



**UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
FACULDADE DE DIREITO**

DANILO HUDSON CARVALHO DE CASTRO

**A INCOMPATIBILIDADE DO ARTIGO 229 DO CÓDIGO PENAL COM OS
PRINCÍPIOS LIMITADORES DO PODER DE PUNIR**

Salvador

2020

DANILO HUDSON CARVALHO DE CASTRO

**A INCOMPATIBILIDADE DO ARTIGO 229 DO CÓDIGO PENAL COM OS
PRINCÍPIOS LIMITADORES DO PODER DE PUNIR**

Artigo apresentado como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito pela
Universidade Católica do Salvador.

Orientador: Prof. Caio Mateus C. Rangel

Salvador

2020

A INCOMPATIBILIDADE DO ARTIGO 229 DO CÓDIGO PENAL COM OS PRINCÍPIOS LIMITADORES DO PODER DE PUNIR

Danilo Hudson Carvalho de Castro ¹ *

Caio Mateus Caires Rangel ² **

Resumo: O presente artigo almeja demonstrar que, por intermédio de mudanças sociais, políticas, legislativas, econômicas (dentre outras), não há mais magnitude para sustentar ultrapassados crimes ainda vigentes no Código Penal. Fazendo o uso dos Princípios Limitadores do Poder de Punir, vislumbra-se argutamente uma posição que sufraga e impulsiona a tese de que àqueles são incompatíveis com o artigo 229, do CP, cerne do estudo, restando-se claro que ainda permanece o paternalismo e a moral tradicional do Estado. Para mais, o trabalho ainda apresenta, a título de curiosidade e conhecimento, jurisprudências, projetos legislativos, contextualização histórica, e uma análise social e jurídica que convergem para a descriminalização da conduta e do possível crescimento da classe Profissionais do Sexo.

Palavras-chave: Princípios limitadores do poder de punir. Paternalismo do Estado. Bem jurídico. Evolução. Incompatibilidade. Benesses à classe Profissionais do Sexo.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO 2. CONTEXTO HISTÓRICO 2.1 PROSTITUIÇÃO E OS COSTUMES EM 1940 2.2 RECONHECIMENTO DA PROSTITUIÇÃO COMO TRABALHO NO BRASIL 3. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL 3.1 COMPREENSÃO DO TERMO DIGNIDADE SEXUAL, AUTONOMIA DA VONTADE E A DISPONIBILIDADE DO BEM JURÍDICO 3.2 ARTIGO 229 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO 3.2.1 Bem jurídico tutelado: moral ou dignidade sexual 4. A INCOMPATIBILIDADE DO ARTIGO 229 DO CÓDIGO PENAL COM OS PRINCÍPIOS LIMITADORES DO PODER DE PUNIR 4.1 PRINCÍPIOS LIMITADORES DO PODER DE PUNIR DO ESTADO 4.1.1 Princípio da intervenção

¹ Graduando no curso de Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSal), danilo-hudson@hotmail.com.

² Graduado em Direito pela Universidade Católica do Salvador. Pós graduado em Ciências Criminais pela Juspodivm. Palestrate. Advogado criminalista. Professor na graduação e pós graduação de: Direito penal, Direito processual penal, Prática penal e Legislação penal extravagante. (ESTÁCIO/FIB, CEJAS, UCSAL, UNIFACS). E-mail: caiorangeldireitopenal@hotmail.com

mínima 4.1.2 Princípio da adequação social 4.2 (A)TIPICIDADE MATERIAL 4.2.1 Teoria conglobante 4.3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL 4.4 PROJETO DO NOVO CÓDIGO PENAL 4.5 EXPLORAÇÃO SEXUAL 4.6 IMPACTOS JURÍDICOS NO CAMPO DO DIREITO DO TRABALHO 5. CONCLUSÃO REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. INTRODUÇÃO

O vertente trabalho almeja, através de uma análise minuciosa de cada tópico, demonstrar a incompatibilidade do Artigo 229 do Código Penal, com os Princípios limitadores do poder de punir.

É imprescindível, de início, dissertar acerca do contexto histórico sob qual a tese *sub examine* está inserida. É este o alvo do primeiro capítulo deste artigo, que mostra a constante evolução histórico cultural que a sociedade brasileira sofreu desde a Década de 1940. A mudança ora mencionada perpassa através da cultura e dos costumes, até o rompimento de tradições construídas pela moral conservadora e pela religião, tendo como consequências importantes mudanças no campo jurídico.

O capítulo seguinte irá tratar sob as nuances Código Penal, mais precisamente nas entrelinhas do Título VI, o qual trata do bem jurídico a “dignidade sexual”. Neste capítulo será possível observar e compreender a respeito da expressão “dignidade sexual”, bem como a disponibilidade do referido bem jurídico. Para mais, será analisada também a real ofensa do crime do Artigo 229 do CP, uma vez que há uma linha de entendimento que defende que tal crime gira em função do tradicionalismo e para tanto o bem jurídico tutelado seria a “moral”.

Passada as considerações basilares, o último capítulo trará à baila o cerne deste artigo. Tratará acerca dos Princípios limitadores do poder de punir (Princípio da intervenção mínima e Princípio da adequação social) e sua incompatibilidade com Artigo 229, do CP.

Ainda no tópico supracitado, será tecido comentário sobre a atipicidade material e será realizada uma análise jurisprudencial sucinta, buscando apenas demonstrar que já há precedentes que compreendem a desnecessidade deste artigo no ordenamento jurídico a luz da evolução histórica e da atual realidade fática.

Por fim, serão abordados projetos legislativos que tendem a sufragar o tema, como o Novo Projeto do Código Penal e a Lei Gabriela Leite. Além disso, discutirá o termo “exploração sexual”, explicando suas nuances, e será também apresentado que, caso o delito e toda a problemática debatida seja condizente e um dia realidade, haverá impactos em outros campos do direito. Entretanto, apesar de diversos avanços e debates, vai ser possível observar

que ainda deverão ser feitas diversas alterações e acréscimos em nosso ordenamento jurídico para regular a questão.

2. CONTEXTO HISTÓRICO

Almejando uma melhor compreensão, no que tange à temática que será abordada, julga-se imprescindível trilhar o contexto histórico para definir diretrizes, bem como constatar o alicerce para licitude do artigo 229, do Código Penal, no ano de 1940.

De mais a mais, vislumbra-se ainda a necessidade de demonstrar as mudanças sociais ocorridas desde a época de criação do Códex, para que posteriormente, seguindo tal linha de raciocínio, possa ser rompido tais paradigmas e perceber que, atualmente, não há mais fundamentação jurídica e factícia para consubstancializar o delito ora citado, capitulado no artigo 229, do CP.

2.1 PROSTITUIÇÃO E OS COSTUMES EM 1940

A prostituição, atividade que ganhou diversos contextos e julgamentos morais, é considerada profissão mais antiga do mundo, e seria possivelmente desse fato que decorreria sua íngreme valorização. Historicamente, o que fez essas profissionais ganharem esse contorno de pecado fora o cristianismo, e, ainda assim, esse fato não acabou com as casas de prostituição.

No ano de 1358, no Conselho de Veneza fora emitido um decreto caracterizando e condecorando a atividade como absolutamente indispensável ao mundo (NUNES, 2019).

Os famosos bordéis transformavam-se em rotas de fuga de uma sociedade que muito laborava e, conseqüentemente, tinham diversas limitações sexuais. Nesses ambientes, além das várias formas de lazer, ocasionalmente, ocorriam também reuniões pela elite política, a qual era atraída pelo bom som e a companhia de belas mulheres.

A historiadora e autora, Luzia Margareth Rago, narra que no final do século XIX e início do século XX, a prostituição começou a se incorporar ainda mais na sociedade brasileira. Foram construídos grandes bordéis e zonas de meretrício, os quais eram frequentados por vários homens de diferentes classes sociais. Todo este contexto fez com que o Brasil passasse a ser visto como um mercado para este tipo de atividade sexual, de forma que, diversas prostitutas de muitas nacionalidades, comesçassem a desembarcar nos portos brasileiros (RAGO, 2008).

As prostitutas então representavam, assim como tinham, características de independência, poder e liberdade, que, paralelamente, impactavam os laços sociais tradicionais.

Neste diapasão, a também historiadora e autora Beatriz Kushnir, menciona em uma das suas grandiosas obras, que se iniciaram os primeiros movimentos/campanhas contrárias à prostituição e aos ambientes que acolhiam tais práticas. Toda a imprensa ficou voltada e articulada para atacar a referida atividade sexual, originando as primeiras teses jurídicas e médicas (consideravam a prostituição como uma doença social, moral e física) para normalizar a questão, uma vez que a moral tradicional estava em jogo (KUSHNIR, 1996).

Neste período histórico, em meio a Ditadura Vargas, nasce o atual Código Penal Brasileiro, o qual tinha um “título” próprio para criminalizar os fatos que ofendiam o bem jurídico “costume” (alterado em 2009 para: “Dos crimes contra a dignidade sexual”). Para tanto, todas as práticas e locais que tangenciavam a prostituição foram considerados crimes, o que fez tornar ainda mais uma conduta reprovável à época.

Noutro giro, sob uma análise jurídica, para justificar a criminalização de algumas condutas tipificadas no antigo “Título IV – Dos crimes contra o costume”, basta compreender o pensamento do ilustríssimo doutrinador Miguel Reale. Este, por sua vez, propõe, com clareza solar, que para se entender a incidência da norma (mundo fático) no caso concreto (mundo real), é necessária uma visão global que se baseia em três pontos. Análise do fato à luz do valor que lhe era atribuído pela sociedade em determinado tempo e das normas positivadas pelos legisladores da época (REALE, 1994).

Por conseguinte, tal como ocorria na década de 40, atualmente ainda se tem reflexos do preconceito e repúdio à atividade da prostituição, e muito deve-se ao fato de perdurar a moral tradicional e conservadora, bem como o paternalismo do Estado que será enfrentado posteriormente neste artigo. Entretanto, adianta-se que desde sempre a criminalização de estabelecimento que ocorra a atividade de prostituição, bem como a perseguição a este tipo de estabelecimento, trata-se de uma questão, reiteradamente, moral e costumeira, as quais não se enquadram como bem jurídicos tutelados pelo Código Penal.

2.2 RECONHECIMENTO DA PROSTITUIÇÃO COMO TRABALHO NO BRASIL

Estudiosos concretizam o posicionamento de que há três sistemas legais acerca da prostituição, sendo eles: o abolicionismo; o regulamentarismo; e o proibicionismo (SILVA, 2008).

No Brasil, é adotado o sistema abolicionista, o qual apresenta a óptica de que a prostituta(o) é uma vítima, que exerce a atividade em decorrência da coação de um terceiro, “explorador”. Dessa forma, a legislação abolicionista não entende como sujeito de um delito a profissional do sexo, mas sim o dono ou gerente da casa de prostituição. Além disso, ressalta-se que este é o sistema que permanece desde 1942, ano que entrou em vigência o atual e, em parte, ultrapassado Código Penal (SILVA, 2008).

Defronte ao contexto explanado, não há ilegalidade na atividade de profissional do sexo. Paralelo a esse entendimento, o Estado brasileiro reconhece desde o ano de 2002 a profissão de prostituta.

Nesse meio, o então Ministério do Trabalho, oficializou a profissão em sua Classificação Brasileira de Ocupações (CBO), definindo quem a pratica como sendo a profissional do sexo, garota de programa, garoto de programa, meretriz, messalina, michê, mulher da vida, prostituta e trabalhador do sexo. Observa-se a seguir o disposto no título 5198, da CBO/MTE:

O CBO 5198: Profissionais do sexo reconhece a profissão de prostituta:

Títulos

5198-05 – Profissional do sexo

Garota de programa, Garoto de programa, Meretriz, Messalina, Michê, Mulher da vida, Prostituta, Trabalhador do sexo.

Descrição Sumária

Buscam programas sexuais; atendem e acompanham clientes; participam em ações educativas no campo da sexualidade. As atividades são exercidas seguindo normas e procedimentos que minimizam a vulnerabilidades da profissão.

Atualmente, apesar de reconhecida, como demonstrado acima, a profissão ainda apresenta contornos negativos que a faz ser vistas tendenciosamente. Há previsão de alterações ao Código Penal, alterações decorrentes do novo projeto que está sob análise no Congresso Nacional, bem como existe o Projeto de Lei 4.211/2012, elaborado pelo ex Deputado Federal Jean Wyllys, projeto este que se tornou popularmente conhecido como Lei Gabriela Leite, que tinha como objetivo regulamentar a atividade de profissionais do sexo, e seus contornos. Este projeto e sua importância social será debatido em momento oportuno, mais adiante.

3. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

Cumpra-se primeiramente apresentar o fato de que a nomenclatura “Dos crimes contra a dignidade sexual” foi introduzida pela modificação ocasionada através da Lei 12.015/2009. Atualmente, adequando-se a “nova forma de pensar” da sociedade, não se tinha mais consistência na denominação “Crimes contra costumes”, uma vez que o recato e a moralidade, concernente à sexualidade, sofreram enormes e necessários avanços desde a criação do Código Penal.

Em decorrência das alterações realizadas na sociedade pós-moderna surgiram novos e graves pontos, os quais merecem uma observação. Não há mais espaço para o legislador preocupar-se com a virgindade das mulheres, como ocorria em 1940. Hoje em dia, existem outros desafios a serem superados, como por exemplo a exploração sexual de crianças e adolescentes, vítimas da sociedade putrificada.

3.1 COMPREENSÃO DO TERMO DIGNIDADE SEXUAL, AUTONOMIA DA VONTADE E A DISPONIBILIDADE DO BEM JURÍDICO

Tecnicamente, é necessária a decomposição da expressão dignidade sexual. “Dignidade”, segundo o dicionário, seria uma característica ou particularidade de quem é digno, um atributo moral que incita respeito, uma ação de respeitar os próprios valores. Por sua vez, “sexual” refere-se ao sexo, o qual é a reunião de características distintivas que diferenciam o sistema reprodutor, por extensão, popularmente, sexo também pode ser compreendido como ação ou prática sexual. Assim sendo, a expressão “dignidade sexual” poderia ser definida como um respeito a moral/nobreza da intimidade sexual inerente a cada ser (DÍCIONÁRIO DE LÍNGUA PORTUGUESA - DICIO, 2020).

O ilustríssimo doutrinador Guilherme Nucci aponta que o princípio basilar do ordenamento jurídico brasileiro é o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual representa o sentimento de respeitabilidade e autoestima do ser humano. O Doutrinador afirma que a dignidade sexual se liga à sexualidade humana. Noutras palavras, restaria ligado ao conjunto de fatos, ocorrências e aparências da vida sexual de cada um, de forma que o respeito e a autoestima estariam estendidos a intimidade sexual e à vida privada, o que permitiria ao ser humano realizar-se sexualmente, sem interferência do estado ou da sociedade (NUCCI, 2014).

De mais a mais, Guilherme Nucci ainda materializa seu posicionamento discorrendo que respeitar a dignidade sexual seria tolerar a realização da sensualidade da pessoa adulta, maior de 18 anos, sem obstáculos, desde que não haja violência ou grave ameaça a terceiros. O Autor menciona também que não se deve lastrear a dignidade sexual sob critérios moralistas, conservadores ou religiosos, enfatizando que a dignidade sexual não significa ter “bons costumes sexuais” (*Ibidem*).

Rogério Greco, outro grande doutrinador brasileiro, define a dignidade sexual como uma espécie do gênero dignidade da pessoa humana. Para tanto, o Autor utiliza-se das palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, citando que dignidade pode ser compreendida como a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração, por parte do Estado e da sociedade (SARLET *apud* GRECO, 2011).

Passada esta imprescindível e sucinta noção acerca da expressão dignidade sexual, insta dissertar sobre a disponibilidade desse bem jurídico tutelado pelo Código Penal brasileiro. Para tanto, entende-se como necessária a noção de termos essenciais para a afirmativa anterior, como o “paternalismo” e o “moralismo jurídico”.

Assim sendo, a primeira ideia a ser destrinchada é a do “paternalismo” que, em geral, é usada para representar a adoção de medida de limitação da autonomia pessoal de alguém, sob a justificativa de proteção de algum mal (CARVALHO, 2012).

Neste diapasão, o propósito da ideia supracitada é almejar algo beneficente ao sujeito, ainda que de forma coercitiva, ou seja, a intervenção para o “bem” do indivíduo mesmo que ele próprio não entenda ser o melhor para si. Dessa forma, o “paternalismo” divide-se em positivo (busca promover o bem do sujeito protegido) e negativo (o objetivo não é promover o bem, mas evitar a ocorrência de algum dano). Entretanto, o que se faz notório é a limitação da autonomia pessoal, a qual será discutida posteriormente (*Ibidem*).

Outro termo a ser trabalhado é o “moralismo jurídico”, este por sua vez pode ser traduzido como a limitação da autonomia individual por parte do Estado, sob o manto de promover uma concepção moral positiva. Contudo, a situação descrita geralmente é usada para proibir/inibir condutas consideradas como imorais, independente se os resultados dos atos causarão ou não danos a quem os realize (*Ibidem*).

Trazendo o que fora exposto em tela ao cerne do presente trabalho, quanto aos “crimes contra a dignidade sexual” (excluindo os que pressupõem de violência ou grave ameaça, ou quando há vício no consentimento) é possível concluir que o bem jurídico em questão é disponível. Dessa forma o consentimento do ofendido (titular do bem jurídico) representará e servirá como causa de exclusão de tipicidade, uma vez que a conduta do sujeito

(autor) não irá refletir o tipo penal, pois não haverá ofensa ao bem jurídico em decorrência do fato de que este foi previamente disponível pelo próprio titular.

Portanto, resta-se intrínseca a forma com que o Estado se vale do “paternalismo” e do “moralismo jurídico”, já mencionados, para limitar a autonomia individual do detentor do bem jurídico para justificar a tipicidade do delito. Há uma grande contrariedade na forma de tutela do Estado, que busca proteger a dignidade sexual, sem levar em conta a própria vontade do titular.

3.2 ARTIGO 229 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Planando pelas alterações legislativas ocorridas desde 1940, é importante frisar que o artigo 229 do Código Penal sofreu mudança em sua tipificação, através da Lei 12.015/2009, de forma que deixou de constar expressamente “manter, por conta própria ou de terceiro, casa de prostituição ou lugar destinado a encontros para fim libidinoso (...)”. Referenciando o que fora dito e buscando uma melhor explicação, atualmente, o mesmo dispositivo descreve “estabelecimento em que ocorra exploração sexual”, ou seja, manteve a essência anterior, havendo apenas uma alteração nas expressões que resultou em termos mais jurídicos para “casa de prostituição”.

É interessante trazer a bailar o ponto de vista de alguns doutrinadores sob essa alteração. Bitencourt pontua que “A grande questão passa a ser, afinal, qual o sentido que o legislador quis atribuir ao vocábulo exploração sexual, em substituição à milenar prostituição, ou, se preferirem, “casa de prostituição””. (BITENCOURT, p. 184, 2017).

Na mesma linha de entendimento, Nucci afirma que “Trocar a expressão casa de prostituição por estabelecimento em que ocorra exploração sexual não propicia nenhuma mudança real” (p. 79, 2009).

Apesar da mudança ora citada, existem vários questionamentos e receios no que tange a este tipo penal, tudo isso decorrente das mudanças sociais, que não se ajustam mais a posição conservadora e moralista do século passado.

É nesse espaço moralista que se entende perfeitamente cabível o pensamento de Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, os quais afirmam que em nenhuma circunstância a moral em sentido estrito deve ser considerada um bem jurídico (ZAFFARONI; PIERANGELI, 1997).

3.2.1 BEM JURÍDICO TUTELADO: MORAL OU DIGNIDADE SEXUAL

Analisando superficialmente a problemática, o bem jurídico protegido pelo artigo 229 do Código Penal aparenta ser a proteção da dignidade sexual do sujeito passivo, ou seja, do indivíduo que realiza a atividade de prostituição em um “estabelecimento que ocorra a exploração sexual”. Contudo, como já exposto anteriormente, ao analisar os princípios e a disponibilidade do bem jurídico em questão, pode-se afirmar que não existe lesão ao bem jurídico citado, uma vez que toda prática realizada está sendo feita de forma consensual e livre.

Nesta senda, vislumbra-se em verdade um paternalismo jurídico por parte do Estado, o qual almeja tutelar a moralidade e os bons costumes, fazendo um juízo de valor social implícito. Reitera-se que como já afirmado anteriormente, não se faz cabível considerar a moral como bem jurídico. A tutela jurídica do Direito Penal deve ser resultada de uma função social, visando garantir segurança, liberdade e garantias dos indivíduos, quando não for possível fazer através de outros ramos do Direito.

Neste contexto, Claus Roxin leciona que o bem jurídico deve ser compreendido como todos os objetos legítimos de proteção das normas. O Autor ainda afirma em sua conceituação que os bens jurídicos são oriundos de circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida com liberdade e segurança. O objetivo da tutela seria a garantia dos direitos humanos e civis essenciais para o funcionamento do Estado (ROXIN, 2009).

O Direito Penal não pode ser utilizado como matéria de barreira moral, o Estado não é o pai do indivíduo, o qual deve ter garantida sua liberdade e escolha, quando disponível. Ao analisar o artigo em questão, conclui-se que não há um bem jurídico que está sendo tutelado/protegido, não fica claro nem ao menos quem seria a vítima do “crime”, é um paralelo entre o indivíduo que exerce a atividade de prostituição (dignidade sexual deste) e a moral tradicional e conservadora da sociedade.

4. A INCOMPATIBILIDADE DO ARTIGO 229 DO CÓDIGO PENAL COM OS PRINCÍPIOS LIMITADORES DO PODER DE PUNIR

Tangenciando acerca do já debatido e estruturado até o momento, pode-se afirmar argutamente que, da forma que está tipificado o crime atualmente no Código Penal, não há concretude a respeito de qual bem jurídico tutelado pelo delito em questão, nem se há este bem jurídico lesionado/ofendido. Dessa forma, entende-se que mergulhar na tese apresentada, é compreender que não há cabimento de proteção a moralidade sexual. É um falso moralismo do legislador.

Assim, defronte ao exposto, em relação aos direitos trabalhistas (décimo terceiro, férias, adicional noturno, hora extra, entre outros), descriminalizar a atividade, seria muito além de uma descriminalização penal, seria também uma questão de moral, pois garantiria às prostitutas um maior reconhecimento/respeito profissional, e conseqüentemente poderia romper essa visão da atividade como pecado, criada pelo Cristianismo. De mais a mais, abriria as portas para um mercado de trabalho seguro, mais confortável, dentre outros privilégios que não são encontrados na rua.

Noutras palavras, é preciso sobressair às questões já citadas, de direito, moral e religião, suplantando, para tanto, formas de acolher e incentivar o mercado de trabalho da classe, proporcionando uma maior qualidade e um melhor ambiente, visto que hoje, com a criminalização das casas de prostituição, sem regulamentação e fiscalização, muitas das profissionais preferem como ambiente para trabalhar, as ruas (sem segurança, proteção, vistas com repúdio, preconceito). Além disso, sabe-se que toda uma sociedade fecha os olhos para o que é visível, as casas de prostituição existem, e infelizmente, sem incidência do Estado, não é um mercado para trabalho, mas sim para a exploração de menores, carga excessiva de trabalho, estupro, dentre outras asneiras de uma sociedade poluída.

4.1 PRINCÍPIOS LIMITADORES DO PODER DE PUNIR DO ESTADO

Ultrapassada as noções gerais trabalhadas até então, vê-se o ponto ideal para tratar acerca dos princípios basilares que gravitam ao redor dos “crimes contra a dignidade sexual”.

O Estado apresenta o poder de punir e exercer (com necessidade) as mais variadas formas de violência para intervir nas relações entre indivíduos que compõe a sociedade. O Direito Penal, apesar de ser considerada a “*ultima ratio*”, é o cerne dessa violência estatal.

É exatamente na consideração acima levantada que se notou a necessidade de limitar os poderes disponíveis ao Estado. Dessa forma, foram criados os princípios alicerces do direito, previstos constitucionalmente, para controlar a banalização da ação de intervenção.

4.1.1 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

Originalmente, alguns juristas afirmam que o Princípio da Intervenção Mínima fora decorrente do artigo 8º, da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, o qual se traduzia na necessidade de criminalização da conduta para a tutela de um bem

jurídico. Assim sendo, somente se legitimaria a sanção penal que se apresentasse como instrumento indispensável de proteção jurídica (LUISI, 2003).

Nessa mesma linha de entendimento, Claus Roxin disserta que paralelo aos princípios de proteção de bens jurídicos, surge o princípio da subsidiariedade, através do qual compreende-se que somente deve adentrar-se na esfera penal quando as tutelas cíveis ou administrativas mais leves e outras medidas político-sociais não se apresentarem como suficientes para aquela determinada situação (ROXIN, 2009).

De maneira arguta, Nilo Batista evidencia que Beccaria e Montesquieu foram os autores iniciais dos princípios ora citados. Tais Autores buscavam a humanização das penas e uma limitação ao infeliz crescimento punitivo que o Estado utiliza como resposta aos problemas e putrefações sociais (BATISTA, 2007).

Remetendo-se ao exposto, não há motivos que sustentem a necessidade de intervenção estatal na seara do crime em questão. Não é legítima a tipificação do artigo 229 do CP, visto que não cabe ao Estado infringir e querer, por meio de um paternalismo histórico, regular questões relacionadas a intimidade e escolhas do indivíduo. A intervenção do Estado neste meio, não somente viola o particular de cada indivíduo, como também demonstra o quanto a moral tradicional cristã está enraizada e, quando intolerante, prejudica vários outros setores sociais. Verdade é que estes estabelecimentos continuarão a existir, escondidos atrás de “bares, restaurantes, boates, dentre outros” nomes de fachadas.

4.1.2 PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL

A teoria da adequação social, trabalhada e desenvolvida por Hans Welzel, é reconhecida como a ideia de que uma conduta, legalmente construída em um modelo legal, não poderá ser considerada típica se esta for socialmente adequada ou reconhecida. Noutras palavras, o fato deve ser considerado atípico se estiver de acordo com a ordem social de seu tempo (PRADO, 2002).

Entretanto, este princípio é alvo de grandes debates doutrinários, Juarez Cirino dos Santos expõe que a atribuição deste princípio pressupõe uma ultrapassada concepção do tipo livre-de-valor, de forma que pode presumir uma inaceitável identificação entre a adequação social de determinadas ações e a natureza proibida do injusto (SANTOS, 2002).

Bittencourt entende que, em que pese à altura da discussão alavancada, no que tange a este princípio, na sua imprecisão e insegurança, este deve ser utilizado, especialmente e

principalmente quando versar sobre a conduta tipificada no artigo 229 do Código Penal brasileiro (BITTENCOURT, 2012).

Para fechar as considerações, o princípio da adequação social apresenta dois pilares de sustentação, sendo o primeiro a busca por limitar o alcance do tipo penal, ou seja, existem algumas condutas socialmente aceitas que devem ser destoadas da interpretação legal. O segundo pilar é demonstrar ao legislador os bens jurídicos a serem tutelados pelo Direito Penal, de forma que não ocorra banalização de condutas (CUNHA, 2014)

Portanto, é possível concluir que com os parâmetros descritos, observa-se que não há um bem jurídico solidificado, concreto, quando se refere ao crime supramencionado. Ainda que houvesse, restaria ressaltar/apontar a real necessidade da intervenção penal. E sobre esse olhar meticuloso, não somente os legisladores devem ponderar o princípio em questão (quanto à elaboração, alteração ou revogação de um tipo penal), mas também os próprios julgadores, uma vez que o princípio da adequação social pode ser considerado de relevante valor moral/social, para tanto deve ser levado em conta sua utilização para problemáticas que a sociedade já tenha superada, mantendo o ordenamento jurídico democrático, justo e condizente com a realidade fática.

4.2 (A) TIPICIDADE MATERIAL

Para melhor traduzir a ideia desse tópico, é imprescindível discorrer sobre algumas entrelinhas do conceito de crime. Há alguns tipos de conceito de crime, mas em questão, entende-se como mais didático utilizar o conceito analítico, que consiste na teoria tripartida do crime (fato típico, antijurídico e culpável).

Dentre os elementos do fato típico, têm-se a conduta, o nexo de causalidade, o resultado e a tipicidade. Este último elemento do fato típico será o centro das discussões seguintes.

Segundo a doutrina e jurisprudência majoritária, não existe apenas um tipo de tipicidade, sendo ela dividida em formal e material. A tipicidade formal é a compatibilidade entre o fato e tipo penal, ou seja, é o espelho entre o ato praticado pelo agente e o que está previsto abstratamente na norma. Noutras palavras, como afirma Nucci, é a correspondência dos tipos concretos (fato do mundo real) e abstratos (fato do mundo normativo). (NUCCI, 2014).

Por outro lado, a tipicidade material pode ser conceituada como a valoração da conduta e o resultado. Dessa forma, deve ser observado se houve real lesão ou exposição à

ameaça, de forma significativa (observado o princípio da insignificância e bagatela), o bem jurídico tutelado. Portanto a tipicidade material tem por objetivo delimitar as condutas que realmente tem relevância para tutela do Direito Penal. (*Ibidem*)

É importante mencionar que algumas causas podem levar a exclusão da tipicidade, tornando o fato atípico e conseqüentemente não enquadrando o ato realizado como crime. A atipicidade também pode ser formal e material, em relação ao artigo 229, do CP, será visto posteriormente neste trabalho alguns julgados de Tribunais Superiores a esse respeito.

Neste diapasão, nota-se que com a evolução social e com tudo que já fora trabalhado acerca da disponibilidade, dos princípios penais, do bem jurídico, evidencia-se que não há que se falar em tipicidade quando se remete ao artigo 229, do CP, mais precisamente a tipicidade material (apesar de haver julgados tornando o fato atípico, fundamentados na tipicidade formal). Não há que se falar em lesão a um determinado bem jurídico quando discute-se a existência ou não de um bem jurídico, está mais que plausível que este não é um crime que ainda deve esta tipificado no ordenamento jurídico.

4.2.1 TEORIA CONGLOBANTE

A teoria da tipicidade conglobante foi pensada e desenvolvida por Zaffaroni, ilustre autor e doutrinador. Segundo Rogério Sanches Cunha, a teoria em questão pode ser definida como a harmonização entre os diversos ramos do Direito, caracterizando o ordenamento jurídico como uma unidade. Dessa forma, não deve haver incoerência entre o Direito penal pontuar um comportamento como proibido, sendo que este mesmo comportamento seja fomentado por outro ramo do Direito. Noutras palavras, para haver a necessária tipicidade penal, elemento do fato típico, deve-se verificar tanto o perigo de lesão e a relevância deste, quanto à antinormatividade (SANCHES CUNHA, 2016).

Essa linha de pensamento supracitada foi/está sendo aplicada em alguns julgados acerca do crime tipificado no artigo 229 do Código Penal. O Desembargador Marcílio Eustáquio Santos, do TJMG, no processo de número 1.0058.13.000798-0/001, posicionou-se no sentido de demonstrar que a conduta ora mencionada, prevista no CP, deve ser considerada atípica, utilizando como embasamento a tipicidade conglobante. Vossa Excelência fulcrou que a tipicidade conglobante divide-se em antinormatividade e na tipicidade material, prosseguiu afirmando que a prostituição é hoje uma atividade permitida e regulamentada no ramo trabalhista do Direito, não causando mais alardes e repercussão negativa, como ocorria

no século passado. Assim sendo, não há mais relevante ofensa a um determinado bem jurídico, visto que hoje é uma conduta aceita, tornando-a atípica materialmente.

4.3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Conforme já previamente aludido, existem algumas importantes decisões judiciais acerca do tema em questão, as quais merecem a devida referência e análise.

Prioritariamente, pode-se trazer à tona o Informativo 631, do Superior Tribunal de Justiça, no qual, em um breve resumo, expõe que o estabelecimento que não seja utilizado de forma exclusiva à prática de mercância sexual, nem envolva menores de idade ou do qual se comprove retirada de proveito, obtendo lucros da atividade sexual alheia mediante ameaça, coerção, violência ou qualquer tipo de violação à liberdade do indivíduo, não dá origem a fato típico a ser punido na esfera penal. Observa-se que a tipicidade do crime não reside na problemática de manter o estabelecimento em si, mas sim em circunstâncias tangenciais, que ao contrário disso, merecem uma supervisão do Estado. Legalizar a conduta tipificada, poderia ser até uma forma de obter maior fiscalização e zelo neste tipo de estabelecimento e evitar que tais circunstâncias ocorram.

De mais a mais, compreende-se como interessante mencionar o caso que envolve Oscar Maroni Filho, proprietário da boate Bahamas, o qual foi acusado, em 2007, de manter casa de prostituição. Diferente do que comumente se percebe neste tipo de caso, o empresário defendeu-se alegando a atipicidade formal, a qual foi reconhecida pelo STJ, que por sua vez entendeu como necessário que o local seja voltado exclusivamente para prática da atividade sexual, mediante pagamento. No caso concreto, a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo foi mantida no STJ, restou-se decidido que não houveram provas suficientes para indicar que Maroni Filho lucrava com as atividades sexuais, não ficando configurada a exploração, e conseqüentemente, restando-se o crime, atípico.

4.4 PROJETO DO NOVO CÓDIGO PENAL

O tópico em questão gravita em torno do Projeto de Lei nº 236, de 2012. Interessante ponderar, como já mencionado anteriormente no início deste artigo, que o direito acompanha e deve acompanhar a evolução social, as normas jurídicas devem ser coerentes com os comportamentos de sua época. No tocante a esse ponto, é claro o fato de que o atual Código

Penal detém algumas circunstâncias que não mais condizem com o que enfrentamos socialmente no dia a dia.

O Projeto do Novo Código Penal, apesar de 2012, espelhando-se nas evoluções sociais, já pode ser considerado bem mais evoluído do que o Código de 1940. Uma demonstração da afirmativa anterior pode ser observada na descriminalização do crime popularmente conhecido como “da casa de prostituição”.

Entretanto, considerando os princípios norteadores do Direito, alguns deles já desenvolvidos no presente trabalho, e a necessidade de impedir e reprimir condutas passíveis de criminalização, o Novo Código Penal mantém como tipificação criminal a exploração sexual, mediante violência e grave ameaça, bem como fraude e contra menores, por entender haver vício, quanto ao entendimento/consentimento da vítima.

Além do Projeto do Novo Código Penal, entende-se como o momento apropriado para dissertar a respeito da Lei Gabriela Leite, a qual também trata sobre aspectos que contornam a atividade sexual. O texto legal prevê que somente devem criminalizar as condutas realizadas contra menores, o não pagamento por serviços sexuais e a apropriação de mais de 50% por parte de terceiro do serviço sexual. O projeto ainda legaliza as casas de prostituição sempre que não houver exploração sexual, e oportunizar a aposentadoria dos trabalhadores sexuais após 25 anos (MARTIN, 2016).

A Lei Gabriela Leite não é suficiente para mudar a visão do mundo e nem regulamente os serviços sexuais. Porém, é um enorme avanço para uma sociedade que ainda apresenta um pouco de resquício machista e conservador.

4.5 EXPLORAÇÃO SEXUAL

Impreterivelmente denota-se o fato de que prostituição é uma atividade que deve ser compreendida como “escolha” do indivíduo adulto, capaz, que se utiliza de seu direito à liberdade para exercer a ação de mercancia do sexo por dinheiro. Por outro lado, ao referenciar o termo “exploração sexual” na legislação criminal, o legislador foi vago, não apresentando o conceito do termo.

A respeito de conceituação de exploração sexual, Fernando Capez citando Rogério Sanches Cunha apresenta-nos a lição de que a exploração sexual pode ser vista como uma dominação e abuso do corpo de um indivíduo, independentemente da idade, usado como oferta por exploradores sexuais (mercadores), admitindo quatro modalidades. A primeira delas é a prostituição (atos sexuais mediante pagamento, de qualquer natureza). Tem-se ainda

o turismo sexual (visto como o comércio sexual, bem articulado, em cidades turísticas, envolvendo turistas nacionais e estrangeiros). De mais a mais, expõe-se a figura da pornografia (produção, exibição, distribuição, venda, compra, posse e utilização de material pornográfico, presente também na literatura, cinema, propaganda, entre outros). Por fim, o tráfico para fins sexuais (movimento clandestino e ilícito de pessoas através de fronteiras nacionais) (CAPEZ *apud* CUNHA, 2014).

Entretanto, através da criminalização de estabelecimentos em que ocorra a exploração sexual, tem-se o paralelo no qual o legislador penal proíbe a exploração de uma atividade lícita, confundindo moral e bons costumes com direito, marginalizando a prostituição a realizar-se nas ruas, nos guetos, clandestinamente.

Neste diapasão, Nucci sabidamente levanta a premissa de que a sociedade esquece a insana problemática de manter a prostituta nas ruas, sem proteção e vítima de violência, disseminando doenças, dentre outros problemas, ao invés de permiti-lhes o acolhimento em estabelecimentos próprios, fiscalizados pelo Estado, agenciados por empresários, com garantia tanto ao profissional do sexo quanto à clientela (NUCCI, 2009).

4.6 IMPACTOS JURÍDICOS NO CAMPO DO DIREITO DO TRABALHO

Por todo contexto anteriormente analisado, este é um ponto que merece muita atenção. Como tratado, a descriminalização da conduta do artigo 229 não traria somente mudanças na seara penal, como em toda uma visão social acerca das atividades sexuais. Além disso, há de se expor alguns impactos no campo do Direito do Trabalho.

Neste diapasão, evidenciando-se o reconhecimento do vínculo laboral das prostitutas em estabelecimentos, como a casa de prostituição, e sufragada a ilicitude que contorna esse mercado, sendo reconhecido o vínculo empregatício as prostitutas gozariam de todos as verbas trabalhistas previstas na legislação. Dessa forma, cita-se como exemplo o décimo terceiro salário, descanso semanal remunerado, férias, adicional noturno, hora extra, FGTS, dentre outras séries de direitos previstos na CLT e no artigo 7º da Constituição Federal/88.

É imprescindível ainda mencionar que a classe seria destinatária de políticas públicas que tem como objetivo assegurar um ambiente de trabalho mais adequado e seguro, observando-se as Normas Regulamentadoras Trabalhistas, normas de Resoluções Médicas, visando à saúde das profissionais, além daquelas que viriam a ser editadas para regular esse mercado particular decorrente da descriminalização.

5. CONCLUSÃO

Defronte a todas as ponderações elencadas em tela, infere-se que não há espaço para o Artigo 229, do CP no ordenamento jurídico brasileiro. As constantes evoluções sociais e os Princípios que regem o poder de punir do Estado, fazem com que o paternalismo e o moralismo jurídico sejam incompatíveis com o sistema atual.

A licitude das casas de prostituição será o passo inicial para um longo e necessário avanço que trará dignidade para toda a classe de profissionais do sexo. Estes não devem mais se submeterem a becos, vielas, ruas, sem os olhares do Estado, para sobreviverem. Não há mais espaço para viverem na clandestinidade.

A abertura deste tipo de estabelecimento haverá de exigir do Estado uma maior fiscalização, podendo acabar com outros e reais problemas dessa classe, a exploração de menores, o tráfico de pessoas, abusos sexuais, estupro e outras mazelas de uma sociedade poluída e preconceituosa, mas em evolução e desconstrução. Um passo do Estado pode ser um grande avanço para romper tamanho paradigma.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte especial**. 11 ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2017. vol. 4.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. Tom. 1. 17. Ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

CAPEZ *apud* CUNHA. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. 14^a. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, vol. 2.

CARVALHO, Gisele Mendes. **Proteção Da Dignidade Sexual Ou Paternalismo Jurídico: A Propósito Do Valor Do Consentimento Do Menor De 14 Anos No Crime De Estupro De Vulnerável.** Disponível em:

<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e721a54a8cf18c85>. Acesso em: 27/05/2020.

CAVOUR, R. Casemiro. **Mulheres de Família: Papéis e identidades da prostituta no contexto familiar.** Disponível em: http://www.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0912457_2011_pretextual.pdf. Acesso em: 27/05/2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal.** Parte Geral. 2 ed. Volume único. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

DICIO. Dicionário On-line de Língua Portuguesa, 2009-2020. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/>. Acesso em: 27/05/2020.

KUSHNIR, B. **Baile de Máscaras – Mulheres Judias e Prostituição.** São Paulo: Imago, 1996.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais.** 2. Ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.

MARTÍN. Maria. **Regulamentação Da Prostituição Confronta Prostitutas E Feministas Radicais. El País.** Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2016/07/28/politica/1469735633_689399.html. Acesso em: 27/05/2020.

MINISTÉRIO DO TRABALHO. **Classificação Brasileira de Ocupações.** Disponível em: <http://www.mtecbo.gov.br/cbosite/pages/pesquisas/BuscaPorTituloResultado.jsf>. Acesso em: 03/06/2020

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes Contra a Dignidade Sexual.** 5. São Paulo - Editora Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUNES, Bianca. **DA BÍBLIA A PARTICIPAÇÃO NAS PRODUÇÕES DE HOLLYWOOD: A PROSTITUIÇÃO SEMPRE EXISTIU.** DISPONÍVEL EM: <https://aventurasnahistoria.uol.com.br/noticias/almanaque/historia-aprostituicao-profissao-da-vida.phtml>. Acesso em: 19 de maio de 2020.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. Tomo 1. 11. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

RAGO, M. **Os prazeres da noite – Prostituição e Códigos da Sexualidade Feminina em São Paulo (1890-1930)**. São Paulo: Paz e Terra, 2008.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5. Ed. São Paulo – Saraiva, 1994

ROXIN, Claus. **A proteção dos bens jurídicos como função do direito penal**. In: **A proteção de bens jurídicos como função do direito pena**. (Org.). CALLEGARI, André Luis. GIACOMOLLI, Nereu José. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SANCHES CUNHA, ROGÉRIO, **Manual De Direito Penal – Parte Geral – Arts. 1º Ao 120 – Vol. Único – 4ª Ed.** 2016.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna Teoria do Fato Punível**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

SARLET *apud* GRECO, Rogério. **Crimes Contra Dignidade Sexual**. Disponível em: <https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819865/crimes-contra-a-dignidade-sexual>. Acesso em: 27/05/2020.

SARNEY, José. **PLS 236, 2012**. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404> . Acesso em 27 nov. 2020.

SILVA, M. Bezerra. **Profissionais do Sexo e o Ministério do Trabalho**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-59/profissionais-do-sexo-e-o-ministerio-do-trabalho/>. Acesso em: 27/05/2020.

STJ. REsp 1.683.375-SP. Relatora Min. Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em 14/08/2018. DJe 29/08/2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270631%27>. Acesso em: 27/05/2020.

Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG). **Apelação criminal nº 1.0058.13.000798-0/001**. Relator(a): Des.(a) Paulo Calmon Nogueira da Gama, Relator(a) para o acórdão: Des.(a) Marcílio Eustáquio Santos , 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 23/05/2018, publicação da súmula em 30/05/2018.

ZAFFARONI, Eugênio; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997