submetida à prostituição ou à exploração sexual. A existência desse bem jurídico, que constitui concretização direta do respeito devido à dignidade da pessoa humana, impede que a razão da criminalização do proxenetismo, do rufianismo e do tráfico de pessoas com fins sexuais, quando a vítima seja pessoa maior de 18 anos e capaz, seja o moralismo do Estado, pois não se pode admitir que o ser humano, ou o seu corpo, seja reduzido à condição de mera "coisa" ou "mercadoria"

suscetível de compra, venda, tráfico ou qualquer outra forma de exploração, ainda que para isso haja prestado o seu consentimento. Não se pode perder de vista que a dignidade é um valor inerente à pessoa humana pelo mero fato de sê-lo, e que se manifesta também através da autodeterminação consciente e responsável da própria vida, levando consigo a pretensão de respeito por parte das outras pessoas.

Daí por que, em última análise, a tutela penal da integridade moral só poderá ceder ante a liberdade ou autonomia pessoal quando se verifique, no caso concreto, que o consentimento do ofendido foi prestado de forma válida e livre de condicionamentos (que implicam não só o uso da violência, grave ameaça ou fraude - elementos, por si sós, qualificadores desses delitos -, mas também o fato de que circunstâncias socioeconômicas, como a miserabilidade, hajam determinado a opção pela prostituição). Nesses termos, o consentimento funcionará como causa de justificação da conduta, e não de atipicidade, como pretende a doutrina majoritária, de modo que o resultado da ponderação dos interesses em jogo será determinante para a exclusão ou não da ilicitude do comportamento de proxenetas, rufiões e traficantes.

1. Vide, a esse respeito, NINO, S. La autonomía constitucional. *La autonomía personal. CUADERNOS Y DEBATES*, n. 37, 1992, p. 81, que acertadamente lembra que "as razões reais que justificam uma norma devem ser necessariamente levadas em conta antes de decidir a respeito de sua força obrigatória".

2. DWORKIN, G. Paternalism. In: FEINBERG, J.; GROSS, H. (ed.). *Philosophy of law*. Encino: Dickenson, 1975. p. 175.

3. Destacam o caráter beneficente das medidas paternalistas, entre outros: ATIENZA, M. Discutamos sobre paternalismo. *DOXA*, Alicante, n. 5, 1988, p. 203; BEAUCHAMP, T. L. On justifications for coercitive genetic control. In: HUMBER, J. M.; ALMEDER, R. F. (ed.). *Biomedical ethics and the law*. New York-London: Plenum Press, 1976. p. 361 e ss., especialmente p. 365-366; FEINBERG, J. Legal paternalism. *Rights, justice and the bounds of liberty - Essays in social philosophy*. New Jersey: Princeton University Press, 1980. p. 110; LAPORTA SAN MIGUEL, F. *Entre el derecho y la moral*. México: Fontamara, 1993. p. 53 e ss.

4. Exclui expressamente do conceito de paternalismo o propósito beneficente, optando somente pela finalidade de evitar a produção de um dano, GARZÓN VALDÉS, E. ¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico? *Doxa*, Alicante, n. 5, 1988, p. 156; _____. SIGAMOS DISCUTIENDO SOBRE EL PATERNALISMO. *DOXA*, Alicante, n. 5, 1988, p. 215.

5. Como destaca LAPORTA SAN MIGUEL, o moralismo, em sua vertente jurídica, propõe que as normas jurídicas devem incorporar as pautas de moralidade positiva vigentes em uma determinada sociedade, ou, dito de outro modo, "sugere que o fato de que certas pautas morais sejam assumidas e vividas em uma comunidade constitui razão suficiente para que as normas jurídicas lhes emprestem sua mecânica de coação e as imponham forçosamente" (op. cit., p. 48).

6. Nessa linha, vide, por exemplo, GARZÓN VALDÉS, E., op. cit., p. 156. Em sentido oposto, DEVLIN, P. *The enforcement of morals*. London: Oxford University Press, 1975. p. 133 e ss. O autor rechaça a noção de paternalismo moral, por entender que esta não é mais do que uma tentativa de defender a moralidade como *ratio* das leis, já que na prática resulta impossível traçar a distinção entre a legislação que se dedica à proteção do bem-estar puramente físico do indivíduo e a que busca a preservação de sua integridade moral. Assim, por exemplo, no homicídio eutanásico, os fundamentos da proibição penal encontram-se tanto na evitação de um dano físico à vida, como na reprovação da decisão moral de desejar a própria morte.

7. Vide GARZÓN VALDÉS, E., op. cit., p. 156-157, e LAPORTA SAN MIGUEL, F., op. cit., p. 48.

8. Vide, amplamente, sobre este tema, ARNESON, R. J. Perfectionism and politics. *Ethics*, vol. 111, n. 1, 2000, p. 37 e ss.; e HAKSAR, V. *Equality, liberty and perfeccionism*. New York: Oxford University Press, 1979. p. 1 e ss.

9. Vide GARZÓN VALDÉS, E., op. cit., p. 156. Para ATIENZA, M., op. cit., p. 205, o perfeccionismo nada mais é do que uma forma de paternalismo injustificado.

10. Podem-se citar, como autores favoráveis ao perfeccionismo jurídico, além de HAKSAR, V., op.



cit., p. 1 e ss., RAZ, J. *The morality of freedom*, p. 417 e ss.; _____. Autonomy, toleration and the harm principle. In: GAVISON, R. (ed.). *Issues in contemporary legal philosophy: the influence of H. L. A. Hart*. Oxford: Clarendon Press, 1987. p. 330-333.

11. ROSENKRANTZ, C. F. El valor de la autonomía. *La autonomía personal. Cuadernos y Debates*, Madrid, n. 37, 1992, p. 21.

12. Sobre essa distinção, vide com maior detalhe FEINBERG, J. *Harm to self*. New York: Oxford University Press, 1986 (vol. III da coleção intitulada *The Moral Limits of Criminal Law*), p. 22 e ss.

13. Vide MILL, J. S. *Sobre la libertad*. TRAD. JOSEFA SAINZ PULIDO. Madrid: Aguilar, 1972. p. 17.

14. Idem, p. 18 e 22.

15. Idem, p. 22.

16. Idem, p. 18.

17. Idem, p. 152.

18. Idem, ibidem.

19. Vide, nessa linha, por exemplo, BEAUCHAMP, T. L. On justifications for coercitive genetic control. In: HUMBER, J. M.; ALMEDER, R. F. *Biomedical ethics and the law*. New York-London: Plenum Press, 1976. p. 366.

20. Vide FEINBERG, J. Legal paternalism. *Rights, justice and the bounds of liberty - Essays in social philosophy*. New Jersey: Princeton University Press, 1980. p. 129, que afirma textualmente: "No fim das contas, minhas ações involuntárias, do ponto de vista moral, não se diferenciam em nada das ações de um terceiro sobre as que eu não tive a oportunidade de consentir" (op. cit., p. 112).

21. Idem, p. 129.

22. Vide DWORKIN, G., op. cit., p. 176.

23. Idem.

24. Como observa, com acerto, Hirsch, as legislações estatais costumam empregar muito mais o paternalismo indireto do que o direto, precisamente porque o exercício deste último implica uma limitação muito mais grave da autonomia individual e, portanto, mais difícil de se justificar do ponto de vista político-criminal (vide *Paternalismo direto: as autolesões devem ser punidas penalmente? Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 67, 2007, p. 12-13). Impõe esclarecer, ainda, que, entre os exemplos mais comuns de paternalismo direto no ordenamento brasileiro, é possível citar, além da proibição ao tráfico de drogas, o crime de induzimento, instigação e auxílio ao suicídio (art. 122, CP (LGL 1940\2)), cujo fundamento da punibilidade é debatido pela doutrina penal desde tempos imemoriais (a respeito dos exemplos de paternalismo direto e indireto no Brasil, vide ESTELLITA, H. Paternalismo, moralismo e direito penal: alguns crimes suspeitos em nosso direito positivo. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, n. 179, out. 2007, p. 17-19). No que diz respeito às lesões corporais, pode-se afirmar que o legislador adotou uma solução intermediária, ou de consenso, ao descriminalizar as autolesões (que, de resto, só permanecem puníveis no âmbito do estelionato - vide art. 171, § 2.º, V) e ao estabelecer, para as lesões provocadas por terceiros ou heterolesões, que a ação penal ficará condicionada à representação do ofendido caso sejam de caráter leve ou culposo (vide arts. 88 e 91, Lei 9.099/1995). Já quanto às lesões graves, a doutrina assinala que em algumas hipóteses a proteção do indivíduo contra si mesmo pode encontrar outras motivações não exclusivamente paternalistas, como, por exemplo, no caso de transmissão do vírus HIV (sendo a Aids uma enfermidade incurável, nos termos do art. 129, § 2.º, II, alega-se que a irrelevância do consentimento da vítima fundamenta-se também no perigo de que o próprio sujeito contaminado se converta futuramente em um provável transmissor da doença a outros indivíduos). Vide, sobre o tema, SCHÜNEMANN, B. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! Sobre os limites invioláveis do direito penal em um estado de direito liberal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 53, 2005, p. 36.

25. Vide DWORKIN, G., op. cit., p. 177.

26. Nesse sentido, por exemplo, NUCCI, G. S. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 74-75.

27. Vide MIRABETE, J. F.; FABBRINI, R. N. *Manual de direito penal - Parte especial*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2010. vol. 2, p. 383.

28. A presunção de violência tem sua origem nos estudos dos práticos da Idade Média. Naquela época, dizia Carpvovio, com base em duas passagens do *Digesto*, que os dementes e interditos têm vontade nula, ou que o pupilo nem quer, nem deixa de querer, estabelecendo assim o postulado segundo o qual quem não quer, nem pode querer, dissente, de modo que os atos libidinosos praticados contra os menores e doentes mentais têm caráter violento, o que motivou a inserção da presunção de violência em diversas legislações penais (vide FRAGOSO, H. C. *Lições de direito penal - Parte especial*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. vol. 2, p. 39; e PRADO, L. R. *Curso de direito penal brasileiro - Parte especial*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. VOL. 2, P. 622). A necessidade de se acabar com a presunção de violência já era denunciada pela doutrina muito antes da reforma de 2009 - vide, a esse respeito, as críticas de LUISI, L. Dos delitos contra a dignidade sexual no Projeto da Parte Especial do Código Penal (LGL 1940\2) brasileiro. *Revista de Ciências Jurídicas*, n. 2, 1998, p. 230-231.

29. Sendo a vítima menor de 14 anos, o delito será o do art. 218, e, estando entre os 14 e os 18 anos, o autor responderá pela figura qualificada do art. 227, § 1.º, que prevê pena de 2 a 5 anos de reclusão.

30. O vocábulo "prostituição" tem sua origem no verbo *prostituir*, cuja raiz vem do latim *prostituere*, que significava expor publicamente, por à venda, entregar à devassidão (vide CAMPOS SILVA, N. T. R. *Prostituição: a profissão dos excluídos sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana*. In: BAETA MINHOTO, A. C. (org.). *Constituição, minorias e inclusão social*. São Paulo: Rideel, 2009. p. 241).

31. Para alguns autores, o suicídio e a prostituição são exemplos de comportamentos que se encaixam no âmbito do chamado "espaço livre de regulação jurídica" (*rechtsfreies Raum*). A ideia desse espaço foi desenvolvida por Arthur Kaufmann com respeito àquelas condutas que não constituem um dever, mas que tampouco alcançam a categoria de autênticos direitos - isto é, não são atos lícitos, nem ilícitos. Assim, afirma o autor que, se o suicídio fosse de fato um direito, as legislações deveriam proibir qualquer intervenção de terceiros destinada a impedir o seu exercício, mas sua consideração como um ato meramente "não proibido" não impediria que a ordem jurídica permitisse e inclusive impusesse a terceiros a obrigação de intervir por razões de interesse público na conservação da vida alheia (vide KAUFMANN, A. *Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung*. In: SCHROEDER, F.-C.; ZIPF, H. *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*. Karlsruhe: Müller, 1972. p. 338-339). Contudo, deve-se ter em conta que, a partir do momento em que o ordenamento não considera um ato como proibido, o declara *lícito* - isto é, não contrário à ordem jurídica -, de modo que não cabe sustentar que ele pertença a um "espaço livre de regulação jurídica", mas muito pelo contrário: há muito tempo as legislações modernas aboliram as sanções ao suicídio e à prostituição, e não só por razões político-criminais, mas porque a prática desses comportamentos é expressão do direito à autonomia e à liberdade individual, cuja limitação resultaria inaceitável no marco de um Estado de Direito democrático. Como bem recorda GRACIA MARTÍN, "na vida social não podem existir espaços livres de regulação jurídica e, por isso, não existem ações juridicamente neutras" (*Fundamentos de dogmática penal - Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*. Barcelona: Atelier, 2006. p. 229), afirmação esta que é válida para qualquer ação com sentido social, seja ou não típica para o Direito Penal. No que diz respeito especificamente à prostituição, contudo, vale lembrar que, embora exista certa resistência do Poder Legislativo em regulamentá-la, e o Poder Judiciário se manifeste contrariamente ao direito de prostitutas se associarem em cooperativas ou organismos similares, o Poder Executivo já admite abertamente a prostituição como atividade profissional, ao inseri-la na Classificação de Ocupações Brasileiras, sob a rubrica "Profissão 5198 - Profissionais do Sexo" (vide CAMPOS SILVA, N. T. R., op. cit., p. 237).

32. Cumpre asseverar, todavia, que o cliente que concorda em manter relações sexuais com prostituta, sabendo que ela só exerce essa atividade porque foi obrigada a fazê-lo mediante grave ameaça ou o emprego de violência por parte de terceiro, responderá pelo delito do art. 228, § 2.º, CP (LGL 1940\2) (favorecimento da prostituição) em concurso de agentes com o autor da violência ou

ameaça, pois não resta dúvida que, com o seu comportamento condescendente, o cliente "impede" ou "dificulta" que a vítima abandone a prostituição (vide, sobre o tema, QUINTERO OLIVARES, G. Las normas penales españolas: cuestiones generales. In: GARCÍA ARÁN, M. (ed.). *Trata de personas y explotación sexual*, p. 193-195).

33. Nessa linha, vide, por exemplo, MAQUEDA ABREU, M. L. *Prostitución, feminismos y derecho penal*. Granada: Comares, 2009. p. 61-62, para quem a prostituição pode ser definida como "a prestação voluntária e negociada de serviços sexuais remunerados".

34. Vide SILVA FRANCO, A. Código Penal (LGL 1940\2) e sua interpretação (doutrina e jurisprudência). 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 1127; sobre o tema, vide, ainda MAQUEDA ABREU, M. L., op. cit., p. 5 e ss.; e CAMPOS SILVA, N. T. R., op. cit., p. 237.

35. Nesse diapasão, vide PRADO, L. R., op. cit., p. 647. Destaca-se, ainda, o argumento de que o Estado pratica uma ingerência indevida em uma atividade que é tão somente imoral, estabelecendo um inaceitável constrangimento da liberdade pessoal (vide SILVA FRANCO, A., op. cit., p. 1127).

36. FRAGOSO, H. C., op. cit., p. 50; em idêntico sentido, vide CAMPOS SILVA, N. T. R., op. cit., p. 242.

37. Assim, por exemplo, vide FRAGOSO, H. C., op. cit., p. 58-59; BITENCOURT, C. R. *Tratado de direito penal - Parte especial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. vol. 4, p. 65; e PRADO, L. R., op. cit., p. 648.

38. Vide MAGALHÃES NORONHA, E. *Direito penal*. vol. 3, p. 219.

39. Nesse sentido, vide SILVA FRANCO, A., op. cit., p. 1126-1127; GRECO, R. *Curso de direito penal - Parte especial*. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. vol. 3, p. 627; SANCHES CUNHA, R. In: GOMES, L. F.; SANCHES CUNHA, R. *Direito penal - Parte especial*, vol. 3, p. 242; MIRABETE, J. F.; FABBRINI, R. N., op. cit., p. 435; NUCCI, G. S. Código Penal (LGL 1940\2) comentado. 9. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 911; JESUS, D. E. *Direito penal - Parte especial*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. vol. 3, p. 145.

40. Cumpre advertir que o art. 234-C, que constava da Lei 12.015/2009, mas foi vetado pelo Presidente da República, conceituava exploração sexual da seguinte maneira: "Para fins deste Título, ocorre exploração sexual sempre que alguém é vítima dos crimes nela tipificados". Trata-se, como observam MIRABETE e FABBRINI, de definição tautológica que nada esclareceria (op. cit., p. 435, nota 11).

41. Vide, nesse sentido, SOLANA RUIZ, J. L. *Prostitución, tráfico e inmigración de mujeres*. Granada: Comares, 2003. p. 26-27.

42. Como destacam MIRABETE e FABBRINI, o proveito econômico nem sempre aparece associado à exploração sexual, pois pode ocorrer de a prostituta não ser explorada por um rufião, mas por seus próprios clientes, sendo que o único proveito que tiram da exploração é a satisfação da própria libido (op. cit., p. 435).

43. Esse argumento é empregado, aliás, por um setor da doutrina para justificar a invalidez do consentimento da vítima, que em tais casos apareceria viciado por condições econômicas e sociológicas que a obrigam a exercer a prostituição (nessa linha, por exemplo, vide GARCÍA ARÁN, M. (ed.). *TRATA DE PERSONAS Y EXPLOTACIÓN SEXUAL*. Granada: Comares, 2006. p. 5; e CARMONA SALGADO, C. La nueva regulación del tráfico ilegal de personas con fines de explotación sexual según la L.O. 11/2003. In: ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (coord.). *El derecho penal frente al fenómeno de la inmigración*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007. p. 229).

44. Vide PRADO, L. R. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 24.

45. Idem, p. 15.

46. Vide TAVARES, J. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 180.

47. Vide PRADO, L. R. *Curso de direito penal brasileiro - Parte geral*. 9. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. vol. 1, p. 147.

48. Idem.

49. Vide, nessa linha, entre outros, PRADO, L. R. *Curso de direito penal brasileiro - Parte especial*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. vol. 2, p. 660; e MIRABETE, J. F.; FABBRINI, R. N., op. cit., p. 433-434 (segundo os quais "deve-se entender que, independentemente de qualquer juízo de moralidade pública, a prostituição é uma atividade ou um estado que fere a dignidade sexual da pessoa, por impedir ou dificultar o sadio desenvolvimento da sexualidade e a liberdade de cada um de vivenciá-la a salvo de diversas formas de violência e exploração"); e GARCÍA ARÁN, M., op. cit., p. 5, para quem "a pessoa traficada também é tratada como uma coisa nos casos em que o migrante toma a iniciativa de seu traslado para emigrar ilegalmente, pondo-se em mãos de quem o organiza. Na organização da emigração-imigração ilegal, o migrante é propriamente uma mercadoria na qual se baseia o negócio e se vê submetido a condições de domínio nas quais o seu consentimento resulta e deve resultar irrelevante para o Direito".

50. PRADO, L. R. *Curso de direito penal brasileiro - Parte geral...* cit., p. 144.

51. Idem, p. 144-145. A dignidade da pessoa humana é, assim, "uma classe ou categoria que corresponde ao homem como ser dotado de inteligência e liberdade, distinto e superior a todo outro ser criado. Implica um tratamento de acordo com a natureza humana. Atentar-se-á contra a dignidade humana sempre que se esqueça dessa superioridade essencial do homem, considerando-o como qualquer outra parte da natureza" (GONZÁLEZ PÉREZ, J. *La dignidad de la persona*. Madrid: Civitas, 1986. p. 112).

52. GRACIA MARTÍN, L.; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales: vida humana independiente y libertad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997. p. 419.

53. Vide MUÑOZ SÁNCHEZ, J. *Los delitos contra la integridad moral*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 22-23.

54. Vide GARCÍA ARÁN, M. La protección penal de la integridad moral. In: DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.; ROMEO CASABONA, C. M.; GRACIA MARTÍN, L.; HIGUERA GUIMERÁ, J. F. (ed.). *La ciencia del derecho penal - Libro homenaje al profesor doctor Don José Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos, 2002. p. 1251.

55. Ressalte-se que é da autoconsciência do homem de sua própria dignidade que nasce a ideia de pessoa, segundo a qual "não se é homem pelo mero fato de existir, mas pelo significado ou sentido da existência" (REALE, M. *Filosofia do direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 211).

56. Nesse diapasão, vide ESTELLITA, H. Paternalismo, moralismo e direito penal: alguns crimes suspeitos em nosso direito positivo. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, n. 179, out. 2007, p. 18. No Brasil, consideram que os crimes relacionados à prostituição obedecem a razões de tutela da moralidade pública sexual, entre outros: BITENCOURT, C. R., op. cit., p. 75 e 80; CAPANO, E. F. *Dignidade sexual - Comentários aos novos crimes do Título VI do Código Penal (LGL 1940\2) (arts. 213 a 234-B, alterados pela Lei 12.015/2009)*. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 78 (que entende a moral sexual como uma parte da dignidade sexual); NUCCI, G. S., op. cit., p. 911; SANCHES CUNHA, R., op. cit., p. 247. Na doutrina espanhola, entendem que o tráfico consentido de seres humanos para fins sexuais é um delito sem bem jurídico, por exemplo, MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal - Parte especial*, p. 248; QUINTERO OLIVARES, G., op. cit., p. 190; e DAUNÍS RODRÍGUEZ, A. Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas. *INDRET (REVISTA PARA EL ANÁLISIS DEL DERECHO)*. Disponível em: [www.indret.com]. Acesso em: 04.09.2010. p. 23 e 30-31. No Brasil, adota esta última postura SILVA FRANCO, A., op. cit., p. 1140-1141.

57. Vide MAQUEDA ABREU, M. L., op. cit., p. 57. Em sentido semelhante, DAUNÍS RODRÍGUEZ, A., op. cit., p. 22, que lembra que em tais casos caberia à legislação trabalhista atuar para coibir eventuais excessos, podendo o comportamento de quem explora o trabalho alheio configurar o tipo do art. 312.2 do Código Penal (LGL 1940\2) espanhol, que pune a imposição de condições abusivas de trabalho.

58. A esse respeito, já declarou o Tribunal Constitucional espanhol que a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida, e que leva consigo a pretensão de respeito pelos demais

(vide Sentenças 53/1985 e 214/1991). Assim, "condutas que impliquem a instrumentalização da pessoa humana ou desafiem sua faculdade de autodeterminação devem ser veementemente rechaçadas, porque não condizentes com o imprescindível respeito devido ao homem em um Estado de Direito" (PRADO, L. R. *Bem jurídico-penal e Constituição...* cit., p. 57-58).

59. BECCARIA, C. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1983. p. 73.

60. Vide, nessa linha, LEÓN VILLALBA, F. J. Propuesta de reforma frente a la trata de seres humanos. *Cuadernos Penales José María Lidón*, Bilbao, n. 6, 2009, p. 138-140.

61. Vide, a respeito, PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. *Derechos fundamentales*. 4. ed. Madrid: Universidad Complutense/Facultad de Derecho, 1983. p. 110-120; a tese de que não existem direitos absolutos é aceita pela doutrina majoritária inclusive em relação ao direito constitucional à vida; basta lembrar que, se se admitisse a existência de direitos dessa ordem, o conflito entre o direito absoluto de uma pessoa e o direito absoluto de outra seria irresolúvel pelo Direito.

62. Ressalte-se que a fraude é especialmente frequente naquelas hipóteses em que, para obter a aquiescência da vítima, promete-se, por exemplo, falso casamento, ou argumenta o proxeneta que o trabalho a ser desempenhado é o de garçoneiro ou camareira, e não o de prostituta.

63. Nessa linha, vide ESTELLITA, H., op. cit., p. 18.

64. Nesse sentido, vide LUISI, L., op. cit., p. 235, para quem "não integrando o *caput* do tipo intuito de lucro, ou outra motivação torpe, e sendo entre maiores, a prática é simplesmente imoral. Razão pela qual não vejo por que tipificar-se tal conduta".

65. "Art. 228. Induzir ou atrair alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilitá-la, impedir ou dificultar que alguém a abandone: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa."

66. "Art. 230. Tirar proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça: Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa."

67. Como destaca CAMPOS SILVA, N. T. R., op. cit., p. 248.

68. De modo geral, sempre que, ao lado do bem jurídico, o Direito Penal protege também a liberdade de sua disposição, o consentimento do seu titular atua como causa de exclusão da *tipicidade*, e não da ilicitude, do comportamento (vide CEREZO MIR, J. *Curso de direito penal espanhol - Parte general*. 6. ED. MADRID: TECNOS, 2000. T. II, P. 331). Esse mesmo autor lembra, porém, que, "quando o bem jurídico não é disponível com caráter geral, deve-se entender que não forma parte desse bem jurídico a livre disposição do mesmo" (op. cit., p. 332).

69. Nessa trilha, vide SCHÜNNEMANN, B., op. cit., p. 35, para quem, provado que o consentimento tem origem numa situação de "desvantagem social", tem o Estado o direito, e até mesmo o dever, de proibir a exploração de tais desvantagens sociais e de criminalizá-la, na falta de outros meios eficientes. O autor lembra, porém, que sempre se corre o risco de o Direito Penal se converter, assim, na *ultima ratio* de uma política social fracassada.

70. Vide, nesse sentido, criticamente, DAUNÍS RODRÍGUEZ, A., op. cit., p. 30-31, para quem se vislumbra aqui "um bem jurídico de caráter extrapenal [*a política migratória estatal*], de escassa ou nula antijuridicidade material, que suscita uma ampla insegurança jurídica e uma importante desproporcionalidade penológica". Exclui, igualmente, a possibilidade de proteção do interesse migratório dos Estados, que considera, entretanto, um bem jurídico coletivo, LEÓN VILLALBA, F. J., op. cit., p. 139-140.