

Centro Regional do Porto
Faculdade de Direito (Pólo da Foz)
Mestrado em Direito Criminal



Universidade Católica Portuguesa

**O Crime de Lenocínio:
Reflexão Crítica sobre o artigo 169.º, n.º 1 do
Código Penal**

Dissertação de Mestrado em Direito Criminal

Por José Ricardo Roque Linhares

Orientada pela Senhora Professora Doutora Maria da Conceição Ferreira da Cunha

José Ricardo Roque Linhares

2017

Centro Regional do Porto
Faculdade de Direito (Pólo da Foz)
Mestrado em Direito Criminal

**O Crime de Lenocínio:
Reflexão Crítica sobre o artigo 169.º, n.º 1 do
Código Penal**

Dissertação de Mestrado em Direito Criminal
Por José Ricardo Roque Linhares
Orientada pela Senhora Professora Doutora Maria da Conceição Ferreira da Cunha

José Ricardo Roque Linhares

2017

Dedicatória

Aos meus pais

Agradecimentos

Agradeço, em primeiro lugar, aos meus pais pelo apoio e incentivo que me deram tal como têm feito ao longo de todas as fases da minha vida.

O meu sincero e profundo agradecimento à Senhora Professora Doutora Conceição Cunha por ter aceite orientar-me neste trabalho. Agradeço toda a disponibilidade, amabilidade e paciência que revelou ao longo destes meses.

Resumo

O presente trabalho é uma reflexão crítica acerca do artigo 169.º, n.º 1 do Código Penal. A abordagem inicial centrar-se-á na evolução legislativa e na análise dos elementos do crime em causa. O capítulo III é dedicado à supressão do elemento “explorando situações de abandono e de necessidade económica”. Esta supressão originou a polémica que, até aos dias de hoje, se mantém em torno desta disposição legal. As principais questões que surgiram com a supressão do elemento referido e que dividem a doutrina e inclusivamente a jurisprudência, reportam-se, essencialmente à (in)existência de bem jurídico e à (in)constitucionalidade da norma em apreço. Essas problemáticas, que constituem o tema central no presente trabalho serão tratadas nos capítulos V e VII, onde se analisarão as opiniões doutrinárias. No capítulo VIII, analisar-se-ão essas mesmas questões, agora do ponto de vista jurisprudencial. Outras questões de especial relevo que serão abordadas referem-se à possibilidade do artigo 169.º, n.º 1 constituir um crime de perigo abstrato (capítulo VI) e quanto à (in)existência de um consentimento livre, sério e esclarecido por parte daqueles que se prostituem (capítulo IV). Ao longo da dissertação, serão analisadas as características dos indivíduos que se dedicam à prostituição, procurando perceber que razões estão na origem desta “opção de vida”, apesar de tal não constituir tema central.

Na parte final, será feita uma breve referência ao artigo 169.º, n.º 2 (capítulo IX) e ao lenocínio de menores (capítulo X), no âmbito do qual merece especial atenção a (in)capacidade destes para consentir na prática de atos sexuais. Terminamos com uma breve reflexão sobre a relação entre Moral e Direito pois alguma doutrina alega que a alteração de 1998 apenas contribuiu para um retrocesso, um regresso às conceções moralistas das quais o Direito Penal devia, há muito, ter-se afastado.

Na conclusão, serão apresentadas algumas sugestões quanto aos múltiplos problemas que o artigo 169.º, n.º 1 do CP apresenta, sugestões essas que visam, essencialmente, acabar com as divergências doutrinárias e jurisprudenciais, procurando alcançar algum consenso relativamente a este tipo legal de crime.

Palavras-chave: Lenocínio, liberdade sexual, dignidade humana, exploração.

Abstract

The present paper is a critical reflection about the article 169.º, nr. 1 of CP. The initial approach will focus on the legislative evolution and on analyzing the elements of the crime in question. Chapter III is dedicated to the suppression of the element “exploring situations of abandonment and economic necessity” which originated the controversy that remains to this day, about this legal provision. The main questions that appear with the suppression of this element and that divide the doctrine and, even, the jurisprudence are, essentially, about the (in)existence of a legal good and about its (un)constitutionality. Those problematics will be carefully treated in chapters V and VII. Other important questions are if article 169.º, nr.º 1 do CP is an abstract danger crime (chapter VI) and about the (in)existence of a free, serious and informed consent by the prostitute (chapter IV). Throughout the dissertation, we will analyze the characteristics of the individuals that choose this way of living, although this part is not a key one.

At the end, it will be made a brief reference to article 169.º, nr.º 2 (chapter IX) and to this crime when the victims are children (chapter X), in which assumes particularly relevance whether children are or are not capable of consenting in sexual relations. The last chapter approaches, briefly, the relationship between Moral and Law because some authors defend that the revision that took place in 1998, contributed for a return to ethical conceptions that criminal law should avoid.

In conclusion, we will give some suggestions to the numerous questions that article 169.º, nr.º 1 presents. Those suggestions aim, essentially, to end with the differences around it and to find consensus among it.

Key-words: Pimping, sexual freedom, human dignity, exploration.

Índice

1. Lista de abreviaturas e siglas	9
2. Introdução	10
3. Cap. I – Evolução legislativa	11
4. Cap. II – Análise do tipo legal do artigo 169.º, n.º 1 do CP	13
5. Cap. III – A questão da supressão do elemento “explorando situações de abandono ou de necessidade económica”	16
6. Cap. IV – A questão do suposto consentimento do artigo 169.º, n.º 1 do CP.....	20
7. Cap. V – A questão do bem jurídico e suas repercussões.....	23
8. Cap. VI – Pode considerar-se o tipo legal previsto no artigo 169.º, n.º 1 do CP como um crime de perigo abstrato?.....	29
9. Cap. VII – A (in)constitucionalidade do artigo 169.º, n.º 1	32
10. Cap. VIII – Análise jurisprudencial	35
11. Cap. IX – Artigo 169.º, n.º 2 do CP	43
12. Cap. X – Lenocínio de menores.....	45
13. Cap. XI – Direito e Moral	48
14. Conclusão.....	49
15. Bibliografia	51
16. Jurisprudência	55
17. Legislação	57

Lista de Abreviaturas e Siglas:

Ac. – acórdão

AR – Assembleia da República

Art. – artigo

CP – Código Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

Cf. – confronto

Cap. – Capítulo

DL – Decreto-lei

Ed. – Edição

MP – Ministério Público

n.º – número

p./pp. – página/páginas

proc. – processo

ss. – seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

V.g. – *Verbi gratia*: por exemplo

Introdução

A atual redação do artigo 169.º, n.º 1 do Código Penal tem estado envolta em controvérsia, o que motivou a realização da presente dissertação como tentativa de harmonizar as múltiplas interpretações a que o n.º 1 tem dado azo.

Existem, essencialmente, duas posições doutrinárias, quanto a esta complexa questão. Uma, que vem ganhando cada vez mais adeptos, defendendo a inconstitucionalidade da norma em causa. A outra pugna pela sua constitucionalidade, embora, no seu seio, não haja unanimidade quanto a um outro problema central, saber qual o bem jurídico que esta disposição legal visa tutelar.

A jurisprudência não é alheia a esta querela doutrinal, constatando-se um acréscimo de decisões divergentes que apenas contribuem para adensar a polémica que se faz sentir em torno deste preceito. Assim, propusemo-nos analisar criticamente os vários argumentos de ambas as posições para, posteriormente, estarmos aptos a dar o nosso parecer.

Consubstanciará a atual redação do artigo 169.º, n.º 1 um retrocesso, um paternalismo jurídico exacerbado, um desvio da função primordial do Direito Penal? Ou a presente redação justifica-se pelas dificuldades probatórias e pelos perigos que a atividade da prostituição comporta? Estas são somente algumas das questões que serão explanadas ao longo deste trabalho.

Cap. I - Evolução legislativa:

O Código Penal de 1852 integrava o crime de lenocínio¹ no âmbito dos crimes contra as pessoas, sob a designação de crimes contra a honestidade, tendo o CP de 1886 seguido a mesma orientação, obedecendo a uma construção dogmática de índole moralista.

Em 1966, o professor EDUARDO CORREIA, no seu projeto, denominava os crimes sexuais como crimes contra os costumes, mas tal designação não vingou nos textos legais.

O CP de 1982 trouxe a primeira alteração de vulto, inserindo este crime no âmbito dos crimes contra os valores e interesses da vida em sociedade. Nas palavras de VERA LÚCIO RAPOSO, “o novo Código foi incapaz de romper definitivamente com toda e qualquer ascendência moralista, não se coibindo de prever os crimes relativos ao pudor” (RAPOSO; 2003, p. 937). Tal só sucedeu com a revisão de 1995, com o abandono das ditas conceções moralistas e com a inserção dos crimes sexuais num capítulo autónomo, sob a epígrafe “dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”. Desta forma, como constata INÊS FERREIRA LEITE, “assumiu-se como bem jurídico tutelado, a liberdade sexual” (LEITE; 2011, p. 31). MIGUEL GARCIA partilha desta posição (GARCIA; 2011, p. 278). Importa referir que, com a reforma de 1995, se eliminou toda e qualquer referência à prostituição feminina, a que se aludia no artigo 215.º do CP de 1982. Subjacente a esta conceção, encontrava-se a imagem do homem como explorador e da mulher como explorada. Com a reforma supracitada, a norma do artigo 169.º passou a possuir carácter neutro, sendo que “quer a prostituição feminina, quer a masculina são passíveis de ser abrangidas no tipo em causa” (LOPES e Milheiro; 2015, p. 111). A verdade é que a prostituição masculina continua a não assumir, nos dias que correm, extensão idêntica à feminina e que os clientes são, na sua maioria, homens; porém, o fenómeno da prostituição masculina vem ganhando maior visibilidade nos últimos anos (RAPOSO; 2003, p. 951). A reforma de 1998 trouxe consigo uma alteração de vulto, eliminando da disposição legal do artigo 169.º, n.º 1 o elemento típico “explorando situações de abandono ou de necessidade económica”. Nas palavras de MOURAZ

¹ Cf. CP de 1852, art. 405.º: “Se, para satisfazer os desejos dehonéstos de outrem, o ascendente excitar, favorecer ou facilitar a prostituição, ou corrupção de qualquer pessoa sua descendente, será condenado a prisão de um a tres annos, e multa correspondente, ficando suspenso dos direitos políticos por 12 annos”.

LOPES e TIAGO MILHEIRO, esta alteração alargou o âmbito da punição das situações até então abrangidas pelo tipo de crime, “configurando-se uma solução de neocriminalização de condutas que até àquela data não eram punidas criminalmente” (LOPES e Milheiro; 2015, p. 105). Deixou-se de tutelar, na ótica destes autores, o bem jurídico liberdade sexual, constituindo este o único fundamento para a punição dos crimes sexuais, acrescentando que, com esta alteração, torna-se difícil averiguar a natureza do bem jurídico que a disposição legal em causa pretende salvaguardar, não se tratando, repita-se, da liberdade e autodeterminação sexual.

A questão do bem jurídico liberdade sexual ter deixado (ou não) de ser tutelado pelo artigo 169.º, n.º 1 será amplamente analisada num capítulo autónomo.

A reforma de 2001 não operou qualquer tipo de alteração no n.º 1. As alterações repercutiram-se no âmbito do n.º 2, resultando numa diminuição das situações que constituem o tipo agravado do crime de lenocínio.

A reforma de 2007 eliminou do n.º 1 do artigo 169.º a referência à expressão “prática de atos sexuais de relevo”.² Será que no conceito de prostituição se podem englobar os atos sexuais de relevo ou apenas a cópula e atos equiparados à cópula? Parece-nos que o conceito de prostituição não exclui necessariamente os atos sexuais de relevo; porém, qual o sentido da eliminação? Talvez tenha sido, de facto, o de restringir a criminalização aos atos sexuais de especial relevo (cópula e atos equiparados), embora não se encontre uma explicação clara para esta alteração legislativa. MOURAZ LOPES e TIAGO MILHEIRO concluem que, com esta alteração, ficou “mais claro que é apenas a facilitação à prostituição como atividade que é objeto de censura penal” (LOPES e Milheiro; 2015, p. 107), conclusão que não esclarece a nossa dúvida.

² Cf. DIAS; 2012, pp. 718 e 719: “Ato sexual será assim todo aquele comportamento que, (...) assume uma natureza, um conteúdo ou um significado diretamente relacionados com a esfera da sexualidade e, por aqui, com a liberdade de determinação sexual de quem o sofre ou o pratica”.

Cap. II - Análise do tipo legal do artigo 169.º, n.º 1 do CP:

O tipo objetivo de ilícito consiste, nas palavras de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, “no fomento, favorecimento ou facilitação do exercício da prostituição por outra pessoa” (ALBUQUERQUE; 2015, p. 671). O autor tem de atuar de modo profissional ou, alternativamente, com intenção lucrativa.

LEAL-HENRIQUES e SIMAS SANTOS distinguem entre lenocínio principal, no qual se enquadra a conduta fomentar, e acessório, que engloba o favorecer ou facilitar (LEAL-HENRIQUES e Santos; 2000, p. 428). Fomentar significa, nas palavras dos dois autores, “incentivar a corrupção ou, melhor dizendo, determiná-la (quando ainda não exista), agravá-la (se já existe), ou mantê-la (evitar que enfraqueça ou termine quando ainda está em curso)” (LEAL-HENRIQUES e Santos; 2000, p. 427). Significa, portanto, que quem fomenta, determina outrem à prática de um ou mais atos de prostituição (GARCIA; 2011, p. 303). Por seu turno, favorecer e facilitar integram o lenocínio acessório. Todavia, apesar de ambos os conceitos apresentarem similitudes, apresentam também diferenças. Assim, favorecer significa apoiar, dar força à manutenção ou ao desenvolvimento do lenocínio sem, no entanto, fornecer meios para o efeito. O facilitar pressupõe um auxílio material, ou seja, o agente que facilita fornece meios para a prática dos atos em causa.

Na ótica de ANABELA RODRIGUES, o agente que fomenta não determina a vontade da vítima para a prática da atividade de prostituição. O agente que fomenta “apenas *colabora* no encaminhamento da vítima para a prostituição, mas não *determina* a sua vontade para a prática dos atos em causa” (RODRIGUES; 2012, p. 806) e o mesmo se passa com o que favorece ou facilita. Esta autora mostra a sua concordância em relação à posição de SÉNIO ALVES, que alega que no preceito em questão se preveem e punem dois tipos de condutas: “a colaboração no processo de decisão” (o fomentar) e “a colaboração no processo de execução” (o favorecer e o facilitar) (ALVES; 1995, p. 68).

Para PINTO DE ALBUQUERQUE, estes três conceitos apresentam “o mesmo conteúdo ilícito” (ALBUQUERQUE; 2015, p. 672). Segundo ANABELA RODRIGUES, determinar outrem a fazer ou a suportar uma determinada conduta implica o uso de coação, o que nos parece criticável, pois é possível incentivar ou instigar sem usar coação. Veja-se, a título de exemplo, o tipo legal de incitamento ou ajuda ao suicídio (artigo 134.º do CP). Quando há incitamento, determina-se a vontade da vítima, não através de coação,

mas sim de persuasão, levando a vítima a crer que o suicídio é a melhor opção. Fomentar, para RODRIGUES, não é coagir, é, meramente, colaborar no processo de decisão da vítima, apresentando-se esta, para a autora, como mais uma razão para a descriminalização do n.º 1 do artigo 169.º do CP.

Parece que a doutrina de LEAL-HENRIQUES e SIMAS SANTOS se revela a mais correta. De facto, se atentarmos na definição da palavra “fomentar” no dicionário (SILVA; 1980, p. 67), aparece como um dos sinónimos da palavra “incitar”, que, por sua vez, significa “instigar, induzir a qualquer ato”. Assim, aproveitamos para deixar a nossa crítica à presente previsão legal que pune da mesma forma o agente que fomenta e o agente que favorece ou facilita, quando este último se limita a apoiar ou a mostrar a sua concordância com a decisão de outrem em praticar atos de prostituição, embora seja possível diferenciar estes comportamentos na determinação da pena concreta.

Trata-se de um crime comum quer da perspetiva do autor, quer da perspetiva da vítima, desde que esta tenha idade superior a 18 anos. Se a vítima for menor, o favorecimento de prostituição subsumir-se-á à disposição legal do artigo 175.º do CP (RODRIGUES; 2012, pp. 803 e 805).

LOURAZ LOPES e TIAGO MILHEIRO entendem que se trata de um crime de execução vinculada (LOPES e Milheiro; 2015, p. 115).³ PINTO DE ALBUQUERQUE opõe-se a esta posição, defendendo que se trata de um crime de execução livre, uma vez que “a colaboração do agente pode ser realizada por qualquer modo” (ALBUQUERQUE; 2015, p. 673). Os conceitos fomentar, favorecer e facilitar possuem um conteúdo amplo, podendo integrar vários comportamentos, sendo que a lei se revela omissa quanto aos mesmos, não os especificando. Por estas razões, entendemos que a posição de ALBUQUERQUE é a mais correta.

Quanto ao tipo subjetivo, trata-se de um crime doloso, quer quanto ao n.º 1 (ALBUQUERQUE; 2015, p. 674), quer quanto ao n.º 2, admitindo todas as modalidades, exceto no respeitante à conduta ardilosa ou fraudulenta, incompatível com o dolo eventual. Importa referir, relativamente ao n.º 1, que o agente que atua com intenção

³ V.g LOPES e Milheiro; 2015, p. 115: “(...) taxista que transporta cliente e prostituta para pensão; já será subsumível se existirem acordos entre taxistas e proxenetas, com recebimento de comissões, para encaminhar potenciais clientes para casas onde exista prostituição, na modalidade de facilitação ou fomento”. Cremos, porém, que este exemplo se reporta à intenção lucrativa e não, propriamente, à execução vinculada.

lucrativa, o faz a título de dolo na sua modalidade mais grave (ALBUQUERQUE; 2015, p. 674), pois o propósito da sua conduta é precisamente a obtenção de lucro.⁴

As matérias respeitantes ao concurso de crimes, ao grau de lesão do bem jurídico, à forma de consumação do ataque ao objeto da ação e à relação com o crime de tráfico de pessoas serão analisadas no capítulo dedicado ao bem jurídico, pois as posições a adotar variarão consoante o bem jurídico que se entenda que a norma do 169.º, n.º 1 visa proteger.

⁴ No mesmo sentido GONÇALVES; 2007, p. 643, mas contra RODRIGUES; 2012, p. 813.

Cap. III - A questão da supressão do elemento “explorando situações de abandono ou de necessidade económica”:

Com a revisão operada em 1998 deu-se a supressão do elemento “explorando situações de abandono ou de necessidade económica” e, com ela, surgiu a controvérsia em torno da constitucionalidade do artigo 169.º, n.º 1 do CP. Não obstante, alguns autores opinam que esse elemento continua a ter de ser provado, pugnando por uma “interpretação constitucional restritiva” (ALBUQUERQUE; 2015, p. 673). Esta interpretação baseia-se na ideia de que o elemento suprimido continua a estar presente de forma implícita no tipo legal em causa, invocando, em sentido próximo, a fundamentação dos acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 144/2004 e n.º 196/2004 (ALBUQUERQUE; 2015, p. 673). Efetivamente, o acórdão do TC n.º 144/2004⁵ refere que a opção do legislador em ter suprimido tal elemento não significa que não se mantenha o objetivo de evitar que se verifiquem tais situações porque estas, demonstram estudos empíricos, estão normalmente associadas ao fenómeno da prostituição. Porém, ser um elemento implícito ou constituir o objetivo (*ratio*) da norma não é o mesmo. No primeiro caso, o elemento tem de se provar, no segundo, presume-se a sua existência. Paradoxalmente, a maioria da doutrina pugna pela inconstitucionalidade da norma em questão que, desprovida do elemento supracitado, se tornou numa norma que não tutela nenhum bem jurídico, tutelando, ao invés, bens de carácter transpessoal (MALAFAIA; 2009, pp. 45 e 46), conotados com uma certa ideia de pudor e de moralidade (RODRIGUES; 2012, p. 797), que escapam do âmbito de intervenção do Direito Penal. Nas palavras de MOURAZ LOPES e TIAGO MILHEIRO, a alteração operada pela reforma de 1998 alargou o âmbito da punição, “configurando-se uma solução de neocriminalização de condutas que até àquela data não eram punidas criminalmente” (LOPES e Milheiro; 2015, p. 105).

Antes de avançarmos com sugestões e possíveis soluções para o delicado problema em análise, convém fazer uma breve menção ao que esteve na origem da supressão do elemento supramencionado. Tal ficou a dever-se a uma opção de política criminal. O então Ministro da Justiça, VERA JARDIM, terá invocado como argumento o facto de, a manter-se o elemento “exploração”, não seria possível “culpar, nem criminalizar, nem prender ninguém, porque essa circunstância nunca se prova”.⁶

⁵ Cf. ac. do TC n.º 144/2004, de 10/03/2004, pp. 3 e 4.

⁶ Cf. *Diário da Assembleia da República*, I Série, número 48, de 13 de março, 1998, p. 21.

CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA contraria este argumento afirmando que invocar a “dificuldade de prova jamais poderá legitimar a elaboração de um tipo criminal com o objetivo de (...) não «deixar escapar» os «culpados», mesmo que à custa de englobar na punição grande quantidade de «inocentes»” (ALMEIDA; 2005, p. 28).

Este argumento revela-se, em certa medida, sólido; todavia, é necessário precisar o contexto específico em que a prostituição ocorre e as características específicas de quem se dedica a esta atividade. Não podemos ser ingênuos ao ponto de considerar a prostituição uma atividade como qualquer outra e ignorar que quem faz dela o seu modo de vida está sujeito a pressões de toda a natureza.⁷ Efetivamente, na caracterização feita da figura de quem fomenta, favorece ou facilita a prostituição, é dito que alguns dos métodos utilizados passam pela violência, chantagem, ameaça e toxicodependência (COSTA e Alves; 2001, p. 192). Estes métodos são, muitas vezes, camuflados com promessas e aliciamento erradamente confundidos com “relações de afeto”, como as qualifica PIZARRO DE ALMEIDA. ALMIRO SIMÕES RODRIGUES defende que trabalhos científicos mostram não existirem características físicas comuns a todas as prostitutas, não se podendo afirmar a existência de uma “tipologia de constituição hipersexual” (RODRIGUES; 1984, p. 13). Não obstante, conclui que todas as mulheres que se entregam à prostituição padecem de carência afetiva, independentemente da idade. Este autor divide em dois grupos as causas que predispõem para a prostituição.⁸ Em relação às causas psicológicas, menciona um estudo efetuado em 1963 por LE MOAL, que dividiu as carências do meio familiar em quatro categorias: de homogeneidade, afetivas, educativas e morais, não deixando de alertar para o facto de estes fatores, apesar de favorecerem, não determinarem a prostituição. As causas sociais que poderão predispor alguém para a prostituição são várias, tais como: o isolamento, carências económicas e sociais, ausência de informação sexual, alcoolismo, droga, desemprego e períodos de guerra.

⁷ V.g. ac. do TRC de 12/04/2011, proc. 16/10.9ZRCBR-A.C1, p. 20: “recrutou cidadãs brasileiras que (...) exerceram a prostituição (...) após o que se apoderava dos documentos de identificação e viagem respetivos, por forma a poder utilizar em desfavor das mesmas a sua situação de permanência ilegal”.

⁸ Cf. RODRIGUES; 1984, p. 16: “**A – Causas que predispõem para a prostituição e a marginalidade:**

- 1.º Causas psicológicas;
- 2.º Causas sociais;

B – Causas desencadeantes:

- 1.º Solidão e desenraizamento;
- 2.º Necessidade de subsistência;
- 3.º Sedução e aliciamento.”

JOSÉ MARTINS BARRA DA COSTA e LURDES BARATA ALVES, à imagem de ALMIRO RODRIGUES, negam que os prostitutos e as prostitutas possuam uma personalidade tipo, seguindo as teses dos modelos multidimensionais que enunciam várias categorias de fatores explicativos da prostituição (COSTA e Alves; 2001, pp. 90 e 177). Os mesmos autores invocam que a causa ou a motivação primária está relacionada com dificuldades financeiras, às quais se juntam a falta de preparação laboral e a perda de vínculos familiares (COSTA e Alves; 2001, p. 180).

O acórdão do TC n.º 144/2004, que será subsequentemente analisado, partilha de uma visão semelhante à dos autores referidos. No acórdão, é justificada a opção de política criminal pelo facto de estudos empíricos demonstrarem que as situações de prostituição estão associadas a elevadas carências sociais. Assim, é de rejeitar a posição falaciosa de PIZARRO DE ALMEIDA, que defende que o proxenetismo contribui para proteger quem se dedica à prostituição.

Voltando à questão da supressão do elemento “exploração”, é certo que a sua manutenção teria alguns aspetos positivos, dos quais se destaca o ser possível identificar imediatamente qual o bem jurídico que a norma visa salvaguardar apesar de, tomando por base tudo o que foi dito acerca do contexto de violência no qual se insere a prostituição, se poder concluir que a *ratio* da norma continua a ser a de evitar a exploração por parte de terceiro. Mesmo assim, a redação que incluía o elemento revelava-se, no nosso entender, parca no que concerne às situações que abrangia e na proteção dos indivíduos que se dedicam a esta atividade. Como foi possível constatar, não são apenas situações de abandono ou de necessidade económica que estão associadas à prostituição, existindo outros fatores que levam as pessoas a entrar neste “mundo”. Ponderamos a hipótese de uma nova alteração legal, acrescentado a expressão “explorando situação de **vulnerabilidade**”.⁹ BEATRIZ PACHECO, no âmbito do tipo legal de atos sexuais com adolescentes, concretiza o intrincado conceito “inexperiência”, fazendo-o corresponder a um aproveitamento da vulnerabilidade da vítima, defendendo que o mesmo não se reporta unicamente à inexperiência sexual. No lenocínio, por sua vez, a vulnerabilidade poderia ser explicada tomando por base as características e a situação das pessoas que enveredam por este caminho. Tal como PACHECO, que considera que o meio típico de execução “abuso de inexperiência da vítima” consubstancia um meio unitário e lato (PACHECO; 2012, p. 39), acreditamos que, com a inserção no tipo legal do artigo 169.º, n.º 1 do CP

⁹ Negrito nosso.

do termo “vulnerabilidade”, que gozaria do mesmo caráter unitário e lato, seria possível abarcar um maior número de situações e, simultaneamente, seria possível voltar a considerar, indubitavelmente, a liberdade sexual como o bem jurídico desta norma.

Cap. IV- A questão do suposto consentimento do artigo 169.º, n.º 1 do CP:

Alguns autores¹⁰ consideram possível existir uma relação de reciprocidade entre aquele que fomenta, favorece ou facilita a prática de prostituição e aquele que leva a cabo essa mesma atividade, não devendo, nestes casos haver criminalização.¹¹ Não podemos esquecer que está aqui em causa uma relação triangular: entre o(a) prostituto(a) e o cliente, para a qual basta o acordo,¹² e entre o primeiro e o agente. Em relação a esta última, e considerando o lucro que este retira com a atividade levada a cabo por quem se dedica à prostituição, parece-nos pertinente a exigência de um cumprimento rigoroso dos requisitos do consentimento do artigo 38.º do CP. Esta exigência justifica-se para averiguar se a vontade de quem se prostitui é ou não livre e tal averiguação afigura-se-nos oportuna, pois subjacente à conduta do agente está uma ideia de exploração, bem como um aliciamento dirigido à pessoa que se prostitui.

Recordando os pressupostos do consentimento (DIAS; 2011, pp. 478 e seguintes), o primeiro diz respeito a saber se o(s) interesses(s) em causa é/são livremente disponível(eis). Este primeiro pressuposto está cumprido, já que a liberdade sexual é um bem disponível.

O segundo pressuposto exige que o facto consentido não ofenda os bons costumes. Concordamos com TAIPA DE CARVALHO que qualifica esta cláusula como “vaga” (CARVALHO; 2016, p. 455), não se afigurando como tarefa fácil precisar o seu conteúdo. FIGUEIREDO DIAS realça o facto de esta cláusula não remeter “para a contrariedade da moral” (DIAS; 2011, p. 481). Para este autor, um facto consentido constituirá uma ofensa aos bons costumes sempre que ele possua uma gravidade e uma irreversibilidade tais que façam com que, “apesar da disponibilidade do bem jurídico, a lei valore a sua realização mais altamente do que a auto-realização do seu titular” (DIAS; 2011, p. 481). Tal como FIGUEIREDO DIAS (DIAS; 2011, p. 482), TAIPA DE CARVALHO partilha da opinião de que esta cláusula tem especial relevância no âmbito das ofensas à integridade física como forma de delimitar “aquelas que poderão ser consentidas eficazmente e as que não poderão ser” (CARVALHO; 2016, p. 455).

¹⁰ *V.g.* ALMEIDA; 2005, p. 29.

¹¹ Daí criticarem a supressão do elemento “explorando situações de abandono ou de necessidade económica” do art. 169.º, n.º 1 do CP.

¹² Que, evidentemente, também deverá ser livre.

Voltando à nossa questão, retirar proveitos económicos de alguém que se prostitui parece-nos configurar um ato possuidor de gravidade suficiente para ser contrário aos bons costumes. Contudo, não esquecendo a característica da irreversibilidade referida por FIGUEIREDO DIAS, cremos que tal não se preenche, pois a conduta do agente não é irreversível no sentido de que não provoca um dano irreparável como se se tratasse, ao invés, por exemplo, de uma mutilação (ofensa à integridade física que viola a cláusula dos bons costumes).

Do n.º 2 do artigo 38.º do CP consta que o consentimento tem de se traduzir numa vontade séria, livre e esclarecida, podendo ser livremente revogado até à execução do facto. A vontade será séria quando não haja um aproveitamento de uma determinada situação de vulnerabilidade da pessoa, algo que neste âmbito acontece com frequência. Como refere ALMIRO RODRIGUES, “sete em dez prostitutas prostituem-se para ganhar o dinheiro necessário à sua subsistência e, com muita frequência, à dos seus filhos” (RODRIGUES; 1984, p. 19). BARRA DA COSTA e LURDES ALVES, partindo da análise de uma amostra de 50 indivíduos, concluíram que 36 apresentavam ligação às drogas (COSTA e Alves; 2001, pp. 165 e 166), o que demonstra a sua particular vulnerabilidade. Estes autores acrescentam que algumas prostitutas só conseguem trabalhar sob o efeito de drogas. Contudo, alertam para o facto de não se poder afirmar, sem mais, que “a prostituição, em si, é uma causa ou um efeito da droga” (COSTA e Alves; 2001, p. 181).

O consentimento dir-se-á livre quando não inquinado por qualquer vício de vontade (DIAS; 2011, p. 485) como o erro, a ameaça e a coação.¹³ Já foi dito que aquele que fomenta, favorece ou facilita a prática de prostituição de outrem o faz recorrendo, inúmeras vezes, a estes métodos, pelo que temos sérias reservas quanto ao consentimento de quem se prostitui ser livre. BARRA DA COSTA e BARATA ALVES chegam mesmo a afirmar que “a violência é um estado inerente ao mundo da prostituição” (COSTA e Alves; 2001, p. 149).¹⁴

Por sua vez, também não é possível afirmar que o consentimento de quem se prostitui é esclarecido, uma vez que é por demais sabido que há um aliciamento aliado a falsas promessas que acabam por nunca ser concretizadas (COSTA e Alves; 2001, p. 192;

¹³ Note-se que havendo violência ou ameaça grave, já estaremos no âmbito do artigo 169.º, n.º 2 do CP.

¹⁴ No mesmo sentido OLIVEIRA e Manita; 2003, pp. 216, 230 e ss.

RODRIGUES; 1984, p. 19), não sendo reveladas às pessoas que enveredam pela prostituição as consequências que esta atividade comporta.

Com estes argumentos, cremos que, em regra, estaremos no âmbito de um *suposto consentimento*, sem relevo como causa de exclusão da ilicitude, visto não possuir caráter sério, livre e esclarecido nos termos do n.º 2 do artigo 38.º do CP.¹⁵

Vários estudos demonstram que não há uma causa específica que explique a entrada na prostituição, mas sim várias e a maioria revela que essa decisão é motivada pela situação vulnerável (social, financeira, familiar, afetiva, etc.) em que o indivíduo se encontra. Quem vive desta atividade está sujeito a todo o tipo de pressões, sendo utópico pensar que entre o agente e quem se prostitui existe uma relação paritária e perigoso fazer uma distinção entre prostituição livre e forçada pois o(a) prostituto(a) não escolhe o exercício da prostituição de forma livre (PATTO; 2001, p. 139).¹⁶ Na verdade, o que existe é uma verdadeira exploração por parte do agente que utiliza quem se prostitui “como mero produto de transação comercial, envolta em ambientes de degenerescência social que a transformam em mercadoria” (COSTA; 2002, p. 412).¹⁷

¹⁵ Cf. artigo 38.º, n.º 2 do CP: “O consentimento pode ser expresso por qualquer meio que traduza uma vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido, e pode ser livremente revogado até à execução do facto”.

¹⁶ Cf. PATTO; 2001; p. 139: “seria ingénuo e ilusório pensar que os homens e as mulheres escolhem livremente, e sem a pressão de necessidades extremas, o exercício da prostituição”.

¹⁷ Em sentido contrário ALBERGARIA e Lima; 2012, p. 206 que consideram que prostituição forçada não é verdadeira prostituição pois tal conceito supõe uma relação sinalagmática. Também PIZARRO DE ALMEIDA considera que, por vezes, essa sinalagmaticidade está presente (ALMEIDA; 2005, p. 29).

Cap. V - A questão do bem jurídico e suas repercussões:

Chegámos à, porventura, mais complexa e relevante questão, a de saber qual o bem jurídico previsto pelo artigo 169.º, n.º 1 do CP.

Quando o CP de 1982 entrou em vigor, manteve a designação dos crimes sexuais como atentados aos “«fundamentos ético-sociais da vida social», ligados aos «sentimentos gerais da moralidade sexual»” (DIAS; 2012, p. 708). Assim, os bens jurídicos tutelados possuíam carácter supra individual, comunitário ou estadual, permanecendo a influência de carácter moralista. A reforma de 1995 consubstanciou um marco no capítulo dos crimes sexuais, abandonando “as tradicionais conotações moralistas, vinculadas aos «sentimentos gerais de moralidade sexual»” (RAPOSO; 2003, p. 938) e fazendo dos crimes sexuais verdadeiros crimes contra as pessoas, autonomizando a liberdade e a autodeterminação sexual como único bem jurídico a proteger. Esta orientação assume-se como a única sustentável num Estado de Direito laico e pluralista, “no âmbito do qual o direito penal deve surgir como protagonista subsidiário de uma tutela fragmentária e de última *ratio* dos bens jurídicos essenciais da comunidade” (RAPOSO; 2003, p. 931), desprovido de qualquer influência de pendor moralista (DIAS; 2012, p. 708; GARCIA; 2011, p. 278).

Antes de avançarmos para a delicada questão de saber qual o bem jurídico que a norma do artigo 169.º, n.º 1 protege, urge proceder a uma definição do bem jurídico liberdade sexual. De acordo com KARL PRELHAZ NATSCHERADETZ, na definição deste bem jurídico devem ser ponderadas as vertentes positiva e negativa.¹⁸ Assim, na vertente positiva, “a liberdade sexual é definida como a livre disposição do sexo e do corpo para fins sexuais”, ou seja, a liberdade que cada um possui de opção e atuação no domínio da sexualidade. Na aceção negativa, a liberdade sexual traduz-se no direito de cada um não sofrer qualquer tipo de intromissão ou suportar a realização de atos de natureza sexual contra a sua vontade (NATSCHERADETZ; 1985, pp. 141 e 142).¹⁹

A questão referente ao bem jurídico, que a norma do artigo 169.º visa tutelar, revela-se particularmente controversa, não existindo unanimidade doutrinal e jurisprudencial. Sendo inequívoco que os crimes sexuais tutelam a liberdade e a autodeterminação sexual, dúvidas subsistem quanto ao n.º 1 do artigo 169.º, tendo em

¹⁸ No mesmo sentido ALFAIATE; 2009, p. 86.

¹⁹ No mesmo sentido TORRÃO; 1995, pp. 562 e 563.

conta a sua ambígua redação; relacionada com esta questão surge a de saber se a reforma de 1995 terá sido em vão e se a de 1998 constituiu um retrocesso e um retorno às conceções moralistas.

Na perspetiva de MOURAZ LOPES e TIAGO MILHEIRO, o n.º 1 não tutela a liberdade sexual, único fundamento para os crimes contra a liberdade sexual (LOPES e Milheiro; 2015, p. 106),²⁰ revelando-se incompatível com o artigo 18.º da CRP. Corroborando esta posição, temos ANABELA RODRIGUES, alegando que o que esta disposição legal visa proteger é uma certa ideia de defesa do sentimento geral de pudor e de moralidade, algo que não faz parte do campo de intervenção do Direito Penal (RODRIGUES; 2012, p. 797).²¹ Conclui, deste modo, que este crime é um crime sem vítima²² (RODRIGUES; 2012, p. 798). Esta autora vai mais longe invocando que, mesmo antes da reforma de 1998, uma vez que o preenchimento do tipo legal do n.º 1 do 169.º se bastava com a verificação das situações de abandono ou de necessidade económica, não seria de concluir pela tutela do bem jurídico liberdade sexual; apenas nas situações de “pressão” ou “coação” sobre a pessoa em causa, a incriminação se revelaria justificada (RODRIGUES; 2012, p. 798). Assim, a autora alega que o bem jurídico protegido era transpessoal, não competindo ao Direito Penal a sua tutela (RODRIGUES; 2012, p. 799). Não nos parece que assista razão à autora visto que explorar outrem pode não ser feito apenas recorrendo à coação, mas também através de, por exemplo, indução de outra pessoa em erro.²³

JOAQUIM MALAFAIA partilha da opinião dos autores mencionados, acrescentando que o que a norma do 169.º, n.º 1 do CP visa punir é, não a prostituição, mas o comportamento de quem vive dessa atividade e lucra com as receitas geradas pela mesma, sendo profissional (proxeneta) ou não. Não obstante tal conduta poder ser moralmente censurável, o Direito Penal “deixou de ser um direito tutelar da «honestidade», dos «costumes» ou dos «bons costumes»,” passando o seu âmbito de aplicação a incidir, meramente, sobre os casos em que determinado bem jurídico é posto em causa (MALAFAIA; 2009, pp. 46 e 47). A ponte entre o lícito e o ilícito reconduz-se

²⁰ Cf. LOPES e Milheiro; 2015, p. 106: “O que é tutelado no n.º 1, como bem jurídico, é uma determinada conceção de vida que não se compadece com a aceitação do exercício profissional ou com intenção lucrativa do fomento, favorecimento ou facilitação da prostituição.”

²¹ Cf. RODRIGUES; 2012, p. 797: “Tudo o mais (...) é proteger bens jurídicos transpersonalistas de étimo moralista por via do direito penal (...) aproximando-nos perigosamente de um direito penal de «fachada»”.

²² No mesmo sentido ac. do TRP de 11/04/2012, proc. 8/06.2GAAMT.P1, p. 6.

²³ V.g. no crime de tráfico de pessoas, previsto no artigo 160.º do CP, um dos meios utilizados é o ardid ou a manobra fraudulenta, conforme consta da alínea b), que consiste em induzir a vítima em erro.

à existência ou não de consentimento, ao facto de a decisão de se prostituir ser tomada livremente ou não. Este autor acrescenta que não basta o mero consentimento formal, ou seja, não basta a ideia de que, aparentemente, existe consentimento. Refere ainda que a decisão de quem se prostitui só é livre se o consentimento for real, isto é, desprovido de qualquer fator que condicione a vontade do(a) prostituto(a) (MALAFAIA; 2009, p. 54). Se tal se verificar, a norma do 169.º n.º 1 revela-se inconstitucional por ser uma norma destituída de bem jurídico, entrando em conflito com a disposição constitucional do artigo 18.º, n.º 2 da CRP (MALAFAIA; 2009, p. 49).

SÉNIO ALVES concorda, em parte, com as posições anteriores, afirmando que o lenocínio, em bom rigor, não constitui um crime contra a liberdade e autodeterminação sexual. Todavia, considera que esta norma protege um bem jurídico, mas não a liberdade e autodeterminação sexual. Ao invés, o bem jurídico aqui salvaguardado é o “interesse geral da sociedade na preservação da moralidade sexual e do ganho honesto”, alicerçando a sua posição num acórdão do STJ de 07/11/1990²⁴ (ALVES; 1995, p. 68), propondo a deslocação deste crime para o título IV “Dos crimes contra a vida em sociedade”.

PEDRO VAZ PATTO também defende a manutenção da criminalização desta conduta embora, ao contrário de SÉNIO ALVES, considere que o bem jurídico aqui em causa é a dignidade da pessoa humana²⁵ e, sendo esta indisponível, a incriminação assume-se como legítima, sendo “essa indisponibilidade que limita a relevância do consentimento do ofendido como causa de exclusão da ilicitude penal” (PATTO; 2001, p. 138), tal como acontece no crime de escravatura.

PINTO DE ALBUQUERQUE opina que, apesar da reforma de 1998 ter eliminado a expressão “explorando situações de abandono ou de necessidade económica”, o bem jurídico alvo de tutela continua a ser a liberdade sexual.²⁶

INÊS FERREIRA LEITE argui que o bem jurídico aqui presente é também a liberdade sexual, pois considera que, subjacente à incriminação, estará sempre presente “o fator de exploração da pessoa que se prostitui, exploração esta que se encontra associada tipicamente a uma diminuição do âmbito de autonomia da vontade da mesma” (LEITE; 2011, p. 48). A autora qualifica este crime como de perigo concreto, tendo de se provar que o exercício da atividade de prostituição revela, no caso concreto, aptidão

²⁴ Cf. ac. do STJ de 07/11/1990, processo n.º 041168.

²⁵ No mesmo sentido ac. do TRL de 19/01/2016, proc. 5964/11.6T3SNT.L1-5, p. 82 e ac. do STJ de 05/09/2007, proc. 07P1125, p. 24.

²⁶ Cf. Cap. III (“interpretação constitucional restritiva”).

para condicionar ou diminuir a esfera de autonomia da vontade da pessoa que se prostitui. Isso sucederá quando o agente que fomenta, favorece ou facilita o exercício da prostituição o faz exercendo pressão de facto sobre a vítima para que esta exerça ou continue a exercer a prostituição, como acontecerá sempre que a intervenção de terceiro imponha horários desproporcionais, percentagens substanciais do proveito auferido pela pessoa que se prostitui e retenção da pessoa que se prostitui em locais pré-determinados, entre outras. Se a intervenção de terceiro, embora remunerada, tem em vista a melhoria das condições do exercício da prostituição, garantindo condições de segurança e de promoção da saúde do(a) prostituto(a), não haverá lugar à incriminação (LEITE; 2011; pp. 85 e 86). A tese desta autora não se afigura de fácil aplicação prática, pois as situações atrás descritas são extremamente difíceis de provar e a letra da lei parece ir no sentido de que o crime é de perigo abstrato.

Para ALBUQUERQUE, o lenocínio é, quanto ao grau de lesão do bem jurídico protegido (liberdade sexual), um crime de dano (ALBUQUERQUE; 2015, p. 671); porém, considera tratar-se de um crime formal ou de mera atividade, o que parece contraditório, pois afirma que o crime se consuma com a realização do primeiro ato de prostituição (ALBUQUERQUE; 2015, pp. 671 e 674). MAIA GONÇALVES (GONÇALVES; 2007, p. 643) partilha da opinião de ALBUQUERQUE ao considerar tratar-se de um crime formal, mas afasta-se daquele autor quando afirma que se pode equiparar aos crimes de perigo abstrato²⁷ (GONÇALVES; 2007, p. 645), não sendo necessária a verificação de um dano efetivo na moralidade sexual ou no pudor da vítima.²⁸

Em relação ao concurso de crimes, as opiniões da doutrina bifurcam. JORGE DIAS DUARTE, partindo do pressuposto de que o bem jurídico liberdade e autodeterminação sexual é de carácter eminentemente pessoal, conclui que se verifica um concurso efetivo de crimes sempre que exista uma pluralidade de vítimas cujo exercício da prostituição seja fomentado, favorecido ou facilitado pelo agente do crime (DUARTE; 2003, p. 33). Este autor fundamenta a sua posição no artigo 30.º, n.º 1 do CP, em doutrina e também em jurisprudência (DUARTE; 2003, p. 34). No mesmo sentido, temos MAIA GONÇALVES (GONÇALVES; 2007, p. 644), PINTO DE ALBUQUERQUE (ALBUQUERQUE; 2015, p. 674) e INÊS FERREIRA LEITE (LEITE; 2011, p. 49). Esta

²⁷ Essa questão da possibilidade de integrar este crime no âmbito dos crimes de perigo abstrato será, posteriormente, objeto de detalhada análise.

²⁸ Esta consideração não deixa de suscitar alguma perplexidade pois o autor afirma que o bem jurídico tutelado é a liberdade sexual (MAIA; 2007, p. 644).

autora adverte, não obstante, para o facto de, se se considerar, como fazem alguns autores, que é a dignidade humana o bem jurídico aqui protegido e que a censura se dirige ao modo de vida do agente que pratica o crime em questão, a tendência será a de considerar como apenas um crime as situações de exploração sexual de diversas pessoas.²⁹ É precisamente essa a posição de MOURAZ LOPES e de TIAGO MILHEIRO. Para estes autores, o bem jurídico liberdade e autodeterminação sexual apenas está tutelado no n.º 2 do artigo 169.º. Relativamente ao n.º 1, referido anteriormente, entendem que tal disposição não visa salvaguardar a liberdade e a autodeterminação sexual nem a dignidade humana sendo, ao invés, alvo de censura o aproveitamento económico da prostituição (LOPES e Milheiro; 2015, p. 117). Desta forma, independentemente do número de pessoas que se prostituem, o juízo de censura reduz-se ao comportamento de quem retira dividendos com a prostituição de outrem.³⁰

Adotamos a posição de DIAS DUARTE, partindo do pressuposto que a *ratio* da norma é a liberdade sexual. Assim, se o agente fomentar, favorecer ou facilitar a prática de prostituição de várias pessoas haverá concurso efetivo, pois é a liberdade de cada uma delas, individualmente, que deve ser ponderada. Pelo contrário, se se considerar que a norma em apreço deve inserir-se no Título IV do CP, teoria que será posteriormente aprofundada, a hipótese do concurso deixa de se colocar, aproximando-nos assim da posição de MOURAZ LOPES e TIAGO MILHEIRO.

No que concerne ao crime continuado, a letra da lei³¹ é inequívoca ao não permitir tal possibilidade no âmbito dos crimes sexuais. A jurisprudência segue esse mesmo sentido.³²

Importa ainda abordar a relação entre o crime de lenocínio e o de tráfico de pessoas previsto e punido no artigo 160.º do CP. Para MOURAZ LOPES e TIAGO MILHEIRO, essa relação deve apenas ser tida em conta no tocante às situações subsumíveis ao n.º 2

²⁹ Porém, não compreendemos como é que a autora pode ter em conta a dignidade da pessoa humana e considerar apenas um só crime. A dignidade tem de ser tutelada em relação a cada vítima.

³⁰ No mesmo sentido ac. do TRC de 10/07/2013, proc. 61/10.4TAACN.C1, p. 1: “Comete um só crime de lenocínio previsto e punido pelo artigo 169.º, n.º 1 do CP quem, na execução da mesma resolução, favorece a prostituição de várias mulheres” e ac. do TRP de 11/04/2012, proc. 8/06.2GAAMT.P1, p. 6: “Donde se há de concluir necessariamente pela formação de uma só resolução criminosa”.

³¹ Cf. art. 30.º do CP: “2 - Constitui um só crime continuado a realização plúrima do mesmo tipo de crime ou de vários tipos de crime que fundamentalmente protejam o mesmo bem jurídico, executada por forma essencialmente homogênea e no quadro da solicitação de uma mesma situação exterior que diminua consideravelmente a culpa do agente. 3 - O disposto no número anterior não abrange os crimes praticados contra bens eminentemente pessoais”.

³² V.g. ac. do TRP de 28/03/2012, proc. 86/08.0GBOVR.P1, p. 55: “(...) não há crime continuado (...) quando o agente tiver atacado bens pessoalíssimos de mais de um portador”.

do artigo 169.º visto que o n.º 1 do mesmo artigo pressupõe, na sua ótica, o exercício livre da prostituição. Quando este não se verifica, entra-se no âmbito do crime de tráfico de pessoas.

No que concerne ao n.º 2, considerando que o crime de tráfico de pessoas, na sua forma mais gravosa, tutela a dignidade da pessoa humana, nunca se poderá falar de uma relação de concurso efetivo entre esse crime e o de lenocínio devido à maior gravidade do primeiro, acabando por consumir o segundo. Para além deste argumento, refira-se ainda o facto de o crime de tráfico, na modalidade de exploração sexual, também tutelar a liberdade e a autodeterminação sexual (LOPES e Milheiro; 2015, pp. 117 e 118). Opinião contrária é a de ANABELA RODRIGUES, alegando que poderão existir casos nos quais haja concurso efetivo³³ pois, apesar de ambos protegerem o mesmo bem jurídico (liberdade sexual da pessoa), protegem manifestações diferentes dessa liberdade. No caso do lenocínio, visa-se a liberdade sexual. No caso do tráfico, visa-se a liberdade de ação ou de decisão (RODRIGUES; 2012, p. 814).

³³ No mesmo sentido CARVALHO; 2012, pp. 687 e 688.

Cap. VI - Pode considerar-se o tipo legal previsto no artigo 169.º, n.º 1 do CP um crime de perigo abstrato?

Antes de respondermos à pergunta propriamente dita, cumpre relembrar sucintamente em que consistem os crimes de perigo.

Encontramos crimes de perigo concreto e abstrato. Nos primeiros, o perigo faz parte do tipo, ou seja, o tipo legal preenche-se quando o bem jurídico é efetivamente posto em perigo.³⁴ Nos crimes de perigo abstrato, o perigo não é elemento do tipo, é simplesmente motivo da proibição.³⁵ Existe assim uma espécie de presunção inelidível de perigo sendo, por isso, a conduta do agente punida independentemente de ter sido criado, ou não, um perigo efetivo para o bem jurídico (DIAS; 2011, p. 309).³⁶

Questiona-se, por vezes, a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato por constituírem uma tutela demasiado avançada de um bem jurídico, conflituando com os princípios da legalidade e da culpa. A doutrina maioritária e a jurisprudência³⁷ têm-se, porém, pronunciado a favor da sua não inconstitucionalidade quando visarem tutelar bens jurídicos de grande importância, quando for possível identificar claramente o bem jurídico tutelado e a conduta típica for descrita de uma forma precisa e minuciosa (DIAS; 2011, pp. 309 e 310). De facto, FARIA COSTA (COSTA; 1992, p. 575) alega que o alargamento da punibilidade, que se dá com a criminalização de situações de pôr-em-perigo, não se traduz num aumento de prevenção criminal. O que isto significa é que, para este autor, “a legitimidade da criminalização das condutas de pôr-em-perigo não advém da circunstância de aquela criminalização fazer diminuir a criminalidade” (COSTA; 1992, p. 576). O que legitima os crimes de perigo abstrato é a existência de um concreto e determinado bem jurídico com dignidade constitucional, no fundo, um bem jurídico-penal (COSTA; 1992, p. 646), sendo desta maneira respeitado o princípio da ofensividade. Concluímos, assim, que o crime de lenocínio, na sua redação atual, pode configurar um crime de perigo abstrato, se entendermos que o bem jurídico que a norma visa acautelar é a liberdade sexual (bem jurídico com inegável dignidade constitucional), entendimento esse que não goza de unanimidade doutrinal e jurisprudencial. Esta hipótese de se considerar o crime de lenocínio como um crime de perigo abstrato já foi avançada

³⁴ V.g. crime de abandono (art. 138.º do CP).

³⁵ V.g. crime de condução de veículo em estado de embriaguez (art. 292.º do CP).

³⁶ No mesmo sentido SILVA; 2012, p. 36.

³⁷ V.g. ac. do TRC de 23/10/2013, proc. 24/12.5PEFIG.C1.

pela jurisprudência, destacando-se o paradigmático acórdão do TC n.º 144/04 que será alvo de pormenorizada análise em capítulo autónomo. O acórdão em questão justifica esta opção com base no contexto de exploração em que tem lugar a prostituição, defendendo que a norma visa salvaguardar a dignidade humana.³⁸ Embora reconheçamos que a norma visa salvaguardar a dignidade humana, não se poderá identificar o bem jurídico com esse princípio, transversal a várias normas, pois tal seria demasiado vago e impreciso.³⁹ Considerar que a norma do 169.º, n.º 1, que tem causado tanta celeuma na doutrina e jurisprudência, tem a dignidade humana como bem jurídico, apenas faria com que a polémica em torno desta disposição legal se adensasse. Concordamos com PEDRO SOARES ALBERGARIA e PEDRO LIMA que caracterizam este “conceito” como complexo e cujo conteúdo axiológico se afigura difícil de definir (ALBERGARIA e Lima; 2012, p. 241). Todavia, não podemos deixar de chamar a atenção para o facto de a dignidade humana, enquanto princípio, estar presente em vários bens jurídicos, não constituindo a liberdade sexual uma exceção. Acontece que esse princípio é posto em causa por quem fomenta, facilita ou favorece a prática por outrem de prostituição, pois a tal comportamento subjaz uma “mercantilização” do corpo da pessoa que se dedica à prostituição, que não se coaduna com este princípio, verdadeiro corolário de um Estado de Direito (artigo 1.º da CRP).

Constatamos que, conceber o tipo legal do 169.º, n.º 1 como um crime de perigo abstrato, não acabaria com as críticas quanto à indeterminação do bem jurídico que a norma procura tutelar, o que nos leva, por conseguinte, a uma outra possível solução. Essa solução passa por manter a redação do artigo 169.º, n.º 1 do CP inalterada, passando a inseri-lo no Título IV do CP (“Dos crimes contra a vida em sociedade”). Com esta inserção, o crime passaria a ser de dano, mas o problema quanto ao bem jurídico manter-se-ia. Pelas razões atrás invocadas, dizer que o bem jurídico alvo de proteção é a dignidade humana não iria acabar com as divergências doutrinárias e jurisprudenciais. Poder-se-ia, então, alegar que o bem jurídico em causa é a paz pública, pois o lenocínio está ligado a redes de tráfico de pessoas para fins de exploração sexual, o que, certamente, constituiria um atentado à paz pública e à vida em sociedade. Todavia, e de acordo com a orientação de TAIPA DE CARVALHO (CARVALHO; 2012, p. 678), o bem jurídico

³⁸ Cf. ac. do TC n.º 144/04, de 10/03/2004, p. 4: “tudo justificando a proteção por meios penais contra a necessidade de utilizar a sexualidade como modo de subsistência, proteção diretamente fundada no princípio da dignidade humana”.

³⁹ Cf. ac. do TC n.º 654/11, de 21/12/2011 (voto de vencido de JOAQUIM SOUSA RIBEIRO), pp. 8 e 9.

tutelado pelo tipo legal do crime de tráfico de pessoas é a liberdade pessoal sendo que o mesmo autor admite que a dignidade humana é também diretamente tutelada por este tipo legal, pois o corpo da vítima é transformado em mero objeto de exploração sexual ou laboral, o que nos traria de volta ao mesmo problema de precisar o conteúdo deste intrincado bem jurídico.

Uma terceira solução, porventura a mais adequada, passa por uma nova redação do artigo 169.º, n.º 1 do CP incluindo, como já anteriormente proposto, o elemento “vulnerabilidade”. Com a inserção deste elemento, poder-se-á dizer, agora sem dúvidas, que o bem jurídico é a liberdade sexual, não se revelando necessário inserir o tipo legal em causa noutra título do CP. Como sabemos, a atual redação do artigo provoca muitas dúvidas na doutrina quanto às seguintes questões: saber qual o bem jurídico visado pela norma em apreço; e se esta não será mesmo desprovida de bem jurídico. A redação por nós sugerida acabaria com tais dúvidas, definindo um bem jurídico preciso e identificável que não alimentaria divergências relativamente ao seu conteúdo. As críticas que poderiam ser feitas, prender-se-iam com a dificuldade em provar o elemento “vulnerabilidade”, pois o crime passaria a ser de perigo concreto (ou de dano?), razão que levou à supressão do elemento “explorando situações de abandono ou de necessidade económica”. Porém, o elemento “vulnerabilidade” goza de maior amplitude do que o anterior, pois abarca um maior número de situações. Vulnerabilidade engloba não apenas abandono e necessidade económica, mas também carências sociais e afetivas, a situação familiar, o ter sido negligenciado ou alvo de abusos sexuais em criança, entre outras, reduzindo substancialmente as dificuldades probatórias e conferindo uma maior proteção a quem se dedica à prostituição.

Cap. VII - A (in)constitucionalidade do artigo 169.º, n.º 1 do CP:

São vários os autores que alegam a inconstitucionalidade do artigo 169.º, n.º 1 do CP. MOURAZ LOPES e TIAGO MILHEIRO invocam a inconstitucionalidade da norma por conflitar com o artigo 18.º da CRP declarando que, desde a supressão da exigência típica “explorando situações de abandono ou de necessidade económica”, o legislador passou a incriminar “comportamentos para além dos que ofendem o bem jurídico da liberdade sexual, relativamente aos quais não pode ser afirmada a *necessidade* de restrição do direito à liberdade enquanto direito necessariamente implicado na punição” (LOPES e Milheiro; 2015, p. 108), questionando a compatibilização constitucional da norma em causa com os artigos 18.º, n.º 2 e 27.º, n.º 1 e n.º 2 da CRP. O autor termina opinando que o Direito Penal só deve intervir quando todos os outros sistemas sancionatórios se mostrarem insuficientes sob pena de se cair no chamado “direito penal de autor”. Atentemos nas disposições legais que, segundo LOPES e MILHEIRO, são violadas. Começando pelo artigo 27.º, que refere, no n.º 1 e no n.º 2, que todos têm direito à liberdade, não podendo ser ninguém privado, total ou parcialmente, da mesma, cumpre dizer que a liberdade da pessoa que se prostitui não é posta em causa pelo artigo 169.º, n.º 1, pois cada um tem a liberdade de dispor do seu corpo. O que está em causa é alguém aproveitar-se de quem dispõe do seu corpo para daí retirar vantagens patrimoniais, o que consubstancia um ato de “mercantilização” do corpo de outrem (PATTO; 2001, p. 138). Deve esta suposta liberdade beneficiar de proteção constitucional? “Liberdade” essa que consiste em retirar proveitos económicos da prática de prostituição por parte de outrem? Na nossa ótica, as respostas apresentam-se, ambas, como negativas. Quanto à aplicação da pena de prisão, tal revela-se, no nosso entender, justa, adequada e proporcional, pois consideramos que esta deve ser aplicada sempre que a liberdade sexual for posta em causa. Mesmo considerando, como alguma doutrina e jurisprudência o faz, que o preceito legal não tutela a liberdade sexual, a utilização da sexualidade alheia como modo de subsistência conflita com o princípio da dignidade humana, logo a pena de prisão continua a afigurar-se como legítima.⁴⁰ Um dos argumentos do MP no acórdão 144/2004 é precisamente o não poder ser considerada liberdade (no caso liberdade de profissão) o “viver às custas de outras pessoas”. Tal afirmação afigura-se-nos correta, pois essa

⁴⁰ No mesmo sentido ac. do STJ de 05/09/2007, proc. 07P1125, p. 27.

liberdade nunca pode ser considerada como limitada uma vez que nem sequer é constitucionalmente reconhecida.⁴¹

MOURAZ LOPES e TIAGO MILHEIRO referem que aquele(a) que se prostitui pode associar-se “*voluntariamente*” com quem fomenta, favorece ou facilita a prática de prostituição. Já enunciámos atrás as razões das nossas reservas quanto ao carácter sério, livre e esclarecido de quem se prostitui, concluindo, portanto, pela não voluntariedade, em regra, da associação entre o(a) prostituto(a) e o agente.

Assim, não faz sentido invocar o artigo 18.º, n.º 2 da CRP para arguir a inconstitucionalidade do artigo 169.º, n.º 1 do CP. O que esta disposição constitucional nos diz é que “a lei só pode restringir (...) devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”. O direito de uma pessoa se prostituir não é, como já percebemos, restringido. O suposto direito de lucrar com quem se dedica à prostituição também não é restringido visto que esse “direito” não é sequer constitucionalmente reconhecido e não possui dignidade constitucional, não fazendo sentido, por conseguinte, chamar à colação o artigo 18.º, n.º 2 da CRP. Por outro lado, o artigo 18.º, n.º 2 permite ainda que seja restringida a liberdade através da pena de prisão, de forma a proteger bens jurídicos de carácter essencial. Se se admitir que o bem jurídico em causa é a liberdade sexual, dúvidas não se colocam quanto à legitimidade da aplicação de pena de prisão e que esta se revela adequada e proporcional. Todavia, sabemos que a atual redação do artigo é propensa a várias interpretações, o que leva determinada doutrina a negar que a liberdade sexual seja tutelada pelo artigo 169.º, n.º 1 e a questionar se esta norma é desprovida de bem jurídico. Mesmo assim, é inegável que as condutas descritas neste tipo legal não respeitam o princípio da dignidade humana, pois este princípio repudia a instrumentalização da pessoa (PATTO; 2001, p. 134). Tratar uma pessoa como mero instrumento de prestação sexual, mesmo com o consentimento da vítima, revela-se incompatível com a dignidade humana, valor constitucional que representa um dos corolários de um Estado de Direito como o nosso.

PEDRO SOARES DE ALBERGARIA e PEDRO MENDES LIMA também defendem a inconstitucionalidade da norma alvo de análise, concluindo que esta é desprovida de um bem jurídico, o que faz com que a pena imposta ao agente seja

⁴¹ Cf. contra esta posição ver argumentos da recorrente *in ac.* do TC n.º 144/2004, de 10/03/2004 p 2: “incriminar-se a atividade comercial ou lucrativa que tem por base a prostituição (...) corresponde a privar os cidadãos de exercer uma atividade profissional por imposição de regras morais”.

desproporcional violando o disposto no artigo 18.º, n.º 2 da CRP (ALBERGARIA e Lima 2012, p. 255). O facto de se sancionar um crime sem vítima faz com que à incriminação prevista no artigo 169.º, n.º 1 lhe falte dignidade penal (ALBERGARIA e Lima; 2012, p. 256). Os autores rejeitam a interpretação restritiva de ALBUQUERQUE argumentando que a intenção do legislador foi a de colocar a expressão “especial vulnerabilidade” no tipo qualificado deixando tal circunstância de relevar no tipo simples, não se podendo proceder a uma interpretação conforme à CRP sob pena de violação do princípio de separação de poderes previsto no artigo 2.º da CRP. A expressão que surge agora no tipo qualificado é “especial vulnerabilidade”. O que sugerimos é que passe a constar no n.º 1 a expressão “vulnerabilidade”, que não conflitua com a anterior uma vez que a expressão “especial vulnerabilidade” pressupõe uma vulnerabilidade acrescida, mais gravosa, daí estar inserida no tipo qualificado. Conclui-se que os argumentos utilizados pelos autores supracitados são discutíveis, pois assumem que a intenção do legislador foi a de que o elemento “especial vulnerabilidade” passasse a relevar no tipo qualificado, o que nos parece acertado, e deixasse de relevar no n.º 1, o que nos parece errado, pois esse elemento nunca foi tido em conta no tipo simples. O legislador não utiliza, e bem, a expressão “especial vulnerabilidade” no n.º 1, pois estaria a incorrer na violação do princípio da dupla valoração. Daí que aventemos, mais uma vez, de maneira a acabar com todas as dúvidas e ambiguidades em torno desta disposição legal, que da mesma passe a constar o elemento “**vulnerabilidade**”,⁴² permanecendo o elemento “especial vulnerabilidade” no n.º 2.

⁴² Negrito nosso.

Cap. VIII - Análise Jurisprudencial:

A nível jurisprudencial, optámos por incluir as questões acerca do bem jurídico, (in)constitucionalidade da norma e possibilidade de ser um crime de perigo abstrato no mesmo capítulo, pois estas três questões acabam por estar relacionadas. Apesar de já se ter suscitado várias vezes a questão da compatibilização constitucional, e consequentemente da (in)existência de bem jurídico do n.º 1 do artigo 169.º, a tendência vai no sentido de defender a sua não inconstitucionalidade, embora nem todas as decisões gozem de unanimidade.

Cumprir iniciar a análise jurisprudencial pelo acórdão do TC n.º 144/2004. Este acórdão, paradigmático na sua abordagem, coloca a tónica no facto de a norma em causa não punir a prostituição, mas sim “o fomentar, o favorecer ou o facilitar o exercício da prostituição, profissionalmente ou com intenção lucrativa”,⁴³ sendo esse aproveitamento ético e juridicamente censurável, violando valores da comunidade e concepções ético-sociais dominantes.

Quanto à questão Direito/Moral, que será ulteriormente tratada num capítulo autónomo, o acórdão afirma que, independentemente das várias teorias, não é possível negar que “existem bens e valores que participam das duas ordens normativas”,⁴⁴ não podendo ser tratadas como realidades estanques. A recorrente alega que o artigo 169.º, n.º 1 restringe o direito à liberdade de consciência previsto no artigo 47.º, n.º 1 da CRP. Esta alegação é rebatida, e bem, na nossa opinião, pelos relatores que contra-argumentam que essa liberdade não é posta em causa, pois “não integra uma dimensão de liberdade de se aproveitar das carências alheias ou de lucrar com a utilização da sexualidade alheia”.⁴⁵ O acórdão faz ainda menção ao facto de, associadas à prostituição, estarem situações de carência e exploração, pelo que a supressão do elemento “explorando situações de abandono ou necessidade económica” não significa que a norma não continue a procurar evitar tais situações, explicando que esta supressão se justifica por opções de política criminal, pois revela-se como árdua a tarefa de provar essa exploração. Através desta argumentação, pensamos ser possível concluir que o acórdão considera a hipótese do crime em análise poder ser um crime de perigo abstrato, pois evitar aquelas situações é a

⁴³ Cf. ac. do TC n.º 144/2004, de 10/03/2004, p. 1.

⁴⁴ Cf. ac. do TC n.º 144/2004, p. 2.

⁴⁵ Cf. ac. do TC n.º 144/2004, p. 3.

ratio da norma não tendo de se provar o perigo no caso concreto.⁴⁶ O acórdão termina com a comparação do lenocínio ao crime de escravatura.⁴⁷ O crime de escravatura consiste em reduzir uma pessoa à condição de escravo, coisificá-la, tratá-la como sua propriedade, colocando-a num estado de sujeição total e desprovida de personalidade jurídica (DIAS; 2012, pp. 671 e 672). Não nos parece que, no âmbito do crime de lenocínio, a pessoa que se prostitui se encontre desprovida de personalidade jurídica e que seja reduzida à condição de “coisa”, ficando num estado de sujeição total em relação ao agente. Não obstante, é inegável que a conduta do agente resulta, como já dissemos anteriormente, “numa mercantilização” da pessoa que se prostitui e do seu corpo que, nas palavras de VAZ PATTO, são “reduzidos a objeto de prazer” (PATTO; 2001, p. 138). Isto leva-nos a estabelecer uma comparação com o caso das barrigas de aluguer. A lei 32/2006 é clara ao não permitir, de acordo com o artigo 39.º, a gestação de substituição a título oneroso. Interrogamo-nos porque é que esta proibição é consensual e, no entanto, a mercantilização do corpo para fins sexuais (que fere a dignidade da pessoa que se prostitui de uma forma muito mais violenta) já dá origem a tantas divergências.

Antes de avançar com mais análise jurisprudencial, importa fazer referência ao comentário de PIZARRO DE ALMEIDA relativamente ao mencionado acórdão. Esta autora tece inúmeras críticas à argumentação do TC no âmbito do acórdão 144/2004. Em primeiro lugar, afirma que a jurisprudência fixada neste acórdão parte de uma perspetiva errada de que todos os casos de prostituição pressupõem “exploração”, o que, na sua ótica, não é verdade, pois há situações nas quais existe uma verdadeira relação sinalagmática (ALMEIDA; 2005, p. 29). A autora chega a afirmar, para nossa estupefação, que existem mesmo laços afetivos entre quem se prostitui e quem fomenta essa mesma prática e que o proxenetismo, bem como o rufianismo, “preenchem uma função de apoio que minimiza os riscos e custos da atividade” (ALMEIDA; 2005, p. 31). Outra crítica é direcionada ao facto de o acórdão em questão se basear, na sua argumentação, em “valorações éticas, sem suporte jurídico-penal e, menos ainda, jurídico-constitucional” (ALMEIDA; 2005, p. 29). Tal não é, em nossa opinião, rigorosamente assim, visto que, ao longo do acórdão, são enunciados vários argumentos de índole jurídica, como o facto de se considerar que o princípio dignidade humana é posto em causa e que o tipo de ilícito em causa consubstancia um crime de perigo abstrato. Aliás, esta última hipótese é também rejeitada

⁴⁶ Cf. supra Cap. VI.

⁴⁷ Cf. ac. do TC n.º 144/2004, de 10/03/2004, p. 4: “A própria condição da escravatura requer que o escravo não se veja a si próprio como alguém que possui ou a quem falta autonomia.”

pela autora afirmando que falta o nexo de causalidade entre a conduta proibida e o perigo, necessário, nem que seja como imputação potencial, para que estejamos perante um crime de perigo abstrato. A autora rejeita ainda que as estatísticas possam servir de fundamento à “presunção”.⁴⁸ Discordamos desta posição. Na verdade, tem-se entendido que os crimes de perigo abstrato se fundamentam na “elevada perigosidade da conduta, demonstrada pela experiência” (CARVALHO; 2016, p. 305). Questionamos se as estatísticas⁴⁹ não vêm quantificar a experiência da vida em sociedade, no fundo a realidade como ela é. Se assim as entendermos, serão uma boa base para a presunção.

No que toca ao princípio da dignidade humana, PIZARRO DE ALMEIDA nega que esse princípio seja posto em causa estabelecendo uma analogia com a pornografia, que, quando não envolve menores de 14 anos,⁵⁰ deve ser uma atividade considerada à margem do Direito Penal, apesar de poder ser considerada pela maioria da sociedade como reprovável (ALMEIDA; 2005, pp. 29 e 30).

Por último, no acórdão n.º 144/2004, o TC invoca a Convenção para a Supressão do Tráfico de Pessoas e de Exploração de Outrem, ratificada em 1991 por Portugal. O artigo 1.º dessa Convenção apela à punição de quem alicie ou explore a prostituição de outra pessoa. Todavia, ALMEIDA alerta para o artigo 27.º dessa mesma Convenção, do qual consta uma cláusula de salvaguarda que delimita as medidas a tomar pelos Estados, concluindo a autora que a Convenção, só por si, não resolve a questão da hipotética inconstitucionalidade da criminalização destas condutas.⁵¹ Não nos parece, todavia, que a criminalização destas condutas seja inconstitucional, estando, até, em sintonia com o apelo da Convenção.

Um outro acórdão do TC, n.º 303/2004, parece admitir que a disposição legal alvo de análise não tutela, pelo menos diretamente, o bem jurídico liberdade e autodeterminação sexual. Todavia, este entendimento não chega para que se conclua de forma automática pela inconstitucionalidade e consequente descriminalização. Este acórdão revela-se parco no que concerne à argumentação utilizada e que pugna pela não inconstitucionalidade do artigo 169.º, n.º 1, além de não ser capaz de definir que bem

⁴⁸ ALMEIDA; 2005, p. 31.

⁴⁹ Cf. COSTA e Alves; 2001, p. 165 e ss.

⁵⁰ Note-se, porém, que o crime de pornografia de menores (art. 176.º do CP) tutela os menores até aos 18 anos, o que é também imposto pelos instrumentos internacionais.

⁵¹ Art. 27.º: “Cada Parte na presente Convenção compromete-se a tomar, de acordo com a sua Constituição, as medidas legislativas ou outras, necessárias para assegurar a aplicação da Convenção”.

jurídico a norma em apreço visa tutelar.⁵² Ao invés, prefere remeter, à imagem de outra jurisprudência, para o acórdão n.º 144/2004, socorrendo-se dos argumentos utilizados pelos seus relatores.

Do acórdão do TC n.º 196/2004, no qual é questionada pelo recorrente a constitucionalidade material do artigo 169.º, n.º 1 do CP, conclui-se que a conduta do agente conflitua com o princípio da dignidade humana, uma vez que o agente do crime explora outrem e essa exploração (indigna) consubstancia uma espécie de usura ou enriquecimento ilegítimo fundado no comércio do corpo da pessoa que se prostitui.⁵³ Este acórdão, à imagem do anterior, remete para o n.º 144/2004, alicerçando-se nos mesmos argumentos e concluindo que o artigo 169.º, n.º 1 não conflitua com qualquer norma constitucional. Importa chamar a atenção para um dos argumentos utilizados pelo recorrente, que considera as condutas de fomentar, favorecer ou facilitar como condutas de mera participação numa conduta alheia, a de prostituição. O recorrente conclui que, se a prostituição em si não é ilícita, auxiliar outrem a exercer essa atividade também não é ilícito. Este argumento é facilmente rebatido tomando como comparação o crime de incitamento ou ajuda ao suicídio. A conduta “suicídio” também não consubstancia em si uma ilicitude, podendo ter-se como um ato que advém da liberdade de escolha de quem o pratica. Contudo, a licitude do ato em questão não se estende a quem o auxilia ou apoia podendo, então, estabelecer-se um paralelo com o crime de lenocínio simples.⁵⁴

Todavia, mesmo no âmbito da jurisprudência não encontramos decisões unânimes, como é o caso do acórdão do TC n.º 396/2007, do qual consta o voto de vencido de MARIA JOÃO ANTUNES, que pugna pela inconstitucionalidade da norma do artigo 169.º, n.º 1 do CP (na altura 170.º, n.º 1) por colidir com as normas constitucionais dos artigos 18.º, n.º 2 e 27.º, n.º 1 e n.º 2 da CRP. A relatora argui que, com a supressão do elemento “explorando situações de abandono ou de necessidade económica”, o legislador passou a punir comportamentos para além dos que ofendem o bem jurídico da liberdade sexual. No fundo, exige-se que as condutas possuam dignidade punitiva, algo que, na sua perspetiva, não se verifica no caso em concreto.

No acórdão do TC n.º 654/2011, encontramos o voto de vencido de JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, que nega que o artigo 169.º, n.º 1, em virtude da alteração

⁵² Cf. ac. do TC n.º 303/04, de 05/05/2004.

⁵³ Cf. ac. do TC n.º 196/04, de 23/03/2004, p. 2: “Assim entendido, a prática do lenocínio, previsto e punido no n.º 1 do artigo 170.º do Código Penal, configura uma clara violação da dignidade humana (...)”.

⁵⁴ No mesmo sentido ac. do TRC de 12/04/2011, proc. 16/10.9ZRCBR-A.C1, p. 5.

produzida pela revisão de 1998, tutele o bem jurídico liberdade sexual. Com a mencionada revisão, eliminou-se, como elemento do tipo, a exploração da vulnerabilidade situacional, em razão do abandono ou da necessidade económica, da pessoa que se prostitui. Desta forma, o tipo legal em questão passou a contrastar com os restantes que constam do capítulo dos crimes sexuais, pois todos eles referem, “como elemento definidor do tipo legal de crime, o exercício de violência, coação, ou, pelo menos, constrangimento sobre a vontade da vítima”,⁵⁵ algo que não se verifica no artigo 169.º, n.º 1 do CP. RIBEIRO tece ainda várias observações ao acórdão n.º 144/2004. No seu voto de vencido, critica que a jurisprudência fixada no acórdão 144/2004 se alicerce no princípio da dignidade humana, princípio demasiado abstrato e geral,⁵⁶ para fundamentar e validar o “exercício do poder punitivo do Estado, em compressão de direitos fundamentais”.⁵⁷ O conceito dignidade humana revela-se impreciso e, como tal, não é possível basear-se neste conceito para justificar a intervenção jurídico-penal impondo obrigações negativas de conduta, criminalmente sancionáveis. Só é possível justificar esse exercício punitivo recorrendo a uma conceção essencialista, não decorrente de imperativos constitucionais, mas de natureza ético-social, fundados na moral comum. Termina a sua argumentação pugnando pela inconstitucionalidade da norma em apreço por violar o princípio da proporcionalidade, pelo facto de a intervenção do Direito Penal neste âmbito não se dirigir à tutela de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (artigo 18.º, n.º 2 da CRP) e pelo facto de ser desprovida de qualquer conexão com um bem jurídico constitucionalmente definido e protegido, estando, paradoxalmente, associada a uma certa conceção de ordem moral.

É de destacar também os votos de vencido de LINO RODRIGUES RIBEIRO e MANUEL DA COSTA ANDRADE (acórdão do TC n.º 641/2016). O primeiro defende a inconstitucionalidade do artigo 169.º, n.º 1, por violar o disposto no artigo 18.º, n.º 2 da CRP. Para LINO RODRIGUES, a alteração imposta pela lei n.º 65/98 “tornou indefinido o bem jurídico por ele tutelado: a liberdade sexual da pessoa que se prostitui?; a moral sexual?; uma determinada conceção de vida?; a paz social?”.⁵⁸ Desta forma, é impossível, na sua opinião, continuar a considerar que o bem jurídico alvo de proteção é a liberdade e a autodeterminação sexual a não ser que se proceda a uma interpretação restritiva da

⁵⁵ Cf. ac. do TC n.º 654/11, de 21/12/2011, p. 6.

⁵⁶ No mesmo sentido ALBERGARIA e Lima (cap. VI).

⁵⁷ Cf. ac. do TC n.º 654/11, de 21/12/2011, p. 8.

⁵⁸ Cf. ac. do TC n.º 641/2016, de 21/11/2016 p. 10.

norma em apreço.⁵⁹ Acrescenta ainda que se a intenção do legislador foi a de proteger outros bens jurídicos, a disposição legal devia ter sido inserida noutra capítulo que não o dos crimes sexuais.

Tal como LINO RODRIGUES, COSTA ANDRADE invoca a inconstitucionalidade do artigo 169.º, n.º 1, por violação do artigo 18.º, n.º 2 da CRP, afirmando ainda que a situação concreta consubstancia um caso de “crime sem vítima”.⁶⁰ ANDRADE vai mais longe ao afirmar que a incriminação deste tipo de condutas “é que pode, ela própria, configurar um atentado perverso à dignidade ou autonomia das pessoas”,⁶¹ rejeitando o que vem sendo sufragado pela jurisprudência dominante que fundamenta a incriminação das condutas descritas no princípio da dignidade humana, “que sendo adultas, esclarecidas e livres (...) devem poder legitimamente escolher conduzir a sua vida tanto à sombra da «virtude» como do «pecado». Uma escolha insindicável, que devem poder levar à prática, inteiramente resguardados contra a intromissão do direito penal”.⁶² O que se conclui através da sua argumentação é que a norma do artigo 169.º, n.º 1 fracassa na tutela da liberdade sexual, acabando por colocar em causa essa mesma liberdade.⁶³ Quanto à questão do bem jurídico em causa não ser a liberdade sexual, ANDRADE baseia-se na atual redação do artigo, partindo do princípio de que o exercício da prostituição, mesmo no âmbito de uma relação triangular, é livre. A realidade, como já demonstrámos, revela-se totalmente diferente. O autor alega ainda que a incriminação da norma alvo de análise limita a liberdade da pessoa se prostituir,⁶⁴ o que não é exato, porque o que fundamenta a incriminação não é a conduta de quem se prostitui, mas sim a de quem promove, favorece ou facilita a prostituição de outrem obtendo ganhos com essa atividade. O acórdão do TC n.º 144/2004 alerta especificamente para a razão que subjaz à legitimação da punição e essa razão é o “aproveitamento económico por terceiros”⁶⁵ das pessoas que se prostituem e não a prostituição propriamente dita, que, como sabemos, não é punida, podendo mesmo dizer-se, como faz

⁵⁹ Como faz ALBUQUERQUE; 2015, p. 673.

⁶⁰ Ac. do TC n.º 641/2016, de 21/11/2016 p. 10.

⁶¹ Ac. do TC n.º 641/2016, p. 11.

⁶² Ac. do TC n.º 641/2016, p. 11.

⁶³ Cf. ac do TC n.º 641/2016, p. 11: “infração, concebida como crime de perigo abstrato (...) podendo, por isso, acontecer que a prevenção do perigo abstrato de uma forma desviante de comportamento ou de condução da vida se faça à custa do sacrifício da liberdade e da autonomia sexual (...) à custa do sacrifício do único bem jurídico em nome do qual o legislador pode incriminar comportamentos humanos relacionados com a vida sexual das pessoas”.

⁶⁴ Cf. ac. do TC n.º 641/2016, p. 11 “Pois é claro que pertence à liberdade da vontade da pessoa dedicar-se ou não ao exercício da prostituição”.

⁶⁵ Cf. ac. do TC n.º 144/2004, de 10/03/2004, p. 3.

COSTA ANDRADE, que se trata de uma “prática em si mesma irrelevante e indiferente para o direito penal”.⁶⁶ Em suma, o preceito em causa não limita a liberdade de escolha e a autonomia sexual de quem se prostitui, pelo que os seus argumentos, quanto a este ponto, não procedem.

Recentemente, o acórdão da Relação do Porto de 08/02/2017 declarou a norma em apreço como inconstitucional por violação do artigo 18.º, n.º 2 da CRP.⁶⁷ Os argumentos enunciados para fundamentar a sua posição baseiam-se essencialmente no carácter fragmentário e subsidiário do Direito Penal, bem como nos comportamentos a criminalizar exigirem necessidade penal e na vinculação do legislador ordinário ao princípio constitucional do Direito Penal do bem jurídico. Tendo em conta que do comportamento em causa não se pode, com razoável segurança, afirmar que se destina a proteger um bem jurídico-penal, o Tribunal da Relação do Porto acabou por decidir pela inconstitucionalidade do artigo 169.º, n.º 1 do CP. Em relação à questão da sua atual redação ter sido motivada por razões de política criminal devido, como refere o acórdão do TC n.º 144/04, à “normal associação entre as condutas que são designadas como lenocínio e a exploração da necessidade económica e social, das pessoas que se dedicam à prostituição”,⁶⁸ o acórdão do TRP alega que, no caso concreto, não se demonstrou a exploração de qualquer necessidade económica das prostitutas.⁶⁹ Se encararmos o tipo legal do artigo 169.º, n.º 1 como um crime de perigo abstrato, não é necessário demonstrar se se verificou ou não, no caso concreto, qualquer exploração, pois há como que uma presunção inelidível desse mesmo perigo, sendo a conduta do agente punida, independentemente de se ter criado, ou não, um perigo efetivo para o bem jurídico.

Reafirmamos que a redação atual deveria incluir o elemento “vulnerabilidade” como forma de definir, com precisão, o bem jurídico liberdade sexual, abarcando outras situações que estão na origem da decisão de enveredar pelo mundo da prostituição e incluindo outro tipo de exploração a que o(a)s prostituto(a)s estão sujeitos para além da económica e, por último, como forma de facilitar a prova.

⁶⁶ Cf. ac. do TC n.º 641/2016, p. 11.

⁶⁷ Cf. art. 18.º, n.º 2 da CRP: “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.

⁶⁸ Cf. ac. do TC n.º 144/2004, de 10/03/2004, p. 3.

⁶⁹ Cf. ac. do TRP de 08/02/2017, proc. 404/13.9TAFLG.P1, p. 29.

No que concerne à hipótese do artigo 169.º, n.º 1 constituir um crime de perigo abstrato, o mencionado acórdão contesta tal possibilidade, pois os bens jurídicos no âmbito destes crimes devem ser identificáveis e de grande importância, além de não se poder presumir, de forma categórica e inilidível, que quem fomenta, favorece ou facilita a prostituição põe em risco a liberdade sexual de quem se prostitui.⁷⁰ Quanto a este último argumento, falacioso, a nosso ver, já fundamentámos, anteriormente, a nossa posição e que se mostra contrária à do acórdão em questão. O problema coloca-se precisamente quanto à dificuldade em identificar o bem jurídico desta norma, o que nos obriga a concordar com o TRP quanto a este ponto, apesar de continuarmos a crer que o bem jurídico salvaguardado pela norma é a liberdade sexual. O Tribunal apresenta uma solução inovadora quanto a este delicado assunto alegando que o bem jurídico ficaria “eficazmente acautelado com uma tutela contraordenacional mínima em sede de regulação administrativa da atividade”,⁷¹ invocando o princípio da necessidade penal. Estamos no âmbito da esfera sexual, logo acreditamos que a sua tutela não fica devidamente salvaguardada com uma mera regulação administrativa. Abdicar da tutela penal em virtude da tutela administrativa, serviria apenas para agudizar a exploração que tem lugar no seio desta atividade e seria um incentivo à fomentação, favorecimento e facilitação da mesma.

⁷⁰ Cf. ac. do TRP de 08/02/2017, proc. 404/13.9TAFLG.P1, p. 30.

⁷¹ Cf. ac. do TRP de 08/02/2017, p. 30.

Cap. IX - Artigo 169.º, n.º 2 do CP:

Em relação ao n.º 2 do artigo 169.º, que prevê o tipo qualificado, encontramos aqui, verdadeiramente, na opinião de grande parte da doutrina, a tutela da liberdade e da autodeterminação sexual; neste sentido, pronuncia-se ANABELA RODRIGUES, que considera que o comportamento verdadeiramente digno de tutela penal consta do n.º 2 (RODRIGUES; 2012, p. 802). PINTO DE ALBUQUERQUE discorda considerando que o n.º 1 tutela igualmente a liberdade e a autodeterminação sexual da vítima (ALBUQUERQUE; 2015, p. 671).

A conduta típica consiste, seguindo a orientação de ANABELA RODRIGUES, “em o agente, *profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa de prostituição* através da utilização de um meio típico de coação”, sendo este o elemento distintivo, “imediatamente dirigido à prática de prostituição” (RODRIGUES; 2012, p. 811). Concordamos com a divisão estabelecida por MOURAZ LOPES e TIAGO MILHEIRO em relação às alíneas existentes. As alíneas a) e b) reportam-se à valoração dos meios usados na prática do crime. Nas alíneas c) e d) valora-se o aproveitamento de situações de poder do agressor sobre a vítima (LOPES e Milheiro; 2015, p. 116). Quanto aos conceitos de violência e ameaça grave, previstos na alínea a), remetemos para os ensinamentos de FIGUEIREDO DIAS (DIAS; 2012, pp. 726, 727 e 728). No que concerne aos conceitos de ardil e de manobra fraudulenta, concordamos com ANABELA RODRIGUES que os equipara no sentido de induzirem a vítima em erro (RODRIGUES; 2012, p. 811). Em relação ao meio típico previsto na alínea c), remetemos novamente para FIGUEIREDO DIAS (DIAS; 2012, pp. 738, 739 e 740) e em relação ao meio típico da alínea d), seguimos a orientação de TAIPA DE CARVALHO que qualifica o conceito de “incapacidade psíquica” como uma incapacidade ou capacidade diminuída, estabelecendo uma analogia com os conceitos de inimputabilidade ou imputabilidade diminuída. No que toca ao conceito “especial vulnerabilidade”, mais problemático de definir, o autor considera que tal consubstancia uma vulnerabilidade absoluta que não se confunde com a vulnerabilidade subjacente à alínea c), que é relativa, o que significa que a “especial vulnerabilidade” em que se encontra a vítima pode ser aproveitada por qualquer pessoa, configurando a alínea d) um crime comum (CARVALHO; 2012, pp. 680 e 681).

O n.º 2 também não está isento de críticas. Em relação ao bem jurídico, não parecem restar dúvidas de que se encontra aqui em causa a liberdade e a autodeterminação sexual. O problema, no nosso entendimento, reporta-se à manutenção do critério cumulativo, uma vez que a utilização dos meios previstos no n.º 2 devia, por si só, ser suficiente para justificar a punição. Este argumento pode ser rebatido em relação, por exemplo, à alínea a), uma vez que o agente que atue por meio de violência ou ameaça grave, sem que o faça profissionalmente ou com intenção lucrativa, poderá ser, eventualmente, punido pelo crime de ameaça (artigo 153.º do CP) ou de coação (artigo 154.º do CP). O mesmo não sucede com a alínea b). O autor que pratique a conduta descrita no n.º 1, empregando os meios previstos na alínea b), sem que se verifique o carácter profissional da sua conduta ou a intenção lucrativa, será punido à luz de que crime? Revela-se deveras complexo subsumir tal conduta a um tipo legal previsto no CP e revela-se inaceitável que quem aja deste modo, sem que o faça profissionalmente ou com intenção lucrativa, não seja alvo de punição.

PEDRO SOARES DE ALBERGARIA e PEDRO MENDES DE LIMA também tecem algumas críticas ao n.º 2, entre as quais o facto de o legislador ter previsto a mesma moldura penal para as condutas típicas previstas no artigo 169.º, n.º 2, não atendendo à diversa gravidade das mesmas. Os autores alertam ainda para a questão da prostituição forçada não poder ser considerada como prostituição propriamente dita, visto que o termo prostituição exige o encontro de vontades entre o prestador e o fruidor do serviço sexual. Exigem, assim, a sinalagmaticidade das prestações (ALBERGARIA e Lima; 2012, p. 206).

Cap. X - Lenocínio de menores:

O crime de lenocínio de menores apresenta algumas diferenças em relação ao crime de lenocínio previsto no artigo 169.º do CP. Relativamente ao tipo objetivo de ilícito do artigo 175.º do CP não se exige, ao contrário do que sucede com o artigo 169.º, que aquele que fomenta, favorece ou facilita o exercício de prostituição de menor atue profissionalmente ou com intenção lucrativa. Essa circunstância funciona, no âmbito do crime de lenocínio de menores, como agravante qualificativa (alínea d) do n.º 2 do artigo 175.º do CP). Esta opção do legislador mostra-se, no nosso entender, acertada, pois visa-se proteger o “livre desenvolvimento da personalidade do menor na esfera sexual, criando as condições para que esse desenvolvimento se processe de uma forma adequada e sem perturbações” (ANTUNES; 2012, p. 873), o que nos leva a questionar se se pode afirmar que o bem jurídico aqui em causa é a liberdade sexual do menor ou se será unicamente a autodeterminação do menor (como aliás consta da epígrafe da secção II do capítulo V do título I, Parte Especial do CP). INÊS FERREIRA LEITE defende que, “insistir na afirmação dogmática de que as crianças não dispõem de qualquer liberdade sexual não promove a sua proteção enquanto seres individuais e autónomos ante os abusos perpetrados pelos adultos” (LEITE; 2011, p. 38). Na sua perspetiva, o bem jurídico tutelado no âmbito dos crimes sexuais contra menores, nos quais se insere o tipo legal do artigo 175.º do CP, é a liberdade sexual. FERREIRA LEITE vai ainda mais longe afirmando que deve ser reconhecida a mesma liberdade sexual aos menores de 14 anos face à que é reconhecida aos maiores de 14 anos; isto porque o contrário constituiria uma limitação desnecessária à liberdade sexual dos menores, que não se verifica em relação às restantes liberdades (LEITE; 2011, pp. 44 e 45). O que se procura proteger “com a tutela da liberdade sexual das crianças é que este processo decorra de forma natural, sem pressas ou sobressaltos e, essencialmente, sem influências perturbadoras ou traumatizantes para o menor” (LEITE; 2011, p. 47). Segundo esta autora, equiparar os contactos sexuais desejados pelo menor aos que são obtidos, apesar da vontade deste, através da intimidação, engano e imaturidade “apenas conduz a uma tendencial irrelevância - com conseqüente desrespeito - pela vontade do menor” (LEITE; 2011, p. 51).

ANA RITA ALFAIATE entende que o bem jurídico protegido pelos crimes sexuais contra menores “deve considerar-se uma concretização do bem jurídico liberdade

sexual em sentido amplo” (ALFAIATE; 2009, p. 89), sendo que no âmbito do crime de lenocínio de menores emerge um outro, de caráter supra individual, a proteção da infância e da juventude (ALFAIATE; 2009, p. 97). Isto porque este crime foi concebido independentemente da valorização que o menor faça relativamente à ofensa (ALFAIATE; 2009, p. 98), ou seja, tal bem jurídico não está na disponibilidade deste. Contudo, a mesma autora alerta para o facto de não se poder olvidar a liberdade sexual do menor na sua vertente positiva, o que faz com que o consentimento livre de um menor com mais de dezasseis anos afaste a ilicitude da conduta. Se tiver menos de dezasseis anos, o bem jurídico já não está na sua disponibilidade, logo, o menor nunca pode consentir na sua ofensa (ALFAIATE; 2009, pp. 107 e 108). Para a autora, só assim será possível estabelecer um equilíbrio entre o que se pretende proteger (promoção da infância e da juventude) e a liberdade sexual que se deve promover.

CONCEIÇÃO CUNHA refere que se estabeleceu uma gradação relativamente à capacidade dos menores para consentir na prática de atos sexuais. Assim, abaixo dos 14 anos existe uma presunção absoluta de incapacidade do menor para consentir. Por seu turno, nas idades compreendidas entre os 14 e os 18 anos, tal incapacidade é meramente relativa apesar de nos crimes dos artigos 174.º, **175.º**⁷² e 176.º a proteção ser absoluta, pois estamos perante comportamentos particularmente gravosos e que interferem no livre desenvolvimento da personalidade da criança ou do jovem (CUNHA; 2016, pp. 150 e 151). A autora questiona se, no caso de jovens com 12 e 13 anos, que não têm capacidade para consentir, a capacidade para dissentir surgirá antes da capacidade para consentir, ou seja, se a capacidade para dizer “não” antecede a capacidade para dizer “sim.” Na sua ótica, nestes casos em que os menores não têm capacidade para consentir, “o seu dissentimento deveria agravar a responsabilidade do agente” (CUNHA; 2016, p. 154). Inclina-mo-nos para esta posição reconhecendo a liberdade do menor com idade igual ou inferior a 14 anos para dissentir, mas não para consentir. Aliás, como alude FIGUEIREDO DIAS, condutas de natureza sexual levadas a cabo mesmo sem coação podem “prejudicar gravemente o livre desenvolvimento da sua personalidade, em particular na esfera sexual” (DIAS; 2012, p. 834). Concluimos que o bem jurídico tutelado será a autodeterminação sexual e não a liberdade sexual, já que essa liberdade unicamente existe na sua vertente negativa. No que concerne aos jovens com idades

⁷² Negrito nosso.

compreendidas entre os 14 e os 18 anos, a liberdade sexual na sua vertente positiva não deve ser totalmente negada, com exceção dos casos subsumíveis aos artigos 174.º, 175.º e 176.º. Nos restantes casos, o jovem com idade compreendida entre os 14 e os 18 anos pode consentir num relacionamento sexual, pressupondo-se o consentimento livre, exceto em casos nos quais existam relações de domínio, como sucede no âmbito dos artigos 172.º e 173.º do CP (CUNHA; 2016, p. 151). No que toca ao crime de lenocínio de menores, essa vertente positiva da liberdade sexual inexistente nos mesmos termos que inexistente para qualquer menor com 14 anos ou idade inferior. Entramos aqui num campo particularmente perigoso em que se alicia o menor com promessas monetárias, colocando em causa o seu desenvolvimento sexual, verdadeiro bem jurídico dos crimes sexuais contra menores. Nestas situações, o consentimento do menor não releva, pois, tendo em conta a atividade em causa e o aliciamento de quem fomenta, favorece ou facilita a prática de prostituição por menor, a vontade deste nunca poderá ser considerada livre, logo, a liberdade sexual aqui existente é tão-só na vertente negativa (CUNHA; 2016, pp. 150 e 151).

Cap. XI - Direito e Moral:

A questão Direito/Moral já foi abordada na presente dissertação, se bem que de modo disperso. Assim, resolvemos dedicar-lhe uma breve reflexão, mas sem nos alongarmos, pois não constitui tema central da nossa dissertação.

Direito e Moral devem gozar, entre si, de autonomia, de forma que o Direito não esteja vinculado e não seja determinado por esta. Contudo, é inegável que ambas as ordens normativas partilham pontos em comum.

BAPTISTA MACHADO enumera os critérios do mínimo ético, da heteronomia e coercibilidade e o da exterioridade para os distinguir. Em relação ao primeiro, o Direito deve limitar-se a impor as regras morais básicas como forma de garantir a paz, a liberdade e a justiça. No que toca ao segundo, o Direito impõe uma vinculação heterónoma e não uma simples vinculação autónoma assente na consciência individual. No que concerne ao terceiro critério, o Direito parte do lado exterior da conduta. Por sua vez, a Moral exige uma atitude interior do agente de adesão à norma. Em relação a este critério, MACHADO não deixa de alertar para o facto de o Direito, nomeadamente o Direito Penal, se preocupar com a atitude e a personalidade do agente (MACHADO; 2011, pp. 59 e 60). É verdade que o Direito intervém apenas quando a atitude interna da consciência do agente se traduz numa ação ou omissão que põe em causa bens jurídicos essenciais. Todavia, essa atitude interior releva para a determinação concreta da pena, consoante o grau de culpa do agente.

Em relação à conduta descrita no tipo legal previsto no artigo 169.º, n.º 1 do CP, estamos perante um ato amoral e ilícito. Ilícito não porque é amoral, mas porque consubstancia um enriquecimento ilícito, uma exploração económica que não se coaduna com os valores de um Estado de Direito e que põe em causa a dignidade e a liberdade sexual de quem se prostitui. E é precisamente a limitação desse bem jurídico que legitima a intervenção do Direito, cuja função primordial é a tutela de bens jurídicos de carácter essencial.

Assim, conclui-se que Direito e Moral não constituem realidades antagónicas, tão-só autónomas. Efetivamente, a maioria dos autores acaba por admitir que há uma conexão entre ambas.⁷³ HART chega mesmo a afirmar que o Direito é influenciado pela Moral (HART; 2007, pp. 201 e 220).

⁷³ Cf. CUNHA; 1995, p. 149; HART; 2007, p. 201; MACHADO; 2011, p. 61; NATSCHERADETZ; 1985, p. 65; PEREIRA; 1996, p. 42.

Conclusão

Após uma longa reflexão acerca desta complexa temática, na qual analisámos e sopesámos as várias posições sobre a mesma, chegou a altura de expormos a nossa. As estatísticas e os estudos científicos demonstram, inequivocamente, que a conduta descrita no tipo legal do artigo 169.º, n.º 1 desenrola-se, na maioria das vezes, em ambientes envoltos em violência e exploração, aproveitando-se o agente da vulnerabilidade da(o) prostituta(o) para obter, à sua custa, ganhos ilegítimos. Assim, a atual redação, na nossa opinião, não padece de qualquer ilicitude, nem se revela contrária aos valores constitucionais. Não deixamos, contudo, de considerar as críticas que parte da doutrina e da jurisprudência tecem quanto a esta disposição legal que, admitimos, não deixa de ser dotada de alguma ambiguidade, nomeadamente quanto à questão do bem jurídico que visa tutelar, rejeitando, contudo, a hipótese da mesma ser inconstitucional.

Não somos indiferentes à enorme polémica que se tem gerado em torno do preceito legal em causa. Importa, portanto, recordar as sugestões que apresentámos no presente trabalho.

Aquela que, no nosso entender, se afigura capaz de gerar maior consenso, procurando harmonizar as opiniões divergentes, é a de acrescentar a expressão “vulnerabilidade” à disposição legal em causa. Desta forma, seria inegável que o bem jurídico protegido seria a liberdade sexual, cessando a infundável controvérsia em torno desta questão. Outra vantagem que o aditamento desta expressão comportaria seria o facto de se revelar mais ampla do que a que constava antes da revisão de 1998, pois incluiria, não apenas as situações de abandono e necessidade económica, mas também as componentes afetiva, social, familiar e psicológica, reduzindo as dificuldades probatórias que se faziam sentir neste âmbito.

A outra sugestão passa por qualificar o crime previsto no artigo 169.º, n.º 1 do CP como um crime de perigo abstrato, deixando a atual redação incólume. Todavia, segundo alguma doutrina e jurisprudência, esta sugestão apenas faria com que a polémica acerca do bem jurídico subsistisse. Baseando-nos no acórdão do STJ de 05/09/2007, pugnaríamos pela defesa do bem jurídico dignidade humana, fundado na vertente sexual, dado que a conduta descrita não se coaduna com a dignidade da pessoa, pois consubstancia uma exploração, um ato contrário aos princípios pelos quais se rege um Estado de Direito como o nosso. Alguma doutrina argumenta que se trata de um bem

jurídico cujo conteúdo se apresenta difícil de precisar, estando presente em todos os preceitos legais. Rebatemos esta crítica defendendo que esse bem jurídico deve ser ponderado “na vertente da dignidade ínsita à auto expressividade sexual” como forma de impedir a mercantilização e a redução da pessoa a “mero instrumento de prestação sexual”.⁷⁴

Por último, uma palavra para as vítimas. O Estado não pode manter uma postura passiva e inerte quanto aos indivíduos que fazem da prostituição o seu modo de vida. Exige-se que o Estado tome medidas para garantir a segurança e prevenir situações de redes de tráfico e exploração sexual. Não representa uma surpresa que a maioria dos que se dedicam a esta atividade não recorram às instâncias de controlo devido à pressão que lhes é constantemente imposta. Exige-se, então, que o Estado, na sua componente de Estado Social, intervenha e assuma um papel ativo na luta contra esta infame forma de exploração.

⁷⁴ Cf. ac. do STJ de 05/09/2007, proc. n.º 07P1125, p. 24.

Bibliografia

ALBERGARIA, Pedro Soares de; LIMA, Pedro Mendes de - “O Crime de Lenocínio Entre o Moralismo e o Paternalismo Jurídicos” in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra Editora, abril-junho, n.º 2, 2012, pp. 201-260.

ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de – “Anotação ao artigo 169.º”, in *Comentário do Código Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.ª ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.

ALFAIATE, Ana Rita - *A Relevância Penal da Sexualidade dos Menores*, Tese de Mestrado, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, ISBN: 978-972-32-1730-8.

ALMEIDA, Carlota Pizarro de - “O Crime de Lenocínio no Artigo 170.º, n.º 1 do Código Penal - Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 144/04” in *Jurisprudência Constitucional*, julho/setembro, 2005, pp. 21-35.

ANTUNES, Maria João - “Anotação ao art. 175.º” in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, (dirigido por Jorge de Figueiredo Dias), Tomo I, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 871-877.

ALVES, Sénio Manuel dos Reis - *Crimes Sexuais. Notas e Comentários aos artigos 163º a 179º do Código Penal*, Coimbra: Almedina, 1995.

CARVALHO, Américo Taipa de - “Comentário ao art. 160.º”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial* (dirigido por Jorge de Figueiredo Dias), Tomo I, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 676-692.

CARVALHO, Américo Taipa de – *Direito Penal, Parte Geral – Questões Fundamentais, Teoria Geral do Crime*, 3.ª ed., Universidade Católica Editora. Porto, 2016, ISBN: 978-989-8835-09-3.

COSTA, José Francisco de Faria Costa - *O Perigo em Direito Penal (contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas)*, tese de doutoramento, Coimbra Editora, 1992, ISBN: 972-32-0461-4.

COSTA, José Martins Barra da – “O Crime de Lenocínio. Harmonizar o Direito, Compatibilizar a Prostituição” in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 12, n.º 3, 2002, pp. 411-455.

COSTA, José Martins Barra da; ALVES, Lurdes Barata – *Prostituição 2001 – O Masculino e o Feminino de Rua*, edições Colibri, 2001, ISBN: 972-772-229-6.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da - «*Constituição e Crime*», *Uma Perspetiva da Criminalização e da Descriminalização in Coleção Estudos e Monografias*, Porto, Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995, ISBN: 972-8069-06-5.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da “Do dissentimento à falta de capacidade para consentir” in *Combate à Violência de Género – Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, (coordenação de Maria da Conceição Ferreira da Cunha), Porto, Universidade Católica Editora, 2016; ISBN: 978-989-8835-01-7 pp. 129-166.

DIAS, Jorge de Figueiredo – “Anotação ao art. 163.º” in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial* (Dirigido por Jorge de Figueiredo Dias), *Tomo I*, 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 714-742.

DIAS, Jorge de Figueiredo – “Anotação ao art. 171.º” in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial* (Dirigido por Jorge de Figueiredo Dias), *Tomo I*, 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 832-845.

DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal – Parte Geral – Questões Fundamentais – A Doutrina Geral do Crime, Tomo I*, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2011, ISBN: 972-321287-0.

DUARTE, Jorge Dias - “Crime de Lenocínio: Unidade ou Pluralidade de Infrações”, in *sub-judice (justiça e sociedade)*, 2003, pp. 31-35.

GARCIA, Miguel Miguez – *O Direito Penal – Passo a Passo, elementos da Parte Especial, 1.º vol. Com os Crimes Contra as Pessoas*, Edições Almedina, S.A., 2011, ISBN: 978-972-40-4672-3.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia – *Código Penal Português Anotado*, Edições Almedina, SA, 2007.

HART, Herbert Lionel Adolphus – “The Concept of Law” (Tradução de A. Ribeiro de Mendes), 5.ª ed. Lisboa, 2007, ISBN: 978-972-31-0692-3.

LEAL-HENRIQUES, Manuel de Oliveira; SANTOS, Manuel José Carrilho de Simas – “Anotação ao Artigo 170.º”, in *Código Penal Anotado*, II Volume, 3.ª ed. Lisboa Editor Rei dos Livros, 2000, ISBN: 972-51-0876-0.

LEITE, Inês Ferreira – “A Tutela Penal da Liberdade Sexual” in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Diretor: Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, grupo Wolters Kulwer, ano 21, n.º 1, janeiro-março 2011, pp. 29-94.

LOPES, José Mouraz; MILHEIRO, Tiago Caiado – *Crimes Sexuais – Análise Substantiva e Processual*, 1.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2015, ISBN: 978-972-32-2359-0.

MACHADO, João Baptista - *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Edições Almedina. SA, 2011, ISBN: 978-972-40-0471-6.

MANITA, Celina; OLIVEIRA, Alexandra, «*Violência e Vítimas de Crimes*», Vol. 1 – *Adultos*, (Coords. Carla Machado e Rui Abrunhosa), Coimbra, Quarteto Editora, 2003, ISBN: 972-8717-20-2; pp. 215-236.

MALAFIA, Joaquim - “A inconstitucionalidade do n.º 1 do artigo 169.º no Código Penal” in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra Editora, ano 19, n.º 1, janeiro-março, trimestral, 2009, ISSN: 0871-8563, pp. 39-57.

NATSCHERADETZ, Karl Prelhaz - *O Direito Penal Sexual: Conteúdo e Limites*, Coimbra, Livraria Almedina, 1985.

PACHECO, Beatriz – *O Crime de Atos Sexuais com Adolescentes: Reflexões Críticas em Torno do Conceito de Abuso da Inexperiência da Vítima*, Dissertação de Mestrado, Porto, Universidade Católica Portuguesa, 2012.

PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz - “Direito Penal e Ética Sexual” in *Direito e Justiça*, Volume XV, tomo 2, Editora Faculdade de Direito, 2001, pp. 124-143.

PEREIRA, Rui Carlos - “Liberdade Sexual – A sua tutela na reforma do Código Penal” in *Sub Judice, justiça e sociedade*, n.º 11, janeiro/junho, trimestral, 1996, ISSN: 0872-2137, pp. 41-48.

RAPOSO, Vera Lúcio – “Da moralidade à liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual” – in *Liber Discipulorum* para Figueiredo Dias (organizado por Manuel da Costa Andrade), Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 931-962.

RODRIGUES, Almiro Simões - “Prostituição – Que conceito? - Que realidade?” in *Revista Infância e Juventude, Revista da Direção Geral dos Serviços Tutelares de Menores*, n.º 2, Lisboa, 1984, pp. 7-33.

RODRIGUES, Anabela Miranda - Anotação ao art. 169.º” in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial* (Dirigido por Jorge de Figueiredo Dias), Tomo I, 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 796-815.

SILVA, António de Morais – *Novo Dicionário Compacto da Língua Portuguesa*, Volume III (F a Monacanto), 10.ª ed. Editorial Confluência, Lda./ Livros Horizonte, Lda., 1980.

SILVA, Germano Marques da – «*Direito Penal Português*». *Teoria do Crime*, Lisboa: Universidade Católica Portuguesa Editora, 2012, ISBN: 978-972-54-0364-8.

TORRÃO, Fernando – “A Propósito do Bem Jurídico Protegido nos Crimes Sexuais (Mudança de paradigma no novo Código Penal)” in *Boletim da Faculdade de Direito*, Volume LXXI, 1995, pp. 545-569.

Jurisprudência

Acórdãos do TC:

Acórdão do TC n.º 144/04 de 10 de março de 2004, processo n.º 566/03 disponível em <http://www.pgdlisboa.pt>.

Acórdão do TC n.º 196/04 de 23 de março de 2004, processo n.º 130/04 disponível em <http://www.pgdlisboa.pt>.

Acórdão do TC n.º 303/04 de 5 de maio de 2004, processo n.º 922/03 disponível em <http://www.pgdlisboa.pt>.

Acórdão do TC n.º 396/07 de 10 de julho de 2007, processo n.º 33/07 disponível em <http://www.pgdlisboa.pt>.

Acórdão do TC n.º 654/11 de 21 de dezembro de 2011, processo n.º 62/11 disponível em <http://www.pgdlisboa.pt>.

Acórdão do TC n.º 641/16 de 21 de novembro de 2016, processo n.º 401/16 disponível em <http://www.pglisboa.pt>.

Acórdãos do TRC:

Acórdão do TRC de 12/04/2011, processo n.º 16/10.9ZRCBR-A.C1, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

Acórdão do TRC de 10/07/2013, processo n.º 61/10.4TAACN.C1, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

Acórdão do TRC de 23/10/2013, processo n.º 24/12.5PEFIG.C1, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

Acórdãos do TRL:

Acórdão do TRL de 19/01/2016 processo n.º 5964/11.6T3SNT.L1-5, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

Acórdãos do TRP:

Acórdão do TRP de 08/02/2017, processo n.º 404/13.9TAFLG.P1, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

Acórdão do TRP de 11/04/2012, processo n.º 8/06.2GAAMT.P1, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

Acórdão do TRP de 28/03/2012, processo n.º 86/08.0GBOVR.P1, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

Acórdãos do STJ:

Acórdão do STJ de 07/11/1990, processo n.º 041168, n.º convencional JSTJ00005453, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

Acórdão do STJ de 05/09/2007, processo n.º 07P1125, n.º convencional JSTJ000, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

Legislação

Legislação nacional:

- Constituição da República Portuguesa aprovada em 2 de abril de 1976.
- Diário da Assembleia da República, I Série, número 48, de 13 de março, de 1998.
- DL de 10 de dezembro de 1852 que aprova o Código Penal.
- DL de 16 de setembro de 1886 que aprova o Código Penal.
- DL n.º 400/82 de 23 de setembro que aprova o Código Penal.
- DL n.º 48/95 de 15 de março que altera o Código Penal.
- Lei n.º 68/98 de 2 de setembro que altera o Código Penal.
- Lei n.º 98/2001 de 25 de agosto que altera o Código Penal.
- Lei n.º 59/2007 de 4 de setembro que altera o Código Penal.
- Lei n.º 32/2006 de 26 de julho.

Legislação estrangeira:

- Convenção para a Supressão do Tráfico de Pessoas e de Exploração de Outrem (ratificada por Portugal em 1991).