

FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

LEONARDO MICHEL FERREIRA

**A DESCRIMINALIZAÇÃO DO LENOCÍNIO NO BRASIL: UM DEBATE SOBRE
ESTADO, DIREITO E MORAL**

Porto Alegre

2021

LEONARDO MICHEL FERREIRA

**A DESCRIMINALIZAÇÃO DO LENOCÍNIO NO BRASIL: UM DEBATE SOBRE
ESTADO, DIREITO E MORAL**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial para
obtenção de título de Bacharel em Direito,
na Faculdade de Direito da Fundação
Escola Superior do Ministério Público do
Rio Grande do Sul.

Orientadora: Prof.^a Thais Teixeira
Rodrigues

Porto Alegre

2021

FACULDADE DE DIREITO DA FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

DIRETORIA

Gilberto Thums – Diretor da Faculdade
Luiz Augusto Luz – Coordenador do Curso

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação

CIP-Brasil. Catalogação na fonte

Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Paulo Pinto de Carvalho e setor de Tecnologia da Informação, com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

Ferreira, Leonardo Michel

A descriminalização do lenocínio no brasil: um debate sobre estado, direito e moral / Leonardo Michel Ferreira.-
- Porto Alegre 2021.

88 f.

Orientadora: Thais Teixeira Rodrigues.

Trabalho de conclusão de curso (Graduação) -- Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Curso de Direito - Bacharelado, Porto Alegre, BR RS, 2021.

1. Direito Penal. 2. Direito Constitucional. 3. Teoria do Direito. I. Rodrigues, Thais Teixeira, orient. II. Título.

Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público

Inscrição Estadual: Isento
Rua Cel. Genuíno, 421 - 6º, 7º, 8º e 12º andares
Porto Alegre - RS- CEP 90010-350
Fone/Fax (51) 3027-6565
e-mail:fmp@fmp.com.br
home-page:www.fmp.edu.br

LEONARDO MICHEL FERREIRA

**A DESCRIMINALIZAÇÃO DO LENOCÍNIO NO BRASIL: UM DEBATE SOBRE
ESTADO, DIREITO E MORAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção de título de Bacharel em Direito, na Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul.

O trabalho foi _____ pelos membros da banca examinadora, obtendo nota _____.

Examinado em ____ de _____ de 2021.

BANCA EXAMINADORA:

Prof.^a Thais Teixeira Rodrigues
(Orientadora)

Prof.^a Raquel Fabiana Lopes Sparemberger
Fundação Escola Superior do Ministério Público

Prof. Gilberto Thums
Fundação Escola Superior do Ministério Público

Dedico este trabalho aos meus pais, André e Sônia, cujos ensinamentos me fizeram ser quem eu sou hoje, muito obrigado.

AGRADECIMENTOS:

Inicialmente, agradeço àqueles que dediquei este trabalho, meus pais, sem vocês eu estaria perdido. Todo meu ser somente foi possível graças a vocês. Nos meus momentos mais sombrios, vocês estavam lá, buscando, sempre, ajudar. Não há um dia que eu não seja grato por ser filho de vocês, com muito amor.

Igualmente, agradeço à minha maninha, Carolina Michel Ferreira! Que me apoia no seu estilo peculiar de ser fofa e estressada. Te amo guria! Tens um futuro brilhante pela frente.

Agradeço, profundamente, à minha namorada, amiga e companheira, Catarina Bizotto Dal'ago, um ser humano ímpar em todos os sentidos! Minha paixão e admiração por ti aumentam a cada dia que passa. És a mais inteligente, a mais bela, a mais dedicada, te amo!

À minha família, da qual eu tenho orgulho de dizer ser minha! Obrigado pelas dicas, conversas, apoio e, acima de tudo, pelo amor.

Ao meu primo, Hélio Mothci Pereira, por ser mais que um primo. És um amigo, um companheiro! Um ombro, uma mão estendida, aquele que vai estar do meu lado no dia em que o Luffy se tornar o Rei dos Piratas!

À minha "Titita", Heloísa Michel Antonelo Pereira, não existem palavras que dimensionem o amor que tenho por ti... És mais que especial, sempre torcendo por mim, da maneira mais calorosa possível!

Aos meus amigos, por todo companheirismo, amo vocês.

À Eriane Zingano Wainstein, por me manter firme e forte durante meus momentos de crise! Obrigado por sempre me ouvir. És uma excelente profissional, da qual admiro muito.

Ao grupo do "GUGU", vocês não sabem a tamanha admiração que tenho por todos! Sempre bom olhar ao lado e ver vocês. Me desculpem pelas ausências e pelas incompreensões. Quem diria que um grupo que iniciou como uma mera brincadeira, se tornaria um dos meus refúgios nos dias difíceis.

À minha orientadora, Prof.^a Thaís Teixeira Rodrigues, por enxergar em seus alunos verdadeiros profissionais e, principalmente, por aceitar o "cabeludinho da segunda fileira" como seu orientando. São poucos aqueles que zelam pelo outro, tu és uma pessoa verdadeiramente maravilhosa, trabalhadora e dedicada. Obrigado por todas as reuniões, pelo cuidado nas análises, mas, principalmente, por me dizer para

parar na hora de parar! És, de fato, uma inspiração. Neste ponto, somente me resta dizer, obrigado.

Ao Prof.^o André de Azevedo Coelho, amigo e professor, alguém que tenho forte admiração. Obrigado pelo auxílio bibliográfico e pelas conversas, tens muito de ti nesta pesquisa.

Ao Prof.^o Anízio Pires Gavião Filho, por me acompanhar dès dos meus primeiros passos na faculdade. São tantas oportunidades que proporcionaste... Estágio, grupo de pesquisa... Sou o estudante que sou, pois fui seu aluno. Obrigado pela paciência, compreensão, carinho e confiança.

Ao Prof.^o Plínio Saraiva Melgaré, foi contigo que deixei de ser o “estudante de ensino médio”. Um professor é aquele que estende a mão, aquele que ensina, isto foi o que fizeste diversas vezes comigo. És alguém que tenho enorme respeito, admiração e orgulho de dizer que fui aluno. Obrigado pelos livros e pelas lindas dedicatórias.

À Prof.^a Raquel Fabiana Lopes Sparemberger, pelas oportunidades que me destes de presenciar suas aulas no Mestrado. Louvável a atitude de uma professora que reconhece o interesse do aluno e o prestigia com o ensino.

Ao Grupo de Pesquisa Direito como Argumentação, aprendi a pesquisar com vocês, são meus mentores, colegas e companheiros.

Ao meu amigo e colega de pesquisa, Lucas Moreschi Paulo, por me indicar as mais preciosas teses utilizadas nesta pesquisa, por tanto dialogar e debater comigo. És um pesquisador e, também, um verdadeiro líder.

Por fim, a todos aqueles que tive a felicidade de conhecer durante minha trajetória pela FMP, obrigado.

*Quando os homens estão em guerra, a Alma do Mundo também sente os gritos de combate. Ninguém deixa de sofrer as consequências de cada coisa que se passa debaixo do sol. “Tudo é uma coisa única”, pensou o rapaz. (COELHO, Paulo. **O alquimista**. Rio de Janeiro: Rocco, 1998).*

RESUMO

A presente pesquisa visa combater estigmas, discriminações e preconceitos sobre a prostituição, buscando, no Direito, as bases e fundamentos para realizar esta batalha. No Brasil, o meretrício é atividade lícita e, inclusive, considerada como ocupação legal pelo antigo Ministério do Trabalho e Emprego, enquanto o lenocínio, atividades que movimentam ou se envolvam economicamente com a prostituição alheia, é criminalizado. Desse modo, o trabalho se concentrará nos debates acerca da descriminalização do lenocínio no Brasil, com o intuito de estabelecer Estado, Direito e Moral como conceitos autônomos que se relacionam. Para tanto, será necessário compreender o modelo que organiza e legitima a ordem jurídica nacional, o Estado Democrático de Direito, alcançando um conceito de Direito que possua elementos da moralidade, sendo este a pretensão de correção. Em seguida, realizar-se-á um estudo acerca dos crimes de lenocínio, apontando seus modelos de abordagem, o conceito e a função do bem jurídico, igualmente, identificando o próprio bem jurídico destes crimes. O último objetivo do trabalho é o desenvolvimento de uma crítica sobre o forte conteúdo moral que lastreia o bem jurídico dos crimes de lenocínio, defendendo a sua descriminalização e, por conseguinte, regulamentação. O método adotado, para desenvolver a pesquisa, fora o dedutivo, partindo de um ponto geral para atingir uma delimitação. A abordagem utilizada é tanto qualitativa quanto quantitativa, buscando o “porquê das coisas” sem ignorar a lógica. Com a disposição de proporcionar maior familiaridade com o problema, o trabalho será exploratório. Já o procedimento é bibliográfico e documental, porquanto há um levantamento de referências teóricas analisando fontes diversificadas, como a legislação. Dentre os resultados obtidos, constatou-se que a criminalização do lenocínio é uma imposição moral intolerável em um Estado Democrático de Direito, salientando a importância da sua descriminalização para otimizar o tato entre o Estado, tal como do Direito, com os profissionais do sexo.

Palavras-chave: Prostituição. Lenocínio. Estado Democrático de Direito. Pretensão de Correção. Moral.

ABSTRACT

This research aims to combat stigma, discrimination and prejudice about prostitution, seeking, in Law, the bases and foundations to carry out this battle. In Brazil, prostitution is a lawful activity and even considered a legal occupation by the former Ministry of Labor and Employment, while pimping, activities that move or become economically involved in the prostitution of others, are criminalized. Thereby, the work will focus on debates about the decriminalization of pimping in Brazil, with the intention of establishing State, Law and Morals as autonomous concepts that are related to each other. Therefore, it will be necessary to understand the model that organizes and legitimizes the national legal order, the Democratic State of Law, reaching a concept of Law that includes elements of morality, which is the pretense of correction. Then, a study will be carried out on pimping crimes, pointing out their approach models, the concept and function of the legal interest, also identifying the legal interest of these crimes. The last objective of this work is to develop a critique of the strong moral content that underpins the legal good of pimping crimes, defending their decriminalization and, consequently, the regulation of prostitution. The adopted method for the development of this research was the deductive one, starting from a general point to reach a delimitation. The approach used is both qualitative and quantitative, looking for the “reason of things” without ignoring logic. With a willingness to provide greater familiarity with the problem, the work will be exploratory. On the other hand, the procedure is bibliographic and documentary, as there is a survey of theoretical references analyzing diverse sources, such as legislation. Among the obtained results, it was found that the criminalization of pimping is an intolerable moral imposition in a Democratic State of Law, stressing the importance of its decriminalization to optimize the touch between the State, as well as the Law, with sex workers.

Key-words: Prostitution. Pimping. Democratic Rule of Law. Claim to Correctness. Moral.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A MORALIDADE	16
2.1	Estado democrático de direito: estado, direito e moral	16
2.2	A pretensão de correção	24
2.3	Paternalismo jurídico	30
3	O CRIME DE LENOCÍNIO NO BRASIL E O CONCEITO DE BEM JURÍDICO	37
3.1	Os crimes de lenocínio e os modelos de abordagem	40
3.2	O conceito de bem jurídico	46
3.3	O bem jurídico penalmente tutelado: a dignidade sexual	53
4	CRIMINALIZAR O LENOCÍNIO É UMA ATIVIDADE MORAL INACEITÁVEL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	61
4.1	Da falta de bem jurídico: a não aceitação da moralidade pública sexual como algo a ser protegido	61
4.2	A vagueza da lei penal incriminadora: o que o legislador quis dizer com a expressão “exploração sexual”?	67
4.3	As condutas que devem ser criminalizadas, uma análise do PL 4.211/12	72
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	81
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	83

1 INTRODUÇÃO

Não existe certeza de quando o assunto prostituição tornou parte da sociedade. O senso comum afirma que – embora não haja qualquer comprovação científica - a prostituição é a profissão mais antiga do mundo. No século VI A.C., por exemplo, o político grego Sólon já demonstrava interesse na atividade, o que aponta ser a relação da prostituição com a sociedade algo que atravessa milênios.

Ocorre que esta relação se apresenta de modo complexo, pois seus debates estão calcados em uma forte ojeriza por parte da sociedade, o que estigmatiza as pessoas que exercem a prostituição. Condutas estigmatizadas sofrem de preconceitos que acabam por empurrar os profissionais do sexo, cada vez mais, à margem da sociedade. Por detrás destes preconceitos subsiste um forte clamor moral, representado pela repulsa ao diferente.

Desse modo, a presente pesquisa tem por cerne entender a prostituição como uma atividade profissional que instiga amparos legais. Há de mencionar que não será possível tocar em todas as feridas referentes a prostituição, exigindo que o objeto trabalhado seja delimitado.

Para isto é necessário buscar no Direito as bases e fundamentos ao combate de preconceitos e estigmas sociais, o que acaba por relacionar as noções de Estado, Direito e Moral. No Brasil, o meretrício é atividade permitida e, inclusive, considerada ocupação legal pelo antigo Ministério do Trabalho e Emprego, enquanto as atividades de terceiros que movimentem e se envolvam economicamente com a prostituição alheia, estas chamadas de lenocínio, são criminalizadas. Tendo isto em vista, a pesquisa se concentrará nos debates acerca da descriminalização do lenocínio no Brasil, com o intuito de entender Estado, Direito e Moral como conceitos autônomos que se relacionam.

Ao salientar que a prostituição é uma atividade cerceada de estigmas e preconceitos, criminalizar as atividades daqueles que circundam o seu exercício, sem nem a regularizar de modo apropriado, apresenta-se como algo, no mínimo, leviano e instigante. O que proporciona alguns questionamentos, como: seriam os crimes de lenocínio uma forma de institucionalizar e impor uma moral? Constituindo, assim, uma atividade moral do Estado?

Partindo destas perguntas, emerge a necessidade de saber: qual o bem jurídico protegido por estes crimes?

Com o intuito de responder tais dúvidas, inicialmente, será necessária a compreensão dos conceitos de Estado, Direito e Moral e como estes se situam em uma estrutura de Estado Democrático de Direito. Em seguida, há a urgência de entender a definição de um bem jurídico, alcançando o conhecimento de que a criminalização do lenocínio é uma atividade moral do Estado, sendo algo intolerável em um Estado Democrático de Direito.

Seguindo esta premissa, que é firmado o objetivo geral da pesquisa, sendo este: demonstrar que a criminalização do lenocínio é uma atividade moral intolerável do Estado. Este objetivo se relaciona com o tema enquanto busca fundamentos para arguir que o lenocínio é um crime de pré-julgamentos e arbítrios atingindo a delimitação, sendo essa, a descriminalização do lenocínio.

Nesse sentido, utilizou-se de um método dedutivo para partir de um objetivo geral e o afunilar para um particular, ou seja, inicia-se com um tema amplo que é delimitado de maneira lógica, com premissas pré-estabelecidas, interessado em chegar a uma conclusão. Já o método de abordagem assumido é tanto qualitativo quanto quantitativo, pois busca explicar o “porquê das coisas” sem ignorar a lógica e o silogismo argumentativo matemático. Assim, com a disposição de proporcionar maior familiaridade com os problemas, a pesquisa tende a ser exploratória, tornando os questionamentos cada vez mais explícitos. O procedimento é bibliográfico e documental, porquanto há um levantamento de referências teóricas analisando fontes diversificadas, como a legislação.

A metodologia utilizada implica na formulação de objetivos específicos, estes lastreados no teor dos capítulos do presente trabalho. Sob este prisma, o debate sobre a descriminalização do lenocínio encontra suas bases na estrutura que legitima e organiza uma ordem jurídica, sendo este o Estado Democrático de Direito. Tal estrutura procura compreender Estado, Direito e Moral como elementos autônomos que se relacionam, com o Estado definido como uma instituição política imantada de poder soberano destinado ao povo, caracterizado pelo seu território e estabilidade de governo, com a capacidade de auto-organização. Já o Direito possui uma dupla natureza que compreende uma dimensão fática ou institucional e outra dimensão crítica ou ideal. Por sua vez, a Moral são os valores heterônomos de uma sociedade e autônomos de um

indivíduo. As relações entre estes elementos irão proporcionar as teses da pretensão de correção, como um conceito de Direito e do paternalismo jurídico, como uma dinâmica protecionista.

No próximo capítulo (3) há a necessidade de estudar e analisar os crimes de lenocínio. Iniciando com a conceituação e diferenciação entre prostituição e lenocínio. Logo após será realizado um exame sobre as modificações proporcionadas pela Lei 12.015/09 a estes crimes, tal como alterações ocasionadas por outras disposições legais. Com este conhecimento é imperioso assimilar qual o sistema de abordagem e tratamento da prostituição, e do lenocínio, fora adotado pelo Brasil. Estabelecidas as premissas bases, acerca dos crimes estudados, será feita uma apreciação sobre o conceito e funções do bem jurídico no Direito Penal. Assim, ele será compreendido como os interesses, realidades e finalidades necessárias para uma vida segura e livre, proporcionando uma relação de disponibilidade com o seu portador e uma inevitável indefinição, desde que não coloque em risco a sua garantia político-criminal e seja constitucional. O capítulo será concluso com um estudo sobre o bem jurídico protegido nos crimes de lenocínio, aspirando aprofundar em seu conteúdo para desferir críticas ao seu mal uso pela lei penal.

O último capítulo (4) desenvolve uma crítica aos crimes de lenocínio analisando o forte conteúdo moral do seu bem jurídico. Em continuidade, será observado os problemas de vagueza nos tipos penais. No fechamento do capítulo, emerge uma última questão, se os crimes de lenocínio estão imantados de moralidade e a prostituição é atividade lícita, quais condutas devem ser criminalizadas? Para responder esta irresignação que será analisado o Projeto de Lei 4.211, de 2012, de autoria do ex-Deputado Federal Jean Wyllys em parceria com a ativista política, pelos direitos das prostitutas, Gabriela Leite.

O Direito é a melhor forma de combater preconceitos e estigmas sociais. A pesquisa foi realizada com um interesse principal, proteger grupos de pessoas em situações de vulnerabilidade. O debate sobre sujeitos de Direito instiga observar os sujeitos em si, assim, a prostituição não deve ser tratada como um “trabalho como outro qualquer”, mas como um trabalho em si. O profissional do sexo é pessoa, é sujeito de Direito e deve receber a devida proteção do Estado, o inibindo de sofrer abusos e garantindo a sua imersão na sociedade. Por conseguinte, as pessoas que trabalham em conjunto dos profissionais, também,

não podem sofrer discriminações, afinal, a sua marginalização respalda naqueles que praticam o meretrício. Portanto, a descriminalização do lenocínio é um debate relevante, pois enfrenta o preconceito e garante Direitos, enxergando as pessoas como pessoas.

2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A MORALIDADE

A análise da descriminalização do lenocínio exige uma união entre as esferas do Direito Penal e do Direito Constitucional. O debate acerca do crime instiga a compreensão do modelo de Estado que organiza e legitima a ordem jurídica nacional. Desse modo, o artigo primeiro da Constituição Federal brasileira de 1988 proclama que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito. Portanto, na primeira parte deste capítulo será estudado o que é o Estado Democrático de Direito, procurando entender como este modelo estabelece o Estado, o Direito e a Moral como conceitos autônomos que se relacionam. Logo em seguida busca-se um conceito de Direito que procure na justiça a relevância da fundamentação jurídica no Estado Democrático de Direito. Por fim, estudar-se-á a necessidade de fundamentos e razões para as restrições feitas pelo Estado, ao analisar o paternalismo jurídico.

2.1 Estado democrático de direito: estado, direito e moral

Antes de adentrar na descriminalização do lenocínio, cumpre desenvolver sobre a estrutura que, além de organizar o Estado, legitima a ordem jurídica, sendo essa o Estado Democrático de Direito. Para compreender tal estrutura, explicitar-se-á os conceitos de Estado, Direito e Moral, os entendendo como autônomos que se relacionam.

Desse modo, é necessário pensar “que coisa é o Estado?” Respondendo essa pergunta, Canotilho¹ afirma que “o **Estado** é [...] uma forma histórica de organização jurídica do poder dotada de *qualidades* que a distinguem de outros ‘poderes’ e ‘organizações de poder’” (grifos do autor). Em seguida, o autor² apresenta uma segunda questão, procurando saber quais são essas “qualidades” do Estado? E ele já aponta a qualidade do poder soberano, que traduz em um poder supremo, no plano interno, e em um poder independente, no plano internacional. No plano interno, ou seja, na dimensão constitucional interna de um Estado, a soberania constitui-se em um poder político de comando

¹ Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. São Paulo: Editora Almedina, 2003, p. 89.

² Ibid., p. 89-93

que tem como destinatários os cidadãos nacionais³ reunidos num determinado território. Já no plano internacional, a soberania internacional⁴ é, por natureza, relativa, pois significa a igualdade soberana dos Estados, que não reconhecem nenhum poder superior acima deles (*superiorem non recognoscem*).

Nesse sentido está MacCormick⁵ ao dizer que o Estado, como entidade política, é uma ordem de poder, caracterizado pelo seu território e estabilidade de Governo. Para o autor, o Estado é o local em que se concentra o exercício do poder político constituindo “associações coercitivas e territorialmente organizadas de seres humanos”⁶. Para Habermas⁷ o Estado surge e se mantém como uma reserva de poder que visa “garantir” o seu comando. Em termos gerais, o Estado é uma instituição política, caracterizada pelo seu território e estabilidade de Governo, com capacidades de auto-organização⁸, qualificado pelo poder soberano destinado aos cidadãos que ali vivem.

Por outro lado, o conceito de Direito alcança debates infundáveis na doutrina geral, há quem defenda um conceito positivista⁹, tal como quem defenda um não-positivista¹⁰, porém a discussão transcende esta simples dicotomia. O conceito adotado na pesquisa será melhor elaborado em título próprio. Para fins deste título, importa compreender aquilo que Alexy chama de elementos centrais do Direito¹¹.

Segundo Alexy¹², todo conceito de Direito é composto da determinação e ponderação de três elementos: (1) a decretação de acordo com a ordem; (2) a

³ Aqui Canotilho se refere ao termo “cidadãos nacionais” como o povo, sendo esses “sujeitos do soberano” e “destinatários da soberania”. (CANOTILHO, 2003, p. 90).

⁴ Termo que Canotilho diz ser afastado pelos internacionalistas, sendo preferido o conceito de *independência*. (CANOTILHO, 2003, p. 90).

⁵ Cf. MACCORMICK, Neil. **Questioning Sovereignty: law, state and nation in the European Commonwealth**. Oxônia: Oxford University Press, 2002, p. 9.

⁶ Cf. MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 32.

⁷ Cf. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1, p. 170.

⁸ *Ibid.*, p. 170

⁹ Por exemplo: Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009; HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Tradução: Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WFM Martins Fontes, 2009.

¹⁰ Para melhor situar as relações entre positivismo e não-positivismo, indica-se a leitura: ALEXY, Robert. **The argument from injustice: a reply to legal positivism**. New York: Oxford University Press, 2002.

¹¹ *Ibid.*, p. 13

¹² Cf. ALEXY, Robert. **Minha filosofia do direito: a institucionalização da razão**. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 19.

eficácia social; (3) a correção quanto ao conteúdo. Os diferentes conceitos de direito emergem conforme estes três elementos se relacionam¹³.

Já a moral segue as compreensões do imperativo universal de Kant, em que o indivíduo deva agir conforme uma máxima ao ponto de almejar torna-la uma lei universal, compreendendo o campo de valores subjetivos do ser. De acordo com Bittar¹⁴, a moral é considerada um discurso fundante de prática determinadora, ou seja, um dever-ser. Ela constitui os valores predominantes de um grupo ou uma sociedade, possuindo derivações, enquanto interpretada pelo indivíduo¹⁵.

Assim, Estado, Direito e Moral são três conceitos autônomos, eles não se confundem, mas isso não significa que eles não se relacionam.

Observando estas relações que Streck e Morais¹⁶ apontam que o Estado e o Direito, sob uma perspectiva clássica, são complementares e interdependentes, com o Estado monopolizando, ou pretendendo monopolizar, a produção e aplicação do Direito. Segundo Canotilho¹⁷, isto ocorre por conta do poder soberano inerente ao Estado, que utiliza de artifícios políticos, expressos como um poder de fato¹⁸. Nesse sentido, Canotilho indica que “a soberania no plano interno (soberania interna) traduzir-se-ia no *monopólio* de edição do direito positivo pelo Estado e no monopólio da coação física legítima para impor a *efectividade* das suas regulações e dos seus comandos” (grifos do autor).

Buscando compreender as relações entre Direito e Estado que Maccormick¹⁹ aponta quatro possibilidades diferentes: a primeira possibilidade depende da teoria do Direito natural identificando o Estado como uma criação do Direito, sendo o Direito natural um Direito moral que corresponde as vontades divinas de um Deus, tal perspectiva fomenta uma pluralidade de sistemas legais estabelecendo um Estado pré-moderno ou feudalista²⁰; já a segunda possibilidade é justamente o contrário, com o Direito sendo uma criação do

¹³ Cf. ALEXY, 2002, p. 13.

¹⁴ Cf. BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007, p. 457.

¹⁵ *Ibid.*, p. 457.

¹⁶ Cf. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 91.

¹⁷ Cf. CANOTILHO, 2003, p. 90.

¹⁸ Cf. MACCORMICK, 2002, p. 11-12.

¹⁹ *Ibid.*, p. 17-18.

²⁰ *Ibid.*, p. 18.

Estado para controlar a natureza brutal do ser humano, esta possibilidade está de acordo com um Estado de Polícia²¹; por terceiro está a possibilidade do Direito coexistir com o Estado, a justificativa para isto é que podem haver várias ordens normativas institucionais coexistentes, sendo autônomas e se relacionando²²; a quarta e última possibilidade é a total identificação do Direito com o Estado, o argumento por trás desta possibilidade é que o dualismo entre Estado e Direito é falso, sendo o Estado a personificação territorial de uma ordem legal, tal hipótese coaduna com o modelo de um Estado Legal (*state-law*)²³.

Com isso, Maccormick observa que Estado, Direito e Moral são ordens normativas autônomas, que coexistem e se relacionam. Partindo desta premissa torna-se necessária a compreensão de como o Estado Democrático de Direito entende as relações entre estas esferas, devendo, inicialmente, falar sobre a estrutura que o forma, sendo este o Estado de Direito.

O Estado de Direito emerge como uma forma de limitar o poder estatal, derivando-se de um modelo liberal de Estado, sendo a contraface do Estado Legal e do Estado de Polícia – “no qual o Direito é apenas um instrumento sob plena disponibilidade do Estado”²⁴. Ele não irrompe num determinado momento histórico precisamente delimitado²⁵. Para concretizá-lo, há obrigação de procurar o pluralismo de estilos culturais, a diversidade de circunstâncias e condições históricas²⁶. A domesticação do domínio político pelo Direito faz-se de vários modos²⁷, sendo todos esses resumidos na expressão do Estado de Direito, que para além da legalidade estatal, representa e referenda um algo mais que irá se explicitar no seu conteúdo²⁸.

Conforme explica Sarlet²⁹, o Estado de Direito tem como ponto de partida alguns elementos comuns, como a supremacia do Direito e a correlata limitação jurídica do poder, bem como a garantia da autonomia e liberdades individuais. Porém, o caminho percorrido pelo Estado de Direito, na sua trajetória evolutiva,

²¹ Cf. MACCORMICK, 2002, p. 19-20.

²² Ibid, p. 20-21.

²³ Ibid, p. 21-22.

²⁴ Cf. STRECK; MORAIS, 2008, p. 92.

²⁵ Cf. CANOTILHO, 2003, p. 93.

²⁶ Ibid., p. 93.

²⁷ Ibid., p. 93.

²⁸ Cf. STRECK; MORAIS, 2008, p. 92.

²⁹ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Dos princípios fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva Jur, 2021. Minha Biblioteca.

levou à formação de modelos mais ou menos distintos entre si³⁰. Segundo o autor³¹ “a assim chamada ‘*rule of law*’ da tradição anglo-americana não se confunde com o Estado de Direito (*Rechtstaat*) alemão, apenas para referir duas das principais tradições nessa seara” (grifos do autor).

Para Canotilho³², o Estado de Direito possui uma natureza material, procedimental e formal, “que visa dar resposta ao problema do conteúdo, extensão e modo de proceder da actividade do estado”. Na visão material do Estado de Direito são agregados conteúdos, estes vão se qualificando, sendo, inicialmente, liberais, alcançando uma formulação social e culminando no democrático. Os conteúdos não se excluem, mas se agregam no que não se contradizem, ou seja, a liberdade almejada pelo conteúdo liberal deve ser equalizada à justiça social desenvolvida pela vertente social.

Em obra escrita conjuntamente com Moreira, Canotilho³³ explica que a fórmula do Estado de Direito pode ser sintetizada em três elementos: juridicidade, constitucionalidade e direitos fundamentais. A juridicidade representa a conformidade do poder político pelo Direito, utilizando-se de regras, formas e procedimentos que excluam a prepotência do Estado, com a existência de garantias jurídicas e valores. A constitucionalidade pressupõe a existência de uma Constituição com a afirmação do princípio da constitucionalidade, derivada do primado ou supremacia do Direito. Por fim, os Direitos Fundamentais representam o respeito do Estado pela autonomia das pessoas, ao assegurar a defesa da liberdade, justiça, solidariedade e a dignidade da pessoa humana³⁴.

Assim, Estado e Direito são compreendidos como autônomos que coexistem e se relacionam. No momento em que o Estado está lastreado na forma de um Estado de Direito, este deve procurar, no Direito, os melhores critérios para o exercício legítimo de seu poder³⁵. O Estado de Direito submete o poder do Estado ao Direito (*state-under-law*), fazendo com que todo poder que decorre do Estado estará submetido a análise do Direito, prevenindo os arbítrios que possam decorrer do exercício deste poder.

³⁰ Cf. SARLET, 2021.

³¹ Ibid.

³² Cf. CANOTILHO, 2003, p. 243.

³³ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 82.

³⁴ Ibid., p. 82-83.

³⁵ Cf. MACCORMICK, 2002, p. 9.

A fórmula geral do Estado de Direito estabelece um modelo de Estado que, ao ser submetido ao Direito, tem como valor essencial a tutela e a salvaguarda da dignidade da pessoa humana “como centro invariável da esfera da autonomia individual que se procura garantir através da limitação jurídica do Estado”³⁶. Portanto, todo Estado que almeja ser um Estado de Direito deve manter a tutela e a salvaguarda da dignidade da pessoa humana em seu conteúdo.

Compreendidas as bases de um Estado de Direito, importa saber o que é o Estado Democrático de Direito. Segundo Silva³⁷, “a configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo”. Tal conceito leva em conta os componentes que formulam tanto o Estado de Direito quanto um Estado Democrático, mas os supera na medida que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*³⁸. Conforme explicam Streck e Morais³⁹

A Constituição do Brasil de 1988 – ao lado do princípio republicano e da forma federativa de Estado, princípios fundamentais da organização do Estado, inova ao incorporar o conceito de Estado Democrático de Direito, na tentativa de conjugar o ideal democrático ao Estado de Direito, não como uma aposição de conceitos, mas sob um conteúdo próprio onde estão presentes as conquistas democráticas, as garantias jurídico-legais e a preocupação social. Tudo constituindo um novo conjunto onde a preocupação básica é a transformação do *status quo*.

O Estado Democrático, diferente de um Estado Liberal, busca no princípio da soberania popular a participação efetiva do povo na coisa pública, esta que não se exaure na simples formação das instituições representativas⁴⁰. De acordo com Streck e Morais⁴¹ o Estado Democrático busca uma efetiva concretização da igualdade, “pela realização [...] de intervenções que impliquem diretamente uma mudança substantiva nas circunstâncias de vida da comunidade política”.

³⁶ Cf. NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**. São Paulo: Editora Almedina, 2006, p. 198.

³⁷ Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 119.

³⁸ *Ibid.*, p. 119.

³⁹ Cf. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. Estado Democrático de Direito. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET, I. W.; STRECK, L. L.; MENDES, G. F. (orgs). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2018, p. 114-115.

⁴⁰ Cf. SILVA, 2009, p. 119.

⁴¹ Cf. STRECK; MORAIS, 2018, p. 115.

Isto é o que Novais⁴² chama de estadualização da sociedade e socialização do Estado. Assim, de um lado tem-se uma estruturação e regulação da vida social a partir do impulso e da conformação estadual, enquanto do outro lado reconhece-se e estimula-se a pressão e o controle da sociedade sobre o Estado⁴³.

Para Novais⁴⁴, um Estado Democrático de Direito, com elementos sociais, empenha-se

Consciente e deliberadamente, no processo produtivo, na redistribuição do produto social e na direcção ou mesmo planificação do processo económico. A justiça social e a prossecução da igualdade material – e não já apenas da igualdade perante a lei – são elevadas a fins essenciais do Estado [...].

Ao estabelecer o Estado brasileiro como um Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal brasileira de 1988 irradiou os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado⁴⁵. Assim, o Direito, ao interagir com o Estado, será imantado por estes valores, o enriquecendo do sentir popular, se ajustando ao interesse coletivo⁴⁶. Nesse sentido estão Streck e Morais, ao afirmarem que o Estado Democrático de Direito estipula um

Sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, seja como Estado “de distância”, porque os direitos fundamentais asseguram ao homem uma autonomia perante os poderes públicos, seja como um Estado “antropologicamente amigo”, pois respeita a dignidade da pessoa humana e empenha-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade.

De acordo com Novais⁴⁷, independente do modelo de Estado, se ele quiser ser um Estado de Direito, ele deve garantir a existência de Direitos Fundamentais. Para o autor, a interpretação dos Direitos e liberdades fundamentais, em um Estado Democrático de Direito orientam-se em cinco direcções principais: o primeiro é a fundamentalização dos direitos sociais, ou seja, os direitos que se traduzem na exigência de prestações positivas e materiais a realizar pelo Estado em favor dos indivíduos⁴⁸; em segundo lugar é

⁴²Cf. NOVAIS, 2006, p. 180.

⁴³Cf. NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 31.

⁴⁴Ibid., p. 31.

⁴⁵SILVA, 2009, p. 119.

⁴⁶Ibid., p. 119.

⁴⁷Cf. NOVAIS, 2004, p. 31.

⁴⁸ Ibid., p. 31-32.

a reinterpretação dos direitos e garantias tradicionais do Estado Liberal (igualdade, dignidade, liberdade, etc.) à luz da socialidade, devendo o Estado garantir a igualdade material no exercício destes direitos aos cidadãos⁴⁹; em terceiro, é a generalização dos direitos políticos⁵⁰; em quarto lugar, surgem novos tipos de direitos atinentes à integração e responsabilização social, sendo direitos de certas categoriais sociais; por último, os direitos fundamentais passam a ser concebidos como direitos de defesa contra qualquer tipo de abuso ou violação praticadas tanto pelas autoridades públicas, quanto pela própria sociedade⁵¹.

O conhecimento acerca do conteúdo de um Estado de Direito, no caso o Democrático, remete ao estudo dos princípios estruturantes⁵². Estes são as bases e fundamentos para existência de tal modelo, independente de regimes políticos ou sistema de governo⁵³. Eles constituem a estrutura jurídica de qualquer Estado de Direito estabelecendo limites aos limites às ações e omissões restritivas de direitos realizadas pelo Estado⁵⁴. Então, sempre que houver a necessidade de restringir um direito fundamental, por parte do Estado, por mais justificável que seja a restrição, ela ainda deve passar pelo crivo dos princípios estruturantes⁵⁵.

Portanto, são princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito o próprio Estado de Direito, a dignidade da pessoa humana, a igualdade (material e formal), a realização da justiça social (socialidade) – com uma recíproca intervenção entre Estado e Sociedade –, o primado do Direito (com os princípios da legalidade e constitucionalidade), a separação dos poderes, a garantia dos

⁴⁹ Cf. NOVAIS, 2004, p. 33.

⁵⁰ Ibid., p. 33-34.

⁵¹ Ibid., p. 34.

⁵² Enquanto Alexy afirma que os princípios possuem natureza relativa, pois constituem a estrutura de normas de Direitos Fundamentais (ALEXY, 2015, p. 111-114), Novais entende que os princípios estruturantes possuem natureza absoluta. A diferença reside na compreensão de que os princípios estruturantes possuem a função de enquadrar e condicionar a atuação geral dos poderes públicos em um Estado de Direito, além de funcionar na qualidade de limites aos limites das ações ou omissões restritivas do Estado aos direitos fundamentais. Desse modo, Novais explica que “as normas constitucionais que acolhem os princípios estruturantes consagram, simultaneamente, correspondentes direitos fundamentais” (NOVAIS, 2019, p. 15). Então, existem os princípios estruturantes, de natureza absoluta, e os direitos fundamentais correspondentes, com natureza relativa. Isto não significa que todo direito fundamental irá decorrer dos princípios estruturantes, apenas que eles, também, podem ter direitos fundamentais correspondentes, como é o caso da igualdade ou da legalidade.

⁵³ Cf. NOVAIS, 2019, p. 10.

⁵⁴ Ibid., p. 12.

⁵⁵ Ibid., p. 19.

direitos fundamentais, a segurança e a certeza jurídica, dentre outros. Tais princípios são de extrema relevância em um Estado Democrático de Direito, garantindo um livre desenvolvimento da sociedade e dos indivíduos.

Então, Estado, Direito e Moral devem ser compreendidos como elementos autônomos que se relacionam. Principalmente em um Estado Democrático de Direito, que presa pela relação recíproca entre Estado e Sociedade, com o poder do Estado submetido ao Direito, devendo, sempre, respeitar as formas e conteúdos do Direito. Sob este prisma que se observa a necessidade da construção de um conceito de Direito que se aproxime da moral, não de modo impositivo, mas racional. Toda interferência do Estado na liberdade necessita de fundamentos. Partindo desta premissa que a próxima tese aproxima o Direito com a Moral buscando justificar as ações do Estado, servindo como meio para legitimar atos paternalistas com base em um critério de justiça.

2.2 A pretensão de correção

Ao entender que Estado, Direito e Moral são autônomos e se relacionam, chega o momento de assimilar um conceito de Direito. Como fora demonstrado, até então, o Direito, ao aproximar do Estado, apresenta uma estrutura formal com viés coercitivo e, ao aproximar da Moral, traz elementos de conteúdo material. Desse modo, Alexy⁵⁶ entende que todo conceito de Direito compõe-se da determinação e ponderação de três elementos: (1) a decretação de acordo com a ordem; (2) a eficácia social; e (3) a correção quanto ao conteúdo. Quem exclui o terceiro elemento, apresenta um conceito de Direito Positivista, em que qualquer conteúdo pode ser Direito, ou seja, remete ao Estado Legal. Do contrário, quem agrega o terceiro elemento percebe um conceito de Direito não-positivista, que se aproxima do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, Alexy⁵⁷ afirma que o Direito tem dupla natureza, não compreendendo apenas uma dimensão fática ou institucional (que observa ordens autoritativas imantadas de eficácia social), mas, também, uma dimensão

⁵⁶ Cf. ALEXY, 2011, p. 19.

⁵⁷ Cf. ALEXY, Robert. Sobre la tesis de una conexión necesaria entre derecho y moral: la crítica de Bulygin. *In*: ALEXY, R.; BULYGIN, E. (orgs). **La pretensión de corrección del derecho**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 95.

ideal, ou crítica, (com elementos de correção moral). No desenvolver de uma teoria discursiva no Estado Democrático de Direito, Alexy apresenta a pretensão de correção⁵⁸, sendo essa o germe que leva ao rompimento do conceito de Direito Positivista⁵⁹.

A pretensão de correção se desenrola em dois passos. Em um primeiro momento é demonstrado que o Direito promove, necessariamente, uma pretensão de correção. Em um segundo momento consiste em explicar que esta pretensão implica em uma conexão necessária entre o Direito e a Moral⁶⁰.

Pretensões somente podem ser desenvolvidas por sujeitos capazes de falar e de atuar⁶¹. Então, ao afirmar que o Direito promove uma pretensão de correção, seria falar que “a promovem aqueles que atuam no e para o Direito ao eles o criar, interpretar, aplicar e impor”⁶². Assim, promover a pretensão de correção consiste na tríade de (1) afirmação de correção, (2) garantia de fundamentabilidade e (3) esperança do reconhecimento da correção⁶³. Isto é mais evidente nos casos dos atos institucionais, tais como os atos de expedição de leis ou os atos judiciários⁶⁴. Cada um que, como participante de um sistema jurídico (advogado diante do tribunal ou cidadão na discussão pública), alega argumentos a favor ou contra determinados conteúdos, promove a pretensão de correção, composta da afirmação da correção, da garantia de fundamentabilidade e da esperança do reconhecimento⁶⁵.

Desse modo entende Gavião Filho⁶⁶:

colocar a pretensão de correção de uma decisão judicial *a* é afirmar (*asserts*) que *a* é correto, garantir (*guarantees*) que *a* pode ser justificado e ter a expectativa (*expects*) de que todos os destinatários

⁵⁸ Sabe-se que foram desferidas várias críticas à tese da pretensão de correção. Para fins de síntese, estas não serão abordadas no trabalho, mas caso haja interesse, indica-se: AMADO, Juan Antonio García. Sobre a ideia de pretensão de correção do direito em Robert Alexy: considerações críticas. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 104, p. 53-127, jan./jun. 2012; BULYGIN, Eugenio. La tesis de Alexy sobre la conexión necesaria entre el derecho y la moral. In: ALEXY, R.; BULYGIN, E. (orgs). **La pretensión de corrección del derecho**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 85-94.

⁵⁹ Cf. ALEXY, 2011, p. 20.

⁶⁰ Cf. ALEXY, Robert. **El concepto y la naturaleza del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 62.

⁶¹ *Ibid.*, p. 63.

⁶² Cf. ALEXY, 2011, p. 20.

⁶³ *Ibid.*, p. 21.

⁶⁴ Cf. ALEXY, 2008, p. 63.

⁶⁵ Cf. ALEXY, 2011, p. 21.

⁶⁶ Cf. GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 153.

vão aceitar a. A compreensão, interpretação e aplicação das normas jurídicas pelos juízes carregam, sempre, uma promoção da pretensão de correção. Quando um juiz decide um caso aplicando uma norma jurídica, coloca a pretensão de que a proposição normativa particular vinculante juridicamente para as partes do conflito seja correta, assume a garantia de justificá-la e mantém a esperança de que a sua decisão seja aceita como correta pelas próprias partes e pela comunidade.

Dentro da noção de que o Direito, necessariamente, promove a pretensão de correção estão duas distinções.

A primeira é a distinção entre uma formulação subjetiva, ou pessoal, e uma formulação objetiva, ou oficial, da pretensão de correção⁶⁷. Conforme explica Gavião Filho⁶⁸ “um agente que cria, interpreta, aplica e impõe o Direito coloca a pretensão de correção subjetivamente se lhe é dado *decidir* sobre colocar ou não a pretensão de correção ao criar, interpretar, aplicar ou impor o Direito”. Porém, mesmo quando um agente não coloca a pretensão de correção, ela se conecta objetivamente ao seu ato, pelo ato fazer parte do sistema jurídico. Então, diferentemente da formulação subjetiva, a pretensão de correção é colocada objetivamente quando ao agente não é dado decidir sobre utilizar ou não a pretensão ao criar, interpretar, aplicar ou impor o Direito⁶⁹. Isso ocorre, pois a formulação objetiva da pretensão de correção está vinculada com o papel do participante no sistema jurídico⁷⁰.

Com isso surge a segunda distinção, que parte da diferença entre os atos jurídicos em geral e o sistema jurídico como um todo⁷¹. Desse modo, sistemas normativos que não formulam a pretensão de correção, explícita ou implicitamente, não são sistemas jurídicos, com a pretensão assumindo uma relevância classificatória do sistema⁷². O ponto central desse argumento é a pretensão de correção colocada pelo Direito, que pode ser designada como argumento de correção (*Richtigkeitsargument*)⁷³, sistemas que não colocam a pretensão são sistemas de poder, força e coerção, sem a categoria da correção, ou seja, não são jurídicos⁷⁴.

⁶⁷ Cf. ALEXANDER, 2001, p. 104.

⁶⁸ Cf. GAVIÃO FILHO, 2011, p. 153.

⁶⁹ Ibid., p. 155.

⁷⁰ Ibid., p. 155.

⁷¹ Cf. ALEXANDER, 2001, p. 105.

⁷² Cf. ALEXANDER, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução: Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WFM Martins Fontes, 2009, p. 43.

⁷³ Cf. GAVIÃO FILHO, 2011, p.156.

⁷⁴ Cf. ALEXANDER, 2001, p. 109-110.

Agora, se o sistema formula a pretensão de correção, explícita ou implicitamente, mas não a satisfaz nos seus atos, isso não é suficiente para desclassificar o sistema como um todo. Segundo Alexy⁷⁵ “do ponto de vista jurídico, sistemas que formulam essa pretensão mas não a satisfazem são defeituosos. Nesse aspecto, a pretensão à correção tem uma relevância qualificadora”. O sistema jurídico não perde sua característica jurídica se algumas normas ou decisões isoladas não formulam a pretensão de correção, sendo consideradas, tão somente, defeituosas⁷⁶. Uma coisa é formular a pretensão e outra completamente diferente é satisfazê-la⁷⁷.

A pretensão de correção pressupõe a tese da vinculação (*Verbindungsthese*) necessária entre o conceito de Direito e a moralidade, configurando uma manifestação da tese não positivista (*nichtpositivistische*)⁷⁸. Assim, a pretensão de correção estabelece uma relação classificativa entre o sistema jurídico e a Moral, sendo que o adjetivo jurídico apenas existe se o Direito promove a pretensão de correção, enquanto nas normas jurídicas e decisões isoladas (os atos jurídicos em geral) a pretensão estabelece uma relação qualificativa com a Moral.

Em uma conexão qualificativa, o fato de uma norma, sistema de normas ou decisão judicial isolada não observar os critérios da racionalidade Moral implica apenas que tal norma, sistema de normas ou decisão judicial isolada sejam qualificados como defeituosos, mas não inválidos⁷⁹. Somente quando configurar a hipótese de extrema injustiça⁸⁰ é que será o caso de invalidade⁸¹.

Nesse sentido, a pretensão de correção se converte, substancialmente, em uma pretensão de correção Moral que somente se satisfaz quando a Moral for interpretada em um sentido forte, ou seja, como uma Moral correta⁸². A Moral em sentido forte é aquela justificável. Um juízo Moral que não seja justificável

⁷⁵ Cf. ALEXY, 2009, p. 43.

⁷⁶ Cf. ALEXY, 2001, p. 111.

⁷⁷ Ibid., p. 109.

⁷⁸ Cf. GAVIÃO FILHO, 2011, p. 155.

⁷⁹ Ibid., p. 157.

⁸⁰ Neste ponto, Alexy estabelece as bases para a compreensão do argumento da injustiça, conforme a fórmula de Radbruch, em seu sentido simples, podendo ser aplicado a normas individuais ou ao sistema jurídico como um todo. Assim, Alexy entende que para uma norma perder sua validade jurídica ela deve atingir um “grau insustentável” de injustiça, ou seja, a extrema injustiça. (ALEXY, 2009, p. 48).

⁸¹ Cf. GAVIÃO FILHO, 2011, p. 157.

⁸² Cf. ALEXY, 2001, p. 108; ALEXY, 2009, p. 94-95.

não é correto. A Moral justificável possui condições mínimas de sobreviver em um processo de livre argumentação⁸³.

A chave para determinar o que é correto ou incorreto, justo ou injusto, é o que Alexy⁸⁴ chama de pretensão à fundamentabilidade, implicada pela pretensão de correção. A pretensão à fundamentabilidade “leva a exigências que uma moral deve cumprir minimamente para não ser identificada como falsa, bem como a exigências que uma moral deve cumprir ao máximo para ter a perspectiva de ser uma ou a moral correta”⁸⁵. Por este motivo que uma Moral discriminatória não iria satisfazer as exigências de uma fundamentação racional, pois esta não possui as justificativas empíricas necessárias para se manter como correta.

Por mais que o Direito possua elementos Morais em seu conceito, Direito e Moral não se confundem, de acordo com Alexy⁸⁶, a conexão entre o conceito de Direito com elementos da Moral não pressupõe uma Moral efetivamente compartilhada por todos. O Direito promove objetivamente a pretensão de correção, o que o classifica como justo e moralmente correto, de tal forma que no âmbito do discurso jurídico não se deseja que “a proposição normativa seja absolutamente (*schlechthin*) racional”⁸⁷, apenas que ela seja racionalmente justificável no marco do ordenamento jurídico. Segundo Alexy⁸⁸, “o que em um sistema normativo é correto, depende, essencialmente, daquilo que foi determinado fundado em autoridade ou institucionalmente”. Assim, a pretensão de correção do discurso jurídico se apresenta diferente da pretensão de correção do discurso prático geral⁸⁹. Ambas se assemelham quando exigem fundamentos, mas nunca se confundem.

Trazendo isto em uma fórmula concisa, se quer dizer que a argumentação jurídica está vinculada à lei e ao precedente e deve observar o sistema de Direito aprofundado pela dogmática jurídica⁹⁰. Se a lei, o precedente e a dogmática jurídica não determinarem a resposta a uma questão, o que define os casos

⁸³ Cf. ALEXY, 2001, p. 109.

⁸⁴ Cf. ALEXY, 2009, p. 96.

⁸⁵ Ibid., p. 96.

⁸⁶ Cf. ALEXY, 2001, p. 107.

⁸⁷ Cf. GAVIÃO FILHO, 2011, p. 159.

⁸⁸ Cf. ALEXY, 2011, p. 39.

⁸⁹ Cf. GAVIÃO FILHO, 2011, p. 159.

⁹⁰ Cf. ALEXY, 2011, p. 39.

difíceis, são necessárias valorações adicionais⁹¹, que são recolhidas na argumentação prática geral⁹², satisfazendo a pretensão de correção enquanto são fundamentadas⁹³. Com isso, pode ser afirmada a integração da argumentação jurídica no contexto da racionalidade discursiva⁹⁴.

Assim é possível traçar uma relação entre a pretensão de correção com as decisões judiciais e as suas justificações⁹⁵. Esta relação ocorre sob dois aspectos:

O primeiro se refere à justificação correta de uma decisão porque dada conforme as normas jurídicas válidas dadas autoritativamente. Nesse sentido, uma decisão judicial é correta quando aplica uma norma jurídica criada validamente no marco do ordenamento jurídico vigente (*im Rahmen der geltenden Rechtsordnung*). O segundo aspecto da correção da pretensão de correção se refere a se o ordenamento jurídico vigente é justo ou racional⁹⁶.

Do contrário, uma decisão judicial que aplica uma norma jurídica válida, mas irracional ou injusta, não coloca a pretensão de correção nesses dois aspectos⁹⁷. Ela cumpre os princípios da segurança jurídica, separação dos poderes e da democracia, porém é irracional ou injusta, tornando-se imperfeita ou defeituosa. O seu problema está na falta do terceiro elemento exigido pelo conceito de Direito, sendo esse a correção⁹⁸. Deste modo, ao “aplicar uma norma jurídica válida, o papel do discurso jurídico é zero quanto ao conteúdo da decisão jurídica mesma, mas é essencial para indicar as razões de sua incorreção e a

⁹¹ Cf. ALEXY, 2011, p. 39.

⁹² Nesta relação que Alexy aponta a tese do caso especial, esta remete a ideia de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático, ou seja, “na argumentação jurídica, trata-se, como na argumentação prática geral, em último lugar, sempre disto, o que é ordenado, proibido e permitido, portanto, de questões práticas”. (ALEXY, 2011, p. 39). Conforme Gavião Filho “essa integração dos argumentos práticos gerais no contexto do jurídico pode ser concebida em dois modos. O primeiro é o coerentista (*coherentist*), e o segundo é o procedimental (*procedural*). O holismo jurídico é manifestação mais radical do ponto de vista coerentista, significando que todas as premissas da argumentação já estão dadas previamente no sistema jurídico, necessitando apenas serem descobertas [...], a ideia do holismo jurídico no sentido de uma perfeita ou ideal coerência não é realizável. Qualquer tentativa em favor dessa ideia evidencia sua dependência de valorações e normas que ainda não estão dadas validamente no ordenamento jurídico. Além disso, com as normas jurídicas somente podem ser aplicadas por intermédio de atos de pessoas e pela via de procedimentos, o sistema jurídico, por si mesmo, não pode produzir coerência”. (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 161).

⁹³ Cf. GAVIÃO FILHO, 2011, p. 161; ALEXY, 2011, p. 39-40.

⁹⁴ Cf. GAVIÃO FILHO, 2011, p. 161.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 159.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 160.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 161.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 161.

medida para sua crítica”⁹⁹. A pretensão de correção, nesse caso, como uma pretensão à fundamentabilidade que busca uma moral correta, segundo Alexy¹⁰⁰, “tem o caráter de uma ideia reguladora, no sentido de um objetivo a ser ambicionado”. Nesta maneira que a pretensão de correção leva a uma dimensão ideal, ou crítica, necessariamente vinculada ao Direito. Voltando a fórmula anteriormente apresentada: (1) afirmação de correção, (2) garantia de fundamentabilidade e (3) esperança do reconhecimento da correção.

Portanto, o Direito promove, necessariamente, a pretensão de correção, o fazendo de maneira explícita ou implícita, classificando um sistema normativo como jurídico e estabelecendo uma conexão rígida entre o Direito e a Moral, sendo a pretensão, neste ponto, uma pretensão de justiça. Ao promover a pretensão, aqueles que atuam no e para o Direito podem, ou não, satisfazê-la, assimilando uma conexão qualificativa, ou seja, flexível entre o Direito e a Moral, que se ultrapassar o limite da extrema injustiça, a norma individual ou a decisão isolada irão perder o seu caráter jurídico. Quem afirma uma correção deve apresentar argumentos que fundamentem estar a sua afirmação de acordo com uma Moral Correta, esperando que a sua correção seja aceita tanto pelo sistema jurídico quanto pelas pessoas aos quais ela se dirija. Por fim, a pretensão de correção acaba por aproximar o discurso jurídico ao discurso prático geral, estabelecendo as bases para o argumento da injustiça e do argumento dos princípios, buscando um fundamento justo ao Direito, algo de extrema relevância para a próxima tese.

2.3 Paternalismo jurídico

Os crimes de lenocínio possuem uma conexão com as teses desenvolvidas sobre o paternalismo, tema que anseia uma aproximação entre o Direito, o Estado e a Moral.

A definição de paternalismo pode ser encontrada em diversos autores, sendo resumida como uma atitude realizada por alguém com o intuito de promover um bem ou evitar um mal a outrem. Para Dworkin¹⁰¹, paternalismo

⁹⁹ Cf. GAVIÃO FILHO, 2011, p. 161.

¹⁰⁰ Cf. ALEXY, 2009, p. 96.

¹⁰¹ Cf. DWORKIN, Gerald. Paternalism. **The Monist**, v. 56, i. 1, p. 64-84, jan., 1972, p. 65.

refere-se à interferência na liberdade de agir de uma pessoa, justificado exclusivamente nas razões de bem-estar, bem, felicidade, necessidade ou valores da pessoa que está sofrendo a restrição. Já a etimologia da palavra paternalismo¹⁰² remete à ideia de um tipo de comportamento de um superior sobre seu inferior, como um pai agindo sobre o comportamento de seu filho¹⁰³.

Segundo Martinelli¹⁰⁴ existem três conceitos de paternalismo, estes vão se afinando, ao ponto de um ser mais amplo que o outro. O primeiro conceito é referente ao paternalismo geral, o segundo ao paternalismo jurídico e o último ao paternalismo jurídico-penal. É necessário compreender o paternalismo como um fenômeno farto, antes de restringir a sua abrangência, alcançando um melhor entendimento sobre o que é o paternalismo jurídico. Portanto, será elencado algumas características relevantes da definição de paternalismo, para fugir das críticas que encontram nele apenas uma explicação para o uso das leis do Estado como meios de restringir a liberdade individual¹⁰⁵.

As partes de uma relação paternalista podem variar. Em introdução a um de seus trabalhos, Dworkin¹⁰⁶ apresenta várias situações que são compreendidas como ações paternalistas, por exemplo, quando um médico decide por não contar ao seu paciente a verdade sobre a sua condição de saúde, ou quando um cônjuge esconde as pílulas de sono do outro cônjuge por este ser depressivo, ou quando o governo proíbe a venda de várias drogas por estas serem prejudiciais à saúde das pessoas. Logo, qualquer pessoa ou instituição pode fazer parte, inicialmente, desta relação.

O comportamento paternalista instiga a intervenção na liberdade de escolha de alguém. Conforme ensina Gowder¹⁰⁷, estas intervenções possuem diferentes formas, não se restringindo ao uso exclusivo da força, dentre elas estão a manipulação psicológica, o manuseio de informação, a troca de informação, o controle da linguagem de modo que reduz as opções de escolha

¹⁰² “*Pater*” vem do latim e significa pai.

¹⁰³ Cf. MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal**: limites da interferência do Estado na liberdade individual pelo uso das normas penais. São Paulo: Editora LiberArs, 2015, p. 85.

¹⁰⁴ Ibid, p. 86-87.

¹⁰⁵ Ibid, p. 86.

¹⁰⁶ Cf. DWORKIN, Gerald. **Paternalism**. In: Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2014. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/paternalism/>. Acesso no dia: 6 mar. 2021.

¹⁰⁷ Cf. GOWDER, Paul. Democratic paternalism, not libertarian paternalism. **Georgetown Journal of Law & Public Policy**, n. 14, p. 747-782, 2016, p. 750. HeinOnline.

da pessoa etc. Existindo mais de um comportamento que possa ser considerado paternalista.

Quando alguém concorda com a conduta de quem lhe quer bem, tal tratamento deixa de ser paternalista. Para o paternalista pouco importa se a parte afetada queira, consinta ou assuma os prejuízos que o protetor procura evitar¹⁰⁸. Conforme explica Dieterlen¹⁰⁹, a intervenção paternalista pode definir-se como uma ação contrária às preferências, intenções ou disposições do sujeito afetado. Consequentemente, quando se realiza um comportamento paternalista, deve haver um conflito de vontades entre o agente paternalista e o sujeito afetado.

A falta de confiança na capacidade de alguém também é uma característica do conceito de paternalismo. Tal atributo não carece de exemplos históricos para ser ilustrado, sendo observado no papel dos jesuítas ao tentarem catequizar os povos nativos das Américas¹¹⁰. De acordo com Martinelli¹¹¹ “a vida comunitária primitiva era vista como algo impróprio pelos jesuítas, pois os deuses a quem obedeciam não era o mesmo da Igreja Católica”. O autor¹¹² prossegue dizendo que a falta de confiança na capacidade de alguém sugere uma suposta vulnerabilidade da parte considerada mais fraca, o que tende a ser compensado com o comportamento de uma pessoa que se julga mais preparada.

No momento em que alguém age de forma paternalista, contrariando a vontade de terceiro, o faz por não confiar na capacidade desta pessoa. De tal maneira que Barreto Neto¹¹³ afirma existir dois requisitos subjetivos para toda ação paternal. O primeiro decorre da característica “falta de confiança”, ou da presunção de incapacidade do protegido, sendo que o sujeito paternalista tem a certeza de que as suas decisões são as melhores para o beneficiado. Para ele não existe uma “presunção de incapacidade”, mas, sim, a convicção de que o protegido é incapaz. O segundo requisito subjetivo é o desejo de querer o bem do outro, não sendo possível conceber uma intervenção paternalista com um

¹⁰⁸ Cf. BARRETO NETO, Heráclito Mota. Paternalismo Jurídico-Penal, autonomia e vulnerabilidade: critérios de legitimação de intervenções paternalistas sobre a autonomia individual em matéria penal. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**, v. 1, n. 2, p. 112-143, 2015, p. 119.

¹⁰⁹ Cf. DIETERLEN, Paulette. Paternalismo y Estado de bienestar. **Doxa: cuadernos de filosofía del derecho**, n. 5, p. 175-194, 1988, p. 178.

¹¹⁰ Cf. MARTINELLI, 2015, p. 95.

¹¹¹ Ibid, p. 95.

¹¹² Ibid, p. 96.

¹¹³ Cf. BARRETO NETO, 2015, p, 119.

resultado prejudicial à pessoa afetada. Nesse sentido, ao ter um comportamento paternalista, o sujeito almeja promover um bem ou evitar um mal ao indivíduo tutelado.

Estabelecido as características do paternalismo geral, é possível ter uma melhor compreensão de sua definição. Porém, como salienta Dworkin¹¹⁴, o termo “paternalismo”, usado em contextos comuns, é muito amplo, o que dificulta a sua análise em situações específicas, necessitando estipular um parâmetro que agregue, de maneira útil, uma certa quantidade de casos particulares. Seguindo a irresignação de Dworkin que é possível apresentar o primeiro afinamento conceitual do paternalismo, adicionando o adjetivo “jurídico” ao seu nome.

Nas relações desenvolvidas entre Estado e Direito está o uso do Direito como um objeto pelo qual o poder é exercido¹¹⁵. Quando o Estado cria leis, ele está utilizando dos meios formais do Direito para exercer o seu poder e conquistar o controle social. Assim, o paternalismo jurídico estimula essa aproximação entre o Estado e o Direito, pois para que o Estado se comporte de maneira paternalista, tal atitude deve ser legitimada e revestida pelo Direito.

Porém, a fórmula do paternalismo jurídico, como o comportamento paternalista do Estado revestido da forma e conteúdo do Direito, ainda necessita de algo mais. Martinelli¹¹⁶ adverte que a interferência na liberdade realizada pelo Poder Público, em um Estado Democrático de Direito, precisar ser justificada, indo além de uma mera descrição de “o que é paternalismo”. Nesse sentido está Farrell¹¹⁷ quando este diz ser por conta da violação da autonomia alheia que surgem aspectos normativos para justificarem os atos paternalistas do Estado. Então, além de revestido pela forma e conteúdo do Direito, deve haver uma justificativa para a atitude paternalista do Estado.

Com a finalidade de apresentar situações em que o paternalismo jurídico seja legítimo, grande parte da doutrina procurou categorizar diferentes formas de compreender este fenômeno. Cada classificação possui objetos e

¹¹⁴ Cf. DWORKIN, 2014.

¹¹⁵ Cf. MACCORMICK, 2002, p. 20.

¹¹⁶ Cf. MARTINELLI, 2015, p. 86.

¹¹⁷ Cf. FARRELL, Martin D. Autonomy and paternalism: The political philosophy of Joseph Raz. *Ratio Juris*, v. 4, n. 1, p. 52-60, mar. 1991, p. 54-55. HeinOnline.

fundamentos próprios. As que serão apresentadas são as que melhor representam uma conexão com o tema da descriminalização do lenocínio.

Dentre os principais autores que discorrem sobre o paternalismo jurídico está Feinberg. Ele cria uma distinção relacionada ao peso atribuído à voluntariedade das ações da pessoa restringida, surgindo o paternalismo rígido e o paternalismo moderado¹¹⁸.

Por paternalismo rígido entende-se aceitar a necessidade de proteger adultos competentes e capazes, contra a sua vontade, de sofrerem lesões, como fundamentos de uma intervenção penal¹¹⁹. Já o paternalismo moderado¹²⁰ segue as motivações liberais estabelecidas por John Stuart Mill, se afastando do senso protetivo do paternalismo rígido¹²¹. O conceito de paternalismo moderado é o Direito que o Estado tem de defender condutas lesivas consentidas apenas quando não houver, essencialmente, a voluntariedade da pessoa prejudicada ou quando a intervenção for necessária, a tempo determinado, para conferir se a lesão foi consentida ou não¹²², é o caso de interferir nas autolesões quando praticadas por crianças¹²³.

Outra importante classificação foi proposta por Dworkin, em que ele divide as interferências paternalistas entre puras e impuras¹²⁴.

No paternalismo puro, o grupo de pessoas que tem a sua liberdade restringida é o mesmo grupo que se beneficiaria pela atividade exercida¹²⁵, por exemplo, proibir nadadores de nadar quando não há salva-vidas presentes¹²⁶. Por outro lado, o paternalismo impuro¹²⁷ remete a interferência na liberdade de

¹¹⁸ Cf. FEINBERG, Joel. **Harm to self**. New York: Oxford University Press, 1986, p. 12.

¹¹⁹ Ibid, p.12.

¹²⁰ Feinberg salienta que o paternalismo moderado pode ser entendido como uma conduta não paternalista, devendo ser classificado de acordo com o princípio da lesividade, sendo uma versão deste princípio, pois autoriza a restrição de condutas que causam lesão ou perigo de lesão (FEINBERG, 1986, p. 12). De acordo com Martinelli, que faz uma forte análise da obra de Feinberg, “o autor entende que o paternalismo moderado não é por completo um tipo de paternalismo, pois, na verdade, poder-se-ia usar o rótulo “anti-paternalismo” moderado, uma vez que há limites para se aceitar o Direito Penal de forma paternalista” (MARTINELLI, 2015, p. 116).

¹²¹ Cf. FEINBERG, 1986, p.12.

¹²² Ibid, p. 12.

¹²³ Cf. MARTINELLI, 2015, p. 100.

¹²⁴ Cf. DWORKIN, 1972, p. 68.

¹²⁵ Ibid., p. 68

¹²⁶ Cf. DWORKIN, 2014.

¹²⁷ Neste conceito trabalhado, Dworkin afirma que, para alguns, o paternalismo impuro não seria uma tese paternalista, afinal os casos de paternalismo impuro podem ser justificados por medidas não paternalistas, utilizando-se o princípio da lesividade. Porém o autor exalta que paternalismo sempre envolverá a limitação da liberdade de alguém contra o seu interesse, podendo estender esta limitação à liberdade de alguém nos quais os interesses não estão em

alguém para beneficiar outra pessoa¹²⁸, Martinelli usa como exemplo de paternalismo impuro o artigo 217-A do Código Penal brasileiro, que pune o adulto que mantém relações sexuais com menor de 14 anos de idade, pois a vontade da vítima é irrelevante neste caso.

A última categoria a ser analisada é aquela que diferencia o paternalismo moral do de bem-estar. Martinelli¹²⁹ entende que “o paternalismo moral é a intervenção na liberdade de alguém com o objetivo de evitar a violação de preceitos morais”, em complemento está Barreto Neto¹³⁰ ao dizer que “se a conduta visualizada pelo sujeito tutelado tem o potencial de representar uma afronta aos valores morais reinantes, o paternalista entra em jogo para salvaguardar o arcabouço axiológico daquela comunidade”. Nesse sentido que Dworkin¹³¹ desenvolve a diferença entre paternalismo moral e moralismo legal, enquanto o paternalismo moral, de fato, se preocupa com lesões à moral da pessoa beneficiada, salvaguardando os valores da sociedade, o moralismo legal procura interferir em atos simplesmente por eles serem imorais, sem se preocupar com a possibilidade destes causarem, ou não, algum tipo de dano. Por fim, o paternalismo de bem-estar é referente àquela interferência paternalista que tem por finalidade buscar o bem-estar da pessoa que sofre a restrição, impondo aquilo que entende ser melhor no que se refere ao bem físico e mental de alguém¹³².

Assim, um paternalismo jurídico-penal deve buscar sempre uma justificativa razoável para sua aplicação, respeitando os princípios estruturantes do Direito Penal, principalmente o da intervenção mínima (*ultima ratio*), que será mais aprofundado posteriormente. Por agora, cumpre salientar que tal princípio exige que o Direito Penal, em um Estado Democrático de Direito, deve atuar como a última opção na composição de conflitos em que necessite do uso da força estatal¹³³. Segundo Nucci¹³⁴, “prevalecem os direitos individuais

questão. Nesse sentido, Dworkin entende o paternalismo impuro como uma medida paternalista. (DWORKIN, 1972, p. 68).

¹²⁸ Ibid, p. 68.

¹²⁹ Cf. MARTINELLI, 2015, p. 102.

¹³⁰ Cf. BARRETO NETO, 2015, p. 122.

¹³¹ Cf. DWORKIN, Gerald. Moral paternalism. **Law and Philosophy**, v. 24, n. 3, p. 305-319, 2004, p. 306.

¹³² Cf. MARTINELLI, 2015, p. 102.

¹³³ Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. **Prostituição, lenocínio e tráfico de pessoas: aspectos constitucionais e penais**. São Paulo: Editora Forense, 2015, p. 121.

¹³⁴ Ibid., p. 121.

fundamentais, sempre que possível, até que não exista outra alternativa a não ser a coerção punitiva”. Nesse sentido, Martinelli¹³⁵ afirma que

O Direito Penal pode legitimar o paternalismo moderado sempre e, excepcionalmente o paternalismo rígido. Será legítimo o paternalismo rígido quando a conduta atingir bem jurídico indisponível, ou seja, quando a lesão ou o perigo ao bem prejudicar o exercício da autonomia. O que não se legitima, em hipótese alguma, é o paternalismo com a finalidade de impor um padrão de moral, quando não houver lesão ou ofensa relevante a um bem necessário ao desempenho da autonomia (moralismo legal ou, mais precisamente, moralismo jurídico-penal).

As classificações apresentadas não se excluem, podendo haver relações entre seus objetos e fundamentos. O paternalismo jurídico pode receber conotações positivas ou negativas, tudo depende da justificativa e os fundamentos que ele recebe. O que não é aceito são imposições morais que não possuem razões aceitáveis, um mero moralismo legal, algo que não passa pelo crivo da pretensão de correção. Portanto, nos próximos capítulos serão estudados os crimes de lenocínio, buscando entender seu bem jurídico, o tipo penal e os diversos sistemas de abordagem da prostituição, para, dessa maneira, despendar a crítica que ainda será elaborada.

¹³⁵ Cf. MARTINELLI, 2015, p. 206.

3 O CRIME DE LENOCÍNIO NO BRASIL E O CONCEITO DE BEM JURÍDICO

No capítulo anterior, fora estudado que Estado, Direito e Moral são autônomos e se relacionam, compreendendo um novo modelo de Estado, conformado com o Direito e corrigido pela Moral, sendo este o Estado Democrático de Direito. Este exige que todos os atos do Estado sejam fundamentados com base em argumentos jurídicos, que são racionais, pois estão de acordo com a pretensão de correção do Direito. Todos os preceitos mencionados são colocados em prática ao depararmos com verdadeiras estigmatizações realizadas pelo próprio Sistema Jurídico. Assim, o objeto de análise deste capítulo serão os crimes de lenocínio, encontrados no Capítulo V, do Título VI, da parte especial, do Código Penal Brasileiro de 1940.

Com o intuito de estabelecer uma melhor compreensão sobre o tema, imperioso é o conhecimento das diferenças entre “prostituição” e “lenocínio”.

A prostituição é atividade exercida por pessoas adultas e capazes que oferecem serviços sexuais das mais diversas ordens ao público em geral, exercendo estas atividades em troca de valores mensuráveis economicamente¹³⁶. Sob este prisma existem duas preocupações constantes: a habitualidade e a forma de pagamento. Ao assimilar estas preocupações, Nucci conceitua a prostituição em dois sentidos: a direta e a indireta. Desse modo:

A prostituição direta, ou vulgarmente prostituição, estabelece-se pela relação sexual mantida entre a pessoa que comercializa o corpo, para a prática de qualquer ato libidinoso, com outra, que lhe paga um determinado valor, em dinheiro, antes ou logo após o contato sexual. A prostituição indireta, ou vulgarmente união arranjada ou planejada, significa a comercialização do corpo, por meio de prática sexual, entre adultos, com ou sem contrato, de curta, média ou longa duração, por intermédio da qual uma das partes supre a outra pela entrega de bens materiais valiosos e/ou sustento, recebendo em troca o sexo¹³⁷.

Então, quem exerce a prostituição direta está nos conformes de um conceito estrito de prostituição, como aquele inicialmente apresentado, que pela busca do lucro acaba por exercer a atividade de modo constante. Já a

¹³⁶ Cf. MUÇOUÇAH, Renato de Almeida Oliveira. A prostituição como forma de trabalho: uma análise para além da dogmática penal. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 40, n. 159, p. 97-124, set./out. 2014. Base de dados RT Online.

¹³⁷ Cf. NUCCI, 2015, p. 77-78.

prostituição indireta se desenvolve sob a camuflagem de relacionamentos amorosos, perdurando no tempo, sendo o “pagamento” feito no formato de joias, carros, imóveis etc.

A habitualidade, como elemento, é algo complexo de ser definido. Segundo Nucci¹³⁸, prostituição, de um ponto de vista etimológico, significa colocar adiante, ou colocar à venda, o que leva a entender que a habitualidade é a aquela necessária para alcançar o lucro almejado.

Em síntese, para Estefam¹³⁹ a prostituição é uma atividade que acode à soma de três elementos: a habitualidade, o caráter econômico e contratual. O último elemento reconhece que a prostituição é o sexo livremente pactuado. Nesse sentido, a prostituição, seja ela direta ou indireta, é realizada pela livre ação do profissional do sexo, enquanto pessoa adulta e capaz, que busca o lucro de modo habitual.

Porém, tal conceito é muito restrito e não carrega o devido peso atribuído a esta atividade. Segundo Nucci¹⁴⁰, “o verbo *prostituir* possui significados variados, abrangendo a visão de comercialização do sexo, além de desmoralizar, corromper, degradar, desonrar, auferindo intenso conteúdo moral – na realidade, imoral”. Nesse sentido, debater o conceito de prostituição permeia preconceitos, moralismos, avaliações éticas e até mesmo valores jurídicos¹⁴¹.

A percepção qualitativa de considerar a prostituição um ato imoral é o que propõe a estigmatização desta atividade. O termo “estigma” possui um significado intenso, como um “sinal de algo vergonhoso”, provocando a marginalização e a exclusão daqueles que são estigmatizados¹⁴². Assim salienta Luning¹⁴³ ao dizer que, na vida real, a palavra “prostituta”¹⁴⁴ evoca imagens de massagistas maltrapilhas, cafetões e drogados, enquanto as próprias prostitutas

¹³⁸ Cf. NUCCI, 2015, p. 72.

¹³⁹ Cf. ESTEFAM, André. **Homossexualidade, prostituição e estupro**: um estudo à luz da dignidade humana. São Paulo: Saraiva, 2016. Minha Biblioteca., p. 199-200.

¹⁴⁰ Cf. NUCCI, 2015, p. 71.

¹⁴¹ Ibid., p. 74.

¹⁴² Ibid., p. 105.

¹⁴³ Cf. LUNING, Marissa H. I. Prostitution: protected in Paradise. **University of Hawai'i Law Review**, v. 30, n. 1, p. 193-218, 2007. HeinOnline., p. 193.

¹⁴⁴ Ao introduzir o uso do gênero na prostituição Luning indica que esta ainda é uma atividade praticada, majoritariamente, por mulheres e, em grande parte dos debates, está vinculada a pauta machista e sexista. Por lógico que não é ignorado o exercício desta atividade por outros grupos sociais, como salientam outros autores como Nucci ou a Margotti.

são rejeitadas pela sociedade e castigadas pelos sistemas penais. Segundo Pacheco¹⁴⁵:

Os valores “morais”, que, em verdade, estão enraizados em estigmas sociais, ainda não nos permitem trabalhar o problema da marginalização da profissão das prostitutas sob um viés verdadeiramente humano, aplicando a justiça social e considerando esses trabalhadores como sujeitos de direito.

Com isso, não há de falar sobre a prostituição sem compreender o devido peso que essa palavra carrega¹⁴⁶.

Por outro lado, o lenocínio compreende o favorecimento, de qualquer modo, da libidinagem alheia, com ou sem proveito pessoal, sendo o gênero de outras condutas, denominadas de proxenetismo¹⁴⁷, alcovitice¹⁴⁸ e rufianismo¹⁴⁹. Ambos podendo ser considerados sinônimos, pois no Brasil, independente do interesse daquele que intermedia, este sempre será considerado rufião¹⁵⁰. Em resumo, segundo Hungria¹⁵¹ “lenocínio é o fato de prestar assistência à libidinagem de outrem ou dela tirar proveito”.

No Brasil, a prostituição é atividade lícita considerada como ocupação legal pela Classificação Brasileira de Ocupações (CBO)¹⁵². Já o lenocínio é crime, tipificado no Capítulo V, do Título VI, da parte especial, do Código Penal Brasileiro de 1940, chamado “do lenocínio e do tráfico de pessoa para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual”. Portanto o que se quer neste

¹⁴⁵ Cf. PACHECO, Suiara Haase. A regulamentação da prostituição e o combate à marginalização dos trabalhadores do sexo. **Revista da Faculdade de Direito da FMP**, v. 10, p. 136-154, 2015, p. 136.

¹⁴⁶ Para melhor compreender o estudo sobre a estigmatização, recomenda-se a leitura: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997; BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2016.

¹⁴⁷ Segundo Nucci “reserva-se o termo proxeneta à pessoa que intermedeia encontros amorosos para terceiros, mantendo locais próprios para tanto, auferindo ou não lucro” (NUCCI, 2019, p. 1233).

¹⁴⁸ De acordo com Nucci, o alcoviteiro é aquele que engana as mulheres, instigando-as a fazer maldades com os seus corpos (NUCCI, 2015, p. 97).

¹⁴⁹ Nucci compreende o rufião como aquele que é “o intermediário entre prostituta e cliente, retirando desse comércio o seu sustento” (NUCCI, 2015, p. 98).

¹⁵⁰ Cf. NUCCI, 2015, p. 97.

¹⁵¹ Cf. HUNGRIA, Néelson; LACERDA, Romão; FRAGOSO, Heleno. **Comentários ao código penal, volume VIII: arts. 197 a 249**. São Paulo: Editora Forense, 1981, p. 259.

¹⁵² “5198-05 - **Profissional do sexo** - Garota de programa, Garoto de programa, Meretriz, Messalina, Michê, Mulher da vida, Prostituta, Trabalhador do sexo. **Descrição Sumária:** Buscam programas sexuais; atendem e acompanham clientes; participam em ações educativas no campo da sexualidade. **As atividades são exercidas seguindo normas e procedimentos que minimizam a vulnerabilidades da profissão**”. (Grifou-Se).

capítulo é estudar os crimes de lenocínio, entendendo qual o seu bem jurídico dito protegido, o conteúdo deste bem jurídico, tal como o próprio conceito de bem jurídico, as condutas tipificadas, o sistema adotado, dentre outros detalhes.

3.1 Os crimes de lenocínio e os modelos de abordagem

As condutas atinentes à prostituição que interessam ao nosso Sistema Penal, para fins de punibilidade, são as daqueles que intermediam, favorecem, fornecem local e administram o exercício desta atividade. Tais condutas estão tipificadas no Capítulo V, do Título VI, da parte especial, do Código Penal Brasileiro de 1940, sendo levemente modificados pela Lei 12.015/09 e, mais recentemente, com alterações proporcionadas pela Lei 13.344/16.

Nesse sentido, os crimes de lenocínio no Brasil constituem a mediação para servir a lascívia de outrem (artigo 227 do Código Penal), o favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual (artigo 228 do Código Penal), a casa de prostituição (artigo 229 do Código Penal) e, por fim, o rufianismo (artigo 230 do Código Penal). Antes da Lei 13.344/16¹⁵³ estava no rol o tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual (artigo 231 do Código Penal) e o tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual (artigo 231-A do Código Penal).

A Lei 12.015/09 proporcionou algumas modificações ao Título VI, da parte especial, do Código Penal. A principal alteração fora o endereçamento do próprio Título¹⁵⁴, porém deixou a desejar quanto ao seu capítulo V. De acordo com Busato¹⁵⁵ “tais mudanças, no entanto, foram muito mais de forma do que de

¹⁵³ A Lei 13.344/16 inova no tratamento do crime de tráfico de pessoas tipificado, agora, no artigo 149-A do Código Penal. No inciso V deste artigo está o tráfico de pessoas para fins de exploração sexual, de acordo com Nucci: “as antigas figuras de tráfico de pessoas (arts. 231 e 231-A, revogados) envolviam a finalidade de exercício da prostituição *ou outra forma* de exploração sexual, dando a entender que a prostituição seria, sempre, uma maneira de explorar o ser humano. [...] Em suma, a finalidade de exploração sexual – sem menção à prostituição – é muito mais abrangente e pode, em certas situações, até envolver a prostituição. Tudo depende do modo como esta é exercida, da idade do profissional do sexo e do seu consentimento” (grifos do autor). (NUCCI, 2019, p. 893-894).

¹⁵⁴ Antes chamado “Dos Crimes Contra os Costumes” tornou-se “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”.

¹⁵⁵ Cf. BUSATO, Paulo César. **Direito Penal** - Parte Especial, Artigo 121 ao Artigo 234 do Código Penal. v.1. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017a. Minha Biblioteca., p. 841.

conteúdo e, no cômputo geral, os avanços foram, ao menos do ponto de vista sociológico, muito tímidos”. Segundo o autor¹⁵⁶,

O eixo deixava de ser os costumes, enquanto modo de se comportar sexualmente, coisa que já não interessa para a sociedade atual, e passou a ser a dignidade sexual, esta sim, uma forma de expressão da dignidade da pessoa humana, que é elemento fundamental da estrutura jurídica dos nossos tempos.

Ocorre que mesmo preocupado com a dignidade da pessoa humana, o legislador certamente não se animou a observar a resposta penal às ofensas que preservou dentro do Título¹⁵⁷. Afinal, ele não soube livrar-se completamente do arraigado paradigma moral que guiou as incriminações originais, principalmente no que se refere ao Capítulo V.

Com a reforma realizada pela Lei 12.015/09, no que toca ao capítulo V do Título VI, foram adicionadas qualificações aos crimes de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual (artigo 228 do Código Penal) e rufianismo (artigo 230 do Código Penal). Tal como houve a alteração da redação do caput dos artigos 228 e 229 (casa de prostituição) ambos do Código Penal.

As qualificadoras adicionadas pela Lei 12.015/09 são referentes ao agente passivo, ao agente ativo e ao “modo como o crime é cometido”.

No que tange ao agente passivo, a preocupação refere-se à sua idade, procurando proteger os jovens maiores de 14 anos (catorze) e menores de 18 (dezoito). Tal requisito foi adicionado apenas no crime de rufianismo (artigo 230, §1º do Código Penal). Quanto ao agente ativo, busca saber se este é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou por quem assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância da mesma. Este requisito foi adicionado em conjunto com o do agente passivo no crime de rufianismo (artigo 230, §1º do Código Penal) e é considerado, isoladamente, no crime de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual (artigo 228, §1º do Código Penal). A pena do artigo 228, §1º do Código Penal é de reclusão de três a oito anos e, para o artigo 230, §1º do Código Penal, reclusão de três a seis anos mais multa.

¹⁵⁶ Cf. BUSATO, 2017a., p. 841

¹⁵⁷ Ibid., p. 845

Sob este prisma, a qualificadora referente ao modo como o crime é cometido foi inserida no crime de rufianismo (artigo 230, §2º do Código Penal), quando este for realizado mediante violência, grave ameaça, fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vontade da vítima. Com pena de reclusão de dois a oito anos, sem prejuízo da pena correspondente à violência.

Ainda cumpre salientar que antes da Lei 12.015/09, a Lei 11.106/05 fez às vezes de alterar alguns aspectos do Capítulo V do Título VI, da parte especial do Código Penal. De acordo com Busato¹⁵⁸, a Lei 11.106/05 “alterou o Capítulo V, que tratava *do lenocínio e do tráfico de mulheres*, para convertê-lo no capítulo *do lenocínio e do tráfico de pessoas*, ampliando as figuras de sujeitos passivos” (grifos do autor), tal como afastando forte anacronismo machista que havia subsistido na Lei Penal.

A mudança que se mantém da Lei 11.106/05, é a qualificadora do parágrafo primeiro do artigo 227 do Código Penal (mediação para servir a lascívia de outrem), com a seguinte redação: Se a vítima é maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos, ou se o agente é seu ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro, irmão, tutor ou curador ou pessoa a quem esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda¹⁵⁹.

Ademais, as qualificadoras se repetem em cada um dos tipos. Há de mencionar que o parágrafo terceiro dos artigos 227 e 228 criminalizam a mediação e o favorecimento que tenham por finalidade alcançar o lucro, aplicando pena de multa. Quanto ao elemento subjetivo, a todos os tipos inexistente modalidade culposa¹⁶⁰. Já aos agentes, o passivo será sempre o profissional do sexo e o ativo será qualquer pessoa que exerça o elemento objetivo, independente do seu gênero, com ressalva de que o profissional do sexo que mantém lugar para exercer apenas o próprio ofício não comete crime¹⁶¹.

Ao entender o que é criminalizado e as atualizações legislativas mais recentes é importante assimilar qual o sistema/modelo de abordagem e

¹⁵⁸ Cf. BUSATO, 2017a., p. 842.

¹⁵⁹ Cf. BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro: Diário Oficial da União, [1940]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 15 mar. 2021.

¹⁶⁰ Cf. DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. **Código penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 729-737.

¹⁶¹ Ibid., p. 729-737.

tratamento da prostituição e das atividades de lenocínio fora adotado pelo Brasil. Segundo Margotti¹⁶², “basicamente, são três os modelos legais referentes à prostituição e às atividades de lenocínio, nominadamente, proibicionista, abolicionista e regulamentarista”. Havendo, ainda, o modelo dito laboral. A relevância de estudar os modelos/sistemas está em entender a razão que a prostituição assume no Direito comparado, além de captar a essência desta nos ditames legislativos nacionais.

O sistema com a abordagem mais rigorosa é o do modelo proibicionista. Em artigo mais recente, Margotti, em conjunto com Vianna¹⁶³ afirmam que “o modelo proibicionista, como indica o nome, visa proibir o comércio sexual, punindo todas as pessoas envolvidas: a prostituta, o cliente e todas as pessoas ao redor que lucram com a prostituição alheia ou a facilitam de alguma forma”. Este conceito coaduna com a percepção de Lunning¹⁶⁴, quando esta expõe a forma como a prostituição é tratada no Estado Americano do Havaí, afirmando que, atualmente, qualquer forma de sexo em troca de dinheiro é ilegal naquele Estado, e é considerado contravenção solicitar ou chefiar prostitutas, sendo um explícito exemplo de um modelo proibicionista.

Já o sistema regulamentarista, ainda nas lições de Margotti e Vianna¹⁶⁵, enxerga a prostituição como um mal moralmente reprovável, mas que não pode ser erradicado da sociedade. Por este motivo que tal sistema defende que a prostituição “deva ser controlada e limitada, para que não prejudique ou incomode a coletividade”¹⁶⁶, a tratando como “uma atividade moralmente repreensível, mas não legalmente condenável, e não sustenta sua eliminação por vê-la como “necessária” e inerente a qualquer sociedade”¹⁶⁷. Seguindo este entendimento, Lacerda¹⁶⁸ argui que

¹⁶² Cf. MARGOTTI, Alessandra. **Direito à prostituição: legalização e regulamentação do lenocínio no Brasil**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 85.

¹⁶³ Cf. MARGOTTI, Alessandra; VIANNA, Túlio. A inconstitucionalidade da criminalização do lenocínio no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 161, p. 279-308, 2019. Base de Dados RT Online.

¹⁶⁴ Cf. LUNING, 2007, p. 197.

¹⁶⁵ Cf. MARGOTTI; VIANNA, 2019.

¹⁶⁶ Ibid.

¹⁶⁷ Ibid.

¹⁶⁸ Cf. LACERDA, Rosângela Rodrigues Dias de. Proteção do trabalho da prostituta: modelo laboral e princípio da justiça social. In: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; GNATA, Noa Piatã Bassfeld (orgs.). **Trabalhos marginais**. São Paulo: LTr, 2013., p. 147.

A regulamentação, por seu turno, atendia também às necessidades masculinas, à proteção das mulheres decentes e ao pagamento de impostos, evitando assim um prejuízo público e assegurando a invisibilidade social das prostitutas. Não eram destinatárias, portanto, de direitos trabalhistas, e tampouco o Estado assumia responsabilidades em relação a suas condições laborais.

Em contrapartida, o modelo mais coerente com um Estado Democrático de Direito é o sistema laboral. Este trata a prostituição como um trabalho, tornando as suas condições o foco do debate, abandonando os moralismos sustentados pelos outros sistemas. Isto possibilita o uso de uma série de instrumentos para combater a violência e os abusos existentes na indústria do sexo¹⁶⁹. Desse modo Lacerda¹⁷⁰ entende que “a consideração do trabalho sexual como uma atividade laboral comum permitiria a utilização de uma legislação trabalhista e civil em proteção aos direitos dos prestadores de serviços”. Portanto, o modelo laboral representa uma evolução do modelo regulamentarista, por ambicionar a descriminalização e a regulamentação da prostituição¹⁷¹.

Para Nucci¹⁷², o sistema laboral e o regulamentador são um, ele afirma que “o sistema regulamentador tem por finalidade legalizar a prostituição, dar-lhe benefícios como a outro trabalhador qualquer, registrando os trabalhadores do sexo e fiscalizando suas atividades”. Em continuidade, Nucci argui que o sistema regulamentador

Concentra-se no livre consentimento e na autodeterminação da pessoa que se prostitui, a qual decide por vontade própria oferecer serviços sexuais, qualificando-se como um trabalho qualquer que, portanto, há de contar com as mesmas obrigações fiscais e os mesmos direitos trabalhistas e sociais: seguros em geral e tributos. É o caso da Holanda. O proxeneta passa a ser empresário, a prostituta a trabalhadora sexual e o prostituidor se transforma em cliente.

Em discordância a autores como Lacerda, Margotti e Vianna, que observam no sistema regulamentador uma objeção moral, Nucci compreende a regulamentação como legalização, associando este modelo ao sistema laboral. Também há de se discordar quando Nucci afirma que a prostituição é um trabalho como outro qualquer. O correto é compreendê-la como um trabalho em

¹⁶⁹ Cf. LACERDA, 2013, p. 150.

¹⁷⁰ Ibid., p. 150.

¹⁷¹ Cf. MARGOTTI; VIANNA, 2019.

¹⁷² Cf. NUCCI, 2015, p. 79.

si, com suas próprias exigências e necessidades, que são diferentes de “qualquer outro trabalho”, seja lá o que signifique esta expressão¹⁷³.

Apesar dos debates doutrinários, o Brasil não adota nenhum dos modelos anteriormente mencionados, identificando-se com o modelo abolicionista. De acordo com Pacheco¹⁷⁴, “o abolicionismo trata o profissional do sexo como uma vítima da sociedade, um indivíduo que, sem outra alternativa, entregou-se ao comércio do próprio corpo, o que, para seus defensores, seria moralmente reprovável”. A autora¹⁷⁵ continua ao explicar as ligações do termo “abolicionista”:

O termo “abolicionista” tem íntima ligação com a abolição da escravidão, num contexto em que as prostitutas são encaradas como indivíduos que precisam ser libertados, como sujeitos que não têm autonomia sobre o seu corpo, para que, assim (libertas), possam enxergar o mal que sofrem pela atividade.

Por conta desta presunção de violência contra aquele que exerce a prostituição que este sistema defende a criminalização do lenocínio, das atividades que permeiam a prostituição, mas não da prostituta¹⁷⁶. Dessa maneira, Lacerda¹⁷⁷ expõe que o modelo abolicionista¹⁷⁸, supostamente, pretende proteger o profissional do sexo da exploração de terceiros; entretanto, está impregnado pela estigmatização, marginalização e exclusão social daqueles que fornecem serviços sexuais.

Para Nucci, o modelo adotado, de fato, pelo Brasil é o que ele chama de sistema misto. Segundo o autor¹⁷⁹

o sistema misto traz características de um e de outro sistema, mas não se define exatamente por um deles. No Brasil, temos um sistema misto, pois não se pune a prostituta, nem o cliente, mas todos os que favorecerem, auxiliarem ou obtiverem lucro dessa atividade. Não se

¹⁷³ Cf. GOMES, Camilla de Magalhães. **Nem toda prostituta é Gabriela Leite**: prostituição, feminismo e leis. 2013. Disponível em: <https://blogueirasfeministas.com/2013/12/12/nem-toda-prostituta-e-gabriela-leite-prostituicao-feminismo-e-leis/>. Acesso em: 7 jun. 2021.

¹⁷⁴ Cf. PACHECO, 2015, p. 141.

¹⁷⁵ Ibid., p. 141.

¹⁷⁶ Cf. MARGOTTI; VIANNA, 2019.

¹⁷⁷ Cf. LACERDA, 2013, p. 148.

¹⁷⁸ Margotti e Vianna ainda afirmam existir um modelo neoabolicionista, que pugna pela criminalização dos clientes, além dos rufiões e demais pessoas envolvidas, sob o argumento de que eles são os verdadeiros perpetuadores da violência a que as prostitutas estão submetidas. Este modelo se aproxima do modelo proibicionista, pois, indiretamente, visa impedir que a prostituição ocorra. Com essa perspectiva, afirmam os autores “tanto o neoabolicionismo quanto o abolicionismo pretendem proteger a prostituta, que, sob essas perspectivas, não possuiria capacidade de perceber a violência que a acomete e reconhecer a própria opressão a que estaria submetida. Uma visão paternalista do Estado que impõe um papel de vítima a quem não se considera como tal”. (MARGOTTI; VIANNA, 2019).

¹⁷⁹ Cf. NUCCI, 2015, p. 81.

reconhece a prostituição como atividade laboral em lei, mas isso é feito em ato administrativo do Ministério do Trabalho. Em suma, nem está regulamentada, nem se está buscando, autenticamente, a sua abolição.

Tal como o debate acerca do modelo regulamentador ou laboral, a discussão de ser abolicionista ou misto é meramente doutrinária. Porém, posiciona-se a favor da compreensão do modelo brasileiro como abolicionista por conta da sua fundamentação social forte. Estabelecidas as premissas básicas e iniciais do tema da descriminalização do lenocínio, passa-se a uma análise estrita do que é um bem jurídico para, em seguida, entender qual o bem jurídico tutelado pelos crimes de lenocínio.

3.2 O conceito de bem jurídico

Nesta monografia é defendido que os atos do poder público, em um Estado Democrático de Direito, devem ser justificados para não implicar em arbitrariedades. Seguindo de tal premissa que a teoria do bem jurídico se apresenta como um tema instigante que levanta altos debates acerca dos limites e funções do Direito Penal. A proposta deste título é explorar alguns aspectos sobre o conceito de bem jurídico, sua função, seus limites e relações com o Sistema Jurídico, realizando a perfeita balança entre o Direito na sua dimensão fático/institucional com a sua dimensão crítico/ideal.

Partindo desta premissa que Martinelli busca uma integração de sistemas, estes representados pelo *civil law* e pelo *common law*, almejando um critério para que o Direito realize a justiça nos casos concretos¹⁸⁰. Enquanto o *civil law* desenvolve-se com o uso de regras escritas e rigorosas, em nome da segurança jurídica, o *common law* é essencialmente pragmático, focado nos casos particulares e na busca por soluções justas. Desse modo, a teoria do bem jurídico (*Rechtsgutlehre*) emerge na Europa Continental, difundindo-se na Alemanha, considerando o bem jurídico como núcleo estruturante do Direito Penal, sendo o interesse protegido pela norma penal. Já no “*common law* o Direito Penal tem como orientação o princípio da lesão (*harm principle*), que

¹⁸⁰ Cf. MARTINELLI, 2015, p. 14.

considera, primeiramente o comportamento praticado, antes mesmo de analisar o interesse protegido”¹⁸¹.

Percebendo tal dicotomia que Busato¹⁸² apresenta sua concepção de “norma penal”. Para que a norma penal seja reconhecida como relevante, ela “deve contemplar, por um lado, uma pretensão *conceitual* de relevância e, por outro, uma pretensão de ofensividade que expressa um ataque intolerável a um bem jurídico essencial”.

Portanto, a fundamentação de cada sistema interfere no alcance do *ius puniendi* do Estado e na liberdade do cidadão, por um lado está a *civil law*, que desfere um tratamento mais rigoroso à tutela dos bens jurídicos, e do outro está a *common law*, que pode tolerar certos comportamentos por uma questão de justiça¹⁸³. A integração dos sistemas alcança um importante patamar, ao ponto de influenciar o conceito de norma penal, assimilando uma pretensão de relevância, que carrega um tipo de ação e estabelece uma dimensão formal, com uma pretensão de ofensividade, que elabora uma dimensão material (de conteúdo)¹⁸⁴. Para Martinelli¹⁸⁵,

A teoria do bem jurídico, de certa forma, limita a atuação do intérprete quando a lei prevê uma figura criminosa, mesmo que se mostre inofensiva. A possibilidade de criação de bens jurídicos das mais variadas naturezas (individuais, coletivos, difusos) e o exagero nos tipos penais de perigo ampliam o alcance do poder punitivo e sua limitação depende diretamente da aplicação dos princípios fundamentais, como a lesividade. Entretanto, muitas vezes a real ofensividade da conduta não é devidamente analisada e qualquer comportamento que se enquadre na descrição típica é considerado crime. O princípio da lesão (*harm principle*), influente no sistema da *common law*, permite uma discussão no caso concreto sobre a real necessidade de tratamento penal para condutas. Por outro lado, a teoria do bem jurídico restringe excessos do poder punitivo que podem ser tolerados pelo princípio da lesão se a utilidade da incriminação for compensatória e houver desequilíbrio na ponderação entre o tratamento justo e a conduta do agente.

O que se observa é uma fórmula digna de um Estado Democrático de Direito, pois associa conceitos formais e materiais visando garantir a segurança e a liberdade dos cidadãos. Nesse sentido, ao complementar a pretensão de

¹⁸¹ Cf. MARTINELLI, 2015, p. 14.

¹⁸² Cf. BUSATO, Paulo César. **Direito Penal** – Vol. 1 – Parte Geral. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017, p. 329 – 330.

¹⁸³ Cf. MARTINELLI, 2015, p. 16.

¹⁸⁴ Cf. BUSATO, 2017, p. 330.

¹⁸⁵ Cf. MARTINELLI, 2015, p. 16.

relevância com uma afirmação axiológica de um conteúdo de ofensividade que a intervenção penal, somente, irá se justificar se houver dano suficiente a um interesse tutelado. De acordo com Busato¹⁸⁶, “é necessário que o tipo de ação de que se trata seja ofensivo o suficiente para determinar a necessidade de emprego do aparato punitivo. [...] Daí existir uma relação de dependência entre pretensão de ofensividade e o bem jurídico”.

Agora, cumpre entender o que é o bem jurídico? Para responder esta pergunta será necessário analisar a sua construção histórica, pois o conceito de bem jurídico sofreu diversas transformações.

Conforme demonstra Busato¹⁸⁷, o *Big bang* da discussão a respeito do tema do bem jurídico está situado na fórmula do contrato social. Encontrando no conceito de “dano social” aquilo que posteriormente será enquadrado como bem jurídico¹⁸⁸.

O conceito de bem jurídico foi afinado e aprimorado, atribuindo ao crime as características de violação ou exposição a perigo de um bem igualmente garantido a todos pelo poder do Estado¹⁸⁹. Desse modo, o bem jurídico é definido, inicialmente, como um interesse legalmente protegido¹⁹⁰. Nesse sentido, Von Lizst¹⁹¹ apresenta o seguinte conceito: “Chamamos bens jurídicos os interesses que o direito protege. *Bem jurídico é, pois, o interesse juridicamente protegido*. Todos os bens jurídicos são Interesses humanos, ou do indivíduo ou da coletividade” (grifos do autor).

Ainda na concepção de que bem jurídico são interesses, pode-se mencionar Welzel¹⁹², que afirmava ser o dever ético do Direito Penal amparar os valores elementais da vida em sociedade. Dentre esses valores estava o bem jurídico como um interesse vital de um grupo ou de um indivíduo que, por conta de seu significado social, está amparado juridicamente. Em suma, o autor¹⁹³

¹⁸⁶ Cf. BUSATO, 2017, p. 330.

¹⁸⁷ Ibid., p. 331.

¹⁸⁸ Ibid., p. 331.

¹⁸⁹ Cf. MARTINELLI, 2015, p. 18.

¹⁹⁰ Ibid., p. 18.

¹⁹¹ Cf. LIZST, Franz Von. **Tratado de Direito Penal Alemão** - Tomo I. 1899, p. 93-94.

¹⁹² Cf. WELZEL, Hans. **Derecho penal: parte general**. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 5-6.

¹⁹³ Ibid., p. 6. Tradução literal: “Bem jurídico é, portanto, todo estado social desejado do qual o direito quer assegurar contra lesões”.

defende que *“bien jurídico es, por tanto, todo estado social deseado que el derecho quiere asegurar contra lesiones”*.

Assim, apresenta-se a forte relação que o conceito de bem jurídico tem com os interesses humanos. Como representa Santos¹⁹⁴, afirmando que “os objetivos declarados do Direito Penal nas sociedades contemporâneas consistem na proteção de bens jurídicos - ou seja, na proteção de **valores relevantes para a vida humana** individual ou coletiva, sob ameaça de pena” (grifou-se).

Das definições desenvolvidas por Lizst, Welzel e Santos, retira-se um conceito político-criminal, que relaciona o bem jurídico com a função de proteção do Direito Penal. Mediante a política criminal que o legislador irá analisar os interesses que merecem proteção, cabendo ao operador do Direito verificar se a conduta foi suficientemente ofensiva para legitimar uma condenação¹⁹⁵.

Dessa premissa que parte Roxin¹⁹⁶, ao desenvolver um conceito material de delito. Ele afirma que o conceito material de delito é a qualidade enquanto conteúdo da ação punível, sendo prévia ao Código Penal, fornecendo ao legislador um critério político-criminal sobre o que se pode punir e o que se deve deixar de punir. Essa descrição deriva do papel do Direito Penal, entendido pelo autor como a “proteção de bens jurídicos”. Para Roxin¹⁹⁷, bem jurídico pode ser definido como “circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal”.

A diferença entre realidades e finalidades indicará que, diferente do conceito material de delito, os bens jurídicos podem emergir do próprio Direito, como criações. Além disso, o conceito de bem jurídico defendido por Roxin, também é um conceito de bem jurídico crítico à legislação, pois pretende mostrar ao legislador as fronteiras da punição legítima. Assim, Roxin se distancia de um

¹⁹⁴ Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal** - Parte Geral. 6. ed., ampl. e atual. - Curitiba, PR: ICPC Cursos e Edições, 2014, p. 5.

¹⁹⁵ Cf. MARTINELLI, 2015, p. 19-20.

¹⁹⁶ Cf. ROXIN, Claus. **Derecho penal**. Parte General. Tomo I - Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1997, p. 51.

¹⁹⁷ Cf. ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 18-19.

conceito dogmático de bem jurídico em que este deva ser entendido apenas como o fim das normas, ou seja, a *ratio legis*¹⁹⁸.

Ao salientar a importância do bem jurídico, Zaffaroni e Pierangeli¹⁹⁹ afirmam que este desenvolve “um papel central na teoria do tipo, dando o verdadeiro sentido teleológico (de *telos*, fim) à lei penal”. Eles dão continuidade, dizendo que “sem o bem jurídico, não há um “para quê?” do tipo e, portanto, não há possibilidade alguma de interpretação teleológica da lei penal”²⁰⁰. Com isso, eles desenvolvem uma definição de bem jurídico penalmente tutelado, sendo este “a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam” (grifos dos autores). Com tal definição, afirmam o viés ontológico do bem jurídico, ao diferenciar “ato de disposição” de “ato de destruição”. Para os autores parece óbvia a diferença entre dispor e destruir, sendo a destruição o limite à disposição²⁰¹. A autolesão e o dano à própria saúde não são fatos típicos, trazendo um sentido de “uso” à disponibilidade²⁰². Por exemplo, “a vida é o mais disponível dos bens jurídicos, porque costumamos consumi-la a cada momento a nosso bel-prazer, mas ao decidir sobre ela frequentemente somos premiados e condecorados por arriscá-la”²⁰³. A noção de disponibilidade como uso remete a análise da ofensividade ao bem jurídico.

Sob este prisma, a principal diferença entre um conceito dogmático e um conceito político-criminal de bem jurídico está no fator hermenêutico. Enquanto “o conceito dogmático restringe o alcance da interpretação do julgador porque está estritamente relacionado à tipicidade formal”²⁰⁴ o conceito político-criminal “entra na esfera da tipicidade material, na análise da ofensividade ao bem jurídico e, seguindo uma vertente funcionalista, a necessidade de tutela penal”.²⁰⁵

¹⁹⁸ Ibid., p. 20.

¹⁹⁹ Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, João Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro** – Parte Geral – Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 393.

²⁰⁰ Ibid., p. 393-394.

²⁰¹ Ibid., p. 400.

²⁰² Ibid., p. 401.

²⁰³ Ibid., p. 401.

²⁰⁴ Cf. MARTINELLI, 2015, p. 19

²⁰⁵ Ibid., p. 20.

Ainda no debate acerca do conceito de bem jurídico, Busato²⁰⁶ entende que o bem jurídico não deve ser entendido como um dado conceitual, mas, sim, como uma diretriz normativa, ou seja, uma referência de recorte da intervenção do penal do Estado. O autor entende que

Não basta que exista um bem jurídico para estar justificada a intervenção penal, mas ela não pode estar justificada senão guardando referência a um bem jurídico. O fato de que, nessa construção, esteja inserido no sistema dogmático pela via da pretensão de ofensividade não significa que se exija um conceito fechado. Isso porque o próprio sistema proposto é um sistema aberto, permeável às interferências não apenas de princípios limitadores e corretores da intervenção penal, mas também ao reconhecimento social, histórico e político de valores e bens.

Busato faz uma conclusão assertiva de que certa indefinição do conceito de bem jurídico acaba por ser inevitável, porém essa indefinição não põe em risco a garantia político-criminal do seu reconhecimento.

Quem busca definir demais o conceito de bem jurídico acaba por confundilo com a ideia de “objeto material”, aquilo que sofre da ação criminosa. Busato²⁰⁷ frisa que há relevante diferença entre bem jurídico e objeto material, e que “uma vez que se pretenda um referente concreto para o bem jurídico, a tendência é que se dilua essa diferença e que se termine por confundir o bem jurídico protegido com o objeto que sofre a ação criminosa”. Nesse sentido está Prado²⁰⁸:

O objeto da conduta exaure seu papel no plano *estrutural* do tipo, é elemento do fato. Já o bem jurídico se evidencia no plano *axiológico*, isto é, representa o peculiar ente social de tutela normativa penal. Não são conceitos absolutamente independentes um do outro, mas que se interrelacionam, numa mútua imbricação. (Grifos do autor)

Compreendida a ampla dimensão do conceito de bem jurídico, tanto como um interesse humano, quanto uma relação de disponibilidade, alcançando uma indefinição necessária, cabe entender qual a sua função na teoria do delito. Prado²⁰⁹ enumera algumas das principais funções do bem jurídico, estas são: (1) função dogmática; (2) função de garantia ou de limitação ao direito de punir do

²⁰⁶ Cf. BUSATO, 2017, p. 351.

²⁰⁷ Ibid., p. 349.

²⁰⁸ Cf. PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral e parte especial. São Paulo: Editora Forense, 2018. Minha Biblioteca.

²⁰⁹ Cf. PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. ed. São Paulo: Editora Forense, 2019. Minha Biblioteca.

Estado; (3) função teleológica ou interpretativa; (4) função de orientação político-criminal; (5) função individualizadora; (6) função sistemática ou classificatória.

Para Prado, a função dogmática se diferencia de um conceito dogmático – anteriormente apresentado. O conceito é restritivo, já a função estabelece um reconhecimento do sistema penal vigente, considerando o papel central que ocupa o bem jurídico na formação do delito²¹⁰. A função interpretativa pode ser analisada em conjunto com a função dogmática, pois ao interpretar o tipo penal o intérprete condiciona seu sentido e alcance ao núcleo da norma, sendo esse o bem jurídico, alcançando uma finalidade de proteção do mesmo²¹¹. A função interpretativa é uma das primeiras levantadas por Zaffaroni e Pierangeli, como pôde ser observado.

A função individualizadora parte do conceito político-criminal de bem jurídico, pois ela utiliza como critério de mediação da pena a lesão ao bem jurídico, podendo servir como uma garantia²¹². Por outro lado, a função classificatória, demonstra a importância que o bem jurídico tem na formação dos grupos de tipos da parte especial do Código Penal²¹³.

As funções de limitação do direito de punir do Estado e de orientação político-criminal seguem o conceito político-criminal de bem jurídico. A primeira salienta que o bem jurídico “é erigido como conceito limite na dimensão material da norma penal. Em relação a essa função, alude-se que o legislador é formalmente livre de penalizar ou não uma conduta, mas não substancialmente é árbitro da sua escolha”²¹⁴. Em complemento a função limitadora está a função de orientação político-criminal, em que “utiliza o conceito de bem jurídico como parâmetro de critérios orientadores no plano da política criminal”²¹⁵.

Após as análises acerca das funções do bem jurídico, tal como a explicação sobre a complexidade de seu conceito, convém afirmar que um interesse só pode receber tutela penal se houver previsão constitucional²¹⁶.

²¹⁰ Cf. PRADO, 2019.

²¹¹ Ibid.

²¹² Ibid.

²¹³ Ibid.

²¹⁴ Ibid.

²¹⁵ Ibid.

²¹⁶ Busato discorda deste ponto, seus argumentos são: submeter a norma penal à norma constitucional não viabiliza a segurança jurídica e reduz a noção de essencialidade que se quer dar com a ideia de vincular a tipicidade a uma dimensão material através do bem jurídico pela via do positivismo jurídico, constituindo uma posição imanentista de submissão à Constituição; ademais, os instrumentos de recorte da intervenção penal antecedem ao constitucionalismo

Conforme explica Santos²¹⁷ “os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal são selecionados por critérios político-criminais fundados na Constituição, o documento fundamental do moderno Estado Democrático de Direito”. Além disso, Martinelli²¹⁸ frisa que “quando se afirma que todos os bens jurídico-penais devem ter previsão constitucional não significa que todos os interesses previstos na Constituição são dignos de tutela penal”.

Por fim, compreendida a complexidade do conceito de bem jurídico, seus limites, funções e como ele se situa no âmbito do Direito Penal, ao fazer parte de uma dimensão material da teoria do tipo, que deve ser feita a análise do bem jurídico protegido nos crimes de lenocínio.

3.3 O bem jurídico penalmente tutelado: a dignidade sexual

Após apresentar as complexidades dogmáticas acerca do conceito de bem jurídico, suas funções etc. que se deve dar espaço ao estudo daquilo que é tutelado nos crimes de lenocínio. Para tanto será realizado uma análise acerca dos projetos que deram início a Lei 12.015/09 tal como se utilizará da função classificativa do bem jurídico. O encontrando, passará ao exame de seu conteúdo.

A Lei 12.015/09 assume um importante papel nos debates sobre os crimes sexuais, mas peca no que tange aos crimes de lenocínio. Segundo Busato²¹⁹, “a reforma legislativa de 2009 foi uma grande oportunidade desperdiçada de afastar as figuras acessórias da prostituição da base incriminadora, ao menos daquelas que se referem a pessoas maiores e capazes”.

O processo legislativo que originou esta lei teve início no ano de 2003, assumindo a forma de projeto de lei do Senado em 2004. Em 2005, este projeto passou para a Câmara dos Deputados, transformado em Lei Ordinária no ano de 2009. Quando estava na Câmara do Senado assumia a forma de PLS

européu centenas de anos; um Estado com uma Constituição ainda pode ser um Estado fascista, desse modo, não necessariamente os bens jurídicos mencionados pela Constituição traduzem a essência das pretensões sociais; mesmo que a Constituição seja como a Constituição Federal de 1988, o erro estará na confusão entre bem jurídico penal e bem jurídico fundamental, enquanto o primeiro é estrito o segundo é extenso (BUSATO, 2017, p. 342-344).

²¹⁷ Cf. SANTOS, 2014, p. 5.

²¹⁸ Cf. MARTINELLI, 2015, p. 23.

²¹⁹ Cf. BUSATO, 2017a, p. 897.

253/04²²⁰, já na Câmara dos Deputados era o PL 4.850/05²²¹. De acordo com Busato²²², o que inspirou esta iniciativa “foi uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito iniciada através do Requerimento 02/2003, encarregada de investigar as situações de violência e redes de exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil”.

Com isso, a Lei 12.015/09 trouxe algumas mudanças ao Código Penal, principalmente no tocante ao direcionamento de sua pretensão legislativa, que deixava de ser os costumes e passa a ser a dignidade sexual²²³. Na verdade, tal aproximação à dignidade sexual teve início no ano de 2005 com a promulgação da Lei 11.106/05, já mencionada em título anterior. Independente disto, fora apenas no ano de 2009 que o título VI, da parte especial, do Código Penal teve seu *nomen iuris* alterado, deixando de ser “dos crimes contra os costumes” para se tornar “dos crimes contra a dignidade sexual”.

Assim, a busca para identificar o bem jurídico, parte da sua função classificatória, pois esta organiza os bens jurídicos em grupos de tipos, ou seja, em títulos²²⁴. Segundo Prado²²⁵, “os próprios títulos ou capítulos da parte especial são estruturados com lastro no critério do bem jurídico em cada caso pertinente”. Com isso, o bem jurídico tutelado pelos crimes de lenocínio, segundo a função classificatória, é a dignidade sexual. Ideia corroborada pelas razões que justificam o PLS 253/04²²⁶, afinal, tutelar explicitamente os costumes se apresentava como algo inaceitável.

Para a ciência penal, os nomes e os títulos são fundamentais, pois delineiam o bem jurídico a ser tutelado. Assim, a concepção atual brasileira não se dispõe a proteger a liberdade ou dignidade sexual, tampouco o desenvolvimento benfazejo da sexualidade, mas hábitos, moralismos e eventuais avaliações da sociedade sobre estes. Dessa forma, a construção legislativa deve começar por alterar o foco da

²²⁰ Cf. BRASILIA. **Projeto de Lei do Senado nº 253, de 2004**. Altera o Título VI (dos crimes contra os costumes) da Parte Especial do Código Penal. Brasília: Senado Federal – CPMI – Exploração Sexual. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/70034>. Acesso no dia: 4 mai. 2021.

²²¹ Cf. BRASILIA. **Projeto de Lei nº 4.850, de 2005**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, em especial do seu Título VI. Brasília: Senado Federal – CPMI – Exploração Sexual. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=277008>. Acesso no dia: 4 mai. 2021.

²²² Cf. BUSATO, 2017a, p. 786.

²²³ Ibid., p. 786.

²²⁴ Cf. PRADO, 2019.

²²⁵ Ibid.

²²⁶ Cf. BRASÍLIA, 2004.

proteção, o que o presente projeto de lei fez ao nomear o Título VI da Parte Especial do Código Penal [...].

Com o intuito de evitar a proibição de aspectos morais e proteger interesses legítimos e constitucionalmente reconhecidos, que o poder legislativo busca alterar o bem jurídico dos crimes de lenocínio²²⁷, procurando na sua função classificatória a justificativa para tal mudança. Ao tutelar a dignidade sexual, o legislador procurou na dignidade da pessoa humana os fundamentos para a criminalização dos diversos tipos disponíveis no título VI do Código Penal. Agora resta compreender algumas das qualidades da dignidade da pessoa humana²²⁸, enquanto um Direito Fundamental, elucidando a respeito da dignidade sexual.

Para Alexy²²⁹, a dignidade assume o embate entre duas concepções diferentes, uma absoluta e outra relativa. Ao entendê-la como uma concepção absoluta, a dignidade da pessoa humana será uma norma que tem prevalência sobre qualquer outra norma em qualquer caso, o que significa que qualquer interferência na dignidade da pessoa humana seria uma violação da mesma. Já uma concepção relativa significa dizer que quando há uma interferência na dignidade da pessoa humana, tal interferência deve ser observada pela ótica da proporcionalidade²³⁰. Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana se estabelece com uma concepção relativa, mas com características absolutas²³¹.

Partindo desta premissa, a estrutura normativa da dignidade da pessoa humana se apresenta como um princípio²³² podendo ser submetida ao teste da

²²⁷ Cf. MARGOTTI, 2017, p. 200.

²²⁸ O que será aqui elaborado acerca da dignidade serve como base para a sua compreensão, mas ainda não carrega a enorme complexidade do seu desenvolver, caso haja interesse, indica-se: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006; NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana: dignidade e direitos fundamentais**. v. 1. 2. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2018; NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana: dignidade e inconstitucionalidade**. v. 2, Coimbra: Editora Almedina, 2016.

²²⁹ Cf. ALEXY, Robert. Human dignity and proportionality analysis/a dignidade humana e a análise da proporcionalidade. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]**, v. 16 (esp), p. 83–96, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.18593/ejll.v16i3.9763>. Acesso no dia: 3 mai. 2021, p. 83.

²³⁰ Não há de ser realizada uma exaustiva explicação acerca da proporcionalidade nesta monografia, porém cabe breve explicação. Segundo Alexy, a natureza de um princípio, como mandamento de otimização, requer a aplicação dos testes da proporcionalidade, esta consiste em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Os subprincípios da adequação e da necessidade referem-se as otimizações relativas as possibilidades factuais, já a proporcionalidade em sentido estrito exige a ponderação das possibilidades jurídicas (ALEXY, 2016, p. 86).

²³¹ *Ibid.*, p. 85.

²³² *Ibid.*, p. 85-86.

proporcionalidade que requer o uso da ponderação. Já as suas características absolutas garantem que ela sempre terá um peso²³³ preponderante nas suas colisões²³⁴.

Para alcançar uma melhor compreensão sobre a estrutura normativa da dignidade da pessoa humana é necessário saber o conceito de pessoa e como este se relaciona com a dignidade humana.

Em Kant²³⁵ observa-se que “as leis morais devem valer para todo o ser racional em geral”, o ser humano, enquanto pessoa, é dotado de racionalidade. Assim, Alexy²³⁶ entende o conceito de pessoa como algo “duplo-triádico” (*double-triadic*), pois ela instiga duas condições. A primeira condição é a tríade: inteligência, sentimento e consciência. A segunda condição decorre da terceira característica da primeira tríade, sendo a consciência, que necessita do quesito “reflexão” e este precisa de: cognição, volatilidade e reflexibilidade normativa²³⁷. Desse modo, Kant conclui que o ser humano, como um ser racional, dotado das qualidades levantadas por Alexy, existe como um fim em si mesmo.

Com isso emerge a necessidade de assimilar a ideia da dignidade humana, que tem por base o imperativo prático Kantiano, compreendido como: “Age ‘de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”²³⁸. O ser humano, enquanto pessoa, deve, em todas as suas ações – tanto as que se dirigem a ele mesmo, como as que se dirigem a outros seres racionais –, considerar o próprio ser humano como um fim²³⁹. Aquilo que se compreende por objeto, que é desnitrado de racionalidade, possuindo valores meramente relativos, serão chamados de coisas, servindo de meros meios²⁴⁰.

²³³ Em casos peculiares, nos quais a proporcionalidade por si só não soluciona a ponderação, será aplicada a fórmula peso. Esta é uma análise bem complexa que se utiliza de valores aritméticos para alcançar um coeficiente acerca da colisão observada. Dentre os fatores examinados está o peso que o princípio, ou medida, ora analisados, tem, ou seja, a dignidade humana sempre terá um peso superior ao princípio no qual ela irá colidir. (ALEXY, 2016, p. 86-87).

²³⁴ Ibid., p. 87.

²³⁵ Cf. KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Edições 70, 2007, p. 46.

²³⁶ Cf. ALEXY, 2016, p. 89.

²³⁷ Ibid., p. 89.

²³⁸ Cf. KANT, 2007, p. 69.

²³⁹ Ibid., p. 68.

²⁴⁰ Ibid., p. 68.

Dessa forma que Kant indica a existência do reino dos fins, e neste tudo há de se ter ou um preço ou uma dignidade. Segundo Kant²⁴¹ “quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como *equivalente*; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade”. De acordo com Silva²⁴²

Aquilo que tem um preço pode muito bem ser substituído por qualquer outra coisa equivalente. Daí a idéia de valor relativo, de valor condicionado, porque existe simplesmente como meio, o que se relaciona com as inclinações e necessidades geral do homem e tem um preço de mercado, enquanto aquilo que não é um valor relativo, e é superior a qualquer preço, é um valor interno e não admite substituto equivalente, é uma dignidade, é o que tem uma dignidade.

Assim, Barroso²⁴³ identifica o primeiro elemento essencial à dignidade, sendo este o seu valor intrínseco²⁴⁴²⁴⁵. Tal valor liga a dignidade à natureza do ser, sendo um conjunto de características inerentes e comuns a todo ser humano, ou seja, estabelece o ser humano como pessoa²⁴⁶.

Nesse sentido que Alexy²⁴⁷ entende a dignidade humana como um conceito que contém elementos descritivos e normativos.

O elemento descritivo mais mencionado é a autonomia, esta encontra as suas bases em Kant²⁴⁸ para quem a autonomia é reconhecida como agir conforme a vontade, esta que não está simplesmente submetida à lei, mas sim submetida de tal maneira que tem de ser considerada também como legisladora

²⁴¹ Cf. KANT, 2007, p. 77.

²⁴² Cf. SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 212, p. 89-94, abr./jun. 1998, p. 91.

²⁴³ Cf. BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: [https://luisrobertobarroso.com.br/publicacoes/.](https://luisrobertobarroso.com.br/publicacoes/), p. 20.

²⁴⁴ Para mais embasamento acerca do valor intrínseco da dignidade, indica-se as leituras: HABERMAS, Jürgen. The concept of human dignity and the realistic utopia of human rights. **Methaphilosophy**, v. 41, n. 4, p. 464-480, 2010; DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible here? principles for a new political debate**. Princeton: Princeton University Press, 2006.

²⁴⁵ Para Barroso, do valor intrínseco emerge outros direitos, como o Direito a vida, liberdade, integridade etc. Autores como Waldron não coadunam com esta percepção, pois tornaria a dignidade uma norma tão ampla que a sua proteção acaba sendo contingente.

²⁴⁶ Cf. BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Editora Forum, 2014, p. 76.

²⁴⁷ Cf. ALEXY, 2016, p. 89.

²⁴⁸ Cf. KANT, 2007, p. 72.

ela mesma, e só então ela será submetida à lei. De acordo com Waldron²⁴⁹, dignidade é um status conceitual (*status-concept*) que tem a ver com a presença moral que uma pessoa tem na sociedade e em como ela interage com as outras pessoas. O Direito reconhece a dignidade no momento em que ele estimula a autonomia, assumindo que as pessoas são inteligentes e capazes de agir conforme as suas vontades dentro dos limites do Direito²⁵⁰. Segundo Alexy²⁵¹, do ponto de vista jurídico, a autonomia inclui o Direito de existir e o Direito de tomar escolhas de qualquer tipo. Desse modo, a autonomia somente pode ser exercida em conjunto com o conceito de pessoa, pois apenas alguém dotado de inteligência, sentimento, consciência no sentido cognitivo, volitivo e normativo reflexivo, conseguirá exercer a autonomia²⁵².

Já o elemento normativo se aproxima de uma característica formal da dignidade, sendo o que Alexy chama de conceito ponte (*bridge concept*). Desse modo, o elemento normativo conecta o conceito de pessoa com o conceito de dignidade, constituindo o princípio de que todo ser humano deve ser levado a sério enquanto pessoa (*All human beings have to be taken seriously as persons*)²⁵³.

Ainda há que se falar de um terceiro elemento da dignidade humana, muito debatido e controverso, levantado por Barroso²⁵⁴, sendo o valor comunitário. Por vezes a dignidade da pessoa humana, e a dignidade sexual, são interpretadas de modo amplo, trazendo a elas uma noção de “padrão digno”, ou seja, um conglomerado de valores axiológicos impostos e que devem ser observados²⁵⁵. O valor comunitário da dignidade da pessoa humana se apresenta como “o papel do Estado e da comunidade no estabelecimento de metas coletivas e de restrições sobre direitos e liberdades individuais em nome de certa concepção de vida boa”²⁵⁶. Percebe-se certa semelhança com o conceito de um paternalismo moral, que é identificado pela “intervenção na

²⁴⁹ Cf. WALDRON, Jeremy. How law protects dignity. *The Cambridge Law Journal*, v. 71, n. 1, p. 200–222, 2012. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/cambridge-law-journal/article/abs/how-law-protects-dignity/7237C77EEE72EDEC2E987A3DCA2786FD>.

Acesso em: 6 abr. 2021.

²⁵⁰ Ibid.

²⁵¹ Cf. ALEXY, 2016, p. 89.

²⁵² Ibid., p. 89.

²⁵³ Cf. ALEXY, 2016, p. 90-91; Cf. WALDRON, 2012.

²⁵⁴ Cf. BARROSO, 2014.

²⁵⁵ Cf. MARGOTTI, 2017, p. 201.

²⁵⁶ Cf. BARROSO, 2014, p. 88.

liberdade de alguém com o objetivo de evitar a violação de preceitos morais”, buscando prevenir um mal²⁵⁷. Segundo Barroso²⁵⁸, o valor comunitário como restrição sobre a autonomia das pessoas deve ser realizado com um fundamento relevante, ou seja, uma justificativa baseada numa ideia de justiça. Os limites são necessários para que a dignidade da pessoa humana não acabe impondo valores demasiados e reduza a autonomia das pessoas, perdendo o seu sentido.

Ocorre que, ao criminalizar o lenocínio, o legislador não fez referência alguma à limites para aplicação da lei penal, pelo contrário, ele utilizou de cláusulas vagas para a construção dos tipos. Além de não diferenciar, em nenhum momento, uma prostituição desejada de outra indesejada, algo de extrema importância, como será visto mais à frente. Desse modo, o elemento valor comunitário agrega à dignidade da pessoa humana, e à dignidade sexual, uma forte indeterminação o que a torna um conceito plurissignificativo²⁵⁹ que ao ser aplicada sem justificativa a transforma em uma moral desarrazoada.

Nesse sentido que Waldron²⁶⁰ salienta ser a dignidade reconhecida pelo Direito no momento em que este protege e estimula a autonomia das pessoas. Para o autor a dignidade recebe uma roupagem de *status* devendo ser afastadas as compreensões que a confundem com outras ideias, por exemplo, o dever básico de respeitar constantemente a vida humana é algo extremamente importante, mas que não tem conexão com a dignidade, constituindo um outro direito²⁶¹. Essa visão não confunde dignidade com moralidade e, também, não afasta a moralidade do Direito.

Portanto, a dignidade da pessoa humana é um conceito ponte que conecta a dignidade humana ao conceito de pessoa, constituindo um elemento descritivo que é estruturado na autonomia e um normativo estruturado no princípio de que todo ser humano deve ser levado a sério enquanto pessoa. A sua estrutura normativa é de princípio e ela possui um peso preponderante nas suas colisões, o que demonstra uma característica absoluta. Por conta da conexão entre a dignidade humana com a pessoa, que ela eleva um elemento

²⁵⁷ Cf. MARTINELLI, 2015, p. 102.

²⁵⁸ Cf. BARROSO, 2014, p. 88.

²⁵⁹ Cf. MARGOTTI, 2017, p. 201.

²⁶⁰ Cf. WALDRON, 2012.

²⁶¹ Ibid.

valorativo, ontológico, que busca a essência do ser humano enquanto ser capaz, inteligente e autônomo.

A dignidade sexual, por sua vez, deve ser interpretada de acordo com esta percepção da dignidade da pessoa humana, assegurando a autonomia individual e a liberdade sexual das pessoas no combate a toda forma de violência²⁶². A sexualidade traz à tona características eminentemente pessoais (como ser homossexual), tal como sociais (exercer a sexualidade no contato com os outros), que devem ser respeitadas em sua dignidade, alcançando a dignidade sexual, que pela sua natureza, pertence ao sistema de Direitos Fundamentais²⁶³, precisando ser garantida e não confundida.

Quando o legislador estabeleceu a proteção da dignidade sexual nos crimes localizados no título VI da parte especial do Código Penal, ele aparentemente intentou proteger os direitos ao livre desenvolvimento da personalidade da pessoa enquanto ser humano e racional. Isto, de fato, fora importante, pois afastou as percepções equivocadas da moralidade acerca de crimes grotescos como o estupro, mas, por outro lado, acabou por mascarar a mesma moralidade na criminalização do lenocínio. Ao tentar expurgar a moral dos crimes disponíveis no título VI, o legislador acabou por mascarar-la nos crimes de lenocínio, devendo tal tema receber capítulo próprio sobre sua análise.

²⁶² Cf. MARGOTTI, 2017, p. 210.

²⁶³ Cf. MUÇOUÇAH, 2014.

4 CRIMINALIZAR O LENOCÍNIO É UMA ATIVIDADE MORAL INACEITÁVEL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

No segundo capítulo desta monografia fora desenvolvido o conceito de Estado Democrático de Direito, compreendido como um Governo de Direito lastreado em conteúdos democráticos, sociais, liberais etc. Sob este prisma, há a diferenciação entre Estado, Direito e Moral, que são autônomos e se relacionam. O Estado como modelo de poder político dotado de soberania, autogoverno e outras prerrogativas; o Direito como uma bidimensionalidade, provido de aspectos institucionais ou fáticos e ideais ou críticos; e a Moral como os valores heterônomos da sociedade e autônomos do indivíduo. Os três conceitos se encontram relacionados na figura do Estado Democrático de Direito, no qual o Estado necessita do conteúdo e da forma do Direito para exercer o seu poder enquanto o Direito encontra na Moral sua validade e natureza, aplicando uma constante pretensão de correção em todos os seus atos. Já no terceiro capítulo, estudou-se os conceitos penais acerca dos crimes de lenocínio, compreendendo sua estrutura normativa, seu bem jurídico, conceitos como prostituição, dentre outros.

Portanto, considerando o que já foi estudado, desenvolver-se-á uma crítica aos crimes de lenocínio no modo como estão dispostos no Código Penal brasileiro. Inicialmente analisando o conteúdo moral que reveste o seu bem jurídico, o que ocasiona numa falsa interpretação da dignidade da pessoa humana, sendo uma imposição moral desarrazoada. Logo após será observado os problemas de vagueza nos tipos penais do capítulo V, do título VI, da parte especial, do Código Penal brasileiro. E, ao fim, será analisado o PL 4.211/12, que responde à pergunta referente aquilo que deve ser criminalizado, como apresenta uma proposta para regulamentar a prostituição.

4.1 Da falta de bem jurídico: a não aceitação da moralidade pública sexual como algo a ser protegido

A dignidade da pessoa humana, na fórmula da dignidade sexual, estabelece que a autonomia individual, a respeito da prática sexual, deveria conduzir a uma descriminalização do lenocínio no modo como este é firmado no

Brasil. Afinal, as escolhas que definem a vida privada das pessoas dependem exclusivamente das pessoas, principalmente quando o objeto destas escolhas é algo lícito, como é o caso do exercício da prostituição.

Ao criminalizar o lenocínio o legislador acabou por manter uma tradição de estigmatização do trabalhador do sexo, impossibilitando que este possa exercer seu ofício de modo pleno. É neste sentido que Leite²⁶⁴ entende a situação do lenocínio no Brasil,

A prostituta não está enquadrada no Código Penal Brasileiro. No entanto, é uma das atividades que mais sofrem preconceito e repressão policial. O que é considerado criminoso no Brasil é o explorador sexual, ou seja, o cafetão, dito protetor, ou a cafetina, a dona da casa. Se um grupo de prostitutas formar uma cooperativa, automaticamente ele será enquadrado no Código Penal, e elas passam a ser consideradas fora-da-lei. Mas em tese, quando a prostituta exerce o seu trabalho, nada se pode fazer contra ela. Em tese. O Código Penal Brasileiro é muito antigo, de 1940 para cá não sofreu modificações substanciais e os artigos referentes à prostituição foram feitos para proteger a puta. No entanto, infelizmente, ele teve o efeito contrário ao desejado. A prostituta acabou no meio da total marginalidade porque aqueles que a cercam são considerados criminosos e, de alguma forma, transferem essa condição a ela.

Por mais que a autora utilize de artifícios retóricos, a mensagem que ela transmite é uma, de fato existe uma estigmatização realizada pela lei penal sobre os trabalhadores do sexo. Quando o legislador optou por manter os crimes de lenocínio, ele não fez menção a condutas que violassem a autonomia das pessoas, não diferenciando uma prostituição desejada de uma indesejada. Veja o exemplo do artigo 227 do Código Penal, “induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem”. Segundo Busato²⁶⁵ “quem se entrega à satisfação da lascívia de alguém, mesmo que induzido por outro, o faz dentro de sua esfera de autonomia e liberdade, pelo que não seria possível falar em ofensa à autonomia ou liberdade sexuais”. Para haver violação da autonomia o tipo deveria buscar prevenir a pessoa de alguma violência real, criminalizando uma conduta que utilizasse de meios ardilosos e graves para realmente afetar a autonomia de outrem. A intenção do Código Penal, neste crime, aparenta ser, apenas, a de simplesmente afastar um ato que o próprio considera imoral.

²⁶⁴ Cf. LEITE, Gabriela. **Filha, mãe, avó e puta**: a história de uma mulher que decidiu ser prostituta. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2009, p. 61

²⁶⁵ Cf. BUSATO, 2017a, p. 899.

Então, é evidente a forte vinculação que os crimes de lenocínio têm com a moral, algo que agora será objeto de crítica. O primeiro ponto, do qual interessa argumentar, está em dois princípios estruturantes do Direito Penal, sendo os princípios da lesividade e da *ultima ratio*.

A lesividade é princípio que anda junto do conceito de bem jurídico, como visto anteriormente. O sistema jurídico brasileiro busca unir as noções de lesão, advindas do *common law*, com o ideal do bem jurídico, desenvolvido na *civil law*. Nesse sentido, Santos²⁶⁶ entende que “o princípio da lesividade proíbe a cominação, a aplicação e a execução de penas e de medidas de segurança em casos de lesões irrelevantes contra bens jurídicos protegidos na lei penal”. Este princípio tem por objeto o próprio bem jurídico e carrega uma dimensão qualitativa, na qual se analisa a natureza do bem jurídico lesionado, e uma dimensão quantitativa, assumindo a expressão do princípio da insignificância do dano²⁶⁷.

De acordo com Roxin²⁶⁸, atos imorais que forem realizados por pessoas adultas em comum acordo sem perturbar os outros, não prejudica nem os Direitos individuais destas pessoas e muito menos os seus bens individuais no sentido de bens vulneráveis, protegíveis e valiosos. A razão para isto, segundo o autor²⁶⁹, é pela falta de uma lesão real por trás da moralidade, gerando infrações somente à própria moral, mas não a bens jurídicos. Então, para Roxin, a moralidade não possui o necessário para sofrer lesões significativas, não instigando a dimensão qualitativa do princípio da lesividade. Segundo Margotti

os crimes de lenocínio não apresentam vítimas e não lesam direitos de ninguém, quando a pessoa em situação de prostituição (a única que poderia ser aviltada, que poderia sofrer uma ofensa a sua liberdade sexual) a escolhe como profissão e a exerce livre e consentidamente, deixando claro o desrespeito ao princípio da lesividade.

Já o princípio da *ultima ratio* busca seus fundamentos no Estado Democrático de Direito. Como fora visto no capítulo 2, o Estado Democrático de Direito instiga uma aproximação entre as esferas do Direito, do Estado e da Moral, os entendendo como elementos autônomos que se relacionam. Desse modo, o Estado assume as formas e o conteúdo do Direito, utilizando de

²⁶⁶ Cf. SANTOS, 2014, p. 26.

²⁶⁷ Ibid., p. 26.

²⁶⁸ Cf. ROXIN, 1997, p. 52.

²⁶⁹ Ibid., p. 52.

elementos Morais de forma a racionalizar o Direito, isso faz com que a intervenção penal ocorra, somente, na última fase do controle social²⁷⁰.

Segundo Ferrajoli²⁷¹ um modelo de Estado é definido pelo modo como ele limita o poder punitivo. Assim, um Estado Autoritário se caracteriza pela debilidade ou ausência de limites à intervenção punitiva, sendo um modelo de “Direito Penal Máximo”²⁷². O Direito Penal brasileiro busca a sua fundamentação em um “Direito Penal Mínimo”, que torna o Direito Penal a última razão, o último instrumento para a resolução de conflitos, afinal, é ele que traz as consequências mais graves aos cidadãos²⁷³. Além de garantir uma série de Direitos às pessoas quando da aplicação do Direito Penal.

Em síntese, um modelo de Direito Penal Mínimo se utiliza do poder punitivo como o último instrumento disponível ao Estado, introduzindo uma série de Direitos como a não admissão da imposição da pena sem a existência de um delito, que todo crime esteja previsto legalmente, que o crime produza efeitos lesivos à terceiros, etc. sendo o modelo adotado por todo Estado Democrático de Direito²⁷⁴. Assim entende Nucci²⁷⁵, ao demonstrar o liame entre o Direito Penal Mínimo e a prostituição:

Comerciar o sexo, entre adultos, nada mais é do que faceta do direito fundamental à intimidade. Satisfazer seus desejos sexuais, na intimidade, constitui desdobramento natural da vida privada. O Estado deve abster-se de intervir nessa relação, a pretexto de garantir a dignidade humana [...].

Nesse sentido, Zaffaroni²⁷⁶ afirma que a moral, sob nenhum ponto de vista, pode ser considerada um bem jurídico. Em conjunto com Pierangeli, Zaffaroni²⁷⁷ explica que “a ‘moral pública’ é um sentimento de pudor, que se supõe ter o direito de tê-la, e que é bom que a população a tenha, mas se alguém carece de tal sentimento, não se pode obrigar a que o tenha, nem que se comporte como se o tivesse”, enquanto não lesionar os sentimentos daqueles

²⁷⁰ Cf. BUSATO, 2017, p. 52.

²⁷¹ Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 83.

²⁷² Ibid., p. 83.

²⁷³ Cf. MARTINELLI, 2015, p. 53.

²⁷⁴ Cf. FERRAJOLI, 2002, p. 83.

²⁷⁵ Cf. NUCCI, 2015, p. 124.

²⁷⁶ Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Teoria del delito**. Buenos Aires: Ediar, 1973, p. 225.

²⁷⁷ Cf. ZAFFARONI, 2007, p. 401.

que o têm²⁷⁸. Os autores ainda dizem que a moral de crimes como o lenocínio é questão eminentemente individual e o Direito não deve fazer mais do que possibilitá-la²⁷⁹.

Para Zaffaroni e Pierangeli o Estado, de forma alguma, pode impor uma moral, se assim o faz, o Estado se torna imoral, “porque o que impõe não pode chamar-se moral, posto que o mérito moral surge da escolha livre que se faz quando se tem a possibilidade de escolher outra coisa”²⁸⁰. Os autores²⁸¹ continuam, ao afirmarem que

Em lugar de pretender impor uma "moral", o Estado pode reconhecer um âmbito de liberdade moral, possibilitando deste modo a conduta moral de seus habitantes, porque o mérito moral surge justamente quando se teve a possibilidade do imoral; este "direito é moral, precisamente porque é a possibilidade do imoral" (RADBRUCH). c) Como consequência do princípio apontado, as penas não podem recair sobre as condutas que são justamente o exercício da autonomia moral que a Constituição e as leis garantem, e sim sobre aquelas que afetam o exercício desta autonomia ética: não se penaliza a mulher capaz, adulta e solteira ou viúva que tem relações sexuais, porque esta questão incumbe à sua consciência moral, mas penaliza-se aquele que a obriga ou a impede de tê-las; (grifos dos autores).

Observando os princípios da lesividade e da *ultima ratio* é possível deduzir que a moralidade pública sexual não pode ser um bem jurídico. Conforme explica Nucci²⁸², a forma como a dignidade humana fora usada nos crimes de lenocínio é nocivo e deturpado, sendo, de fato, uma representação da moralidade. Para o autor

A dignidade da pessoa humana diz respeito à sua autoestima e respeitabilidade, no aspecto subjetivo, e nada mais justo que isso se dê, no âmbito de sua intimidade e vida privada, de modo livre, sem qualquer cabresto estatal, a pretexto de defender a *moral* e os *bons costumes*. (Grifos do autor).

Um segundo ponto que se pode levantar para criticar tanto o uso da moralidade pública sexual como bem jurídico, quanto a criminalização do

²⁷⁸ Quando Zaffaroni e Pierangeli se referem às lesões aos sentimentos, eles querem dizer crimes como o atentado ao pudor, por exemplo, o indivíduo que defeca na via pública ou aquele que mantém relações sexuais com a janela aberta com o intuito de que um terceiro involuntariamente o veja. Tais crimes atingem a moral pública no sentido do pudor, do sentimento de alguém que não quer fazer parte de algo, mas não visam uma padronização de comportamentos considerados morais. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2007, p. 401-402).

²⁷⁹ Ibid., p. 402.

²⁸⁰ Ibid., p. 83.

²⁸¹ Ibid., p. 83.

²⁸² Cf. NUCCI, 2015, p. 124.

lenocínio em si, é aquilo que Alexy chama de contradição performativa. Esta tese apresenta a necessidade de unir a pretensão de correção ao conceito de Direito, constituindo sua dimensão crítica ou ideal. Ela pode ser exemplificada no caso do “artigo constitucional absurdo”²⁸³.

Trata-se do primeiro artigo de uma nova Constituição para um Estado figurativo X, em que a minoria oprime a maioria. A minoria quer continuar desfrutando das vantagens adquiridas com a opressão da maioria, mas pretendem ser honestos²⁸⁴. Desse modo, a reunião dadora da constituição vota, por conseguinte, como primeiro artigo da Constituição a proposição seguinte: X é uma república soberana, federal e injusta²⁸⁵.

Para Alexy²⁸⁶, nem uma viciosidade convencional, nem a moral, muito menos a técnica, explicam o absurdo por detrás desta cláusula de injustiça, afinal, este absurdo resulta de uma contradição. O conteúdo explícito da resolução da cláusula de injustiça contradiz a pretensão de correção, que necessariamente é formulada no ato de ditar uma Constituição²⁸⁷ e, nesse caso, a pretensão promovida é essencialmente uma pretensão de justiça. A contradição consiste nisto, que com o ato da dação da constituição, implicitamente, é estabelecida uma afirmação (de que o ato deve ser justo) que contradiz o conteúdo explícito do ato dador de constituição, da cláusula de injustiça²⁸⁸.

Alexy entende a justiça²⁸⁹ pela aplicação da pretensão à fundamentabilidade. Assim, morais discriminatórias, em sentido pejorativo, jamais serão consideradas, pois estas não possuem o mínimo necessário para serem corretas. Afinal, a moral do racista consiste no desprezo ao ser humano e isso não pode ser Direito.

Quando o legislador opta por punir o lenocínio e não traz justificativas razoáveis para isto, ele acaba por não elevar condição alguma que venha a proteger de fato o profissional do sexo. Na verdade, ele usa da moralidade

²⁸³ Cf. ALEXY, 2011, p. 21.

²⁸⁴ Cf. ALEXY, 2001, p. 98.

²⁸⁵ Cf. ALEXY, 2011, p. 21.

²⁸⁶ Ibid., p. 22.

²⁸⁷ Cf. ALEXY, 2001, p. 98.

²⁸⁸ Cf. ALEXY, 2011, p. 22.

²⁸⁹ Além disso, Alexy entende que a extrema injustiça não é Direito, para mais informações acerca deste argumento, leia-se: ALEXY, 2002.

pública sexual para discriminar e ressaltar o estigma por detrás da prostituição, algo que contradiz a pretensão de correção.

A criminalização do lenocínio, no modo como é feito no Brasil, é uma espécie de paternalismo moral injustificado. Afinal, o legislador realmente almejava salvaguardar o profissional do sexo ao criminalizar o lenocínio, porém, acabou por estigmatizar ainda mais a atividade, o que retira qualquer justificativa do ato.

Assim, a moralidade pública sexual não deve ser tratada como um bem jurídico e mascará-la com a dignidade sexual não esconde o problema. O legislativo perdeu em 2009 uma grande oportunidade para se desfazer de um crime cujo o bem jurídico é inaceitável. E, ainda optou por manter este crime sem traçar limite algum que o tornasse possível de ser sustentado em um Estado Democrático de Direito. Segundo a Margotti²⁹⁰,

a dignidade e liberdade sexual só são atingidas quando a prostituição é exercida contra a vontade da pessoa [...], conclui-se que os crimes previstos no Capítulo V do Título VI do Código Penal Brasileiro, da maneira como estão, simplesmente não apresentam bem jurídico válido, contrariando remissas importantíssimas do Direito Penal em um Estado Democrático de Direito.

Com base no que foi apresentado é possível afirmar que os crimes de lenocínio não apresentam um bem jurídico válido, existindo uma falta ou carência de bem jurídico. Porém, esta não é a única crítica possível de se assimilar acerca dos crimes de lenocínio, conforme será observado no discorrer deste capítulo.

4.2 A vagueza da lei penal incriminadora: o que o legislador quis dizer com a expressão “exploração sexual”?

Os debates acerca dos crimes de lenocínio assumem uma nova roupagem quando se observa o que o legislador quis dizer com o termo “exploração sexual”. Tal expressão é utilizada de modo constante nos delitos analisados, o que instiga a necessidade de uma análise própria.

Segundo Nucci²⁹¹, explorar é uma conduta de vários significados, alcançando o sentido de tirar proveito de alguém ou de algo, podendo ser feito

²⁹⁰ Cf. MARGOTTI, 2017, p. 227

²⁹¹ Cf. NUCCI, 2015, p. 101.

de maneira honesta ou desonesta. Feito de modo desonesto abrange a má-fé, o que envolve um abuso da ingenuidade alheia, enganando ou ludibriando para, então, tirar proveito ou lucro, em prejuízo do explorado. Ocorre que o Código Penal brasileiro, até mesmo depois da reforma introduzida pela Lei 12.015/09, adotou a terminologia exploração sexual sem defini-la, deixando à incumbência da doutrina e jurisprudência o fazer²⁹². Porém, há uma forte tendência do Código em equiparar exploração sexual com prostituição²⁹³.

Neste sentido, Estefam²⁹⁴ observa um duplo significado à exploração sexual quando equiparada a prostituição, o primeiro sob um viés econômico e o segundo de uma perspectiva Moral. Do ponto de vista econômico, exploração sexual reside em obter ganhos econômicos, diretos ou indiretos, com a prostituição alheia. A perspectiva Moral descreve a prostituição como uma forma de violência sexista e, assim, uma maneira de exploração de gênero. O argumento da perspectiva Moral se ergue sobre o raciocínio de que o profissional do sexo se vê reduzido à categoria de objeto e, portanto, sem condição humana, sendo a comercialização do sexo uma transgressão moral e uma desumanização²⁹⁵. Tal perspectiva Moral é sustentada por aqueles que defendem uma abordagem abolicionista da prostituição, que em pontos mais extremos, adota como ideia central a de que se deve negar às pessoas o Direito de se prostituir, descabendo, ao Estado, regulamentar a atividade²⁹⁶.

Juntando as concepções “desonestas”, com o viés econômico e a perspectiva Moral, torna-se manifesto o forte conteúdo pejorativo que a expressão “exploração sexual” carrega. Desse modo, a interpretação da prostituição enquanto exploração sexual é algo incoerente, porém evidente na nova redação do Código Penal, que utiliza de modo veemente a expressão “prostituição e outras formas de exploração sexual”.

Partindo de tal cenário é possível entender que, para o legislador, a pessoa que pratica o meretrício será sempre explorada²⁹⁷, o que é uma grande

²⁹² Cf. NUCCI, 2015, p. 101.

²⁹³ Ibid., p. 101.

²⁹⁴ Cf. ESTEFAM, 2016, p. 208.

²⁹⁵ Ibid., p. 210.

²⁹⁶ Ibid., p. 210.

²⁹⁷ Cf. MARTINELLI, João Paulo Orsini. Casa de prostituição: a adequação social e a moral pública. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 110, p. 457-472, set./out. 2014. Base de Dados RT Online.

retórica. Conforme explica Nucci²⁹⁸, “afirmar que uma pessoa é *explorada* por outra, no sentido pejorativo da palavra [...] causa comoção e permite a criminalização de condutas tidas por *imorais*, embora sejam socialmente toleradas e irrelevantes na prática” (grifos do autor).

Na verdade, a incoerência reside na exorbitante diferença entre os conceitos de prostituição e exploração sexual. Segundo Nucci²⁹⁹, “inexiste *exploração sexual* sem violência, ameaça ou qualquer espécie de emprego de fraude para dobrar a resistência de alguém à prática do sexo” (grifo do autor). Já a prostituição, de acordo com Estefam³⁰⁰, trata-se, “em síntese, da *atividade profissional*, exercida, portanto, com *habitualidade e mediante remuneração*, cujo objeto reside na *livre e consentida prestação de serviços sexuais*” (grifos do autor). Enquanto a exploração se lastreia em uma atividade que visa ludibriar a pessoa, a prostituição depende, necessariamente, de uma consentida prestação do serviço sexual.

O legislador ainda afirma existirem outras formas de exploração sexual, porém ele não se dedica a deduzi-las. De acordo com Margotti³⁰¹, o modo pelo qual a expressão “prostituição e outras formas de exploração sexual” fora inserida no texto legal dá margem ao entendimento de que independente das outras formas, o que importa é que a prostituição é uma delas. Esse entendimento trata a exploração sexual como um gênero do qual decorrem uma série de espécies, porém o legislador especificou apenas a prostituição, que é uma atividade lícita, enquanto exercida por pessoas adultas, e depende da autodeterminação daquele que a exerce, caindo em contradição. Para Margotti³⁰² é

Importante observar que a prostituição não pode ser considerada exploração sexual, notadamente, por ser uma conduta totalmente permitida em nosso ordenamento jurídico [...]. Considerá-la como forma de exploração sexual reflete o constante aviltamento da autodeterminação individual, ofendendo – agora sim – a dignidade sexual das pessoas que se prostituem, vez que não respeita a escolha profissional individualmente feita para suas vidas. Além disso, deixa à mostra a hipocrisia da legislação penal, que permite a atividade sexual, mas a impossibilita por meio da condenação das ações de lenocínio

²⁹⁸ Cf. NUCCI, 2015, p. 102.

²⁹⁹ Ibid., p. 102.

³⁰⁰ Cf. ESTEFAM, 2016, p. 204.

³⁰¹ Cf. MARGOTTI, 2017, p. 211-213.

³⁰² Ibid., p. 217.

dos que participam da atividade sexual alheia, sem utilizar qualquer forma de violência ou ameaça.

Conforme o entendimento de Nucci³⁰³, generalizar a prostituição como uma forma de exploração sexual é contraproducente, “pois invade o campo exclusivamente moral, vale dizer, a prostituição tornar-se-ia uma forma de exploração sexual somente porque deve ser reputada imoral”. Portanto, é possível depreender que a expressão “exploração sexual” é mal utilizada pela lei penal, e quando acompanhada do termo “outras formas de” ela acaba alcançando uma expressiva vagueza, algo inaceitável aos olhos do princípio da legalidade e de um Estado Democrático de Direito.

Segundo Hart³⁰⁴, há uma margem de vagueza intrínseca à natureza da linguagem. Para o autor, independente da estratégia escolhida para a transmissão de padrões de comportamento, estes se mostrarão imprecisos em algum ponto. No momento em que a sua aplicação for posta em dúvida, terá o que se chama de textura aberta do direito, que nada mais é do que a possibilidade do Direito abarcar exceções³⁰⁵.

O problema está em uma total falta de sentido das palavras, quando a margem de vagueza extrapola os limites aceitáveis para a sua própria cognição e aplicação. Quando Hart³⁰⁶ defende uma tese sobre textura aberta do Direito, ele busca expor a importância de um procedimento uniforme e facilmente identificável, mas isso não significa que determinado procedimento não vá abarcar exceções, pois isto é inerente à linguagem. No caso do Direito, o procedimento está prescrito em lei e deve ser observado, gerando um dever de ser cumprido. As exceções, que venham a sobrepujar a lei, poderão, facilmente, ser incorporadas ao sistema como norma³⁰⁷.

O que se discute, portanto, não é um caso de textura aberta do Direito – pois esta é algo compreensível e necessário, afinal, o uso de exceções não retira a força normativa de uma norma, apenas delimita o seu âmbito de aplicação –, mas, sim, da vagueza proporcionada pela lei penal, no caso da expressão

³⁰³ Cf. NUCCI, 2015, p. 103.

³⁰⁴ Cf. HART, 2009, p. 166.

³⁰⁵ Ibid., p. 166.

³⁰⁶ Ibid., p. 173.

³⁰⁷ Ibid., p. 173-174.

“prostituição e outras formas de exploração sexual”, que é uma verdadeira patologia jurídica.

O legislador, imantado de repúdios e desgostos morais, equiparou dois conceitos antagônicos, esvaziando o sentido danoso da exploração sexual e o preenchendo com moralidade. Estabelecendo, deste modo, uma vagueza extensional ao permitir outras formas da tal “exploração sexual”. Segundo Graeff³⁰⁸, “a vagueza é extensional quando o significado do termo é conhecido, mas há um *continuum* de casos entre a extensão e a não-extensão do conceito em que se torna difícil dizer se o particular examinado subsume-se ou não”. Assim, prostituição e exploração sexual são conceitos com significados conhecidos e antagônicos, entre eles há uma infinidade de atos que são difíceis definir como diferentes. Essa infinidade seriam as “outras formas de exploração sexual”, o que proporciona a vagueza extensional.

Em vista disso, Ferrajoli³⁰⁹ indica que um princípio da legalidade estrita exige que uma definição legal de um desvio deva ser produzida com base em figuras empíricas e objetivas de comportamento. De acordo com o autor³¹⁰, “apenas se as definições legislativas das hipóteses de desvio vierem dotadas de referências empíricas e fáticas precisas é que estarão na realidade em condições de determinar seu campo de aplicação, de forma tendencialmente exclusiva e exaustiva”. Ainda nos ensinamentos de Ferrajoli³¹¹, é possível compreender que

O princípio da legalidade estrita é proposto como uma técnica legislativa específica, dirigida a excluir, conquanto arbitrárias e discriminatórias, as convenções penais referidas não a fatos, mas diretamente a pessoas e, portanto, com caráter “constitutivo” e não “regulamentar” daquilo que é punível: como as normas que, em terríveis ordenamentos passados, perseguiram as bruxas, os hereges, os judeus, os subversivos e os inimigos do povo;

A partir das considerações de Ferrajoli é possível apontar, nas falas de Nucci³¹², que “a mera referência à exploração sexual possui um conteúdo tão ambíguo quanto vazio e jamais deveria constar de tipos penais incriminadores”.

³⁰⁸ Cf. GRAEFF, Patrícia. **Derrotabilidade, vagueza e textura aberta**: um estudo acerca dos limites do Direito segundo Herbert Hart. 2015, Dissertação (Mestrado) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015, p. 48.

³⁰⁹ Cf. FERRAJOLI, 2002, p. 30.

³¹⁰ Ibid., p. 30-31.

³¹¹ Ibid., p. 31.

³¹² Cf. NUCCI, 2015, p. 105.

Ademais, deve-se considerar que um Estado Democrático de Direito está calcado no princípio do Estado de Direito. Como visto, este princípio anseia a aplicação do primado do Direito, defendido pelo movimento constitucionalista francês do *État Légal*. Desse modo, a lei deve estar de acordo com a Constituição e esta nos conformes do Direito. Devendo, os atos do Estado, atender o critério da constitucionalidade. Portanto, ao utilizar de uma vagueza extensional, o legislador não ateuve nem ao primado do Direito e muito menos ao princípio da constitucionalidade, legalidade e legalidade estrita, ferindo a pretensão de correção, promovida por tais princípios, e arraigando a moralidade de modo impositivo e desarrazoado, tornando o Estado em algo imoral.

A prostituição é uma atividade livre, e deve ser exercida por pessoas adultas. Já a exploração sexual compreende uma ação de cunho plurissignificativo da qual atende, majoritariamente, concepções negativas e pejorativas. Ao equiparar a prostituição à exploração sexual, o legislador imantou a norma de penal de conteúdo moral e esvaziou o sentido da exploração sexual em afirmar existir outras formas de seu exercício, diferentemente da prostituição, sem nem ao menos dizer quais seriam estas outras formas. Isso traz a norma penal uma vagueza extensional que afasta um dos princípios basilares do Direito Penal brasileiro, a legalidade estrita. A crítica aqui estabelecida é de extrema relevância para os debates da descriminalização do lenocínio, o que levanta uma dúvida que será respondida no próximo título, esta é: quais condutas devem ser criminalizadas?

4.3 As condutas que devem ser criminalizadas, uma análise do PL 4.211/12

Nos capítulos anteriores foram debatidas as bases para a crítica aqui estabelecida. Demonstrou-se que Estado, Direito e Moral são conceitos autônomos que se relacionam, compreendendo que o Direito, necessariamente, promove uma pretensão de correção e que se houver algum paternalismo por parte do Estado, este deve ser justificado, de modo razoável. Também se realizou um estudo acerca da relevância do bem jurídico para um Estado Democrático de Direito, alcançando a crítica de que nos crimes de lenocínio o que se tutela é a moralidade pública sexual, não fazendo jus à dignidade, muito menos a liberdade, proporcionando uma verdadeira falta de bem jurídico. O

lenocínio, do modo como está expresso no Código Penal, atualmente, representa uma fórmula vazia que estigmatiza os trabalhadores do sexo, impondo uma moral desarrazoada e infringindo a pretensão de correção, enquanto esta exige uma pretensão de justiça.

Partindo destes fundamentos que no título anterior emerge a pergunta: quais condutas devem ser criminalizadas? Com o intuito de responder esta irresignação que, no dia 12 de julho de 2012, o ex-Deputado Federal Jean Wyllys (na época do PSOL/RJ) apresentou o Projeto de Lei 4.211/2012³¹³⁻³¹⁴, que objetiva a regulamentação da prostituição e a criminalização da exploração sexual. Sobre isto, é imperiosa a menção de que “a pauta da regulamentação é, antes de qualquer coisa e independente de construções teóricas sobre a autonomia ou de discussões de gênero e de feminismo, uma pauta de luta, uma reivindicação de um grupo social”³¹⁵. O que se quer é defender os Direitos de todos aqueles que exercem a prostituição, independentemente dos debates de outros grupos sociais, cujas pautas são extremamente importantes e necessárias, mas por vezes acabam por se apropriar de interesses alheios, como é o caso do que muitas vezes ocorre no debate sobre a prostituição. Além disso, ao regularizar³¹⁶ a prostituição, esta passa a ser observada como um trabalho em si, reconhecido como tal e com as suas condições próprias levadas em conta³¹⁷.

O PL 4.211/12 foi embasado no modelo legal Alemão, que regulamenta as relações jurídicas das prostitutas (*Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten - Prostitutionsgesetz – ProstG*)³¹⁸. Além de realizar importantes diálogos com projetos anteriormente apresentados à Câmara dos Deputados, como o PL 98/03³¹⁹, de autoria do ex-Deputado Federal

³¹³ Chamado de Projeto de Lei Gabriela Leite, tal proposta encontra-se arquivada na câmara dos deputados.

³¹⁴ Cf. WYLLYS, Jean. **Projeto de Lei da Câmara nº 4.211, de 2012**. Regulamenta a atividade dos profissionais do sexo. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=551899>. Acesso em: 7 jun. 2021.

³¹⁵ Cf. GOMES, 2013.

³¹⁶ O “regularizar” aqui utilizado remete ao sistema de abordagem laboral, não ao sistema regulamentador, veja o Título 3.1.

³¹⁷ Cf. GOMES, 2013.

³¹⁸ Tradução literal: Lei que regulamenta as relações jurídicas das prostitutas - Lei da Prostituição – ProstG.

³¹⁹ Cf. GABEIRA, Fernando. **Projeto de Lei da Câmara nº 98, de 2003**. Dispõe sobre a exigibilidade de pagamento por serviço de natureza sexual e suprime os arts. 228, 229 e 231 do

Fernando Gabeira (na época filiado ao PT/RJ), e o PL 4.244/04³²⁰, do finado ex-Deputado Federal Eduardo Valverde (na época do PT/RO)³²¹. A sua elaboração teve como principal característica “atender às demandas e debates de grupos de prostitutas e movimentos sociais que defendem direitos de profissionais do sexo e a regulamentação da prostituição”³²². Assim como afastou qualquer tentativa de equiparar a “regulamentação” com uma “estimulação”, ao sustentar que

O escopo da presente proposição não é estimular o crescimento de profissionais do sexo. Muito pelo contrário, aqui se pretende a redução dos riscos danosos de tal atividade. A proposta caminha no sentido da efetivação da dignidade humana para acabar com uma hipocrisia que priva pessoas de direitos elementares, a exemplo das questões previdenciárias e do acesso à Justiça para garantir o recebimento do pagamento.³²³

O objetivo que mais se destaca no PL é o de distinguir a prostituição da exploração sexual, “visando acabar com a marginalização da profissão e garantir melhor fiscalização, combate e punição da violência e exploração sexual de crianças e adolescentes”³²⁴. No seu artigo primeiro, o projeto busca conceituar a prostituição, a entendendo como atividade exercida por “toda pessoa maior de dezoito anos e absolutamente capaz que voluntariamente presta serviços sexuais mediante remuneração”³²⁵.

Tal conceito abrange as características da voluntariedade e da economicidade. A habitualidade não possui menção expressa, visto a complexidade de “estabelecer quão frequente ou prolongada deve dar-se essa conduta para poder-se falar em prostituição”³²⁶.

Sobre ser realizado entre pessoas adultas, o PL demonstra, com veemência, nas suas justificativas, que “não existe prostituição de crianças e adolescentes. Muito pelo contrário, essa prática se configura como abuso ou

Código Penal. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=104691>. Acesso em: 7 jun. 2021.

³²⁰ Cf. VALVERDE, Eduardo. **Projeto de Lei da Câmara nº 4.244, de 2004**. Institui a profissão de trabalhadores da sexualidade e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=266197>. Acesso em: 7 jun. 2021.

³²¹ Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/70034osicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=551899#tramitacoes>. Acesso no dia: 6 jun. 2021; Cf. MARGOTTI, 2017, p. 191.

³²² Cf. MARGOTTI, 2017, p. 191.

³²³ Cf. WYLLYS, 2012.

³²⁴ Cf. MARGOTTI, 2017, p. 192.

³²⁵ Cf. WYLLYS, 2012.

³²⁶ Cf. NUCCI, 2015, p. 72.

exploração sexual de crianças e adolescentes e se tipifica como crime severamente punido pelo Código Penal”³²⁷. Já com relação ao estigma, o projeto visa combatê-lo e, ainda mais, anseia que o reconhecimento da prostituição, enquanto trabalho seja um meio de enfrentar à exploração sexual, como bem é destacado nas justificativas do PL:

O objetivo principal do presente Projeto de Lei não é só desmarginalizar a profissão e, com isso, permitir, aos profissionais do sexo, o acesso à saúde, ao Direito do Trabalho, à segurança pública e, principalmente, à dignidade humana. Mais que isso, a regularização da profissão do sexo constitui instrumento eficaz ao combate à exploração sexual, pois possibilitará a fiscalização em casas de prostituição e o controle do Estado sobre o serviço.³²⁸

Já a “capacidade” referida no artigo primeiro, por ora analisado, é voltada a capacidade de fato que é a aptidão de utilizar e exercer direitos por si mesmo. Desse modo, a capacidade de fato pressupõe uma capacidade de exercício. Esta se difere da capacidade de direito, que é oriunda aos direitos da personalidade, inerente a toda pessoa³²⁹. Quando o PL se utiliza da expressão “capacidade”, ele busca dizer que a pessoa que opta pela prostituição o faz por si, sem a interferência da escolha de outrem, ela fez a escolha mediante a sua capacidade de exercício, de modo absoluto. Segundo a justificativa do PL³³⁰, “o exercício da atividade do profissional do sexo deve ser voluntário e diretamente remunerado, podendo ser exercido somente por absolutamente capazes, ou seja, maiores de idade com plenas capacidades mentais” (grifos do PL).

Por mais que a prostituição possua forte vínculo com a autonomia, não há que a discutir sem considerar o elemento vulnerabilidade. A vulnerabilidade decorre de alguma incapacidade, uma falta de autonomia para dispor de bens jurídicos³³¹. A prostituição exige o uso das capacidades. No momento em que alguém estiver em situação vulnerável, o Estado deverá prestar auxílio para esta pessoa, mesmo que precise retirá-la do meretrício. O que se discute é uma não generalização do conceito de autonomia, mas a cautela com o uso deste termo, sempre buscando observar as vulnerabilidades das pessoas. Existe uma

³²⁷ Cf. WYLLYS, 2012.

³²⁸ Ibid.

³²⁹ Cf. PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v. 1. São Paulo: Editora Forense, 2017, p. 222.

³³⁰ Cf. WYLLYS, 2012.

³³¹ Cf. MARTINELLI, 2015, p. 207.

pluralidade de realidades quando se fala em prostituição, a ideia de que a regulamentação coloca todas em igualdade não é adequada, propondo um ideal formalista de autonomia e igualdade³³². Segundo Margotti³³³, descriminalizar o lenocínio, como previsto atualmente pelo Código Penal, e regulamentar a prostituição é importante “para que a atuação do Estado se dê de maneira efetiva [...], inclusive na promoção de políticas públicas capazes de efetivar o direito de largar a prostituição e poder exercer outra atividade profissional”.

Agora, no que tange a organização e a prestação dos serviços sexuais, deve-se observar o destacado nos parágrafos do artigo primeiro e no teor do artigo terceiro, ambos do respectivo PL. No art. 1º, §1º é destacada a possibilidade jurídica de exigir o pagamento pela prestação de serviços de natureza sexual de quem os contrata. Afinal, estes serviços são obrigações pessoais, sendo intransferível a sua prestação (art. 1º, §2º).

O interessante nestes dispositivos é a aproximação do meretrício aos institutos civilistas, como o Direito das Obrigações. Compreender a prostituição como uma obrigação pessoal garante direitos àqueles que a exercem, tal como a exigibilidade do pagamento.

O artigo terceiro do PL, por sua vez, é referente a organização do serviço sexual, dizendo que:

Art. 3º - A/O profissional do sexo pode prestar serviços: I - como trabalhador/a autônomo/a; II - coletivamente em cooperativa. Parágrafo único. A casa de prostituição é permitida desde que nela não se exerce qualquer tipo de exploração sexual.³³⁴

A este artigo são tecidas algumas críticas interessantes. A primeira afirma que a organização dos serviços sexuais não precisa de um artigo próprio, podendo ser considerado em conjunto com o artigo primeiro do PL, que estabelece o conceito de prostituição e a exigibilidade judicial do pagamento da obrigação³³⁵. A segunda está na lacuna formulada pelo parágrafo único, ou seja, se somente é permitida a prostituição de modo autônomo ou cooperado, a casa

³³² Cf. GOMES, 2013.

³³³ Cf. MARGOTTI, 2017, p. 195-196.

³³⁴ Cf. WYLLYS, 2012.

³³⁵ Cf. GOMES, 2013.

de prostituição, que não constitui uma cooperativa, seria o que?³³⁶ De acordo com Margotti³³⁷

Da forma como disposto na proposta de lei, as pessoas trabalhadoras do sexo podem se prostituir autonomamente ou em cooperativas. Mas não procura definir a situação da pessoa que se prostitui em casa de prostituição, qual seria a relação dela com a pessoa mantedora da casa, se estaria assegurada por meio de vínculo contratual ou trabalhista.

Para Gomes³³⁸, o fato de não querer proibir as casas de prostituições exige que estas sejam regulamentadas, apontando quem pode ser proprietário, ou em que condições elas podem existir. Contudo, Margotti³³⁹ salienta que a crítica “não retira o mérito do projeto de lei, que deveria ser aprovado, fazendo-se essa alteração para que a prostituição não seja permitida apenas quando exercida em cooperativas, mas da maneira como tais profissionais queiram se organizar”.

O PL também observa a importância de uma aposentadoria especial para aquele que exerce o meretrício. A disposição está prevista no seu artigo quinto, quando este afirma que “o Profissional do sexo terá direito a aposentadoria especial de 25 anos, nos termos do artigo 57 da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991”. Sobre este ponto, nas justificativas do PL, é encontrado que “atualmente os trabalhadores do sexo sujeitam-se a condições de trabalho aviltantes, sofrem com o envelhecimento precoce e com a falta de oportunidades da carreira, que cedo termina”³⁴⁰, por conta desta complexa situação, se faz necessário o Direito à Aposentadoria Especial.

Concebido o conceito de prostituição e a sua regulamentação, conforme o PL 4.211/12, cumpre entender como ele a distingue da exploração sexual.

Enquanto o PL entende a prostituição como atividade lícita que deve ser regulamentada, a exploração sexual, por outro lado, deve ser criminalizada. Assim, o artigo segundo, do respectivo PL, estabelece o que será entendido como a exploração sexual:

Art. 2º - É vedada a prática de exploração sexual. Parágrafo único: São espécies de exploração sexual, além de outras estipuladas em

³³⁶ Cf. GOMES, 2013.

³³⁷ Cf. MARGOTTI, 2017, p. 194.

³³⁸ Cf. GOMES, 2013.

³³⁹ Cf. MARGOTTI, 2017, p. 194-195.

³⁴⁰ Cf. WYLLYS, 2012.

legislação específica: I- apropriação total ou maior que 50% do rendimento de prestação de serviço sexual por terceiro; II- o não pagamento pelo serviço sexual contratado; III- forçar alguém a praticar prostituição mediante grave ameaça ou violência.³⁴¹

Segundo Estefam³⁴², é fundamental a edição de uma diretriz normativa como esta, pois afirma

os limites para o exercício da atividade do empresário do sexo, com pautas definidoras do que constitui abuso nessa relação (laboral), tais como o percentual que pode cobrar, evitando que se mostre leonino, impedindo-o de obrigar a escolha do cliente, e a forma da prestação sexual, as quais devem ser acordadas livremente por este e pelo profissional.

Com a delimitação do conceito de exploração sexual, o PL alcança a textura aberta do direito e expurga a vagueza extensional que havia anteriormente. Neste sentido, o seu artigo quarto propõe uma reformulação dos artigos 228, 229, 230, 231 e 231-A, todos do Código Penal. A modificação afasta a equiparação entre prostituição e a exploração sexual – devendo observar que os dois últimos artigos modificados (art. 231 e 231-A) já estão representados pelo artigo 149-A do Código Penal, que carece apenas de uma melhor compreensão de o que significa a “exploração sexual”, algo que nitidamente o PL apresenta –, aproximando o Direito da possibilidade de vagueza saudável promovida pela textura aberta do direito.

Assim, o artigo 228 do Código Penal, que atualmente se chama “Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual”, receberá, pelo PL, o seguinte nome: Favorecimento da prostituição ou da exploração sexual. No seu caput constará o seguinte texto: “Induzir ou atrair alguém à exploração sexual, ou impedir ou dificultar que alguém abandone a exploração sexual ou a prostituição”; ressaltando a importância do Estado auxiliar e permitir o abandono desta profissão e cuidando para mantê-la como um ato diferente da exploração sexual.

O crime do artigo 229 do Código Penal, chamado, nos dias que correm, de “casa de prostituição”, será conhecido, de acordo com o PL, por “casa de exploração sexual”, porém o seu texto, o teor legal, o conteúdo do tipo, mantém o mesmo. O artigo 229 era discriminatório quanto ao seu nome, pois equiparava

³⁴¹ Cf. WYLLYS, 2012.

³⁴² Cf. ESTEFAM, 2016, p. 214.

a prostituição a exploração sexual, afinal, o delito era “casa de prostituição” e no seu texto havia menção apenas a “exploração sexual”.

Sob este prisma, o artigo 230 do Código Penal, conhecido como “rufianismo”, permanece com o mesmo nome, porém a expressão “tirar proveito da prostituição alheia” é substituída por “tirar proveito de exploração sexual”. Importante frisar que o tipo penal ainda concentra na figura do rufião as concepções de proxeneta e alcoviteiro, mas estas somente serão criminalizadas quando houver a exploração sexual.

Ocorre que, mesmo organizando um conceito delimitado para exploração sexual, o artigo segundo do PL ainda causa algumas polêmicas. No caso, ao considerar o não pagamento do valor contratado pelo exercício do meretrício como uma espécie de exploração sexual, o PL acaba por criminalizar um instituto do âmbito civil. Este é a dívida, ou a falta de pagamento por um serviço prestado³⁴³. Segundo Margotti³⁴⁴, “tal previsão não coaduna com o ordenamento brasileiro, essa cobrança deve ser feita da mesma forma que demais cobranças de valores não pagos, por meio da justiça civil; não se deve tentar dissuadi-la pela criminalização da dívida”. O tipo que esta conduta estaria enquadrada é o da nova roupagem proposta ao artigo 230 pelo PL, tirando proveito da exploração sexual alheia.

Outra questão que instiga debates é o uso da frase “forçar alguém a praticar prostituição mediante grave ameaça ou violência”. Para Estefam³⁴⁵, a prostituição forçada “propalada no discurso jurídico, em oposição à consentida, resulta infundada. Se o ato sexual é realizado mediante abuso, fraude, coação psíquica ou violência, não há falar-se em prostituição, mas em crime”. O autor entende a prostituição como um ato consciente, por tal motivo, ela necessita do “aceite” espontâneo do profissional. Se o “aceite” vier mediante “força”, aos olhos de Estefam, não há prostituição. Até mesmo nas justificativas do PL há o reconhecimento da prostituição como atividade voluntária. Portanto, a interpretação que parece mais correta à frase usada pelo art. 2º, parágrafo único,

³⁴³ Cf. MARGOTTI, 2017, p. 195.

³⁴⁴ Ibid., p. 195.

³⁴⁵ Cf. ESTEFAM, 2016, p. 204.

inc. III, do PL é a de forçar alguém a agir como um profissional do sexo contra a sua vontade³⁴⁶.

Nesse sentido, Nucci³⁴⁷ aponta que

Toda violência cometida contra a pessoa humana visando à prostituição é inconcebível no Estado Democrático de Direito. O ato sexual faz parte da liberdade individual; invadir essa esfera tão íntima por meio da coação clama pela atuação do Estado no âmbito penal. Levar a pessoa à prostituição mediante violência ou grave ameaça, impedi-la de sair dessa atividade, tê-la em ambiente fechado ou cativo, enfim, relacionar a coação físico-moral ao comércio sexual precisa da tutela estatal.

O PL 4.211/12 não é perfeito, mas é extremamente importante para o debate sobre a tutela penal e a regulamentação de profissões. Do modo como ele trata a prostituição e repreende a exploração sexual há uma forte realização da pretensão de correção, que promovida dessa forma atinge um patamar de atualização do próprio Direito. Além disso, o PL consegue diferenciar as atividades do lenocínio de uma exploração sexual, realizando uma descriminalização do lenocínio. Porém, é triste a realidade de que este projeto se encontra arquivado há mais de dois anos. Principalmente em tempos de pandemia, em que o tato humanitário é cada vez mais necessário e a regulamentação saudável das profissões apresentou-se de modo ímpar.

³⁴⁶ Para Estefam não há dicotomia entre uma prostituição desejada para uma indesejada, pois a prostituição indesejada seria sempre uma forma de exploração sexual.

³⁴⁷ Cf. NUCCI, 2015, p. 225.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vivemos em tempos difíceis. O ódio e o cerceamento do debate público são apresentados cada vez mais fortes e evidentes. Principalmente, quando se alastra uma pandemia global que, observando apenas os números do Brasil, matou mais de 500 mil pessoas. No meio deste caos, a pesquisa aqui desenvolvida surge com a intenção de olhar e zelar pelo outro. Buscar um tato humanitário para aqueles que hoje trabalham nas ruas, sem direitos e ignorados.

A descriminalização do lenocínio não visa estimular as pessoas a adotarem determinado estilo de vida. Na verdade, o que se deseja é ouvir as vozes de um grupo marginalizado e que clama por direitos e reconhecimento há anos. Desse modo, deve-se repetir, a prostituição não é um trabalho como outro qualquer, ela é um trabalho em si. O sujeito, profissional do sexo, é, também, um sujeito de direito e necessita ser visto como tal.

No momento em que emerge uma Lei, como a 12.015/09, com a proposta de garantir e tutelar a dignidade humana esta deve observar as pessoas enquanto indivíduos e a sua relação com a sociedade, para que melhor satisfaça este preceito. Porém, encher a dignidade de valores morais com a intenção de impor padrões de comportamento sem combater uma violência que de fato existe, é algo tão errado que alcança, até mesmo, a imoralidade.

Com isso, é possível afirmar que os crimes de lenocínio representam uma atividade moral do Estado. Este ente, detentor de poder de fato, coexiste com o Direito e em um Estado Democrático de Direito, ele deve se submeter ao próprio Direito e à ordem democrática. Respeitando os Direitos Fundamentais e os princípios estruturantes, limitando o seu poder ao conteúdo e formas do Direito. Fora de uma ordem que o legitima e o organiza, o Estado pode assumir qualquer forma, sendo absoluto enquanto detentor do poder, realizando a imposição que bem quiser. Submetido ao Direito, ele deve fundamentar e justificar corretamente, sempre, qualquer ato que venha a fazer.

A instituição política concentrada na figura do Estado realmente deseja proteger, além das crianças e adolescentes (estes que precisam ser protegidos contra todas as formas violência), pessoas adultas e capazes de sofrerem danos à sua moral. Assim, o lenocínio é criminalizado, equiparando prostituição à exploração sexual. Não diferenciando condutas que visam beneficiar o

profissional do sexo daquelas que almejam prejudica-lo, pois a própria prostituição é vista, pela Lei, como um mal da sociedade. Tal concepção, perpetua um estigma discriminatório e preconceituoso afetando tanto aqueles que exercem o meretrício, quanto aqueles que dele participam administrativa e economicamente (sem exercer a prostituição). O que contradiz a pretensão de correção, que neste caso, implica em uma pretensão de justiça.

Além de realizar um paternalismo moral que não encontra uma justificativa razoável, algo inconcebível em um Estado Democrático de Direito. Afinal, o Estado que impõe uma moral é um Estado Imoral, posto que o mérito moral surge da escolha livre que se faz quando se tem a possibilidade de escolher outra coisa, e quando não há esta possibilidade, o Estado deve suprir tal vulnerabilidade.

Nesse sentido, resta evidente que o bem jurídico protegido pelos crimes de lenocínio não é, nem nunca foi, a dignidade sexual, mas, sim, a moralidade pública sexual. Devendo ser expurgada, imediatamente, da Lei Penal, para que se possa enxergar as situações de modo nítido e criminalizar aquilo que, necessariamente, afete a dignidade sexual, ou seja, a exploração sexual.

Alcançando a conclusão da presente pesquisa, é imperioso mencionar que aquilo que fora aqui desenvolvido é uma pequena contribuição a um universo de discussões e reflexões. Nem sempre se indicou teses contrárias, mas isso não significa que elas não existam. Portanto, os estudos realizados, neste trabalho, demonstram que a criminalização do lenocínio é uma atividade moral intolerável em um Estado Democrático de Direito, instigando uma descriminalização e, por conseguinte, uma regulamentação da prostituição, e do lenocínio, que a diferencie daquilo que deve ser criminalizado, sendo este a exploração sexual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução: Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WFM Martins Fontes, 2009.

ALEXY, Robert. **El concepto y la naturaleza del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2008.

ALEXY, Robert. Human dignity and proportionality analysis/a dignidade humana e a análise da proporcionalidade. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJL]**, v. 16 (esp), p. 83–96, 2016. Disponível em:

<https://doi.org/10.18593/ejll.v16i3.9763>. Acesso no dia: 3 mai. 2021.

ALEXY, Robert. Minha filosofia do direito: a institucionalização da razão. *In*: HECK, Luís Afonso (org.). **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ALEXY, Robert. Sobre la tesis de una conexión necesaria entre derecho y moral: la crítica de Bulygin. *In*: ALEXY, R.; BULYGIN, E. (orgs). **La pretensión de corrección del derecho**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALEXY, Robert. **The argument from injustice**: a reply to legal positivism. New York: Oxford University Press, 2002.

AMADO, Juan Antonio García. Sobre a ideia de pretensão de correção do direito em Robert Alexy: considerações críticas. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 104, p. 53-127, jan./jun. 2012

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2016.

BARRETO NETO, Heráclito Mota. Paternalismo Jurídico-Penal, autonomia e vulnerabilidade: critérios de legitimação de intervenções paternalistas sobre a autonomia individual em matéria penal. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**, v. 1, n. 2, p. 112-143, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Editora Forum, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em:

<https://luisrobertobarroso.com.br/publicacoes/>.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro: Diário Oficial da União, [1940]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 15 mar. 2021.

BRASILIA. **Projeto de Lei do Senado nº 253, de 2004**. Altera o Título VI (dos crimes contra os costumes) da Parte Especial do Código Penal. Brasília: Senado Federal – CPMI – Exploração Sexual. Disponível em:

<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/70034>. Acesso no dia: 4 mai. 2021.

BRASILIA. **Projeto de Lei nº 4.850, de 2005**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, em especial do seu Título VI. Brasília: Senado Federal – CPMI – Exploração Sexual. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=277008>. Acesso no dia: 4 mai. 2021.

BULYGIN, Eugenio. La tesis de Alexy sobre la conexión necesaria entre el derecho y la moral. *In*: ALEXY, R.; BULYGIN, E. (orgs). **La pretensión de corrección del derecho**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal - Parte Especial**, Artigo 121 ao Artigo 234 do Código Penal. v.1. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017a. Minha Biblioteca.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal – Vol. 1 – Parte Geral**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. São Paulo: Editora Almedina, 2003.
- DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. **Código penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2016.
- DIETERLEN, Paulette. Paternalismo y Estado de bienestar. **Doxa: cuadernos de filosofia del derecho**, n. 5, p. 175-194, 1988.
- DWORKIN, Gerald. Moral paternalism. **Law and Philosophy**, v. 24, n. 3, p. 305-319, 2004.
- DWORKIN, Gerald. **Paternalism**. *In*: Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2014. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/paternalism/>. Acesso no dia: 6 mar. 2021.
- DWORKIN, Gerald. Paternalism. **The Monist**, v. 56, i. 1, p. 64-84, jan., 1972.
- DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible here? principles for a new political debate**. Princeton: Princeton University Press, 2006.
- ESTEFAM, André. **Homossexualidade, prostituição e estupro: um estudo à luz da dignidade humana**. São Paulo: Saraiva, 2016. Minha Biblioteca.
- FARRELL, Martin D. Autonomy and paternalism: The political philosophy of Joseph Raz. **Ratio Juris**, v. 4, n. 1, p. 52-60, mar. 1991. HeinOnline.
- FEINBERG, Joel. **Harm to self**. New York: Oxford University Press, 1986.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GABEIRA, Fernando. **Projeto de Lei da Câmara nº 98, de 2003**. Dispõe sobre a exigibilidade de pagamento por serviço de natureza sexual e suprime os arts. 228, 229 e 231 do Código Penal. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=104691>. Acesso em: 7 jun. 2021.
- GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- GOMES, Camilla de Magalhães. **Nem toda prostituta é Gabriela Leite: prostituição, feminismo e leis**. 2013. Disponível em: <https://blogueirasfeministas.com/2013/12/12/nem-toda-prostituta-e-gabriela-leite-prostituicao-feminismo-e-leis/>. Acesso em: 7 jun. 2021.

- GOWDER, Paul. Democratic paternalism, not libertarian paternalism. **Georgetown Journal of Law & Public Policy**, n. 14, p. 747-782, 2016. HeinOnline.
- GRAEFF, Patrícia. **Derrotabilidade, vagueza e textura aberta**: um estudo acerca dos limites do Direito segundo Herbert Hart. 2015, Dissertação (Mestrado) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.
- HABERMAS, Jürgen. The concept of human dignity and the realistic utopia of human rights. **Methaphilosophy**, v. 41, n. 4, p. 464-480, 2010.
- HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Tradução: Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WFM Martins Fontes, 2009.
- HUNGRIA, Nélon; LACERDA, Romão; FRAGOSO, Heleno. **Comentários ao código penal, volume VIII**: arts. 197 a 249. São Paulo: Editora Forense, 1981.
- KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Edições 70, 2007.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- LACERDA, Rosângela Rodrigues Dias de. Proteção do trabalho da prostituta: modelo laboral e princípio da justiça social. *In*: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; GNATA, Noa Piatã Bassfeld (orgs.). **Trabalhos marginais**. São Paulo: LTr, 2013.
- LEITE, Gabriela. **Filha, mãe, avó e puta**: a história de uma mulher que decidiu ser prostituta. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2009.
- LIZST, Franz Von. **Tratado de Direito Penal Alemão** - Tomo I. 1899.
- LUNING, Marissa H. I. Prostitution: protected in Paradise. **University of Hawai'i Law Review**, v. 30, n. 1, p. 193-218, 2007. HeinOnline.
- MACCORMICK, Neil. **Questioning Sovereignty**: law, state and nation in the European Commonwealth. Oxônia: Oxford University Press, 2002.
- MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

- MARGOTTI, Alessadra; VIANNA, Túlio. A inconstitucionalidade da criminalização do lenocínio no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 161, p. 279-308, 2019. Base de dados RT Online.
- MARGOTTI, Alessandra. **Direito à prostituição: legalização e regulamentação do lenocínio no Brasil**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.
- MARTINELLI, João Paulo Orsini. Casa de prostituição: a adequação social e a moral pública. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 110, p. 457-472, set./out. 2014. Base de dados RT Online.
- MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal: limites da interferência do Estado na liberdade individual pelo uso das normas penais**. São Paulo: Editora LiberArs, 2015.
- MUÇOUÇAH, Renato de Almeida Oliveira. A prostituição como forma de trabalho: uma análise para além da dogmática penal. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 40, n. 159, p. 97-124, set./out. 2014. Base de dados RT Online.
- NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana: dignidade e direitos fundamentais**. v. 1. 2. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2018.
- NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana: dignidade e inconstitucionalidade**. v. 2, Coimbra: Editora Almedina, 2016.
- NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**. São Paulo: Editora Almedina, 2006.
- NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios estruturantes de Estado de Direito**. São Paulo: Editora Almedina, 2019.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. São Paulo: Editora Forense, 2019.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Prostituição, lenocínio e tráfico de pessoas: aspectos constitucionais e penais**. São Paulo: Editora Forense, 2015.
- PACHECO, Suiara Haase. A regulamentação da prostituição e o combate à marginalização dos trabalhadores do sexo. **Revista da Faculdade de Direito da FMP**, v. 10, p. 136-154, 2015.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v. 1. São Paulo: Editora Forense, 2017, p. 222.

- PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. ed. São Paulo: Editora Forense, 2019. Minha Biblioteca.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral e parte especial. São Paulo: Editora Forense, 2018. Minha Biblioteca.
- ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- ROXIN, Claus. **Derecho penal**. Parte General. Tomo I - Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1997.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal** - Parte Geral. 6. ed., ampl. e atual. - Curitiba, PR: ICPC Cursos e Edições, 2014.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Dos princípios fundamentais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva Jur, 2021. Minha Biblioteca.
- SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 212, p. 89-94, abr./jun. 1998.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. Estado Democrático de Direito. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET, I. W.; STRECK, L. L.; MENDES, G. F. (orgs). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2018.
- VALVERDE, Eduardo. **Projeto de Lei da Câmara nº 4.244, de 2004**. Institui a profissão de trabalhadores da sexualidade e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=266197>. Acesso em: 7 jun. 2021.
- WALDRON, Jeremy. How law protects dignity. **The Cambridge Law Journal**, v. 71, n. 1, p 200–222. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/cambridge-law-journal/article/abs/how->

law-protects-dignity/7237C77EEE72EDEE2E987A3DCA2786FD. Acesso em: 6 abr. 2021.

WELZEL, Hans. **Derecho penal: parte general**. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

WYLLYS, Jean. **Projeto de Lei da Câmara nº 4.211, de 2012**. Regulamenta a atividade dos profissionais do sexo. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=551899>. Acesso em: 7 jun. 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Teoria del delito**. Buenos Aires: Ediar, 1973.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, João Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral – Vol. 1**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.