

**ASSOCIAÇÃO CARUARUENSE DE ENSINO SUPERIOR E TÉCNICO
FACULDADE ASCES
BACHARELADO EM DIREITO**

**UMA ANÁLISE ATUAL SOBRE OS CRIMES QUE ENVOLVEM
PROSTITUIÇÃO, LENOCÍNIO E TRÁFICO DE PESSOAS, SOB A
ÉGIDE DOS PRÍNCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO PENAL**

MELGUIBSON DE AMARANTE ZARZAR

**CARUARU
2016**

ASSOCIAÇÃO CARUARUENSE DE ENSINO SUPERIOR E TÉCNICO
FACULDADE ASCES
BACHARELADO EM DIREITO

**UMA ANÁLISE ATUAL SOBRE OS CRIMES QUE ENVOLVEM
PROSTITUIÇÃO, LENOCÍNIO E TRÁFICO DE PESSOAS, SOB A
ÉGIDE DOS PRÍNCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO PENAL**

MELGUIBSON DE AMARANTE ZARZAR

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado à FACULDADE ASCES, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação da Professora MSc Paula Rocha Wanderley

CARUARU

2016

BANCA EXAMINADORA

Aprovado em 20/04/2016

Presidente: Prof. MSc Paula Rocha Wanderley

Primeiro Avaliador: Prof. MSc Katherine Lages

Segundo Avaliador: Prof. MSc Saulo Miranda

AGRADECIMENTOS

Primeiramente gostaria de agradecer a Deus, pois é graças a ele que possuo forças para seguir em frente todos os dias, além do que ele abre meus caminhos com sabedoria dando oportunidade para chegar onde eu cheguei e faz com que possa conquistar tudo aquilo que almejo.

Agradeço a todos os meus familiares, em especial a minha mãe Alzira, ao meu tio Melquiades e ao meu irmão Flávio que sempre me apoiaram e me incentivaram a buscar tudo aquilo que acredito, me proporcionaram educação de qualidade, carinho e confiança.

Agradeço a minha orientadora, a professora Paula Rocha, primeiramente por ter feito nascer o interesse no objeto deste trabalho ao expor o assunto em uma de suas aulas e por ter me dado toda a ajuda necessária durante as orientações, pela sua paciência, dicas, tempo e encorajamento para que pudesse concluir esta monografia.

A todos os meus amigos, principalmente aqueles que fiz durante esse período na faculdade, Lorena, Ana Luiza, Thaysa e Guilherme, que me ajudaram e estiveram comigo durante toda essa fase da minha vida, inclusive me auxiliando no decurso da produção deste trabalho de conclusão de curso.

Enfim, a todos, os meus mais profundos e sinceros agradecimentos.

“A liberdade é um dos dons mais preciosos que o céu deu aos homens. Nada a iguala, nem os tesouros que a terra encerra no seu seio, nem os que o mar guarda nos seus abismos. Pela liberdade, tanto quanto pela honra, pode e deve aventurar-se a nossa vida”.

(Miguel Cervantes)

RESUMO

O presente trabalho visa analisar de forma aprofundada as alterações que ocorreram no Capítulo V do Título VI do Código Penal, buscando entender quais os motivos para essas modificações. Pretende examinar quais os pontos positivos e negativos que foram trazidos para a sociedade tendo por base como era tratada a temática nos Códigos Penais anteriores à reforma de 2009, procurando apresentar como as pessoas que exercem a prostituição e os terceiros que dessa atividade possuem relações correlatas devem ser tratadas para que alcancem uma vida mais digna e sem tantos preconceitos e discriminações. A prostituição na sociedade brasileira sempre foi vista de forma negativa e por ser decorrência de relações sexuais também é tratada como tabu. Ocorre que, mesmo não sendo uma atividade ilícita, diversas das atividades relacionadas a esta são tipificadas como crime no ordenamento vigente. Mesmo quando há o consentimento da vítima em diversos desses crimes, os autores continuam a ser punidos ainda que os bens jurídicos tutelados sejam apenas a moral e a ética de parte conservadora da sociedade. O que deveria ser sanado pela reforma advinda com a Lei 12.015 de 2009 não foi feito e o legislador perdeu a oportunidade de atender aos anseios da coletividade. O fato é que, o atual trabalho observa de forma crítica demonstrando que mesmo depois de todas essas alterações os crimes previstos no Capítulo V do Título VI do Código Penal devem ser revistos e atualizados para que bens jurídicos realmente importantes para o direito penal, aludindo aqui o princípio da intervenção mínima, como a liberdade, a intimidade e a vida privada não sejam suprimidos por outros que não mais devem ter tamanha importância.

Palavras-chaves: Crimes contra a dignidade sexual. Lei nº 12.015/09. Prostituição.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
CAPÍTULO 1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA E ASPECTOS RELEVANTES QUE RESULTARAM NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL.....	10
1.1 Evolução da sexualidade.....	10
1.2 A tutela da sexualidade na história das sociedades e nos códigos penais brasileiros.....	16
1.3 Dos costumes a dignidade sexual: Breves considerações.....	21
CAPÍTULO 2. RESULTADO DA REESTRUTURAÇÃO DADA PELA LEI 12.015/09 QUANTO AOS CRIMES QUE ENVOLVEM O LENOCÍNIO E O TRÁFICO DE PESSOAS, ALÉM DE ESCLARECIMENTOS IMPORTANTES.....	26
2.1 Alterações advindas com a Lei 12.015/09: Do lenocínio e do tráfico de pessoas para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual.....	26
2.2 Crimes em espécie: Do lenocínio e do tráfico de pessoas para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual.....	31
2.3 Esclarecimentos importantes para a compreensão da temática: Prostituição, lenocínio, tráfico de pessoas e exploração sexual.....	40
CAPÍTULO 3. DOS PRINCÍPIOS ADSTRITOS AOS CRIMES SEXUAIS, PASSANDO POR UMA ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIAS ATÉ CHEGAR EM POSSÍVEIS RESOLUÇÕES PARA A TEMÁTICA.....	47
3.1 Princípios norteadores do Direito Penal e sua relação com o lenocínio, a prostituição e o tráfico de pessoas.....	47
3.2 Observando algumas jurisprudências sobre o assunto: Em busca de possíveis soluções.....	53
3.2 Possíveis saídas para o enfrentamento à problemática.....	60

CONSIDERAÇÕES FINAIS..... 77

REFERÊNCIAS..... 79

INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui a finalidade de observar e apresentar comentários aos crimes previstos no Capítulo V do Título VI do Código Penal de 1940. Desta maneira, a análise se dá em relação aos tipos penais que envolvem prostituição, lenocínio e tráfico de pessoas.

Os crimes sexuais figuram no ordenamento pátrio desde o Código do Império datado de 1830. Assim como atualmente, em seu início também levantavam diversas divergências e questões importantes. Com isso, foram sendo transformados a cada novo Código Penal e, assim, passando a atender as necessidades sociais.

Antes da reforma trazida ao ordenamento penal vigente com o advento da Lei 12.015 de 2009, os crimes sexuais eram denominados de crimes contra os costumes. Com essa nomenclatura o que se percebia era uma exacerbada influência de critérios moralistas, costumeiros e até preconceituosos sobre esses delitos.

Com a criação da Lei 12.015 de 07 de agosto de 2009, que surgiu como decorrência de uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito, que buscava apurar a exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil, uma grande reestruturação acometeu todo o Título VI do Código Penal que cuida dos crimes sexuais. Com essa renovação, os crimes ali previstos deixaram de amparar os costumes e passaram a tutelar a dignidade sexual, bem jurídico esse de maior importância na atual conjuntura da sociedade.

Assim como o sexo, os crimes que dele decorrem também são vistos como tabu e por muitas vezes não são discutidos com a devida importância que carecem. O principal propósito deste trabalho é explorar os crimes que envolvem a prostituição e, a partir disso, demonstrar que uma atividade não considerada ilícita, mas que causa, em algumas pessoas, repulsa, não deveria acarretar diversas condutas típicas quando existe consentimento, quando não há violência, grave ameaça ou fraude.

Para isso, o corrente trabalho monográfico divide-se em três capítulos. O primeiro dos capítulos aborda questões introdutórias que servem como instrumento para o entendimento dos crimes sexuais. Inicia falando sobre o que seria sexualidade e como esta se desenvolve no indivíduo, além de como ela veio se

desenvolvendo durante a evolução da sociedade. Logo após, o segundo tópico do primeiro capítulo, versa sobre como os delitos que envolvem a atividade sexual eram e são tratados nos diversos tipos de cultura e povos, além de demonstrar como eram abordados esses crimes nos diversos Códigos Penais brasileiros. Por fim, o item 3.1 refere-se aos motivos que foram sucedendo-se para que os tipos penais evoluíssem da nomenclatura de crimes contra os costumes e passassem a ser denominados de crimes contra a dignidade sexual.

O capítulo dois destina-se a explicar conteúdo fundamental para a função do trabalho. Em seu primeiro ponto trata sobre quais foram as mudanças que ocorreram com a chegada da Lei 12.015/09, porém apenas aos delitos que envolvem lenocínio e tráfico de pessoas. No item 2.2 falar-se-á sobre cada um dos crimes previstos no Capítulo V do Título VI do Código Penal, explicando-os de maneira simples e direta quais as principais elementares de cada um dos tipos penais, entretanto sem qualquer juízo de valor. O derradeiro ponto do capítulo tem como propósito fazer alguns esclarecimentos que ajudam no conhecimento do tema. Para isso, aborda o que seria prostituição, explica-se o que é lenocínio, expõe o significado de tráfico de pessoas e, por fim, toca no tema exploração sexual.

Finalmente, no terceiro e último capítulo discutir-se-á como os princípios norteadores do Direito Penal devem ser utilizados nesses tipos penais, demonstrando que esses princípios poderiam ser meios ensejadores de novas reformas. No item 3.2 serão analisadas jurisprudências sobre os crimes objeto desse trabalho com a finalidade de entender quais argumentos são utilizados para punir ou não quem comete o que está previsto nos tipos penais. Desta forma, pegando os pontos positivos e negativos de cada um dos posicionamentos para chegar a um denominador que atenda a ambos os lados. Por fim, o último tópico será destinado a possíveis resoluções para a problemática. Para isso, serão dadas saídas viáveis para cada um dos crimes.

Trata-se, portanto, de tema com relevante importância, já que como se sabe, a prostituição é uma atividade que existe há muito tempo e que talvez não deixe nunca de existir. É um assunto que interessa a sociedade e que mexe com direitos e garantias fundamentais, como a liberdade, intimidade, igualdade e vida privada. Direitos que são previstos na Constituição Federal e que devem ser garantidos a todos, principalmente quando o direito e a moral estão em jogo, devendo prevalecer o primeiro.

CAPÍTULO 1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA E ASPECTOS RELEVANTES QUE RESULTARAM NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

O presente capítulo pretende abordar aspectos históricos e elementos presentes nos chamados crimes contra a dignidade sexual. Em nosso ordenamento esses tipos penais estão estabelecidos no Título VI do Código Penal de 1940.

Ocorre que, isso não foi sempre assim e para uma melhor compreensão do tema, faz-se necessária uma análise histórica e teórica do que seria sexualidade e sua evolução, questões estas abordadas no item 1.1 deste capítulo.

Após isso, no item 1.2, buscou-se estudar como os crimes sexuais eram tutelados e como as sociedades pensavam a respeito do conteúdo. Também foi demonstrada a contribuição que o tratamento dado a mulher influenciava nos tipos penais, além de fazer uma busca do desenvolvimento histórico das infrações em questão nos Códigos Penais brasileiros.

Por fim, o item 1.3 pautou-se em tecer breves considerações sobre como ocorreram as alterações denominativas dos crimes em alusão. De crimes contra os costumes até crimes contra a dignidade sexual, onde o foco deixou de ser aspectos morais e hábitos puritanos da sociedade e passou a ser a dignidade sexual, um desdobramento do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, princípio com amparo constitucional.

1.1 EVOLUÇÃO DA SEXUALIDADE

Após o advento da Lei 12.015/09, que trouxe significativas alterações ao Código Penal de 1940, o seu título VI passou a ser denominado de Crimes contra a dignidade sexual. Faz-se mister, então, uma análise, mesmo que nos limites que esse trabalho acarreta, do que seria a sexualidade e sua evolução na história da sociedade.

Por ser um dos principais pontos que caracteriza os crimes desse título do Código Penal, a sexualidade é de importante observação.

A sexualidade é um tema de difícil conceituação, pois envolve vários aspectos. Considerada, por muito tempo, apenas relacionada ao ato sexual, para diversos estudiosos (Freud, 1996, por exemplo) envolve também diversos outros

fatores. Ligada à cultura, aos sentimentos, aos instintos, ao comportamento, às emoções, ou seja, um emaranhado de elementos que entrava uma possível definição precisa.

Matéria que é posta como um tabu na sociedade em que vivemos, passou por diversas transformações com o decorrer da história e claro que toda essa evolução nos trouxe ao que entendemos hoje como sexualidade.

Em época que a sexualidade era considerada como desenvolvida a partir da puberdade, pensamento esse ainda muito difundido, Sigmund Freud, 1996, no entanto, acredita que ela aparece como uma “pulsão sexual” que seria a libido, para a ciência. O psicanalista, então, atribui que a sexualidade aflora desde o início da vida, logo após o nascimento e não mais a frente, com a puberdade.

Freud define pulsão sexual como:

Por “pulsão” podemos entender, a princípio, apenas o representante psíquico de uma fonte endossomática de estimulação que flui continuamente, para diferenciá-la do “estímulo”, que é produzido por excitações isoladas vindas de fora. Pulsão, portanto, é um dos conceitos da delimitação entre o anímico e o físico. A hipótese mais simples e mais indicada sobre a natureza da pulsão seria que, em si mesma, ela não possui qualidade alguma, devendo apenas ser considerada como uma medida da exigência de trabalho feita à vida anímica. O que distingue as pulsões entre si e as dota de propriedades específicas é sua relação com suas fontes somáticas e seus alvos. A fonte da pulsão é um processo excitatório num órgão, e seu alvo imediato consiste na supressão desse estímulo orgânico. (1996, pg. 159)

Freud (1996), diz ainda que a sexualidade não está ligada apenas aos órgãos genitais e sim a todos os órgãos, como exemplo pode-se citar a boca, o ânus, a pele entre outros, sendo, portanto, muito mais que reprodução. Para ele, a criança após seu nascimento já vai desenvolvendo sua sexualidade e expressa isso quando diz que “faz parte da opinião popular sobre a pulsão sexual que ela está ausente na infância e só desperta no período da vida designado da puberdade. Mas esse não é apenas um erro qualquer, e sim um equívoco de graves conseqüências [...]”.(FREUD, 1996, pg. 163)

O autor explica que as pessoas preferem estudar a sexualidade dos antepassados do que a da própria pessoa quando ainda criança.

Demonstra, então, a sexualidade na infância através de algumas manifestações dadas durante este período da vida. Explica demonstrando com fases que o prazer é ligado no próprio corpo, o “alvo sexual”, durante esta época, não é

ainda em outra pessoa. A criança desenvolve sua sexualidade em suas próprias zonas erógenas.

Este desenvolvimento é representado através da fase oral, anal, fálica, um período de latência e a fase genital. A fase oral esta diretamente ligada à sobrevivência, pois através do chuchar faz-se a referência ao ato de sucção da amamentação. A criança passa a fazer essa ação de sugar em outras partes do corpo. Excita-se, assim, a mucosa dos lábios, da boca quando estas partes encontram outras partes do corpo. Logo após vem a fase anal em que o prazer esta ligado a outras funções corporais. A defecação, explica Freud, pode demonstrar o desenvolvimento da sexualidade, quando, por exemplo, a criança retém as fezes, sua acumulação faz com que ao passar pelo ânus, as fezes causem incitações nas mucosas e que isso traz certo prazer. (FREUD, 1996)

A próxima fase desse desenvolvimento sexual infantil é a fálica. Aqui a zona erótica é o próprio órgão sexual. Podendo ser constatada por diversas vezes como nos cuidados como na lavagem e fricção, secreções, excitações acidentais dentre outras tantas formas que são perceptíveis. Também é aqui que ocorre o interesse narcísico do menino pelo seu pênis, a descoberta da inexistência do pênis nas meninas, que faz aparecer a inveja do pênis, causando mágoa da mãe por não possuir esse órgão sexual dos meninos, mas que depois cessa e nivela com a vontade de ter um filho. (FREUD, 1996)

Em seguida, surge um período de latência que deságua na última fase, a genital. Esta, no entanto, já ocorre no período da puberdade, momento este que diversos outros estudiosos definem como sendo o início da sexualidade. É aqui na puberdade, fase genital, que o alvo sexual, o objeto erótico, deixa de ser o próprio corpo e dirige-se a um objeto externo, sendo agora outro indivíduo. A partir daí ambos os sexos procuram meios de realizar suas exigências eróticas. (FREUD, 1996)

Freud (1996) atribui a palavra perversão a todos os atos, que de certa maneira traduzem a sexualidade, que não são destinados à reprodução. Desta forma, as mais diversas manifestações da sexualidade que desviam da pulsão sexual “normal” são ditas como perversão.

Um conceito pode ser dado à sexualidade a partir dos estudos da psicanálise de Sigmund Freud e foi isso que Paulo Bearzoti fez, conceituando a sexualidade como:

Sexualidade é energia vital instintiva direcionada para o prazer, passível de variações quantitativas e qualitativas, vinculada à homeostase, à afetividade, às relações sociais, às fases do desenvolvimento da libido infantil, ao erotismo, à genitalidade, à relação sexual, à procriação e à sublimação. (BEARZOTI, 1993, pg. 5)

Independente de quem está certo em relação a qual momento a sexualidade começa a aparecer nos indivíduos, o importante é demonstrar a relevância desse assunto que se conecta com diversas áreas da vida em sociedade.

Logo após esses breves comentários sobre o que é a sexualidade e sua evolução nos indivíduos, podemos tratar dos crimes sexuais numa perspectiva evolutiva na sociedade.

Quando se trata da sexualidade e sua evolução, logo se percebe uma história de repressão. Cada sociedade possui sua cultura e suas idéias do que seria o correto ou não quando o assunto é sexualidade, mas é sabido que a repressão ocorre ou ocorreu em todas elas, muito ligada com o conceito de poder.

“A história da sexualidade humana é a própria história do mundo”, é o que diz Alessandra Orcesi e João Daniel Rassi. (2011, pg. 8) Para Marilena Chauí “desde que o mundo é mundo, seres humanos e animais são dotados de corpos sexuados e as práticas sexuais obedecem a regras, exigências naturais e cerimônias humanas”. (CHAUÍ apud, GRECO; RASSI, 2011, pg. 8)

Diferente de tudo o que se conhece hoje e em grande parte da história da sociedade, a mulher em momentos históricos mais remotos era tida como deusa e representava a divindade na terra, ligada à fertilidade, a energia e pensava-se que a reprodução, a geração de uma criança não importava a participação do homem. Dizem que o homem só passou a dominar em 5000-4000 a.C. (GRECO; RASSI, 2011)

Na Grécia, a sexualidade era tratada de uma forma menos repressiva, onde o sexo era tido como natural, sem muitos receios ou tabus. Aqui os pensadores da época reparavam nesses aspectos e influenciavam sobre o assunto. Platão e Aristóteles foram alguns dos pensadores da época que abordavam o tema. (GRECO; RASSI, 2011) No entanto, não é que se tratava de uma época sem nenhum pudor ou regras quanto ao assunto. Aqui também vigoravam ideias de que o sexo era só para reprodução, que a mulher era inferior, que o sexo corrompe, além de outros pontos. (GUEDES *et al*, 2004)

Na sociedade Romana também havia uma tolerância maior no tocante da matéria. O assunto era tratado de forma bem direta e objetiva, onde também a mulher devia servir ao homem, mas práticas como a masturbação e o homossexualismo eram mais aceitas. A finalidade do sexo era a reprodução para que os filhos herdassem as propriedades do pai e para perpetuar as famílias. (GUEDES *et al*, 2004)

Foi a partir do período pós-aristotélico, junto com o cristianismo, que a sexualidade passou a ser tratada de uma forma bem mais rígida e intolerante. Com o aparecimento dos feudos e com a influência enorme que a igreja católica exercia sobre as pessoas, o sexo passou a ser tratado como inferior, devendo ser evitado ao máximo.

A virgindade nesta época era exaltada e atribuíam à elevação do espírito a esta prática de privação e conduziam dessa forma atribuindo os ensinamentos do Novo Testamento. Sexo devia ser apenas para reprodução, no casamento devia ser reduzido a essa mesma lógica, mas já era um sexo legítimo, mesmo que não tendo a finalidade da procriação. O casamento era ainda inferior à castidade, mas ainda mais aceito que a pluralidade de parceiros. (GRECO; RASSI, 2011)

Com o Renascimento, durante o século XV, onde houve a mudança de feudalismo para o capitalismo, algumas mudanças começaram a ocorrer. Obras literárias, pinturas entre outras formas de arte foram surgindo sem tanta influência dos ensinamentos da igreja, mesmo com a grande reprovação desta.

Michel Foucault diz que durante os séculos XVII e antes do final do século XIX, vigorava a ideia de haver uma grande repressão no que se refere à sexualidade. “Século XVII: seria o início de uma época de repressão própria das sociedades chamadas burguesas, e da qual talvez ainda não estivéssemos completamente liberados”. (FOUCAULT, 1988, pg. 21)

A concepção, então, era de que durante essa época a sexualidade se voltava inteiramente na função de reprodução, onde não se falava sobre o assunto e com forte ligação ao período do capitalismo, que fazia com que as energias que deviam ser gastas com a produção do trabalho não deveriam ser gastas com o sexo. Sobre isso explica:

[...] faz-se com que coincida com o desenvolvimento do capitalismo: ela faria parte da ordem burguesa. A crônica menor do sexo e de suas vexações se transpõe, imediatamente, na cerimoniosa história dos modos de produção: sua futilidade se dissipa. Um princípio de explicação se esboça por isso mesmo: se o sexo é reprimido com tanto rigor, é por ser

incompatível com uma colocação no trabalho, geral e intensa; na época em que se explora sistematicamente a força de trabalho, poder-se-ia tolerar que ela fosse dissipar-se nos prazeres, salvo naqueles, reduzidos ao mínimo, que lhe permitem reproduzir-se? [...] (FOUCAULT, 1988, pg.11)

Ocorre que, é justamente contra esse pensamento que Foucault tenta atestar durante sua obra. Para ele, durante esse período falava-se muito em repressão da sexualidade, porém não era dessa forma que ele via e expressava isso em seu livro. Pode-se perceber essa sua concepção em diversos trechos de seu livro História da sexualidade I: A vontade de saber, um desses trechos é:

[...] Em vez da preocupação uniforme em esconder o sexo, em lugar do recato geral da linguagem, a característica de nossos três últimos séculos é a variedade, a larga dispersão dos aparelhos inventados para dele falar, para fazê-lo falar, para obter que fale de si mesmo, para escutar, registrar, transcrever e redistribuir o que dele se diz. Em torno do sexo toda uma trama de variadas transformações em discurso, específicas e coercitivas? Uma censura maciça a partir das decências verbais impostas pela época clássica? Ao contrário, há uma incitação ao discurso, regulada e polimorfa. (FOUCAULT, 1988, pg. 35)

A repressão só teria começado a diminuir no final do século XIX para a primeira metade do século XX. Com a individualidade, um sujeito livre, com direitos de cidadãos, a sexualidade passou por um período de revolução. A partir do século XX aparecem os estudos de meios contraceptivos, meios estes que vão de encontro a um dos maiores dogmas da sexualidade, que seria o de sexo apenas para reprodução e dentro do casamento. Dá-se à mulher a possibilidade de escolha. (GRECO; RASSI, 2011)

Surgem ainda, durante essa época, os movimentos de grupos de pessoas, tidas como minorias ou ainda como sexo frágil, que buscam lutar pelos seus direitos, como as feministas e os homossexuais. Com isso, diminuindo o abismo criado durante toda a história entre o homem e a mulher, lutando contra as discriminações, os preconceitos, dentre tantas outras coisas importantes.

Todos esses aspectos e claro que diversos outros fizeram desembocar naquilo que atualmente se conhece como sexualidade. É de suma importância o estudo da sexualidade hoje em dia, pois ela está diretamente relacionada com os crimes que aqui serão abordados, mas também com diversas outras questões da vida em sociedade, como por exemplo, tem-se a vida conjugal, os diversos tipos de relação amorosa, as questões que envolvem a opção sexual, como o homossexualismo, entre tantos outros.

1.2 A TUTELA DA SEXUALIDADE NA HISTÓRIA DAS SOCIEDADES E NOS CÓDIGOS PENAIS BRASILEIROS

Até este ponto foi tratado do que seria sexualidade e sua evolução, a partir de agora o foco é demonstrar como que esse tema é tratado quando o ponto base são os crimes que tem como eixo a sexualidade. Quando se trata de crimes sexuais, sua tutela é bastante antiga. Os povos antigos já puniam quem cometia esses delitos, mas diferente de hoje diversos outros aspectos eram importantes, inclusive qualificações das vítimas.

Sabe-se que a criação das leis teve apoio na vontade de sair de um estado de guerra e buscar uma melhor convivência, para isso a liberdade do indivíduo seria reduzida pelas regras a fim de buscar um bem comum. Sobre isso Beccaria diz:

As leis foram as condições que reuniram os homens, a princípio independentes e isolados sobre a superfície da terra. Cansados de só viver no meio de temores e de encontrar inimigos por toda parte, fatigados de uma liberdade que a incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para gozar do resto com mais segurança. A soma de todas essas porções de liberdade, sacrificadas assim ao bem geral, formou a soberania da nação; e aquele que foi encarregado pelas leis do depósito das liberdades e dos cuidados da administração foi proclamado o soberano do povo. Não bastava, porém, ter formado esse depósito; era preciso protegê-lo contra as usurpações de cada particular, pois tal é a tendência do homem para o despotismo, que ele procura sem cessar, não só retirar da massa comum sua porção de liberdade, mas ainda usurpar a dos outros. Eram necessários meios sensíveis e bastante poderosos para comprimir esse espírito despótico, que logo tornou a mergulhar a sociedade no seu antigo caos. Esses meios foram as penas estabelecidas contra os infratores das leis. (Beccaria, 2001, pg. 26 e 27).

Isso também ocorreu com os crimes sexuais. Os povos Hebreus possuíam as leis de Moisés e para eles aquele que mantivesse conjunção carnal com uma mulher virgem, dentro da cidade, e que esta mulher fosse noiva de outro homem, tanto a mulher como o criminoso seriam apedrejados. Caso a mulher fosse violada nos mesmos moldes da situação anterior, mas esta estivesse nos campos, só o criminoso seria apedrejado. (PRADO, 2010)

Se esta violência fosse praticada contra uma donzela virgem e que não possuísse um noivo, o agressor deveria se casar com a vítima e ainda pagar 50 siclos de prata ao pai desta. (PRADO, 2010)

O Código de Hamurábi estabelecia em seu artigo 130 o crime de estupro. Definido nos seguintes termos “[...] se alguém viola a mulher que ainda não conheceu homem e vive na casa paterna e tem contato com ela e é surpreendido,

este homem deverá ser morto e a mulher irá livre”. (GAMBINE, Cláudio apud, GUIMARÃES, 2011, p. 16).

No Egito a pena para o estupro era de castração ao agressor. Primeiramente na Grécia a pena era de uma simples multa se o crime fosse praticado só uma vez, porém depois de modificações na legislação da época a sanção era a morte. (HUNGRIA, 1980)

No direito Romano o crime de estupro era denominado *stuprum* e seria a conjunção carnal com mulher virgem ou viúva, mas honesta. O escravo não figurava como sujeito passivo, porém se este fosse o sujeito ativo do crime sua punição seria a morte, quando se tratava de um nobre, a sanção seria uma pena pecuniária. (GUSMÃO, Crysolito de apud, GUIMARÃES, 2011)

Ainda em Roma, existia o *stuprum violentum* que era punido com pena capital e estava previsto da Lex Julia de vi publica. (PRADO, 2010)

De acordo com Luiz Regis Prado (2010, p. 597) o crime de estupro era tipificado nas Ordenações Filipinas:

As Ordenações Filipinas previam no Livro X Título XXIII, o estupro voluntário de mulher virgem, que acarretava para o autor a obrigação de se casar com a donzela e, na impossibilidade do casamento, o dever de constituir um dote para a vítima. Caso o autor não dispusesse de bens, era açoitado e degredado, salvo se fosse fidalgo ou pessoa de posição social, quando então recebia tão somente a pena de degredo. O estupro violento foi inserido no Título XVIII e era reprimido com a pena capital.⁵ A pena de morte subsistia ainda que o autor se casasse com a ofendida após o crime.

No direito Canônico o estupro só podia ocorrer se a vítima fosse virgem além de ser necessária violência física. Assim, uma mulher casada ou ainda aquela que já tivera tido uma relação sexual com outro homem não podia ser vítima/ sujeito passivo neste tipo penal. (HUNGRIA, 1980)

De acordo com Marcio Kleber Fernandes Queiroz (2014, p. 11):

No direito canônico, por exemplo, a mulher meretriz jamais poderia ser vítima de estupro, pois tal crime tem como sujeito passivo apenas a mulher virgem, com exigência, sendo exigida para caracterização do delito, de violência como elemento. Diz-se, que para a igreja, até os pensamentos e desejos libidinosos eram reprimidos, visualizando-se a tutela da honra e não, conforme se busca tutelar nos dias atuais, a dignidade sexual.

Aqui temos alguns povos e sociedades que puniam os criminosos que praticavam os crimes sexuais. Além desses aqui apresentados, diversos outros países e culturas penalizavam essas práticas. Percebe-se que o crime de estupro é o mais recorrente e o mais fácil de ser encontrado na história de tutela dos crimes

sexuais, talvez por esse ser um dos crimes sexuais mais cruéis e por isso devia ser o mais amparado.

Percebe-se também que a vítima aqui era tratada de uma forma diferente em situações e qualificações distintas. A mulher que fosse virgem, morasse com os pais, fosse honesta, dentre outras características, possuía uma proteção diferenciada daquelas que não detinham tais requisitos.

Assim como nas demais sociedades e países pelo mundo, o Brasil também possui seus antecedentes quando se trata dos crimes sexuais. Sendo um país de grande mistura de culturas e povos, além de um grande território, é de se esperar que seja difícil proteger da forma mais correta toda essa miscigenação.

Importante, então, uma análise dos códigos penais brasileiros que buscaram proteção para os crimes sexuais.

O Código Criminal do Império datado do ano de 1830 regulava de forma totalmente diferente os crimes sexuais. Primeiramente, o capítulo que estabelecia os crimes dessa espécie era o capítulo II, sendo denominado 'Dos Crimes Contra a Segurança da Honra'. Percebe-se, então, uma confusão de crimes sexuais como o estupro, tipificado entre os artigos 219 a 225, e crimes contra a honra como a calúnia e a injúria, tipificadas entre os artigos 229 a 246. (BRASIL, 1830)

Aqui os crimes sexuais estavam muito ligados aos costumes e na época esses costumes estavam relacionados com hábitos, bons costumes. (MARTINS, 2011)

Um exemplo disto pode ser percebido no artigo 222 desse código de 1830, onde tipificava o estupro como a cópula carnal utilizando violência ou ameaças com uma mulher honesta. Este crime previa a pena de três a doze anos e um dote à ofendida e essa pena seria de um mês a dois anos se essa mulher fosse prostituta. Com isso, percebe-se como os costumes e os hábitos da época influenciavam nessa seara, já que a pena era subitamente reduzida por um predicado da vítima. Fora isso, havia a possibilidade de não haver pena alguma ao criminoso se este viesse a casar com a ofendida. (BRASIL, 1830)

Além do crime de estupro (arts. 219 a 225), o código do império colocou no mesmo capítulo o crime de rapto (arts. 226 a 228) e os crimes de injúria e calúnia (arts. 229 a 246). Alguns dos crimes sexuais que são objetos de estudo desse trabalho, quais sejam, casa de prostituição, rufianismo, mediação para servir a

lascívia de outrem e favorecimento da prostituição não foram elucidados neste Código Penal. (BRASIL, 1830)

Avançando no tempo, o próximo Código Penal a tratar sobre os crimes sexuais foi o do ano de 1890. Neste código, os crimes sexuais estavam situados no Título VIII que era denominado 'Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor'. (BRASIL, 1890)

Diferente do Código do Império, este dispositivo retirou os crimes contra a honra do título relacionado aos crimes sexuais e passou, então, a tipificar esses crimes (calúnia e injúria) em um título próprio.

Dividido em cinco capítulos, o título VIII do Código Penal de 1890 expunha os crimes sexuais como os de violência carnal, dividido em crime de atentado contra o pudor (artigo 266), posse sexual mediante fraude (artigo 267) e estupro (artigos 268 e 269), os crimes relacionados ao rapto (artigos 270 a 276), crimes relacionados ao lenocínio (artigos 277 e 278), crime de adultério ou infidelidade conjugal (artigos 279 a 281) e o crime de ultraje público ao pudor (artigo 282). (BRASIL, 1890)

Bem mais abrangente que o código anterior, o referido conjunto de leis ainda possuía raízes fortes nos costumes da época e refletia isso em seus dispositivos. Continuava a tratar com diferença as vítimas, que só podiam ser as mulheres no crime de estupro, as qualificando como honestas ou não e ainda diminuindo pena se estas fossem prostitutas.

A maior surpresa talvez tenha sido a caracterização do crime de adultério, sendo tratado no mesmo título dos crimes sexuais. Exemplo maior de como os costumes influenciavam os dispositivos de lei da época, neste código de 1890, impossível.

Aqui, mesmo com um capítulo sobre o crime de lenocínio, os crimes de casa de prostituição e rufianismo não figuravam ainda como um crime sexual.

Mais tarde, com o surgimento do Código Penal de 1940, constituído pelo Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940, os crimes sexuais passaram a ser ostensivamente expostos como tido por base dos costumes, já que houve a alteração da nomenclatura dada a esses crimes. O seu Título VI passou a ser intitulado de 'Dos crimes contra os costumes'. (BRASIL, 1940)

O código em alusão era dividido em seis capítulos. Esses capítulos tratavam de crimes contra a liberdade sexual (artigos 213 a 216), sedução e corrupção de menores (artigos 217 e 218), rapto (artigos 219 a 222), do lenocínio e do tráfico de

mulheres (artigos 227 a 232) e do ultraje público ao pudor (artigos 233 e 234). (BRASIL, 1940)

Assim como os códigos anteriores, o Código Penal de 1940 continuou com a ideia de que os crimes sexuais, em sua maioria, só poderiam ter como vítima a mulher e ainda mais, que esta mulher fosse honesta e/ou virgem. Com todas essas especificidades, a tutela dos crimes sexuais reduzia seu leque de proteção, quando poderia amparar maiores perspectivas.

Os crimes ligados ao casamento, como o adultério, foram retirados do título que abordava os crimes sexuais e passaram a ser expostos em um título próprio 'Dos crimes contra a família'.

Entre as principais mudanças que ocorreram no código em questão, está a mudança referente à criação de novos tipos penais e a amplitude dada aos crimes que antes era mais limitada.

No Capítulo I do Título VI do código Penal de 1940 foram colocados dois novos crimes, quais sejam, a posse sexual mediante fraude (artigo 215) e o atentado ao pudor mediante fraude (artigo 216). (BRASIL, 1940). Sobre isso, na exposição de motivos do presente Código Penal, o Ministro Francisco Campos falou:

Entre os crimes contra a liberdade sexual, de par com as figuras clássicas do estupro e do atentado violento ao pudor, são incluídos a "posse sexual mediante fraude" e o "atentado violento ao pudor mediante fraude". Estas duas entidades criminais, na amplitude com que as conceitua o projeto, são estranhas à lei atual. (BRASIL, 1940, pg. 518)

Surgiram ainda, alguns dos crimes objeto do presente trabalho, que são os de casa de prostituição (artigo 229) e rufianismo (artigo 230), além do aprimoramento do crime de favorecimento da prostituição (artigo 228). (BRASIL, 1940)

No mais, o tratamento dado à vítima ainda deixava a desejar neste código. Os estereótipos de que só mulher poderia ser vítima de alguns crimes, que deviam ser virgens e que deviam ser honestas continuavam presentes.

Desta forma, conforme Vera Regina Pereira de Andrade, as vítimas destes crimes tinham que ser julgadas por sua vida pregressa, onde procuravam saber se essas mulheres seriam honestas ou não. Havia uma inversão do ônus da prova, já que a vítima só poderia ver o agressor sendo julgado se esta comprovasse por provas testemunhais, periciais e muitas vezes por apenas sua palavra que se encaixaria dentro dos costumes moralmente aceitos da época. (ANDRADE, 2005)

Vera Regina Pereira de Andrade vai além e afirma:

Em suma, as mulheres estereotipadas como “desonestas” do ponto de vista da moral sexual, inclusive as menores e, em especial as prostitutas, não apenas não são consideradas vítimas, mas podem ser convertidas, com o auxílio das teses vitimológicas mais conservadoras, de vítima em acusadas ou réus num nível crescente de argumentação que inclui ela ter “consentido”, “gostado” ou “tido prazer”, “provocado”, forjado o estupro ou “estuprado” o pretenso estuprador, especialmente se o autor não corresponder ao estereótipo de estuprador, pois, correspondê-lo, é condição fundamental para a condenação. (ANDRADE, 2005, pg. 94)

Visto do ponto de vista que atualmente é difundido, talvez seja difícil a compreensão de como que alguns aspectos eram seguidos e influenciavam essas infrações. As diferentes posições e punições dadas aos criminosos com bases em critérios fundamentados na pessoa da vítima, por exemplo, é totalmente contrário aos ideais modernos. Porém, deve-se pensar nos pensamentos e “costumes” que vigoravam nesses períodos.

1.3 DOS COSTUMES A DIGNIDADE SEXUAL: BREVES CONSIDERAÇÕES

Mesmo que só no Código Penal de 1940 fique clara a influência dos costumes no trato dos crimes sexuais, por seu Título VI ser explicitamente definido como ‘Dos crimes contra os costumes’, é perceptível que desde o Código Penal do Império, 1830, esses costumes já vinham intervindo na alçada dos crimes em questão.

Criado em 1940 pelo Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro, o Código Penal trouxe em seu Título VI os tipos penais acobertados pela nomenclatura de ‘Dos crimes contra os costumes’, atendendo as exigências que o próprio contexto social, a cultura da época necessitava, o modo como esses crimes foram denominados parecia adequado.

Era de se esperar que em tal período essa fosse a terminologia apropriada a ser atribuída aos tipos penais em questão. O pudor que ainda hoje vigora em nossa sociedade, ao tratar sobre a temática, com certeza, era ainda maior quando o Código Penal foi criado.

A sexualidade, então, estava diretamente ligada àquilo que se denomina costume. Como, no entanto, regular a conduta das pessoas através de normas baseadas e criadas com base numa fonte da qual não se sabe seu primórdio com precisão, além de só se sustentar com apoio de um desempenho contínuo da vontade social e de seu exercício? (REALE, 2002)

A indagação é pertinente, pelo fato de que a prática reiterada e os hábitos tendem a sofrer mutações com o desenvolver da coletividade, decorrente do tempo e de como este influencia os anseios evolutivos da sociedade.

Como os costumes são limitados pela realidade que o cerca e o Direito regulamenta como devem se estabelecer as relações sociais, deve, este, sempre tentar seguir as modificações da sociedade para que não perca a finalidade para qual se destina. (FILHO; REIS; SOUZA, 2010)

Entretanto, Cezar Roberto Bitencourt acreditava que já durante a época de 1940 a nomenclatura do Título VI do Código Penal já não era bem aceita, pois “[...] não correspondia aos bens jurídicos que pretendia tutelar, violando o princípio de que as rubricas devem expressar e identificar os bens jurídicos protegidos em seus diferentes preceitos”. (BITENCOURT apud, MARTINS, 2011, pg. 16)

Quando os Códigos Penais que tinham como base, para os crimes sexuais, os costumes, principalmente o datado de 1940, os legisladores buscavam regular as condutas das pessoas tendo por aparato “hábitos correntes de uma sociedade” (MARCÃO, GENTIL, 2015, pg. 35), “a visão vetusta dos hábitos medianos e até puritanos da moral vigente” (CASTRO apud, NUCCI, 2014, pg. 17). Ocorre que, essas visões e entendimentos que os legisladores faziam sobre o que seria moralmente e em conformidade com costumes aceitos foram ficando inócuos.

Já não mais se podia regular com tanto afinco e amarras tão resistentes aquilo que uma pessoa capaz, adulta e livre poderia fazer com sua vida e liberdade sexual.

Quando mudanças ocorrem em nosso ordenamento, elas resultam normalmente pelo fato de os dispositivos anteriores não mais possuírem os efeitos pretendidos e/ou esperados, decorrente da evolução que inevitavelmente tende a acontecer. Foi justamente o que foi sucedendo após o Código Penal de 1940, diversas alterações foram ocorrendo e corrigindo erros que antes existiam.

Essas transformações foram surgindo com algumas leis que, por conseguinte, vinham a alterar os crimes sexuais. Uma destas leis foi a Lei 8.069 de 13 de julho de 1990, o Estatuto da criança e do adolescente - ECA - introduziu ao crime de estupro e ao crime de atentado violento ao pudor um parágrafo único. (BRASIL, 1990)

Com isso, se o crime de estupro fosse cometido contra uma menor de catorze anos de idade, a pena para o criminoso seria reclusão de quatro a dez anos e no

crime de atentado violento ao pudor, se a vítima fosse menor de catorze anos, a pena aumentaria para reclusão de três a nove anos. (BRASIL, 1990)

Com a Lei nº 8.072/1990, Lei dos crimes hediondos, algumas das disposições dos crimes contra os costumes do Código Penal foram alterados, passando a ser considerados como crimes hediondos, foi o que ocorreu com o estupro e o atentado violento ao pudor. Tendo suas penas aumentadas para reclusão de seis a dez anos para ambos os crimes. (BRASIL, 1990)

Logo após, no ano de 1996 adveio a Lei 9.281/96 que determinou que os parágrafos únicos dos crimes de estupro (artigo 213) e atentado violento ao pudor (artigo 214) fossem revogados, parágrafos únicos estes que foram criados pela Lei 8.069/90. (BRASIL, 1996)

A próxima grande alteração foi a que ocorreu com o auxílio da Lei 10.224/2001, onde o legislador incluiu aos crimes sexuais o crime de assédio sexual. Este crime foi estabelecido no art. 216-A e dispunha que:

Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função:
Pena - detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos. (BRASIL, 2001)

As maiores alterações ocorreram com a criação da Lei 11.106/05. Com ela foram revogados os crimes de sedução (artigo 217), todas as disposições relacionadas ao crime de rapto (artigos 219 a 222), alterou o título do Capítulo V que antes constava 'Do lenocínio e do tráfico de mulheres' e passou a ser 'Do lenocínio e do tráfico de pessoas', além de outras disposições do Título VI do código penal de 1940. (BRASIL, 2005)

Por fim, a Lei 11.106 de 2005 retirou a expressão "honesta". Assim, a posse sexual passou a ser "Ter conjunção carnal com mulher, mediante fraude". E também alterou o crime de atentado ao pudor mediante fraude passando a constar como sendo "Induzir alguém, mediante fraude, a praticar ou submeter-se à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal". Agora deixava de ter como vítima apenas a mulher e passava a ser ambos os sexos. Também modificou os crimes relacionados ao tráfico de mulheres, pois após esta lei não só a mulher era tutelada e sim qualquer pessoa, ambos os sexos. (BRASIL, 2005)

Sobre o tema da supressão da palavra "honesta", NUCCI (2014, pg. 48) fala:

Foi-se o tempo em que a proteção penal destinava-se somente à mulher honesta. Não mais é época para imiscuir os costumes sexuais (os tais bons

costumes) no contexto das violações sexuais violentas. Qualquer estupro é atentatório à dignidade humana e, como tal, precisa ser punido.

Logo após todas essas transformações que os crimes até então considerados contra os costumes sofreram, o legislador mais uma vez, no ano de 2009, trouxe uma nova lei que parecia mais adequada aos anseios e necessidades da sociedade que não mais anuíam com essa nomenclatura. Foi então, que surgiu a Lei 12.015 de 2009 que alterou substancialmente todas as disposições do Título VI do Código Penal de 1940. (BRASIL, 2009)

A nomenclatura desse título passou a ser ‘Dos crimes contra a dignidade sexual’. Neste sentido GRECO (2012, pg. 453) expressa:

A expressão crimes contra os costumes já não traduzia a realidade dos bens juridicamente protegidos pelos tipos penais que se encontravam no Título VI do Código Penal. O foco da proteção já não era mais a forma como as pessoas deveriam se comportar sexualmente perante a sociedade do século XXI, mas, sim, a tutela da sua dignidade sexual.

O legislador percebeu que o que deveria ter assistência não eram predicados da vítima, como ser mulher honesta ou virgem, não eram questões moralistas, religiosas e mesquinhas, mas sim a liberdade, a dignidade, a diminuição do preconceito e do machismo, a proteção das crianças, importante salientar este último já que foi por causa de uma Comissão Parlamentar Mista, que estava investigando casos de pedofilia que criaram a proposta que veio a culminar na Lei 12.015/09, dentre tantos outros motivos. (MARCÃO; GENTIL, 2015) Também não mais estava de acordo, a antiga tipificação, com a Constituição Federal de 1988, sobre isso NUCCI (2014, pg. 18) aduz:

A disciplina sexual e o mínimo ético exigido por muitos a época da edição do Código Penal, nos idos de 1940, não mais compatibilizam com a liberdade de ser, agir e pensar, garantida pela Constituição Federal de 1988. O legislador brasileiro deve preocupar-se (e ocupar-se) com as condutas efetivamente graves, que possam acarretar resultados igualmente desastrosos para a sociedade, no campo da liberdade sexual, deixando de lado figuras penais inócuas, ligadas a tempos pretéritos e esquecidos.

Ao estabelecer a terminologia ‘Dos crimes contra a dignidade sexual’, o legislador deve ter dito como argumento para essa caracterização o inciso III do artigo 1º da CF/88, que é o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. (MARCÃO; GENTIL, 2015)

A dignidade sexual seria um desdobramento do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e naquela, o que se busca proteger é o respeito no condão sexual. Nestes termos, Guilherme de Souza Nucci em sua obra diz:

*[...] a alteração do Título VI foi positiva, passando a constar “Dos crimes contra a dignidade sexual”. Dignidade fornece a noção de decência, compostura, respeitabilidade, enfim, algo vinculado à honra. A sua associação ao termo *sexual* insere-a no contexto dos atos tendentes à satisfação da sensualidade ou da volúpia. Considerando-se o direito à intimidade, à vida privada e à honra, constitucionalmente assegurados (art. 5.º, X, CF), além do que a atividade sexual é, não somente um prazer material, mas uma necessidade fisiológica para muitos, possui pertinência a tutela penal da dignidade sexual. Em outros termos, busca-se proteger a respeitabilidade do ser humano em matéria sexual, garantindo-lhe a liberdade de escolha e opção nesse cenário, sem qualquer forma de exploração, especialmente quando envolver formas de violência. Do mesmo modo, volta-se particular atenção ao desenvolvimento sexual do menor de 18 anos e, com maior zelo ainda, do menor de 14 anos. A dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, CF) envolve, por óbvio, a dignidade sexual. (2014, pgs. 19 e 20)*

Percebe-se, portanto, que de tempos em tempos, quando a sociedade evolui e por isso precisa de mudanças na tutela de alguns crimes, os legisladores atendem esses anseios e procuram fazer as alterações necessárias para melhor atender as novas concepções estabelecidas no seio da população. Foi o que ocorreu com o surgimento da Lei 12.015/09, que modificou diversos dispositivos dos então ultrapassados crimes contra os costumes abarcados no Código Penal de 1940.

Porém, cumpre-se constatar que mesmo com todas as transformações que os legisladores fazem em determinadas ocasiões, nem sempre conseguem atender a todas as ideias que partem da coletividade. A partir daqui, o intuito é buscar demonstrar essa concepção.

CAPÍTULO 2. RESULTADO DA REESTRUTURAÇÃO DADA PELA LEI 12.015/09 QUANTO AOS CRIMES QUE ENVOLVEM O LENOCÍNIO E O TRÁFICO DE PESSOAS, ALÉM DE ESCLARECIMENTOS IMPORTANTES

O presente capítulo busca demonstrar alguns pontos cruciais para a compreensão da temática. No item 2.1 o que se pretende é apresentar quais foram as alterações que ocorreram após a criação da Lei 12.015 de 2009, porém não na totalidade dos crimes, buscou-se apenas quais foram as mudanças referentes aos tipos penais constantes no Capítulo V do Título VI do Código Penal.

No item 2.2 foram expostos os crimes em espécie, porém apenas demonstrando quais suas classificações doutrinárias, seus elementos principais, seus bens jurídicos protegidos entre outros aspectos. Os juízos de valor que o presente trabalho não foram aqui revelados, isso ficou para um momento mais oportuno.

Por fim, no item 2.3 foram relatados alguns esclarecimentos importantes para que haja um melhor entendimento do trabalho. Essas elucidações ocorreram sobre o que é prostituição, o que é lenocínio, o que é tráfico de pessoas e o que é exploração sexual.

2.1 ALTERAÇÕES ADVINDAS COM A LEI Nº 12.015/09: DO LENOCÍNIO E DO TRÁFICO DE PESSOAS PARA FIM DE PROSTITUIÇÃO OU OUTRA FORMA DE EXPLORAÇÃO SEXUAL

Como dito anteriormente, no Código do Império, 1830, nenhum dos crimes expostos no Capítulo V do Título VI do Código Penal de 1940 eram previstos. Sua aparição veio a ocorrer com o surgimento do Código Penal de 1890. Mesmo que de forma discreta e com apenas dois artigos (277 e 278), o referido dispositivo de leis passou a tutelar tais crimes. No Código Penal de 1890 o capítulo que estabelecia esses crimes era o Capítulo III e sua nomenclatura era apenas de 'Do Lenocínio'. O artigo 277 equiparava-se ao que hoje em dia conhece-se como mediação para servir a lascívia de outrem e o artigo 278 seria o que se entende atualmente como o

favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual, para alguns seria também o tráfico de mulheres. (BRASIL, 1830 e 1890)

Dentre as mudanças que passaram a vigorar após a criação da Lei nº 12.015 de 2009 têm-se a mudança de nomenclatura do Capítulo V do Título VI do CP de 1940. Em 1890, como já dito, era apenas 'Do Lenocínio', com a aparição do Código original de 1940 essa denominação passou a ser 'Do Lenocínio e Do Tráfico De Mulheres' e com o advento da Lei 12.015/09 passou a constar como 'Do Lenocínio e do Tráfico De Pessoas Para Fim De Prostituição Ou Outra Forma De Exploração Sexual'. Desta forma, o que antes só buscava proteger o direito do sexo feminino, passou a ser mais abrangente e agora visa acolher qualquer pessoa. (BRASIL, 1890, 1940 e 2009)

Partindo para os crimes em espécie, tendo como referencial as alterações, podemos iniciar pelo crime de 'Mediação Para Servir a Lascívia De Outrem'. Continuou da mesma forma em que era previsto na redação dada pela Lei 11.106/05, as únicas modificações feitas por essa lei (11.106/05) ocorreram na forma qualificada do crime estabelecida no § 1º do artigo 227. Onde constava apenas a expressão "marido", passou a conter as expressões "cônjuge e companheiro". Deste modo, a Lei 12.015 de 2009 não trouxe nenhuma alteração a este tipo penal, pois quem o modificou foi a Lei 11.106 de 2005. (BRASIL, 1940 e 2005)

De acordo com Renato Marcão e Plínio Gentil (2015, pg. 292) a modificação dada pela Lei 11.106 de 2005 foi correta, pois estava em conformidade com o sistema jurídico atual:

Como se vê, a expressão "marido" foi substituída por "cônjuge ou companheiro". De melhor rigor técnico e em sintonia com as regras que integram o sistema jurídico vigente, a mudança merece aplauso. Enquanto a previsão antiga se referia apenas ao *marido*, portanto, cônjuge do sexo masculino, agora diz respeito ao *cônjuge* ou *companheiro*. Leia-se: cônjuge do sexo masculino ou feminino; companheiro ou companheira.

No artigo 228 do Código Penal de 1940 ocorreram as seguintes variações. A primeira delas ocorreu no *caput* de seu artigo onde se acrescentou "ou outras formas de exploração sexual". Desta forma, antes o crime era apenas de favorecimento da prostituição e agora passou a ser também o favorecimento de outros tipos de exploração sexual. (GRECO; RASSI, 2011)

Outra alteração ocorreu ainda no *caput* do referido artigo. Nele constavam como condutas incriminadoras os seguintes verbos: induzir, atrair, facilitar e impedir.

Com a Lei 12.015 de 2009 passou a existir mais um verbo, a conduta de “dificultar” que alguém abandone a prostituição ou alguma outra forma de exploração sexual. (BRASIL, 1940 e 2009)

Uma terceira transformação ocorreu na forma qualificada do crime, estabelecida no § 1º do artigo 228. O código anterior remetia a qualificadora às hipóteses estabelecidas no § 1º do art. 227. O legislador da reforma criada pela Lei 12.015 de 2009 preferiu sistematizar de forma clara e mais abrangente esta qualificadora e passou a fixar que se o crime fosse cometido por “ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância”, o crime seria punido com pena de reclusão de 3 (três) a 8 (oito) anos. Aditou-se ainda a palavra “multa” no *caput* do artigo, que conclui-se como redundante, já que o § 3º já prevê. No mais, o artigo continuou o mesmo, com as mesmas penas e demais previsões. (MARCÃO; GENTIL, 2011, pgs. 308 e 309)

O artigo 229 do Código Penal de 40 estabelecia o crime de casa de prostituição. Com a Lei 12.015/09 passou a ser crime o estabelecimento em que ocorra exploração sexual. Neste molde, antes o crime era manter uma casa de prostituição ou lugar destinado a encontros para fins libidinosos, atualmente o crime figura como sendo manter lugar onde ocorra exploração sexual. De resto, o artigo anterior permaneceu o mesmo.

Nas palavras de Alessandra Greco e João Rassi (2011, pg. 183) “A alteração da redação teve por fim a inclusão da expressão *exploração sexual*, a fim de abranger outras modalidades de práticas libidinosas que não se enquadram exatamente no termo *prostituição*”.

No que se refere ao artigo 230 do Código Penal brasileiro de 1940 não houve qualquer alteração em seu *caput*. Assim, continua sendo o rufião aquele que tira proveito da prostituição alheia, que participa diretamente em seus lucros ou aquele que se sustenta, no todo ou em parte, por quem exerça essa atividade. (BRASIL, 1940 e 2009)

As alterações ocorreram nas situações em que tornam o crime qualificado. Em seu § 1º, o artigo 230 com a redação original, fazia com que o leitor fosse remetido ao parágrafo primeiro do artigo 227, dizendo, assim, que seria qualificado o crime de rufianismo se este fosse cometido por “ascendente, descendente, marido,

irmão, tutor ou curador ou pessoa a que esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda”. (BRASIL, 1940 e 2009)

Com a nova redação dada pela vinda da Lei 12.015 de 2009, a forma qualificada do crime de rufianismo estruturada no parágrafo primeiro do artigo 230 passou a ser o seguinte:

§ 1º Se a vítima é menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos ou se o crime é cometido por ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou por quem assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. (BRASIL, 2009)

A próxima modificação ocorreu na forma qualificada do crime estabelecida no parágrafo segundo do artigo 230. Antes da reforma esta qualificadora apenas dispunha se o crime era cometido com violência ou grave ameaça. Após a reforma acrescentou-se as condutas de fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vontade da vítima. (BRASIL, 2009)

Sobre as mudanças que surgiram após a implantação da nova lei sobre o crime de rufianismo, Alessandra Greco e João Rassi (2011, pgs. 185 e 186) proferem:

As alterações ocorreram nos parágrafos que estipulam as formas qualificadas. Na primeira parte do § 1º, a pena mais grave de 3 (três) a 6 (seis) anos de reclusão e multa, aplica-se se a vítima é menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos. E se a vítima é menor de 14? Aplica-se, então, o art. 218-B, porque o rufião submete o vulnerável, no sentido legal, à prostituição. Na segunda parte, como foi comentado, houve extensão das pessoas de maior responsabilidade, providência que não foi adotada em todos os dispositivos correlatos. No § 2º, a qualificadora decorre do emprego de violência, grave ameaça, fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vontade da vítima [...]

Em relação ao crime de tráfico de pessoas pode-se esclarecer que no Código Penal de 1940 esse tipo de crime era estabelecido apenas no artigo 231 do referido código. Sua nomenclatura era de “Tráfico de mulheres”, podendo, portanto, apenas figurar como vítima deste crime pessoas do sexo feminino. Ainda no Código Penal de 1940 era definida em um só artigo a previsão do tráfico interno e internacional de mulheres. Com a criação da Lei 11.106/05 criou-se mais um artigo para tratar sobre o tráfico que agora passou a ser de pessoas e não mais apenas de mulheres. (BRASIL, 1940 e 2005)

Com a chegada da Lei 11.106 de 2005 o artigo 231 do Código Penal passou a tratar apenas do tráfico internacional de pessoas para fim de prostituição e foi adicionado o artigo 231-A para regular o tráfico interno de pessoas com o fim de

prostituição. No Código Penal, com redação original de 1940, não era prevista a pena de multa no *caput* e em seus parágrafos, com a Lei 11.106/05 essa possibilidade de cumulação foi acrescentada e revogou-se o § 3º. (BRASIL, 2005)

Mais tarde, com a criação da Lei 12.015 de 2009, outras modificações surgiram. A primeira delas foi ainda no *caput* do artigo 231, que trata do tráfico internacional de pessoas, nele foi retirada a expressão “intermediar”, trasladou-se a expressão “pessoa” pela palavra “alguém” e aditou-se o termo “outra forma de exploração sexual”. Assim, o seu *caput* passou a ser “Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro”. Foi retirada a palavra “multa” na pena referente ao *caput* do artigo, além de também retirar a palavra nos outros dispositivos do artigo e o antigo § 3º, que antes havia sido revogado, passou a estabelecer que se o crime, em qualquer de suas formas, for cometido com fim de obtenção de vantagem econômica aplica-se também a multa. (BRASIL, 2009)

As formas qualificadas eram estabelecidas nos parágrafos 1º e 2º, mas com a alteração passaram a ser ilustradas no parágrafo 2º e seus incisos. O § 1º da antiga tipificação remetia ao aplicador do direito ao § 1ª do artigo 227, na nova redação esse dispositivo passou a ser encontrado no inciso III do § 2º, porém mais abrangente e de forma clara, sem qualquer meio de encaminhamento a outros dispositivos. O novo parágrafo primeiro não havia qualquer dispositivo parecido na antiga redação e passou a ser “incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la”. (BRASIL, 2009)

As formas qualificadas eram punidas com penas de 4 (quatro) a 10 (dez) anos e multa e de 5 (cinco) a 12 (doze) anos e multa para os §§ 1º e 2º respectivamente. Atualmente, as formas qualificadas passaram a ser punidas com o acréscimo da metade da pena estabelecida (§ 2º). O antigo § 2º passou a ser codificado no inciso IV do parágrafo 2º e foram criadas duas novas qualificadoras para o crime. A primeira delas está exposta no inciso I do § 2º e refere-se ao crime cometido contra menores de 18 (dezoito) anos, a segunda está exposta no inciso II do mesmo parágrafo e relaciona-se a vítima que não tem necessário discernimento por enfermidade ou doença mental. (BRASIL, 2009)

Para tratar especificamente do tráfico interno de pessoas com o fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual, foi criado o artigo 231-A que difere-se basicamente do artigo 231 apenas por se tratar de tráfico dentro das fronteiras do País e em relação aos dispositivos de lei, a única diferença é a pena base estabelecida no *caput* de seu artigo. No artigo 231, tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual, a pena é de 3 (três) a 8 (oito) anos, já no artigo 231-A, tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual, a pena base é de 2 (dois) a 6 (seis) anos. Na antiga tipificação, o crime era assim estabelecido: “Promover, intermediar ou facilitar, no território nacional, o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento da pessoa que venha exercer a prostituição”, com a Lei 12.015/09 passou a ser da seguinte forma: “Promover ou facilitar o deslocamento de alguém dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual”. No mais, todas as alterações que originaram-se com a chegada da nova lei referente ao crime do artigo 231 também calharam com o artigo 231-A. (BRASIL, 2009)

2.2 CRIMES EM ESPÉCIE: DO LENOCÍNIO E DO TRÁFICO DE PESSOAS PARA FIM DE PROSTITUIÇÃO OU OUTRA FORMA DE EXPLORAÇÃO SEXUAL

Depois da análise das alterações que ocorreram com o advento da Lei 12.015 de 2009 em relação aos crimes constantes no Capítulo V, do Título VI do Código Penal de 1940, pode-se agora partir para um estudo de cada tipo penal que integra esse conjunto de crimes contra a dignidade sexual.

O primeiro deles é a mediação para servir a lascívia de outrem. Está exposto no artigo 227 do Código Penal e estabelece os seguintes termos:

Art. 227 - Induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem:

Pena - reclusão, de um a três anos.

§ 1º Se a vítima é maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos, ou se o agente é seu ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro, irmão, tutor ou curador ou pessoa a quem esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda:

Pena - reclusão, de dois a cinco anos.

§ 2º - Se o crime é cometido com emprego de violência, grave ameaça ou fraude:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, além da pena correspondente à violência.

§ 3º - Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa. (BRASIL, 1940)

Fazendo uma análise do crime pode-se separar a conduta do tipo penal exposto acima em duas partes. A primeira delas seria induzir alguém, que no caso, traz a ideia de fazer nascer no outro uma vontade, dar uma ideia, sugerir, persuadir determinado indivíduo e a segunda parte é ter o intuito de que esse indivíduo satisfaça a lascívia de outrem. (Nucci, 2014, pg. 183)

Lascívia, nas palavras de Alessandra Greco e João Rassi seria:

[...] todo ato de libertinagem, de luxúria, de gozo carnal. Nesta razão, lascívia não quer significar somente as naturais conjunções carnavais, ou seja, as cópulas normais. É todo ato de libertinagem, de devassidão entre pessoas de sexos diferentes ou de mesmo, assim, equivale em sentido, à obscenidade e à luxúria ou qualquer satisfação sexual, relacionada a ato libidinoso. (2011, pg. 180)

O sujeito ativo desse crime tem que ter a finalidade de fazer com que uma pessoa satisfaça os desejos sexuais de um terceiro, terceiro esse que deve ser uma pessoa determinada ou um grupo de pessoas determinadas. Se isso não ocorrer, deixa-se de estar diante do presente crime e passa-se a ser o crime previsto no artigo 228.

Para Rogério Greco (2012), o bem jurídico tutelado por esse crime é a moral sexual e mais amplamente seria a dignidade sexual.

O sujeito ativo, que é chamado de proxeneta, pode ser qualquer pessoa, sendo desta forma um crime comum. Quando se trata da forma qualificada presente no § 1º passa a ser um crime próprio, já que só aqueles que figuram na descrição do parágrafo podem cometer o crime. O sujeito passivo é aquele que satisfaz a lascívia de outrem e também pode ser qualquer pessoa. O elemento subjetivo só pode ser o dolo, a sua consumação ocorre quando houver a satisfação da lascívia e não apenas com o induzimento, sendo, portanto, um crime material. A tentativa é possível, como o verbo principal é induzir, é preciso, via de regra, uma ação comissiva. Sua ação penal é pública incondicionada. Não é preciso habitualidade. O terceiro que se satisfaz não comete o crime aqui analisado, pode praticar um dos outros crimes sexuais previstos. (GRECO, 2012)

As formas qualificadas estão estabelecidas nos §§§ 1º, 2º e 3º. No parágrafo primeiro existem duas formas de qualificação que no caso de ocorrer uma delas a punição será de dois a cinco anos. A primeira é quando o crime é cometido contra uma pessoa maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) e segundo se a pessoa que comete o crime é uma das figuras presentes na descrição do texto. O parágrafo segundo diz que se o crime for cometido com violência, grave ameaça ou fraude, o

crime será qualificado e punido com reclusão de 2 (dois) a 8 (oito) anos. Por fim, o parágrafo terceiro diz que se o crime é feito com fim de obtenção de lucro, a pena também poderá ser aditada de multa.

O próximo crime é o previsto no artigo 228, tendo por nomenclatura o favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual.

Art. 228. Induzir ou atrair alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilitá-la, impedir ou dificultar que alguém a abandone:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 1º Se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos.

§ 2º - Se o crime é cometido com emprego de violência, grave ameaça ou fraude:

Pena - reclusão, de quatro a dez anos, além da pena correspondente à violência.

§ 3º - Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa. (BRASIL, 1940)

Com a leitura do artigo pode-se entender que o crime é dividido em alguns elementos. Dentre eles estão a conduta de induzir ou atrair alguém para a prostituição ou outra forma de exploração sexual, depois a facilitação e por fim, impedir ou dificultar que alguém abandone esse tipo de atividade.

Alessandra Greco e Rassi explicam cada um desses elementos da seguinte forma:

[...] *induzir* significa persuadir a pessoa que não tinha esta ideia, mediante a incitação do agente. *Atrair* tem o sentido de persuadir mostrando vantagens, materiais ou de projeção social. *Facilitar* é retirar obstáculos, tornar acessível. [...] Impedir é praticar atos que dificultem a alteração da condição de vida [...] (2011, pg. 183)

Para Renato Marcão e Plínio Gentil, “*Impedir* é o mesmo que tonar impossível; inviabilizar; colocar empecilho, obstáculo intransponível. *Dificultar* consiste em estorvar; criar embaraços ao exercício da pretensão da vítima”. (2015, pg. 316)

Os sujeitos ativo e passivo do crime em tela podem ser qualquer pessoa podendo figurar ainda como sujeito passivo a sociedade. Sendo, portanto, um crime comum em relação ao *caput* do seu artigo. Quando trata-se daquilo que está previsto no § 1º, ou seja, uma das formas qualificadas do crime, o crime passa a ser próprio.

O bem jurídico protegido pelo legislador ao tipificar o crime é a moral sexual e ainda a dignidade sexual. Em regra, é um crime feito por conduta comissiva. Crime

doloso, quanto à consumação, quando se trata dos verbos induzir e atrair, só se dá quando a vítima passa a exercer a atividade, mesmo que não haja ainda qualquer ato sexual. Quando o verbo é facilitar, sua consumação se dá com a conduta que o sujeito ativo fez para facilitar o trabalho da vítima. Quando se trata dos verbos dificultar e impedir, sua consumação ocorre quando o agente pratica o ato que não permite a saída da vítima dessas atividades. A tentativa é possível quando se trata de facilitar, dificultar e impedir, mas não é possível quando ocorrem os verbos de induzir e atrair. É um crime material. (NUCCI, 2014)

Quanto à necessidade de habitualidade para que se aperfeiçoe o crime, há discussões doutrinárias. Rogério Greco e Guilherme de Souza Nucci são adeptos de que é necessária a habitualidade, por outro lado Alessandra Greco, João Rassi, Renato Marcão e Plínio Gentil acreditam não ser necessária essa reiteração. Sua ação penal é pública incondicionada e todos os crimes que são contra a dignidade sexual correm em segredo de justiça.

Suas qualificadoras estão presentes nos §§§ 1º, 2º e 3º. A primeira dela pune-se com a reclusão de 3 (três) a 8 (oito) anos e acontece quando uma das pessoas que figuram no parágrafo primeiro cometem o crime. A segunda ocorre quando há violência, grave ameaça ou fraude, punindo-se com reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos. A terceira acontece quando o crime é feito com o intuito de obtenção de lucro, que nesse caso aplica-se também a multa.

O crime de casa de prostituição ou de estabelecimento que ocorra exploração sexual está localizado no artigo 229 e prevê o seguinte:

Art. 229. Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente:

Pena - reclusão, de dois a cinco anos, e multa (BRASIL, 1940)

Os elementos que se deduzem com a leitura do artigo são: primeiro o de manter por conta própria ou de terceiro, depois que a conduta de manter seja relativa a um estabelecimento onde ocorra a exploração sexual, por derradeiro que esse estabelecimento pode ou não ter ideia de lucro e que a mediação seja direta ou não pelo proprietário ou gerente.

De acordo com Guilherme de Souza Nucci, 2014, pg. 192, “O verbo nuclear é *manter*, que implica habitualidade (sustentar, conservar, tornar permanente). Não se exige a intenção de obter lucro, aceitando-se a condução direta ou indireta do proprietário ou gerente”.

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa e o sujeito ativo é a sociedade, crime comum. O bem jurídico protegido é a moral sexual e os bons costumes. O elemento subjetivo é o dolo. Em regra, é feito através de condutas comissivas. Por ser um crime em que se necessite a habitualidade, sua consumação se dá quando ocorrem práticas reiteradas. Por ser crime habitual não é possível a tentativa. Ao contrário do que a maioria dos doutrinadores pensa, Rogério Greco acredita que a consumação pode ser possível mesmo sem a habitualidade e que também é possível a tentativa. A ação penal é pública incondicionada.

A pena para esse crime é de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa.

O próximo crime previsto no Capítulo V, Título VI, do Código Penal de 1940 é o de Rufianismo. Está estabelecido no artigo 230 e possui a seguinte redação:

Art. 230 - Tirar proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º Se a vítima é menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos ou se o crime é cometido por ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou por quem assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

§ 2º Se o crime é cometido mediante violência, grave ameaça, fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vontade da vítima:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, sem prejuízo da pena correspondente à violência. (BRASIL, 1940)

Da redação dada pelo artigo em questão podem-se retirar três elementos, que de acordo com Rogério Greco são “[...] a) a conduta de tirar proveito da prostituição alheia; b) seja participando diretamente de seus lucros; c) seja fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça”. (2012, pg. 611)

Tirar proveito é o verbo núcleo deste tipo penal e está relacionado com vantagem econômica. Este proveito só pode ser exercido contra alguém que exerça a prostituição, com isso explica-se o primeiro elemento do crime. O segundo e o terceiro elemento seriam as duas modalidades do crime. Sobre o assunto Rogério Greco explica essas duas modalidades da seguinte maneira:

Assim, o tirar proveito da prostituição alheia pode ocorrer mediante duas situações distintas. Na primeira delas, conforme destacamos, o agente participa diretamente dos lucros auferidos com a prostituição alheia. Atua como se fizesse parte do negócio, sendo que a sua função, em geral, é dar proteção, organizar ativamente as atividades daquela (ou daquele) que se prostitui. É o chamado *rufianismo ativo*. Na segunda modalidade, conhecida como *rufianismo passivo*, o agente não participa diretamente das atividades

ligadas à prostituição, mas somente se faz sustentar por quem a exerce. É o famoso *gigolô*, normalmente amante da prostituta. (2012, pg. 612)

O crime em alusão é comum em relação ao sujeito ativo do ilícito penal, ou seja, pode ser cometido por qualquer pessoa e em relação ao sujeito passivo do tipo é próprio, já que só contra pessoas que exercem a prostituição o crime pode ser cometido. Em relação ao bem jurídico tutelado, considera-se a moral, os bons costumes e a dignidade sexual.

Seu elemento subjetivo é o dolo e, em regra, é um crime comissivo, mas pode figurar através de omissões quando o agente é um garantidor da vítima. Em relação a sua consumação, existem discussões sobre o tema. Para doutrinadores como Luis Regis Prado (2010) e Rogério Greco (2012), a consumação ocorre quando o agente efetivamente tira proveito da prostituição de outrem, que mesmo sendo necessária a habitualidade, ela não impede que a consumação seja configurada em situações que evidenciem que o criminoso possui esta conduta. Renato Marcão e Plínio gentil (2015), por outro lado, dizem que se consuma o crime quando, o agente, atua com habitualidade tirando proveito de outrem que se prostitui.

O mesmo ocorre quando se trata da tentativa do crime. Rogério Greco (2012) acredita em sua possibilidade em determinadas situações, outros doutrinadores como Alessandra Greco (2011) e João Rassi (2011) acreditam que não é possível a tentativa, já que se trata de um crime que necessita de habitualidade.

A ação penal é a pública incondicionada.

A pena prevista para quem comete este crime é de reclusão 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, para o disposto no *caput*. Aqueles que exercem o crime qualificado, estabelecido nos parágrafos 1º e 2º, estão fadados a reclusão de 3 (três) a 6 (seis) e multa ou reclusão de 2 (dois) a 8 (oito) anos, respectivamente.

As qualificadoras presentes no § 1º referem-se primeiramente ao crime cometido contra vítimas menores de dezoito anos e maiores de catorze e depois se o agente possui alguma das qualificações dispostas no parágrafo, como por exemplo, ser ascendente, cônjuge, irmão, tutor da vítima. Já a qualificadora presente no § 2º diz respeito ao crime cometido com violência, grave ameaça, fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vítima.

O artigo 231 do Código Penal dispõe sobre o crime de tráfico internacional de pessoas para o fim de exploração sexual e alude o seguinte:

Art. 231. Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro.

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la.

§ 2º A pena é aumentada da metade se:

I - a vítima é menor de 18 (dezoito) anos;

II - a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato;

III - se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou

IV - há emprego de violência, grave ameaça ou fraude.

§ 3º Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa. (BRASIL, 1940)

Primeiramente, faz-se necessária a compreensão do que seria tráfico de pessoas. Essa conceituação é dada pelo Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, que foi adotado pelo Brasil:

Art. 3º Para efeitos do presente protocolo:

a) A expressão "tráfico de pessoas" significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos; [...] (BRASIL, 2004)

Após isso, pode-se esclarecer quais os elementos que podem ser extraídos deste tipo penal. O primeiro deles é promover ou facilitar, o segundo é a entrada no território nacional de alguém que venha exercer prostituição ou outra forma de exploração sexual e por fim, o terceiro seria a saída de alguém para que vá exercer essa prostituição ou outra forma de exploração sexual no estrangeiro. Explicando estes elementos, Guilherme de Souza Nucci, 2014, pg. 206 fala o seguinte:

O tipo baseia-se na *promoção* (geração de algo) e na *facilitação* (tornar algo mais simples e acessível) da entrada de alguém (homem ou mulher), no território brasileiro, que *venha a exercer* a prostituição ou outra forma de exploração sexual. Como segunda parte, concentra-se na promoção ou facilitação da saída de alguém para o mesmo fim, em território estrangeiro.

É crime comum tanto em relação ao sujeito ativo e passivo. Desta forma, qualquer pessoa pode ser a vítima e qualquer pessoa pode ser o autor. O bem

jurídico protegido é a dignidade sexual, a liberdade sexual, a moral e os bons costumes. É ainda um crime, em regra, comissivo, porém podendo ser feito através de omissões e um crime doloso.

Quando se trata sobre a consumação do crime há discordâncias doutrinárias. Autores como Alessandra Greco (2011), João Rassi (2011) e Luiz Regis Prado (2010) entendem ser um crime formal, já que pode se consumir apenas com a saída ou entrada do território nacional da pessoa a ser prostituída ou explorada, ainda que tais atos não aconteçam. Autores como Guilherme de Souza Nucci (2014) e Rogério Greco (2012), por outro lado, acreditam que o crime é material, pois apenas se consuma com o exercício da prostituição ou de outra forma de exploração sexual.

Sobre a possibilidade ou não da tentativa, estes últimos doutrinadores que concordam sobre a consumação do crime, passam a pensar diferente neste ponto. Rogério Greco (2012) entende ser possível a tentativa e Nucci (2014) acredita que não, por ser o crime condicionado. A ação penal é pública incondicionada e seu julgamento é de competência da Justiça Federal.

A pena para o crime é de reclusão de 3 (três) a 8 (oito) anos para o que está estabelecido no *caput* do artigo, mas no § 1º é estabelecido que aquele que agenciar, aliciar ou comprar pessoa traficada ou ainda aquele que transportar, transferir ou alojar outrem conhecendo sua condição também incorre na mesma pena. Renato Marcão e Plínio Gentil, 2015, pgs. 369 e 370 explicam esses verbos:

Agenciar, para os termos do tipo penal significa tratar de negócio como representante ou agente. Corresponde ao *intermediar*, que antes da Lei n. 12.015/2009 estava previsto no *caput* do art. 231. *Aliciar*, no léxico, é o mesmo que seduzir, atrair. *Comprar* significa adquirir *mediante pagamento de certa quantia em dinheiro*. [...] *Transportar* significa conduzir a um determinado lugar, por qualquer meio de transporte. *Transferir* é o mesmo que deslocar; mudar de um local para outro. Há uma sutil diferença entre esta conduta e a anterior (transportar). Enquanto *transportar* tem o sentido de levar alguém para local em que se pratica exploração sexual (para os fins do tipo legal), a *transferência* pressupõe a mudança de um lugar onde se pratica a exploração para outro de igual destinação. *Alojar* é dar alojamento, abrigar.

O parágrafo segundo e seus incisos estabelecem casos de aumento de pena, caso seus preceitos forem seguidos. A pena será aumentada da metade se a vítima for menor de dezoito anos (inciso I), se a vítima não tiver o necessário discernimento para a prática do ato por possuir enfermidade ou deficiência mental (inciso II), se o autor se encaixa em uma das qualificações estabelecidas no inciso III e por último,

se o autor utiliza violência, grave ameaça ou fraude (inciso IV). O § 3º diz que se o crime é cometido com o fim de obtenção de lucro é aplicada a multa, adicionalmente.

Pondo fim ao Capítulo V do Título VI do Código Penal de 1940, surge o crime de Tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual. Está previsto no artigo 231-A e estabelece o disposto a seguir:

Art. 231-A. Promover ou facilitar o deslocamento de alguém dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar, vender ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la.

§ 2º A pena é aumentada da metade se:

I - a vítima é menor de 18 (dezoito) anos;

II - a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato;

III - se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou

IV - há emprego de violência, grave ameaça ou fraude.

§ 3º Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa. (BRASIL, 1940)

Por possuir basicamente todos os elementos e características que possui o crime anterior, aquele estabelecido no artigo 231, ou seja, o tráfico internacional de pessoa para o fim de exploração sexual, reporta-se àquilo dito anteriormente. Passando apenas a tecer as nuances entre esses tipos penais.

A primeira diferença é em relação ao *caput* do artigo, no presente crime ele é praticado dentro das fronteiras do território nacional. A segunda diz respeito ao § 1º do artigo, aqui se acrescentou o verbo “vender” que antes, no artigo anterior, não figurava. A pena estabelecida no *caput* é de reclusão 2 (dois) a 6 (seis) anos.

Quanto à consumação do crime, Rogério Greco (2012) continua com o pensamento, igual ao do crime de tráfico internacional, de que ela só acontece com a efetiva exploração sexual. Nucci (2014), por sua vez, que do mesmo modo pensa sobre o tráfico internacional, passa a entender que no caso de tráfico interno, o crime passa a ser formal, não sendo preciso o resultado naturalístico para a sua consumação. Acabam, por fim, acreditando na possibilidade da tentativa do tráfico interno.

Como já foi dito, o presente crime possui íntimas semelhanças do crime anterior, sendo, então, redundante tecer os mesmos comentários já feitos. Desta maneira, o leitor pode remeter-se aos comentários dados ao artigo 231.

2.3 ESCLARECIMENTOS IMPORTANTES PARA A COMPREENSÃO DA TEMÁTICA: PROSTITUIÇÃO, LENOCÍNIO, TRÁFICO DE PESSOAS E EXPLORAÇÃO SEXUAL

Os crimes previstos no Capítulo V do Título VI do Código Penal brasileiro tem como objeto principal a atividade da prostituição. Desta forma, faz-se de grande relevância o estudo desta atividade para uma melhor compreensão dos crimes ali previstos.

Para início do estudo pode-se aludir a conceituação do que seria prostituição. Parte-se do pressuposto de dois elementos para existir a prostituição, que são eles a satisfação sexual que alguém provoca em outrem e o segundo seria a contraprestação dada pela pessoa que se satisfaz. Alguns estudiosos como Edgard Magalhães Noronha (2003) acreditam que essa contraprestação não é necessária para haver a atividade entendida como prostituição, para exemplificar seu pensamento alude os casos de mulheres ninfomaníacas. Outros estudiosos como Rogério Greco (2012) e Guilherme de Souza Nucci (2014), por outro lado, acreditam ser necessária essa contraprestação dada por quem se satisfaz dos serviços de uma prostituta.

Silveira Bueno (2000, pg. 631) conceitua a prostituição como “o comércio de práticas sexuais”. Deste molde, a palavra comércio remete a uma ação de troca, dar ou fazer alguma coisa em troca de outra.

Nesta mesma linha de raciocínio vão Rogério Greco e Guilherme de Souza Nucci que dizem “[...] para nós, somente haverá *prostituição* se houver, efetivamente, o *comércio do corpo*, e para que exista esse comércio, conseqüentemente, deverá haver quem venda e quem pague”. (GRECO, 2012, pg. 595)

Nucci, por sua vez, faz a distinção de prostituição direta e indireta levando em conta a natureza da contraprestação dada:

A prostituição direta, ou vulgarmente *prostituição*, estabelece-se pela relação sexual mantida entre a pessoa que comercializa o corpo, para a prática de qualquer ato libidinoso, com outra, que lhe paga um determinado

valor em dinheiro, antes ou logo após o contato sexual. A *prostituição indireta*, ou vulgarmente *união arranjada* ou *planejada*, significa a comercialização do corpo, por meio de prática sexual, entre adultos, com ou sem contrato, de curta, média ou longa duração, por intermédio da qual uma das partes supre a outra pela entrega de bens materiais valiosos e/ou sustento, recebendo em troca o sexo. (NUCCI, 2014, pgs. 67 e 68)

O presente trabalho adota a posição dos dois renomados autores, acreditando ser necessária a entrega de determinada coisa, podendo ser dinheiro ou outra vantagem econômica, pelo “cliente” para a prostituta como contraprestação a sua atividade.

Desde a antiguidade oriental, que ocorreu antes de Cristo, já existia esse tipo de atividade e basicamente servia para que os homens pudessem se satisfazer do lado de fora do casamento e uma das únicas formas que as mulheres possuíam para se sustentarem sozinhas. Desta época surge um das mais famosas prostitutas, Cleópatra. A história da atividade varia em momentos de ampla aceitação, como na antiga Grécia e Roma, e em momentos de grande discriminação, como na Idade Média, onde o cristianismo se fortaleceu e acabou influenciando no pensamento da sociedade. (NUCCI, 2014)

Com essas breves considerações históricas sobre a prostituição consegue-se esclarecer que há muito tempo esse tipo de atividade existe e que tampouco vai desaparecer tão cedo, está enraizada pelo tempo e nos mais variados lugares. O que se deve buscar é que a prostituição seja vista, avaliada e estudada com a devida importância que ela causa na sociedade.

A prostituição e seus desdobramentos, inclusive os crimes que dela decorrem, são tratados de maneira diversa em cada lugar do Mundo. Para regular a temática foram criados alguns sistemas para abordá-la. Esses sistemas são o proibicionista, o regulamentador e o abolicionista. Em síntese, o primeiro considera a prostituição uma infração penal e pune tanto a pessoa que se prostitui como também aquelas pessoas que a favorecem, podendo punir inclusive os “clientes”. A segunda abordagem dá à prostituição o *status* de trabalho igual a qualquer outro, legalizando-a. Por fim, o abolicionista, não trata como crime a prostituição, mas considera como criminosos aqueles que buscam contribuir para o desenvolvimento desse tipo de atividade.

Tratando do sistema proibicionista, Nucci assim o define:

O sistema proibicionista visa a tolher e castigar a prostituição, seja a própria pessoa que comercializa o corpo, como também pode estender a punição aos clientes. Proíbe qualquer forma de auxílio, favorecimento,

intermediação, tráfico, sustento em razão da atividade. (NUCCI, 2014, pg. 68)

Em relação ao regulamentador, o mesmo autor assim o conceitua:

O sistema regulamentador tem por finalidade legalizar a prostituição, dar-lhe benefícios como a outro trabalhador qualquer, registrando os trabalhadores do sexo e fiscalizando suas atividades. Concentra-se no livre consentimento e na autodeterminação da pessoa que se prostitui, a qual decide por vontade própria oferecer serviços sexuais, qualificando-se como um trabalho qualquer que, portanto, há de contar com as mesmas obrigações fiscais e os mesmos direitos trabalhistas e sociais: seguros em geral e tributos. (NUCCI, 2014, pg. 69)

Famoso País que adota esse sistema, o regulamentador, é a Holanda.

Sobre o sistema abolicionista, Rogério Greco o entende da seguinte maneira:

No entanto, tem prevalecido o sistema conhecido como abolicionista. Assim, deixa-se de responsabilizar criminalmente aquele que pratica a prostituição; no entanto pune-se as pessoas que lhe são periféricas e que de alguma forma contribuem para o seu exercício, como ocorre com os proxenetes, rufiões, cafetões etc. (GRECO, 2012, pg. 594)

O sistema adotado pelo Brasil e conseqüentemente pela sua legislação é o abolicionista. Desta forma, considera fato atípico a conduta de se prostituir, entretanto, é típica a conduta de auxiliar, favorecer ou tirar qualquer vantagem ou lucro dessa atividade. É justamente o que trata os artigos 228, 229, 230, 231 e 231-A do Código Penal brasileiro. O questionamento maior sobre esse tema é o porquê criminalizar condutas realizadas entre adultos e capazes, com consentimento, sem qualquer tipo de violência ou ameaça se o principal objeto do crime, a prostituição, não é crime, além de se tratar de condutas íntimas, privadas.

A questão pode ser respondida de diversas maneiras, mas aqui entende-se que a explicação ao questionamento é baseada nos fortes estigmas, preconceitos, discriminações, tabus que assolam essa atividade, sendo, portanto, delineada por critérios morais, costumeiros, que mesmo tendo dito por alterado, referindo-se aqui ao antigo título dos crimes sexuais, continuam influenciando e regendo crimes que chegam a ser ultrapassados, obsoletos, em demasia conservadores. Neste momento do trabalho registram-se apenas algumas dúvidas que serão esmiuçadas mais adiante.

Outro aspecto que se faz importante esclarecer para uma melhor compreensão do leitor é a noção do que seria lenocínio, expressão utilizada na descrição do Capítulo V do Título VI do Código Penal de 40, mas que em nenhum momento se conceitua.

O conceito dado por Nelson Hungria é o seguinte:

O Código de 40 não teria sido baldo de técnica se tivesse empregado, no presente capítulo, como rubrica geral, tão-somente o vocábulo “lenocínio”. Com este nome, tomado em sentido lato, pode designar-se não só a atividade criminosa dos *mediadores* ou *fatores*, como a dos *proveitadores*, em geral, da corrupção ou prostituição. Assim, o “tráfico de mulheres” (recrutamento e transporte, de um país a outro, de mulheres destinadas à prostituição), a que o Código faz destacada menção, não é senão uma modalidade do lenocínio, do mesmo modo que o *proxenetismo* (“mediação para servir a lascívia de outrem”, “favorecimento a prostituição”, manutenção de “casas de prostituição”) e o *rufianismo* (aproveitamento parasitário do ganho de prostitutas). Lenocínio é o fato de prestar assistência a libidinagem de outrem ou dela tirar proveito. A nota diferencial, característica do lenocínio (em cotejo com os demais crimes sexuais), está em que, ao invés de servir a concupiscência de seus próprios agentes, opera, em torno da lascívia alheia, da prática sexual *inter alios*. E esta é uma nota comum entre *proxenetas*, *rufiões* e *traficantes de mulheres*: todos *corvejam* em torno da libidinagem de outrem, ora como mediadores, fomentadores ou auxiliares, ora como especuladores parasitários. (HUNGRIA, 1981, pgs. 258 e 259)

Das noções de lenocínio decorrem alguns termos que também precisam ser explanados. Alguns desses termos são o de proxeneta, rufião e traficantes de pessoas. Para Nucci, proxeneta e rufião podem ser conceituados e distinguidos da seguinte maneira:

Os termos – proxeneta, alcoviteiro e rufião – podem ser considerados sinônimos; porém, para efeitos de estudo penal dos crimes que o envolvem, temos por proxeneta ou alcoviteiro a pessoa que favorece, de qualquer modo, o contato sexual de terceiros, incluindo a prostituição. Segundo a lei, pode-se cometer o crime mesmo sem intenção de lucro, como se verá. O rufião, por seu turno, é o intermediário entre prostituta e cliente, retirando desse comércio o seu sustento. [...] Considerando-se a separação, para fins didáticos, entre proxeneta e rufião, aquele não lucra diretamente com a prostituição, como faz este último. (NUCCI, 2014, pgs. 86 e 87)

Do termo rufião pode-se ainda retirar os chamados cafetões e os gigolôs. Os primeiros atuam de forma ativa na atividade desenvolvida pelas pessoas que se prostituem para desta atividade retirarem dinheiro e os segundos são aquelas pessoas que vivem as custas, são sustentados por outras, neste caso, sustentados por quem exercem prostituição, mas atuam de forma passiva, muitas vezes apenas esperando os lucros para poderem tirar proveito.

Para Renato Marcão e Plínio Gentil (2015, pg. 296) “[...] *traficantes de pessoas* são aqueles que se dedicam à prática dos crimes tratados nos arts. 231 e 231-A do CP (tráfico internacional e tráfico interno de pessoas para fim de exploração sexual, respectivamente)”.

Os proxenetas praticam os artigos 227 (mediação para servir à lascívia de outrem), 228 (favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual) e

o 229 (manter estabelecimento onde ocorra exploração sexual). Já o rufião pratica o artigo 230.

Há uma divisão entre lenocínio principal e lenocínio acessório. O principal é aquele estabelecido no artigo 227 e o acessório pode figurar entre os artigos 228, 229 e 230.

A palavra tráfico nas palavras de Silveira Bueno (2000, pg. 763) significa “comércio, negociação, venda de drogas”. Percebe-se que possui significados comuns ao dia-a-dia, porém também possui conceitos nocivos, isso ocorre principalmente quando a palavra é utilizada no Direito Penal. Sobre o referido assunto Nucci prepondera:

O tráfico é um comércio ou um negócio, mas o termo, como regra, ingressando na legislação penal, aútere o seu sentido exclusivamente negativo, demonstrativo de *ilicitude*. Eis o clássico exemplo do tráfico de drogas. Refere-se p *tráfico de pessoas*, no campo dos crimes contra a dignidade sexual, ao deslocamento de pessoas, dentro do território nacional ou deste para o exterior – e reciprocamente – evidenciando conduta que pode *explorar* e *abusar* da boa-fé de alguns, para gerar lucro indevido a outros, por conta da prostituição e outras inserções promovidas pela indústria do sexo. (NUCCI, 2014, pg. 100)

Assim como a expressão lenocínio, que foi explanada anteriormente, a expressão tráfico de pessoas não possui qualquer definição ou esclarecimento no Código Penal. Para resolver se uma determinada ação é ou não tráfico de pessoas os estudiosos, os juristas, além do resto da população deve pesquisar o termo em outros dispositivos, o que dificulta seu real entendimento e, por fim, a tipificação “justa” deste crime.

Para diminuir essa lacuna, o Brasil adotou o Aditivo à Convenção das Nações Unidas para o Combate ao Crime Organizado Transnacional relativo à Prevenção, Repressão e Punição ao Tráfico de Pessoas (BRASIL, 2004), que já foi mencionado anteriormente, mas que seu reforço não é excessivo.

Art. 3º Para efeitos do presente protocolo:

a) A expressão "tráfico de pessoas" significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos; b) O consentimento dado pela vítima de tráfico de pessoas tendo em vista qualquer tipo de exploração descrito na alínea a do presente Artigo será considerado irrelevante se tiver sido utilizado qualquer um dos meios referidos na alínea a; c) O recrutamento, o

transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de uma criança para fins de exploração serão considerados "tráfico de pessoas" mesmo que não envolvam nenhum dos meios referidos da alínea a) do presente Artigo. (BRASIL, 2004)

Este dispositivo busca conceituar o que é tráfico de pessoas, porém, mesmo com a ajuda deste aditivo, a questão continua sendo dúbia. A parte clássica na doutrina, nas palavras de Nucci (2014, pg. 209) “sustenta ser indiferente o consentimento da vítima neste cenário, pois estaria em jogo o combate a associações de traficantes de mulheres (e homens), algo existente há várias décadas (senão décadas)”. A alínea ‘b’ do aditivo acima citado trata do consentimento da vítima a ser traficada, porém, diferente da doutrina clássica, o presente trabalho acredita que o consentimento da vítima afasta o crime e que a referida alínea do aditivo refere-se aos casos em que ocorram violência, ameaça, fraude. Desta forma, entende-se que o consentimento da vítima seria irrelevante, havendo o crime mesmo com a sua aprovação. Restringe-se esse momento apenas levantar a questão, todavia o tema será melhor abordado em momento oportuno, mais a frente.

Por derradeiro, é necessária a abordagem da expressão exploração sexual, que está presente em crimes como os previstos nos artigos 228, 229, 231 e 231-A do Código Penal.

Assim como as expressões anteriormente aludidas, esta também não possui definição precisa, nem ao menos explicações sobre o que seria exploração sexual para o Código Penal. Assim, torna-se difícil entender e tentar tipificar os crimes que prevêm essa expressão.

Para Silveira Bueno (2000, pg. 341) explorar significa “Estudar; examinar; explanar; pesquisar; especular; tirar partido ou proveito de; roubar habilmente; abusar da boa-fé de”. Assim, acredita-se que para o Direito Penal apenas os significados negativos, pejorativos dessa expressão devem ser abarcados por sua tutela.

Exploração sexual, para alguns doutrinadores como Rogério Greco, Renato Marcão e Plínio Gentil, é um gênero do qual a prostituição, a pornografia, o turismo sexual seriam espécies. Ocorre que, diversas ações ligadas a essas expressões não são crimes, o Direito Penal não as protege. Se essa ideia está correta, condutas ligadas a pornografia, por exemplo, deveriam ser punidas, porém não é o que acontece.

Exploração sexual, na visão deste trabalho, acontece no sentido obscuro do termo, no sentido ruim, onde ocorre violência, ameaças, fraudes. Considerar a prostituição uma exploração sexual quando as partes são maiores, capazes, livres e não há nenhum meio que impeça a livre manifestação da vontade dessas pessoas não parece correto. O Direito quando leva em conta noções antiquadas como essa não está tutelando o que ele diz amparar, que seria a dignidade sexual, tutela, no entanto, preceitos moralistas e costumeiros.

CAPÍTULO 3. DOS PRINCÍPIOS ADSTRITOS AOS CRIMES SEXUAIS, PASSANDO POR UMA ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIAS ATÉ CHEGAR EM POSSÍVEIS RESOLUÇÕES PARA A TEMÁTICA

O atual capítulo desta monografia talvez seja o mais importante. Nele serão trazidos à tona os principais argumentos que ajudam no pensamento que este trabalho sustenta. O item 3.1 destina-se a levantar princípios norteadores do direito penal que podem ajudar na resolução da temática. Princípios como o da adequação social, intervenção mínima e o da lesividade são evidenciados buscando demonstrar como eles devem ser utilizados na busca de um Direito mais adequado as questões sociais.

O item 3.2 tem como direção a análise de jurisprudências. Não apenas de julgados a favor do raciocínio desta monografia, mas também com posições contrárias. Esse tipo de escolha faz com que pontos positivos e negativos de ambas as concepções sejam aludidas e isto facilita na tomada de decisões dos leitores.

Por fim, o item 3.3 destinou-se a elucidar formas para a resolução da problemática. Expondo crime a crime e, então, demonstrando quais seriam as melhores formas de resolver cada um desses delitos de acordo com os mais recentes anseios sociais.

3.1 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO PENAL E SUA RELAÇÃO COM O LENOCÍNIO, A PROSTITUIÇÃO E TRÁFICO DE PESSOAS

É de grande conhecimento que a conceituação daquilo que se chama Direito é difícil e nem sempre é possível descrever tudo aquilo que ele comporta. Matéria que envolve diversas vertentes e que regula a vida em sociedade não poderia ser diferente.

Miguel Reale (2002, pg. 01), apresenta o que ele diz ser o Direito para um homem comum “[...] Direito é *lei* e *ordem*, isto é, um conjunto de regras obrigatórias que garante a convivência social graças ao estabelecimento de limites à ação de cada um de seus membros”. Sabe-se que o Direito não se resume a apenas algumas linhas, mas é isso que a maioria da população conhece quando o tema surge.

Ocorre que o Direito possui diversas facetas e entre elas está o Direito Penal, que é basilar para o presente trabalho. O Direito Penal seria o conjunto de normas, leis, mandamentos de natureza penal, criminal que estabelecem crimes, infrações e dão ao Estado o poder de punir aquele que comete tal ato descrito na norma além de determinar como ocorrerão as punições, sanções. (BITENCOURT, 2012)

Tem como finalidade, nas palavras de Rogério Greco (2008, pg. 04) de “[...] tutelar os bens que, por serem extremamente valiosos, não do ponto de vista econômico, mas sim político, não podem ser suficientemente protegidos pelos demais ramos do Direito”.

Mesmo que o Direito Penal busque regular normas que estabeleçam crimes para proteger os bens jurídicos mais valiosos, não poderá ele se utilizar desses argumentos para dar ao Estado todos os poderes ao ponto de chegar a ser implacável demais. Se ocorresse desta forma, diversos direitos individuais seriam atingidos e o real objetivo do Direito Penal não seria alcançado. Por tudo isso, sabe-se que existem princípios que regulam o Direito Criminal e que lhe apresentam limites. Esses limites são estabelecidos para que direitos individuais, sociais, direitos fundamentais que cada indivíduo possui não seja rechaçado.

A esses princípios que regulam o ordenamento jurídico penal, Cezar Roberto Bitencourt (2012, pg. 87) os conceitua como “Princípios Fundamentais de Direito Penal de um Estado Social e Democrático de Direito”. E completa dizendo que esses princípios “são garantias do cidadão perante o poder punitivo estatal e estão amparados pelo novo texto constitucional de 1988”.

Ainda de acordo com o renomado autor é no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 que se consegue visualizar os principais princípios que regulam o conteúdo penal:

Mas é no art. 5º da nossa Carta Magna onde encontramos princípios constitucionais específicos em matéria penal, cuja função consiste em orientar o legislador ordinário para a adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, embasado em um Direito Penal da culpabilidade, um *Direito Penal mínimo* e garantista [...] (BITENCOURT, 2012, pg. 88)

Passando a tecer comentários sobre os princípios que se aplicam aos crimes aqui estudados, pode-se aludir o primeiro deles que é o princípio da Intervenção Mínima. Esse princípio traz a noção de que o Direito Penal deve agir somente para proteger os bens jurídicos mais importantes presentes nas relações em sociedade. Ele traz a ideia de *ultima ratio*, pois estabelece que o a tutela penal só deverá ser

invocada quando nenhum outro ramo do Direito possa agir para proteger aquele bem que sofra violação.

Nas palavras do digno doutrinador Cezar Roberto Bitencourt, o princípio da intervenção mínima seria:

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como ultima ratio, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes. Ademais, se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Assim, se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas as que devem ser empregadas, e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a ultima ratio do sistema normativo, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade. (BITENCOURT, 2012, pg. 97)

De acordo com esse princípio, o Direito Penal deve possuir a característica de ser fragmentário, ou seja, deve apenas punir e tutelar aquelas condutas mais extremas que vão de encontro aos bens jurídicos mais importantes. Caso essas condições não sejam previstas quem deveria intervir não é o ramo penal do direito e sim outro ramo que se encaixe na conduta cometida.

Esse caráter fragmentário do Direito Penal constitui um princípio que decorre do princípio da intervenção mínima e é denominado princípio da fragmentariedade. Para Bitencourt ele poderia ser assim conceituado:

Resumindo, “caráter fragmentário” do Direito Penal significa que o Direito Penal não deve sancionar todas as condutas lesivas dos bens jurídicos, mas tão somente aquelas condutas mais graves e mais perigosas praticadas contra bens mais relevantes. (BITENCOURT, 2012, pg. 101)

O ponto a ser levantado aqui é se esses princípios estariam sendo violados ou ainda se esses princípios estariam sendo utilizados quando se analisa os crimes objeto deste trabalho. Sendo a prostituição um insignificante para o direito penal brasileiro, ou seja, constituindo-se um fato atípico a conduta de se prostituir e consistindo essa conduta o objeto dos crimes aqui analisados, a dúvida que paira é justamente se diversas das condutas descritas nos tipos penais averiguados estariam de acordo com esses princípios que norteiam o ordenamento penal.

Quando estamos diante de pessoas capazes, maiores, e livres que querem agir utilizando a liberdade que a própria Constituição de 1988 as confere, qual seria o motivo para punir tais condutas?

Aqui se conjuga da ideia de que diversos dos verbos e expressões constantes nos crimes analisados são tipificados apenas por questões moralistas e ranços preconceituosos que teimam em continuar na legislação penal.

Desde que a maioria das condutas descritas nos tipos penais em análise não sejam feitas com a utilização de violência, grave ameaça e/ou fraude, o corrente trabalho concebe o entendimento de que o real bem jurídico que se está defendendo, no que se refere aos crimes como estão estabelecidos atualmente, é a moral e os bons costumes. Ocorre que, de acordo com os princípios da intervenção mínima e da fragmentariedade a legislação penal deve proteger apenas os bens jurídicos mais importantes, entende-se aqui que a moral, os preconceitos e os bons costumes não se encaixam nessa noção de “principal”. O que deveria ser considerado como tal seriam os ideais de liberdade, intimidade, vida privada que cada um possui de fazer da sua vida o que bem entender, claro que levando em conta o direito dos demais.

Para exemplificar o que se pretende demonstrar, pode-se aludir alguns dos crimes objeto do trabalho. O crime previsto no artigo 227 diz ser típica a conduta de induzir alguma pessoa a satisfazer a lascívia de um terceiro, punindo esse tipo de agir com reclusão de um a três anos. Portanto, mesmo que a pessoa a ser induzida deseje satisfazer a lascívia da outra pessoa, ou seja, mesmo com toda liberdade que hoje em dia a sociedade conquistou, isso é um crime. Não importando a vida privada, a intimidade e a liberdade de escolha da pessoa que foi “induzida”. Acredita-se que o intuito dos princípios aqui expostos não é tutelar condutas como estas, condutas que em nada afetam terceiros. Qual o bem jurídico tão importante nesse crime é protegido para que o Direito Penal se preocupe em tipificá-lo?

Sobre esse crime Nucci argumenta:

Há, inclusive, figuras bizarras, como o simples induzimento de qualquer pessoa a satisfazer a lascívia de outrem, que é considerada crime (art. 227 do CP). Logo, sem nenhum envolvimento com a prostituição, a mera intermediação sexual entre adultos é fato típico, na vestuta legislação brasileira. (NUCCI, 2014, pg. 89)

Outro grande princípio valioso que se pode aludir quando tratamos de Direito Penal e que se aplica aos crimes aqui estudados é o da adequação social. Esse princípio basicamente quer dizer que, em matéria penal, o Direito deve se preocupar com ações que a sociedade considera prejudiciais e não com aquelas que são aceitas. Neste molde, “[...] condutas que se consideram “socialmente adequadas”

não se revestem de tipicidade e, por isso, não podem constituir delitos”. (BITENCOURT, 2012, pg. 103)

De acordo com Rogério Greco, o princípio da adequação social possui duas funções:

O princípio da adequação social, na verdade, possui dupla função. Uma delas, já destacada acima, é a de restringir o âmbito de abrangência do tipo penal, limitando a sua interpretação, e dele excluindo as condutas consideradas socialmente adequadas e aceitas pela sociedade⁴. A sua segunda função é dirigida ao legislador em duas vertentes. A primeira delas orienta o legislador quando da seleção das condutas que deseja proibir ou impor, com a finalidade de proteger os bens considerados mais importantes. Se a conduta que está na mira do legislador for considerada socialmente adequada, não poderá ele reprimi-la valendo-se do Direito Penal. Tal princípio serve-lhe, portanto, como norte. A segunda vertente destina-se a fazer com que o legislador repense os tipos penais e retire do ordenamento jurídico a proteção sobre aqueles bens cujas condutas já se adaptaram perfeitamente à evolução da sociedade. Assim, da mesma forma que o princípio da intervenção mínima, o princípio da adequação social, nesta última função, destina-se precipuamente ao legislador, orientando-o na escolha de condutas a serem proibidas ou impostas, bem como na revogação de tipos penais. (GRECO, 2008, pgs. 57 e 58)

Pode-se trazer em questão, para exemplificar o uso desse princípio, o crime estabelecido no artigo 229, que é a manutenção de estabelecimento onde venha a ocorrer exploração sexual. O primeiro problema, como já foi dito, é saber o que é exploração sexual. Pode ser a simples prostituição, a pornografia, o turismo sexual dentre tantas outras modalidades que são conhecidas atualmente. Podendo ser também as relações sexuais que envolvem ameaças, violências, fraudes. No mais, todos sabem que é típica a conduta estabelecida no artigo 229 do Código Penal, principalmente as autoridades policiais, mas muitos as frequentam ou pelo menos sabem da existência de algum lugar que se encaixe nas descrições do tipo penal e não fazem nada sobre o assunto. Diversos são os meios de propaganda desse tipo de estabelecimento e isso também não é recriminado, retirando os valores moralistas.

Com tudo isso, vê-se a adequação social estabelecida sobre esse crime. Óbvio que se defende aqui a liberdade de agir das pessoas e sua vida íntima, direitos esses que o Estado não deve intervir em qualquer situação, mas é bom salientar que quando essa liberdade não é seguida, do ponto de vista onde as pessoas que se prostituem sofrem violência e ameaças, o caso se inverte e o Direito Penal deve sim interceder.

Rogério Greco assim entende a permanência desse tipo penal na legislação atual:

A existência de tipos penais como o do art. 229 somente traz descrédito e desmoralização para a Justiça Penal (Polícia, Ministério Público, Magistratura *etc.*), pois que, embora sendo do conhecimento da população em geral que essas atividades são contrárias a lei, ainda assim seu exercício é levado a efeito com propagandas em jornais, revistas, *outdoors*, até mesmo em televisão, e nada se faz para tentar coibi-lo. (GRECO, 2011, pg 694)

Além desses dois grandes princípios que são sempre aludidos quando se trata dos crimes de lenocínio e do tráfico de pessoas para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual, pode-se aplicar ainda o princípio da lesividade ou ofensividade.

Rogério Greco assim define o princípio da lesividade:

Os princípios da intervenção mínima e da lesividade são como que duas faces de uma mesma moeda. Se, de um lado, a intervenção mínima somente permite a interferência do Direito Penal quando estivermos diante de ataques a bem jurídicos importantes, o princípio da lesividade nos esclarecerá, limitando ainda mais o poder do legislador, quais são as condutas que poderão ser incriminadas pela lei penal. Na verdade, nos orientará no sentido de saber quais são as condutas que *não* poderão sofrer os rigores da lei penal. (GRECO, 2008, pg. 53)

Para completar esse pensamento sobre o que seria o princípio da lesividade ou ofensividade, pode-se expor o que Nucci fala sobre ele:

[...] o direito penal não deve ser utilizado para resolver *qualquer* conflito e também deve voltar-se aos *principais* conflitos, realmente ofensivos à sociedade, capazes de gerar desagregação e resultados trágicos, em todos os níveis, se não forem satisfatoriamente contidos. (NUCCI, 2014, pg. 19)

Nestas circunstâncias, pode-se dizer que se uma conduta for feita por alguém e não venha a atingir qualquer bem de terceiros, ou seja, que a conduta apenas atingiu o próprio autor, não ultrapassando a esfera do próprio autor, esse agir não deveria ser considerado um crime. É o que ocorre com a maioria das ações que envolvem a atividade da prostituição e suas decorrências. Normalmente a única pessoa que deveria se sentir lesada seria a própria pessoa que se submete a essa prática, as demais pessoas no máximo poderão se sentir incomodadas, por preconceito ou valores morais e costumeiros, que diga-se de passagem estão um dia após o outro sendo superados.

Do mesmo modo é proibido tornar típica a conduta desviada que não atinja bem jurídico de outrem. A prostituição pode ser considerada uma ação desviada, já que muitos a atribuem um valor negativo, a tratam com aversão. Ocorre que, para que assim a entendam levam em conta preceitos morais enraizados em sua cultura

mesmo que essa atividade, na maioria dos casos, não afete qualquer bem jurídico importante seu ou da sociedade. (GRECO, 2008)

Percebe-se, portanto, que diversos princípios norteiam esses crimes sexuais que são objeto do exposto trabalho. Acredita-se que alguns deles não estejam sendo correspondidos, visto que diversos dispositivos antiquados continuam na legislação penal, legislação penal esta que deveria se incumbir de proteger os mais importantes bens jurídicos.

3.2 OBSERVANDO ALGUMAS JURISPRUDÊNCIAS SOBRE O CONTEÚDO: EM BUSCA DE POSSÍVEIS SOLUÇÕES

A Jurisprudência é uma ótima fonte do Direito para se entender como os julgadores entendem os tipos penais e, assim, dão seu juízo de valor frente a um caso concreto. O presente tópico pretende demonstrar, através de alguns julgados, como os crimes aqui estudados possuem natureza dúbia, dessa forma, possuindo diversas formas de entendimento e julgamento sobre os crimes previstos no Capítulo V do Título VI do Código Penal.

A análise de jurisprudência sobre o tema é de grande contribuição, já que através dessa fonte do Direito pode-se vislumbrar como são decididos os casos concretos. Ocorre que, ao buscar-se esse tipo de fonte, encontram-se decisões favoráveis e contrárias, que de certo modo ajudam no entendimento, já que se pode valer dos dois posicionamentos para retirada dos argumentos utilizados.

Quando se trata do crime previsto no artigo 227 do Código Penal brasileiro, mediação para servir a lascívia de outrem, muito se discute sobre o motivo do legislador querer tutelar esse crime. Quando esse tipo de conduta é feita entre pessoas capazes, sem qualquer tipo de empecilho, ou seja, se a “vítima” se propõe a fazer o descrito no tipo penal utilizando-se de sua livre disposição, desta forma, com seu consentimento, não se vê qual seria o problema nesse agir, qual seria o bem jurídico que se estaria infringindo.

Sobre isso pode-se aludir a jurisprudência a seguir:

TJDF: “Com a nova redação da lei 12.015/2009, não há previsão de crime na conduta de alguém que induz maior de 14 (quatorze) anos a satisfazer a sua lascívia, de forma consentida” (Apr. 2005.09.1.011314-0/DF, 1.ª T.C., rel. Luciano Moreira Vasconcelos, v.u.). (Tribunal de Justiça do Distrito Federal apud, Nucci, 2014, pg. 186)

O crime de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual, que está previsto no artigo 228 do Código Penal, também possui suas complicações em seu julgamento e em seu conceito, como já foi visto anteriormente. Para demonstrar um pouco dessas dúvidas pode-se trazer o seguinte julgado:

APELAÇÃO CRIMINAL. FAVORECIMENTO DA PROSTITUIÇÃO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. VÍTIMA JÁ PROSTITUÍDA QUE, ESPONTANEAMENTE, MANTINHA RELAÇÕES SEXUAIS COM O APELANTE EM TROCA DE DINHEIRO. ATÍPICIDADE DA CONDUTA. ABSOLVIÇÃO. APELO PROVIDO. DECISÃO POR UNANIMIDADE DE VOTOS. I - No caso em análise, não há que se falar em induzimento ou qualquer outra forma de favorecimento à prostituição, visto que a vítima adolescente já se prostituía há três anos e, espontaneamente, mantinha relações sexuais com o apelante em troca de dinheiro. Fato atípico. Absolvição que se impõe. II- Apelo provido. Decisão por unanimidade de votos. (TJ-PE - APL: 2826431 PE , Relator: Alexandre Guedes Alcoforado Assunção, Data de Julgamento: 13/11/2013, 4ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 29/11/2013)

Alega-se no julgado acima exposto que não há o crime de favorecimento da prostituição quando a vítima já se prostitui, porém, se o que se quer é seguir à risca aquilo descrito na lei, será que mesmo a vítima já sendo prostituta, a procura por seus trabalhos não estaria fomentando essa atividade que tanto se busca eximir, ou seja, esse tipo de procura por prostitutas não seria favorecer a prostituição? Além disso, ainda se alega a espontaneidade que a “vítima” possui para não tipificar o crime. Para este trabalho é justamente esse último ponto que se deveria levar em consideração, a livre manifestação das escolhas dos indivíduos, quando essa liberdade não afeta terceiros.

O próximo tipo penal estabelecido no Código Penal talvez seja o que mais possui jurisprudências contrárias, ou seja, que mais decidem de formas diferentes sobre o mesmo assunto. É o crime previsto no artigo 229, que antes era denominado casa de prostituição e agora passou a ser estabelecimento onde ocorra exploração sexual.

Para um melhor entendimento da temática irá se explanar aqui sobre posicionamentos a favor de que continue punindo essa atividade e sobre a ideia oposta a essa, ou seja, o entendimento de que esse tipo de crime não deveria mais existir e por isso, ser considerada uma figura atípica. É o que ocorre nas decisões a seguir expostas:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. CASA DE PROSTITUIÇÃO. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA FRAGMENTARIEDADE E DA ADEQUAÇÃO SOCIAL: IMPOSSIBILIDADE. CONDUTA TÍPICA. CONSTRANGIMENTO NÃO CONFIGURADO. 1. No crime de manter casa de prostituição, imputado aos Pacientes, os bens

jurídicos protegidos são a moralidade sexual e os bons costumes, valores de elevada importância social a serem resguardados pelo Direito Penal, não havendo que se falar em aplicação do princípio da fragmentariedade. 2. Quanto à aplicação do princípio da adequação social, esse, por si só, não tem o condão de revogar tipos penais. Nos termos do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (com alteração da Lei n. 12.376/2010), “não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue”. 3. Mesmo que a conduta imputada aos Pacientes fizesse parte dos costumes ou fosse socialmente aceita, isso não seria suficiente para revogar a lei penal em vigor. 4. Habeas corpus denegado. (STF - HC: 104467 RS, Relator: Min. CARMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 08/02/2011, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-044 DIVULG 04-03-2011 PUBLIC 09-03-2011 EMENT VOL-02477-01 PP-00057)

Esse primeiro julgado adota o posicionamento de que se o crime está previsto no Código Penal ele deve ser utilizado e, desta forma, punir aqueles que o cometem. A próxima jurisprudência é oposta a primeira e defende o uso do princípio da adequação social.

APELAÇÃO CRIME. MANUTENÇÃO DE CASA DE PROSTITUIÇÃO. ART. 229 DO CP. ATIPICIDADE. A manutenção de casa de prostituição com o pleno conhecimento da autoridade, que nenhuma restrição lhe opõe, desfigura o delito previsto no art. 229 do CPP. Conduta que, embora inscrita na norma repressiva, em atenção às transformações de toda a ordem experimentadas pela sociedade, que traçam novos rumos, a partir do redimensionamento de valores coletivos e individuais, das quais o direito penal não se pode abstrair, em face das finalidades e princípios norteadores das normas recriminadoras; deve ser visualizada dentro de uma concepção maior, buscando a verdadeira finalidade da norma que incrimina a conduta, com todas as suas circunstâncias, inclusive respeitando as transformações sociais. Precedentes nesta Corte. Absolvição mantida. APELO IMPROVIDO. (Apelação Crime Nº 70029627080, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Fabianne Breton Baisch, Julgado em 28/07/2010).

Com a leitura de ambos os julgados percebe-se posicionamentos contrários referentes ao mesmo tema. O primeiro, decisão do STF, entende que o crime está tipificado no Código Penal e que, por isso, deve ser utilizado. Que princípios que norteiam o Direito Penal não podem desconstituir o crime tipificado e ainda em vigor. O segundo, decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), que por sinal vem inovando ao criar precedentes sobre o tema, julga dizendo que ainda praticando conduta inscrita em norma, mas que não afeta em nada a sociedade e que todas as autoridades possuem conhecimento, ou seja, adequação social, devem ser visualizadas dentro de outra concepção. (HASHIMOTO, 2009)

Não obstante, é de inteira compreensão de que as leis são feitas por representantes do povo e para o povo. Dessa forma, ter um entendimento engessado de que apenas uma lei pode retirar a ilicitude de outra é não levar em

conta o próprio anseio da sociedade que já não mais entende como crime um tipo penal só porque ele continua existindo na letra da lei.

O primeiro julgado defende que se a figura está no código, desta forma, sendo típica, aquelas condutas que se encaixarem em sua descrição devem ser punidas, além de dizer que só nova lei pode revogar a que está em vigor, que princípios não podem fazer isso, sobre esse tema Rogério Greco diz:

Embora sirva de norte para o Legislador, que deverá ter a sensibilidade de distinguir as condutas consideradas socialmente adequadas daquelas que estão a merecer a reprimenda do Direito Penal, o princípio da adequação social, por si só, não tem o condão de revogar tipos penais incriminadores. Mesmo que sejam constantes as práticas de algumas infrações penais, cujas condutas incriminadas a sociedade já não mais considera perniciosas, não cabe, aqui, a alegação, pelo agente, de que o fato que pratica se encontra, agora, adequado socialmente. Uma lei somente pode ser revogada por outra, conforme determina o *caput* do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil. (GRECO, 2008, pg. 58)

Acontece que mesmo assim, pode-se chegar a um denominador que talvez atenda à sociedade. Como não existe ainda uma norma que despenalize a existente, os princípios norteadores do Direito como a adequação social e a intervenção mínima poderiam ser os ensejadores dessa mudança. Nessa linha tem-se o pensamento do mesmo doutrinador:

O princípio da intervenção mínima, ou *ultima ratio*, é o responsável não só pela indicação dos bens de maior relevo que merecem a especial atenção do Direito Penal², mas se presta, também, a fazer com que ocorra a chamada descriminalização. Se é com base neste princípio que os bens são selecionados para permanecer sob a tutela do Direito Penal, porque considerados como os de maior importância, também será com fundamento nele que o legislador, atento às mutações da sociedade, que com sua evolução deixa de dar importância a bens que, no passado, eram de maior relevância, fará retirar do nosso ordenamento jurídico-penal certos tipos incriminadores. (GRECO, 2008, pg. 49)

Mesmo existindo diversas decisões como a segunda aqui apresentada, decisões favoráveis às mudanças, decisões que absolvem os imputados aos crimes aqui discutidos, a maioria dos julgados sobre esse tema continuam estáticos e com praticamente o mesmo argumento de que o crime está tipificado e a lei ainda vigente e, por isso, deve ser aplicado.

Tais decisões, além de conflitarem com outras decisões, ou seja, conflito entre fontes do Direito da mesma espécie, encontram antagonismo com outra espécie de fonte do Direito, a doutrina. Diversos doutrinadores compartilham da mesma opinião sobre a abordagem. Mesmo com as diversas alterações ocorridas com o passar do tempo, não conseguem entender como tipos penais como esses

continuam em nosso ordenamento, como vem sendo exposto por todo o caminho deste trabalho. Assim afirma Guilherme de Souza Nucci (2009, pgs. 7-8):

Modernizou-se, de modo incontestado, o cenário dos delitos sexuais, mas não se sanaram todos os problemas ainda existentes. Em particular, não se consegue compreender a ferrenha oposição conservadora do Legislativo brasileiro em aplicar, com eficiência, o princípio da intervenção mínima, prestigiando o direito penal do Estado Democrático de Direito. Para tanto, aproveitando o ensejo da profunda reformulação dos crimes contra a dignidade sexual, deveria ter extirpado figuras vetustas, antiquadas e inoperantes da legislação penal. Não o fez e preferiu manter, nos tribunais, acesas as polêmicas e divergentes opiniões sobre vários temas.

Tratando-se agora precisamente sobre o crime de rufianismo, previsto no artigo 230 do Código Penal brasileiro, até encontram-se julgados sobre o tema, mas muitos deles são anteriores à reforma de 2009. Por outro lado, dos que são encontrados após reforma muitos deles são de absolvição. Primeiro, porque é difícil comprovar a materialidade desse crime, devendo haver habitualidade e segundo, pois para haver o crime o acusado deve tirar proveito diretamente da prostituição e não de certas coisas que dela decorrem. Para melhor exemplificar esse entendimento tem-se o seguinte julgado:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA OS COSTUMES. RUFIANISMO. ART. 230 DO CP. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. ABSOLVIÇÃO. A prova dos autos foi insuficiente para embasar, com a certeza necessária, um veredicto condenatório. Para caracterizar o crime de rufianismo é necessário que o rufião aproveite diretamente o lucro auferido pelas mulheres em razão da prostituição. Não é o que se verifica no caso. Em momento algum há notícia de que parte dos valores obtidos pela vítima fosse repassada aos denunciados, mas sim de que estes se beneficiavam com o aluguel do quarto e com a venda das bebidas. Não demonstradas, portanto, as elementares do tipo penal, impõe-se a absolvição dos réus, com fundamento no art. 386, II e VII, do CP. APELOS PROVIDOS. Por maioria. (Apelação Crime Nº 70049605678, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Alberto Etcheverry, Julgado em 18/12/2013) (TJ-RS - ACR: 70049605678 RS, Relator: Carlos Alberto Etcheverry, Data de Julgamento: 18/12/2013, Sétima Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 10/02/2014)

Parece ser ainda maior o descuido do legislador ao manter o crime ou ao menos não o modificar, adequando-o à atualidade. Sobre essa figura constante do Código Penal atual Guilherme de Souza Nucci disserta:

(...) Na realidade, não deixa de ser também figura ultrapassada, pois o mundo moderno, inclusive em outros países, tem buscado a legalização da prostituição e, conseqüentemente, do empresário do setor. O rufianismo pode ser uma forma de proteção à pessoa que pretenda se prostituir (conduta não criminosa). Logo, ingressa nesse contexto o moralismo, por vezes exagerado, de proibir qualquer forma de agenciamento ou condução empresarial da atividade. A sociedade olvida o desatino de manter a prostituta nas ruas, sem proteção e vítima da violência, disseminando doenças, dentre outros problemas, em lugar de lhe permitir o abrigo em estabelecimentos próprios, fiscalizados pelo Estado, agenciados por

empresários, com garantia tanto ao profissional do sexo quanto à clientela. Enquanto se mantém na criminalidade a figura do rufião, que não se vale de violência ou grave ameaça, está-se incentivando a prostituição desregrada e desprotegida, pois acabar com a atividade o Estado jamais conseguirá. (NUCCI, 2009. Pg. 85)

Por último temos os crimes de tráfico internacional de pessoas para fim de exploração sexual e de tráfico interno de pessoas para fim de exploração sexual, previstos nos artigos 231 e 231-A, respectivamente, do Código Penal brasileiro vigente. Em relação a julgados sobre esse tema, existem diversos deles e praticamente todos tratam esses crimes da mesma forma. Para melhor exemplificar o que se está afirmando, expõe-se a seguinte jurisprudência:

PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE SERES HUMANOS. EXPLORAÇÃO SEXUAL DE MULHERES. ARTIGO 231 DO CÓDIGO PENAL. (ART. 239 DO ECA). CONSENTIMENTO DAS VÍTIMAS. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. 1. O consentimento da vítima em seguir viagem não exclui a culpabilidade do traficante ou do explorador, pois que o requisito central do tráfico é a presença do engano, da coerção, da dívida e do propósito de exploração. É comum que as mulheres, quando do deslocamento, tenham conhecimento de que irão exercer a prostituição, mas não têm elas consciência das condições em que, normalmente, se vêem coagidas a atuar ao chegar no local de destino. Nisso está a fraude. 2. O crime de tráfico de pessoas - foi a Lei 11.106, de 28.03.2005, que alterou a redação do art. 231 do Código Penal, de tráfico de mulheres para tráfico internacional de pessoas - consuma-se com a entrada ou a saída da pessoa, homem ou mulher, seja ou não prostituída, do território nacional, independentemente do efetivo exercício da prostituição - basta o ir ou vir exercer a prostituição - , e ainda que conte com o consentimento da vítima. 3. O Protocolo para Prevenir, Suprimir e Punir o Tráfico de Pessoas, Especialmente Mulheres e Crianças, que suplementa a Convenção da ONU contra o Crime Organizado Transnacional, adotada em novembro de 2000, trouxe a primeira definição internacionalmente aceita de tráfico de seres humanos: "a) 'Tráfico de pessoas' deve significar o recrutamento, transporte, transferência, abrigo ou recebimento de pessoas, por meio de ameaça ou uso da força ou outras formas de coerção, de rapto, de fraude, de engano, do abuso de poder ou de uma posição de vulnerabilidade ou de dar ou receber pagamentos ou benefícios para obter o consentimento para uma pessoa ter controle sobre outra pessoa, para o propósito de exploração. Exploração inclui, no mínimo, a exploração da prostituição ou outras formas de exploração sexual, trabalho ou serviços forçados, escravidão ou práticas análogas à escravidão, servidão ou a remoção de órgãos; b) O consentimento de uma vítima de tráfico de pessoas para a desejada exploração definida no subparágrafo (a) deste artigo deve ser irrelevante onde qualquer um dos meios definidos no subparágrafo (a) tenham sido usados". 4. "O tráfico pode envolver um indivíduo ou um grupo de indivíduos. O ilícito começa com o aliciamento e termina com a pessoa que explora a vítima (compra-a e a mantém em escravidão, ou submete a práticas similares à escravidão, ou ao trabalho forçado ou outras formas de servidão). O tráfico internacional não se refere apenas e tão-somente ao cruzamento das fronteiras entre países. Parte substancial do tráfico global reside em mover uma pessoa de uma região para outra, dentro dos limites de um único país, observando-se que o consentimento da vítima em seguir viagem não exclui a culpabilidade do traficante ou do explorador, nem limita o direito que ela tem à proteção oficial" (Damásio de Jesus, in Tráfico Internacional de Mulheres e Crianças - Brasil, São Paulo: Saraiva, 2003, p. XXIV). 5. O crime disposto no art. 239

do ECA configura-se quando se promove ou auxilia a efetivação de ato destinado ao envio de criança ou adolescente para o exterior com inobservância das formalidades legais ou com o fito de obter lucro. 6. Materialidade e autoria comprovadas pelo conjunto probatório contido nos autos. (TRF-1 - ACR: 1188 AC 0001188-98.2011.4.01.3000, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO, Data de Julgamento: 26/03/2013, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.291 de 05/04/2013)

Resolveu-se escolher expor apenas um julgado, que no caso é sobre o crime previsto no artigo 231 do Código Penal, para explicar ambos os artigos. Esses artigos tratam basicamente do mesmo crime, por isso essa preferência.

Com a leitura do julgado acima exposto, pode-se retirar que basicamente sua ideia principal calca-se na não relevância do consentimento da vítima. Diz que independente do consentimento da vítima o acusado continua sendo culpado quando se trata desse tipo de crime. Entende-se, primeiro, que a generalização não é boa em qualquer caso, porém quando se trata de tipos penais isso é ainda pior, já que o que está em jogo são “coisas” de grande relevância. Assim, a melhor forma de tentar resolver um assunto como esse é esmiuçando caso por caso, para que se chegue ao melhor denominador possível. Segundo, este trabalho parte do pressuposto de que, analisando cada caso individualmente, o consentimento da vítima afastaria sim a punição do acusado. Se atualmente vigora uma sociedade democrática, que deve buscar proteger as garantias e os direitos individuais, cada um pode agir do modo que entender ser o melhor pra si, se isso não prejudicar direito de terceiro. Levando em conta o artigo 5º da Constituição Federal de 1988 que assegura a todos direitos e garantias fundamentais. (BRASIL, 1988)

Nota-se, após tudo isso apresentado, que muito do que se tem em teoria sobre a utilização dos princípios norteadores do Direito Penal não é seguido. Continuam tutelando a moral e os bons costumes mesmo quando o direito deve apenas proteger os bens jurídicos mais relevantes em sociedade, isso contraria os preceitos dos princípios acima expostos. Continuar protegendo certos “bens” por motivos religiosos, políticos, preconceituosos não é papel do direito penal. Arrematando bem sobre esses aspectos Nucci nos balda com seu pensamento:

É preciso separar sexo e religião, sexo e política, sexo e bons costumes. Quando se misturam tais ingredientes, surgem normas adversas à autêntica liberdade sexual e, conseqüentemente, fere-se a dignidade sexual. A imposição de dogmas religiosos no cenário sexual restringe a atividade individual e obriga pessoas, descrentes, agnósticas ou adeptas de outros credos, sufocar seus desejos sexuais em nome de preceitos que lhe são ininteligíveis. O influxo de critérios políticos para domar o desejo sexual individual não passa de tirania, pois invade-se a *intimidade das intimidades*,

revelando um falso moralismo. Finalmente, confundir sexo com *bons* ou *maus* costumes é transfigurar a vida privada das pessoas em atividade pública, pois na intimidade não existem valorações de terceiros para o que se faz; seria o mesmo que pretender julgar pensamentos ou avaliar desejos. Alguns tipos penais incriminadores, existentes no Código Penal, chegam a ser risíveis, tais como o delito de induzimento à lascívia (art. 227, *caput*). Convencer alguém a satisfazer o prazer sexual de outrem, pura e simplesmente, sem violência, ameaça ou pagamento é considerado crime no Brasil. Cuida-se de visível ofensa à intimidade e lastimável golpe na dignidade humana. (NUCCI, 2014, pg. 45)

Mesmo com todo o avanço que todos os setores da sociedade vêm sofrendo, no campo de proteção aos cidadãos, quando tratamos especificamente sobre crimes, muitas vezes os legisladores falham em não fazer mudanças necessárias acompanhando os anseios da coletividade. Manter crimes ou ao menos não fazer alterações necessárias em crimes como os aqui tratados faz, talvez não retroceder, mas estagnar, não evoluir.

3.3 POSSÍVEIS SAÍDAS PARA O ENFRENTAMENTO À PROBLEMÁTICA

Quando mudanças ocorrem em nosso ordenamento, como a alteração feita pela Lei 12.015 de 7 de agosto de 2009 no Título VI do Código Penal, elas resultam normalmente pelo fato de os dispositivos anteriores não mais possuírem os efeitos pretendidos e/ou esperados, decorrente da evolução que inevitavelmente tende a acontecer.

Todas as modificações ocorridas no título em apreciação aconteceram devido à evolução da sociedade, evolução esta que já não mais sustentava a nomenclatura do antigo título 'dos crimes contra os costumes', tampouco deixaria para trás o progresso dos padrões comportamentais dos indivíduos, que esse tal costume trazia empecilhos. (NUCCI, 2009)

Das diversas transformações advindas da nova lei, muitas ou até todas tinham como alicerce a própria Constituição de 1988 que assegura a todos a liberdade. Como toda mudança traz pontos positivos e negativos, não seria diferente com a pauta aqui. Com a junção de tipos anteriormente já codificados, criação de novos tipos além de apenas algumas mudanças naqueles já existentes, é fato que essas mudanças trouxeram benefícios. Ocorre que diversas dessas alterações apenas vieram a existir, mas que talvez devessem ser revistas pelo ordenamento vigente.

As mudanças aqui referidas estão ligadas basicamente a critérios moralistas e costumeiros. Ocorre que o presente trabalho parte da ideia de que esses não são motivos que devem ser levados em consideração quando outros mais importantes e adequados aos crimes em questão estão em jogo. Aludindo como mais importantes os direitos e garantias fundamentais estabelecidos no artigo 5º da Constituição Federal, principalmente o direito a liberdade, a intimidade e a vida privada. (BRASIL, 1988)

Para reforçar esse pensamento pode-se recrutar as palavras de Guilherme de Souza Nucci sobre a temática:

De outra parte, há certas regras, calcadas em idiossincrasias legislativas, que buscam tutelar aspectos morais contestáveis, pretendendo impor à sociedade formas de comportamento conservador e, por vezes, opressor. Nesse universo, nascem os delitos contra a *dignidade sexual*. Em primeira reflexão, será que todos os crimes constantes do Código Penal, sob o Título VI, da Parte Especial, são, efetivamente, necessários? Constituem essas figuras típicas o fruto refletido das necessidades do Estado Democrático de Direito? Refletem tais potenciais punições a *ultima ratio* ou simbolizam, apenas, a ânsia moralizante e paternalista estatal? (NUCCI, 2014, pg. 23)

Os crimes que são objeto deste trabalho, aqueles estabelecidos no Capítulo V do Título VI do Código Penal, tem como uma de suas principais prerrogativas a atividade da prostituição. Como já foi dito, o Brasil não trata essa atividade como um crime, porém pune aqueles que exercem alguma atividade correlata, que de qualquer forma possa a favorecer ou auxiliar. Sendo, então, o principal objeto desses crimes uma ação da qual não se é punida por sanção estatal, apenas sendo punida moralmente, qual seria a motivação para se punir aqueles que a favorecem, principalmente quando ambas as partes envolvidas na atividade são pessoas maiores, capazes e possuem a liberdade de fazer o que bem entendem com seus corpos?

Regras estabelecidas apenas em cima de parâmetros morais e costumeiros não deveriam prevalecer sobre bens jurídicos mais importantes, invocando, aqui, o princípio da intervenção mínima, que diz ser o Direito Penal a *ultima ratio*, devendo, portanto, agir apenas quando os bens jurídicos mais importantes estão sendo prejudicados.

Guilherme de Souza Nucci (2014, pg. 36), entende que moral é “[...] o conjunto de regras comportamentais válidas para um certo lugar em determinada época”. Demonstra, assim, que a moral pode variar de local para local e em períodos de tempo. O que hoje pode ser considerado imoral, amanhã pode não ser

mais. Aqui, entende-se que esses tipos de regras, baseadas na moral, não deveriam ser todas entendidas como mandamentos, muito menos serem transformadas em lei pelo Direito, ao menos quando outros direitos mais importantes estão sobre a mesa.

Sabe-se que princípios que norteiam o direito penal não são meios para revogar crimes, que só é possível revogar um crime através de uma nova lei que venha a tratar do assunto, revogando, assim, a anterior. Porém, poderiam ser esses princípios meios importantes, como instrumentos motivadores, para novas reformas nesses tipos penais aqui estudados. Criando-se, desta forma, e de acordo com as novas necessidades da sociedade atual, tipos penais mais adequados com a realidade existente atualmente. Não se sabe o real motivo para que isso não ocorra, como Nucci apresenta:

Doutrinariamente, o princípio da intervenção mínima é incentivado e enaltecido, como elemento propulsor das reformas legislativas no campo criminal, porém ainda está distante de ser efetivamente acolhido pelo Poder Legislativo no Brasil. Alguns passos têm sido dados na direção correta. Outros ainda estão por vir. É preciso evoluir e abandonar o foco paternalista do Direito Penal, buscando tipificar toda e qualquer conduta lesiva a direito de outrem; não é meta da lei penal punir banalidades ou infrações menores, que outros ramos do direito podem cuidar e tutelar. (NUCCI, 2014, pg. 18)

A partir de todas essas informações que foram sendo apresentadas durante todo o transcorrer do presente trabalho, passa-se, talvez, à parte mais difícil desta tarefa. Com o desejo de que o presente trabalho não aparente ser pretensioso, buscar-se-á trazer, como elucidação, formas de como resolver a problemática.

A primeira das possíveis resoluções para a problemática poderia ser a adoção pelo Brasil do sistema regulamentador. Esse sistema busca legalizar a atividade daqueles que se prostituem e também não considera crime a sua facilitação ou auxílio. Utiliza o prisma da liberdade e da intimidade das pessoas, levando em conta que as pessoas que se envolvam nessa atividade sejam maiores, capazes e se as relações são com base no consentimento. Como exemplos de países que seguem esse tipo de sistema que trata questões relacionadas com a prostituição, têm-se a Grécia e a Holanda, sendo este último o mais famoso país que trata da prostituição sob esse viés. (NUCCI, 2014)

A utilização do sistema regulamentador da prostituição possui diversos argumentos. Para exemplificar alguns deles pode-se aludir primeiro que a prostituição é vista como um mal apenas do ponto de vista moral, não é considerada um ilícito, que passaria a ser um trabalho como qualquer um outro, dessa forma, dando a essas pessoas mais direitos como o de aposentadoria, além de deveres

como o pagamento de tributos. Teriam mais coragem para denunciar qualquer abuso sofrido, já que atualmente possuem receio de serem taxadas como merecedoras desse tipo de agressão, inclusive nas delegacias, talvez houvesse a diminuição do preconceito. Outro tipo de argumento parte do pressuposto que cada um faz do seu corpo aquilo que bem entender, tendo por base o princípio da liberdade, claro, desde que isso não afete bem de terceiro, levar em conta o valor que o consentimento tem nessas relações, fazendo diferenças entre prostituição voluntária e prostituição forçada. (NUCCI, 2014)

Com a regulamentação da prostituição ainda se poderia utilizar algumas formas para que se esse tipo de atividade se constituísse de forma mais segura. Para isso, poderiam ser exigidos exames periódicos de saúde, a fim de controlar a disseminação de doenças ligadas ao sexo, os estabelecimentos onde fosse exercida a prostituição poderiam ser obrigados a manter determinadas regras para poderem funcionar, haver licenças para funcionamento, poderiam ser fiscalizadas por órgãos equiparados à vigilância sanitária. (NUCCI, 2014)

Poderia haver a diminuição da prostituição de rua, já que as casas de prostituição seriam lícitas e nesses lugares a segurança é maior do que nas ruas. Só esse ponto já diminuiria muito as queixas dos moralistas que reclamam da livre circulação de prostitutas pelas vias urbanas. Além de tudo isso, outro ponto positivo seria visualizado, que seria a diminuição do preconceito e o reconhecimento da família das pessoas que exercem tal atividade. Tirando a possibilidade de punir, como rufião, familiares que de certa forma são sustentados por prostitutas. (NUCCI, 2014)

Aqueles que não acreditam no sistema regulamentador argumentam que todos esses tipos de benefícios são apenas possíveis, que não há como saber se tudo isso realmente viria a acontecer. Sobre isso Guilherme de Souza Nucci diz:

Mas tudo é solúvel quando há boa vontade e expurgo do preconceito. Se antes, no Brasil, o homossexualismo era estigmatizado em larga escala, atualmente, chega-se a admitir a união estável formal entre pessoas do mesmo sexo – algumas já conseguiram se casar oficialmente – e adotam, legalmente, filhos. *Mudar* leva tempo, mas compensa. (NUCCI, 2014, 133)

Essa seria uma das alternativas para a mudança na legislação penal referente aos crimes que envolvem lenocínio, prostituição e tráfico de pessoas, entretanto, talvez seja essa uma solução um tanto drástica para acontecer de uma só vez. Acredita-se aqui que melhor seria uma gradativa mudança e que estas alterações

devem ocorrer em cada tipo penal do Capítulo V do Título VI do Código Penal brasileiro.

O que se pretende aqui não é dizer que todos os crimes sexuais são inadequados ao atual tipo de sociedade que se vivencia, é justamente o contrário. Diversos dos tipos penais que trata o Título VI do Código Penal são absolutamente necessários, mesmo tutelando critérios morais. Ocorre que, além de critérios morais, eles protegem diversos outros bens ainda mais importantes, como a liberdade e a dignidade do ser humano, e é exatamente nesses pontos que os crimes previstos no Capítulo V diferenciam-se dos demais previstos no Título VI. O que se busca através desse trabalho é demonstrar que os tipos penais estabelecidos no Capítulo V ou são totalmente desnecessários na atual conjuntura da sociedade ou pelo menos parte deles não deveriam ser tipificados da forma que estão.

Sobre isso, Guilherme de Souza Nucci fala:

Sem dúvida, pode-se sustentar que o estupro é delito grave, merecedor da atenção estatal repressora. Sob outro prisma, pode-se defender a mesma tutela em relação à prostituição ou à mediação à lascívia? Se a prostituição em si, realizada autonomamente, é irrelevante penal, qual o fundamento para se tipificar a conduta daquele que intermedeia esse tipo de atividade? Parece-nos, em princípio, uma invasão à esfera da vida privada e da intimidade de quem deseja prostituir-se, valendo-se, inclusive, da proteção de terceiros, como qualquer atividade *comercial*, onde se admite intermediação. (NUCCI, 2014, pg. 27)

Parte-se agora, para uma análise individualizada de cada crime objeto deste trabalho para demonstrar quais seriam os meios de resolução da problemática para cada um dos tipos penais.

O primeiro deles está previsto no artigo 227 do Código Penal Brasileiro e diz:

Art. 227 - Induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem:

Pena - reclusão, de um a três anos.

§ 1º Se a vítima é maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos, ou se o agente é seu ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro, irmão, tutor ou curador ou pessoa a quem esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda:

Pena - reclusão, de dois a cinco anos.

§ 2º - Se o crime é cometido com emprego de violência, grave ameaça ou fraude:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, além da pena correspondente à violência.

§ 3º - Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa. (BRASIL, 1940)

Sobre esse delito e os demais previstos no Capítulo V do Título VI do Código Penal, Cezar Roberto Bitencourt diz que esses “[...] crimes estão na contramão da

evolução social e perderam seu sentido ante a evolução dos hábitos e da moral sexual nas últimas décadas”. (BITENCOURT, 2011, pg. 145)

Como já foi esmiuçado em momento anterior, aqui cabe apenas demonstrar qual seria a solução para esse crime. Acredita-se que este crime fere os direitos de liberdade, intimidade e vida privada, pois não se vê qualquer problema em uma pessoa fazer intermédio entre dois indivíduos que pretendam satisfazer um a lascívia do outro. Caso uma dessas pessoas não queira, ela tem pleno direito de recusar e não ser “induzida”, cabendo a ela ter o livre arbítrio de querer ou não satisfazer a lascívia de um terceiro, óbvio que aqui devem figurar pessoas maiores, capazes, livres e com consentimento válido. Sem qualquer tipo de violência, ameaça ou fraude não se entende o que se quer tutelar com esse tipo penal.

Desta forma, a solução que se acredita ser adequada a esse delito seria uma readaptação do crime, devendo o crime ser tipificado com vista apenas nas hipóteses previstas no parágrafo segundo e para isso deveria haver uma nova redação do tipo penal. (NUCCI, 2014)

Percebe-se claramente que isso é uma situação corriqueira que acontece em diversas festas e que não faz nenhuma diferença para terceiros se isso ocorre ou deixa de ocorrer. Não dá pra imaginar quantas vezes ações como essas podem ser visualizadas em uma só noite e em uma só festa.

Apenas para reforçar o entendimento aqui afirmado, alude-se o pensamento de Paulo César Busato:

Modernamente, afastada a ideia de uma *moral sexual imperante*, existe uma tendência a reconhecer que a aflição é à liberdade e autonomia sexuais das pessoas,⁸ posto que aqueles que exploram a atividade sexual de outro, de algum modo, vivem da entrega sexual alheia mercantilizada e, por vezes, involuntária e longe de ser livre. Há também que mencione a vinculação do tipo à dignidade sexual,⁹ porém, sem maiores explicações sobre a razão da escolha. No entanto, mesmo essa postura é criticada, sob o argumento de que quem se entrega à satisfação da lascívia de alguém, mesmo que induzido por outro, o faz dentro de sua esfera de autonomia e liberdade, pelo que não seria possível falar em ofensa à autonomia ou liberdade sexuais.¹⁰ A verdade é que o ato de prostituir-se, ou de entregar-se sexualmente a quem quer que seja, praticado por pessoas maiores e capazes, é parte da autonomia e liberdade sexual que cada tem, pelo que as condutas acessórias a essa não deveriam, de modo algum, receber carga punitiva, independentemente do conteúdo moral que possam a ter. Aliás, é importante notar que aquele que se relaciona sexualmente com a pessoa induzida, ou seja, o destinatário da conduta do lenocínio, é absolutamente impune. Desse modo, é possível concluir, criticamente, que esse bem jurídico, diante do perfil de fragmentariedade do princípio da intervenção mínima, seria insuscetível de proteção penal, ao menos na forma como é colocado neste artigo. O caso seria de autocolocação em perigo da vítima, em face de um bem jurídico absolutamente disponível. Nesse caso, as condutas que contribuam para essa exposição a risco

tampouco poderiam ser puníveis. A nosso sentir, portanto, o princípio de intervenção mínima torna impune, no mínimo, a figura do *caput* do art. 227. Aliás, a doutrina há muito vem reconhecendo no lenocínio um crime sem vítima,¹¹ justamente porque a ideia de castigo por uma exploração dos costumes não teria efetivamente um titular, eis que a pessoa prostituída voluntariamente não tem afligido nenhum bem jurídico. (BUSATO, 2014, pgs. 898 e 899)

O próximo crime está previsto no artigo 228 do Código Penal:

Art. 228. Induzir ou atrair alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilitá-la, impedir ou dificultar que alguém a abandone:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 1º Se o agente é ascendente, padrasto, madrastra, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos.

§ 2º - Se o crime é cometido com emprego de violência, grave ameaça ou fraude:

Pena - reclusão, de quatro a dez anos, além da pena correspondente à violência.

§ 3º - Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa. (BRASIL, 1940)

Diversas críticas são construídas em torno desse tipo penal, para exemplificar uma delas pode-se trazer a feita por Bitencourt:

O falso moralismo impediu o legislador contemporâneo de excluir do ordenamento jurídico brasileiro um tipo penal completamente superado e absolutamente desacreditado, em razão de sua (praticamente) inaplicabilidade ao longo de quase sete décadas de vigência¹. Contraditoriamente, para um legislador que pretende proteger a *liberdade sexual individual*, que é a finalidade que este texto se autoatribui (Lei n. 12.015/2009), criminaliza, ao mesmo tempo, o *exercício dessa liberdade*. Com efeito, tratando-se de *prostituição* entre adultos², sem violência ou grave ameaça, temos dificuldade em aceitar que o legislador infraconstitucional tenha legitimidade para criminalizar exatamente o *exercício livre da sexualidade* de cada um (art. 5º, inciso X e XLI). (BITENCOURT, 2011, pgs. 151 e 152)

A primeira alteração a ser feita, caso queira manter o crime no ordenamento, é buscar definir o que é exploração sexual. Primeiro que, pela redação exposta no Código Penal, cria-se a sensação de que prostituição seria uma forma de exploração sexual. Esse entendimento não é o que se acredita nesse trabalho. Exploração sexual deveria ser vista na forma negativa da palavra. Em casos de crianças que trabalham nesse tipo de atividade, pessoas que trabalham de forma forçada, quando ocorre qualquer tipo de violência, fraude. Isso sim é exploração sexual. A simples atividade de prostituir-se não deveria ser entendida como exploração.

Se dessa forma for considerada, além da prostituição que como vimos não é uma conduta típica, outros tipos de atividades também deveriam ser consideradas

exploração sexual e da mesma forma ser punida sua “exploração” ou ainda os lugares que essas atividades acontecem.

Assim como a prostituição, diversas outras atividades são também vistas como imorais e antiéticas, porém não se dá a mesma importância como se dá à prostituição. Se a prostituição é vista como exploração sexual e seu favorecimento é crime, da mesma forma deveria ser considerado exploração e crime o seu favorecimento das atividades também consideradas imorais como a pornografia, o strip tease, os shows de sexo ao vivo, além dos estabelecimentos onde também ocorrem esse tipo de atividade, já que o artigo 229 do Código Penal também os tipifica.

É o que defende Guilherme de Souza Nucci ao tecer o seguinte comentário:

Se a moralidade sexual for elevada à categoria de *bem jurídico* relevante, buscando-se combater qualquer forma de exploração sexual, haveria vários outros pontos de confronto, além da prostituição. Basta relembrar a existência de casas de shows eróticos, de *stripteases*, de danças sensuais, além de clubes de homens ou mulheres com frequência de todas as categorias sociais, incluindo pais e mães de honradas famílias. (NUCCI, 2014, pg. 180)

Desta maneira, a primeira resolução para esse crime seria a busca de definição do que seria exploração sexual para não dar tamanha liberdade para o livre entendimento da expressão, já que da forma que está traz inúmeros ensejos a uma pluralidade de interpretações. Exploração sexual deveria ser entendida só quando houvesse a presença de condutas arbitrárias ou ainda quando essas condutas afetassem direitos de terceiros.

Em relação ao tipo penal em si, não se vislumbra qual é o problema em se induzir, atrair ou facilitar a entrada de alguém adulto, sem utilizar-se de violência, grave ameaça ou fraude a uma atividade que não é considerada crime. Em relação aos verbos impedir e dificultar que alguém deixe a prostituição já entende-se ser crime, pois aqui existe um bem jurídico importante sendo violado, que é a liberdade. Neste molde, o crime deveria ser refeito sob o enfoque de apenas ser criminalizada a conduta de introduzir, impedir ou dificultar a saída de alguém, utilizando para isso a violência, a grave ameaça ou a fraude, da prostituição ou exploração sexual (devendo esta ser devidamente definida). (NUCCI, 2014)

Fazendo coro sobre a tipificação ultrapassada deste crime têm-se as palavras de Paulo César Busato:

O crime de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual sofre as mesmas críticas que o dispositivo anterior, porque padece

do mesmo e grave anacronismo. [...] Assim, se é livre a conduta de prostituir-se para alguém maior e capaz, qualquer conduta relacionada a essa opção voluntária, mesmo que se tratasse de um estímulo, não poderia aspirar legitimamente a uma intervenção de controle social, especialmente em matéria penal. O advento da Lei nº 12.015/09, que centra o foco na proteção da liberdade sexual, deveria, de uma vez por todas, afastar a presente incriminação do ordenamento jurídico, uma vez que ela representa um intento de imposição de uma ordem moral que já não tem cabimento nos dias de hoje, mediante o sacrifício da liberdade individual, que inclui a livre escolha do proceder na vida sexual. Ao contrário, timidamente, a nova lei apenas efetuou pálidas alterações do dispositivo incriminador, ainda, para alargar o âmbito de sua incidência, fazendo incluir no rol de núcleos do tipo a figura de *facilitar*, além de acrescentar uma cláusula generalizante para impedir a interpretação analógica, ao lado da prostituição, traduzida na expressão *ou outra forma de exploração sexual*.³⁰ (BUSATO, 2014, pgs. 906 e 907)

O próximo tipo penal que deve passar por uma reforma é o previsto no artigo 229:

Art. 229. Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente:
Pena - reclusão, de dois a cinco anos, e multa. (BRASIL, 1940)

A primeira alteração, assim como foi apresentada para o crime anterior, é a definição do que seria exploração sexual, pelos mesmos motivos expostos anteriormente. Dessa maneira, diminuindo as relações dúbias que se apresentam com a atual redação. Mesmo porquê com essa conceituação diversos aspectos importantes sobre esse crime seriam resolvidos. Como exemplo, pode-se trazer em pauta as nuances que envolvem lugares como motéis, hotéis, saunas, bares, casas de massagem etc.

Com a atual redação do Código Penal esses tipos de estabelecimentos também poderiam ser punidos, já que não há uma delimitação do que é exploração sexual, porém é de grande conhecimento que essa punição não ocorre e justamente por isso é que diversos estabelecimentos considerados casa de prostituição passaram a ter como fachada uma dessas denominações, casas de massagem, por exemplo. Neste mesmo sentido Nucci diz:

Assim, a maioria das autoridades, especialmente no Brasil, preocupam-se, quando muito, com *casas de prostituição* – lugares exclusivamente dedicados ao comércio sexual, sem nenhuma outra atividade correlata. Chega a ser risível, pois a maioria absoluta dos comerciantes do sexo já revestiram seus negócios com outros títulos e denominações, justamente para escapar a qualquer ação policial. Eis o motivo do surgimento de várias boates, *nights clubs*, saunas mistas, casas de massagens etc. (NUCCI, 2014, pgs. 105 e 106)

Assim como nos demais crimes objeto de estudo do presente trabalho, diversas são as desaprovações a este delito. Lugar apenas destinado a fazer encontros sexuais entre pessoas capazes, sem violência, ameaça ou fraude e que não fere nada além da moral não deveria ser a preocupação do Direito Penal. Aliás, assim como qualquer estabelecimento, só frequenta quem quer, se está à procura de sexo existe um lugar, caso contrário, se é coisa da qual você acha degradante, não tem motivo pra estar em um lugar como esse, bastando apenas respeitar quem desse tipo de estabelecimento faz uso.

Paulo César Busato entende da mesma forma que este trabalho e demonstra esse pensamento da seguinte maneira:

Novamente o legislador reformista perdeu a grande oportunidade de banir do sistema punitivo uma conduta anacrônica, descontextualizada da sociedade atual, e que não corresponde, absolutamente, a uma ideia de direito penal mínimo, que praticamente logra consenso na doutrina mais respeitável. É óbvio que o fato prostituição tem que ocorrer em algum lugar. Se o ato de prostituir-se é lícito, qual seria a razão para castigar quem mantém o lugar de realização de um ato lícito? [...] Aqui aparece claramente o efeito nocivo do chamado *direito penal simbólico*, pois o uso de Direito Penal para a incriminação de uma conduta absolutamente carente de qualquer lesividade conduz a que a sociedade simplesmente faça vistas grossas à efetiva ocorrência do mencionado delito, expondo ao descrédito as instituições encarregadas da sua persecução penal.⁴⁶ (BUSATO, 2014, pgs. 915 e 916)

Quanto às alterações que devem ser feitas nesse tipo penal, além da já apresentada em relação à expressão exploração sexual, que deve ser explicada caso seja a melhor solução manter o tipo penal, a segunda modificação possível seria a regulamentação dos estabelecimentos em que ocorrem a atividade da prostituição. Com a regulamentação dessas casas de prostituição poderia haver diversos modos de controlá-las e mantê-las de forma regularizada. A primeira dessas formas de manter regulamentado esse tipo de estabelecimento seria uma licença para funcionamento, que inclusive diversos tipos de comércios devem possuir. Com essa licença haveria uma maior possibilidade de fiscalização, já que se saberiam onde essas casas estariam instaladas. Essa fiscalização poderia ser feita por órgãos como a vigilância sanitária ou por outro que fosse criado para esse propósito e também poderia ser feita por meio da própria sociedade.

Sobre esse assunto, possui o mesmo posicionamento que este trabalho o autor Rogério Greco e assim o expõe:

Acreditamos que o controle social informal, praticado pela própria sociedade, seria suficiente para efeitos de conscientização dos males causados pela prática de determinados comportamentos que envolvem a

prostituição, não havendo necessidade de sua repressão por parte do Direito Penal, que deve ser entendido como *extrema* ou *ultima ratio*. (GRECO, 2012, pg. 605)

Em relação a essa fiscalização pela sociedade, uma saída a ser considerada poderia ser a disponibilização de telefones dos quais um indivíduo poderia denunciar anonimamente que uma casa de prostituição não possui licença ou que lá existe realmente exploração sexual, como exemplo de prostituição infantil ou em casos de pessoas que são mantidas ali contra a sua vontade entre diversos outros tipos de denúncias.

Um posicionamento que exemplifica bem, de forma sucinta e clara o que se entende sobre esse crime é o de Luiz Flávio Gomes:

No que diz respeito ao delito do art. 229 do CP (casa de prostituição), a melhor interpretação é a restritiva, ou seja, desde que o ato sexual envolva maiores, não há que se vislumbrar qualquer tipo de crime nas casas destinadas aos encontros sexuais. As pessoas maiores frequentam essas casas se quiserem (e quando quiserem). São livres para isso. Nos parece um absurdo processar o dono de um motel ou de uma casa de prostituição, que é frequentada exclusivamente por pessoas maiores de idade. O comércio que tem como objeto o sexo privado (entre maiores), que conta com conotação positiva (em razão da segurança, da higiene etc.), não é a mesma coisa que exploração sexual (que tem conotação negativa de aproveitamento, fruição de uma debilidade etc.). As pessoas maiores contam com a liberdade de darem à sua vida sexual a orientação que quiserem. Podem se prostituir, podem vender o prazer sexual ou carnal, podem se exhibir de forma privada etc. Só não podem afetar direitos de terceiros (nem muito menos envolver menores). (GOMES, 2009)

O próximo crime que deve passar por uma reformulação para que possa ter uma melhor redação é o previsto no artigo 230 do Código Penal:

Art. 230 - Tirar proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º Se a vítima é menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos ou se o crime é cometido por ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou por quem assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

§ 2º Se o crime é cometido mediante violência, grave ameaça, fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vontade da vítima:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, sem prejuízo da pena correspondente à violência. (BRASIL, 1940)

O crime exposto pretende punir aquelas pessoas que de qualquer forma tiram proveito da prostituição alheia. Com essa tipificação é o criminoso tanto um indivíduo que utiliza ameaça e violência para retirar dinheiro ou vantagens de um sujeito que se prostitui como também um marido, um filho, uma mãe dentre outros, que são

sustentados ou de alguma maneira recebem um benefício decorrente da atividade de um marido/esposa, mãe/pai, filho (a) que se entrega à prostituição como modo de vida.

O problema encontrado neste crime, no entendimento dominante neste trabalho, é basicamente com relação à discrepância nessas situações. Por que punir, mesmo que com penas diferentes, já que com o uso da violência e da ameaça o crime passa a ser qualificado, situações que diferenciam-se em grandes proporções? A primeira delas, quando o proveito é obtido com meios obscuros, fere um bem jurídico importante que é a liberdade e a dignidade sexual, mas qual o bem jurídico afetado quando uma prostituta maior e capaz decide, ou seja, utilizando sua livre disposição de seu dinheiro, com consentimento, sustentar o companheiro, um pai ou até mesmo seu filho?

Paulo César Busato entende que a dignidade sexual da prostituta não é maculada com essa segunda hipótese, demonstrando seu posicionamento da seguinte maneira:

Segundo nosso entendimento, a dignidade da vítima não é afligida pela conduta de quem se locupleta de sua atividade de prostituição. Sempre e quando a atividade de prostituir-se seja voluntária e realizada por agente capaz. Isso porque o ato de prostituir-se é livre, não correspondendo ao direito controlá-lo. Menos ainda cabe controlar o destino dos lucros eventualmente auferidos pela atividade de prostituir-se. Vale dizer: o que a prostituta faz com os seus ganhos é absolutamente irrelevante do ponto de vista jurídico-penal. Acontece que, sendo a atividade lícita, que gera lucro, o dinheiro passa a ser patrimônio da prostituta. As eventuais concessões desta a respeito do seu próprio patrimônio entram na esfera dos bens jurídicos disponíveis. Ora, a autolesão a bem jurídico disponível ou a heterolesão consentida a este esvaziam a própria existência do tipo de ação por força do esvaziamento da pretensão de ofensividade. Assim, reforçamos o entendimento doutrinário de que o caso não comporta nenhum bem jurídico digno de determinar a intervenção penal. (BUSATO, 2014, pg. 523)

Aquilo que a pessoa prostituída consegue com seu trabalho é seu, exatamente igual como qualquer outra profissão considerada “moral”. Sendo, portanto, um patrimônio privado do qual o Estado não deveria regular quando não houvesse as qualificadoras previstas no parágrafo segundo. É uma decorrência da vida privada de qualquer pessoa dar ao seu dinheiro a destinação que preferir, não cabendo ao poder estatal qualquer interferência.

Como já foi tratado diversas vezes durante todo caminho deste trabalho, a prostituição não é um crime, sendo tratada apenas com preconceitos decorrentes da moral que alguns resistem mantendo. Desta forma, se a prostituição não é crime,

qual a diferença de uma prostituta que mantém um marido das demais mulheres ou homens que possuem seus trabalhos “moralmente aceitos” e que sustentam seus parceiros que ficam em casa esperando apenas o lucro da atividade daqueles? Um filho maior de dezoito anos de uma médica ou professora que não trabalha e é mantido apenas pelo trabalho da mãe não é considerado um criminoso, nem mesmo o marido ou qualquer outro parente que fosse sustentado. Por que, então, um filho, um marido ou outro tipo de parente de uma prostituta pode ser considerado um rufião e ser condenado a, no mínimo, na melhor das hipóteses, um ano de reclusão?

Muitos podem dizer que todas essas profissões com as quais foram comparadas com o comércio do corpo são dignas e morais e por isso não há crime em ser sustentado por alguém que as pratica. Agora, qual a resposta para não punir as pessoas que tiram proveito de alguém que trabalha como *stripper*, dançarinas de boates, que trabalham com pornografia, dos atores de filmes pornôs dentre tantas outras atividades consideradas imorais para parte conservadora da sociedade?

É justamente para diminuir toda essas disparidades que o crime de rufianismo deve passar por uma reformulação e apenas ser considerado crime aquilo previsto no parágrafo segundo do tipo em questão, ou seja, apenas se alguém utilizar-se de violência, grave ameaça ou fraude para tirar proveito da prostituição de um terceiro que a exerce é que deve ser considerado rufião. Já que só nesses casos, em qualquer outro tipo de profissão, alguém pode ser punido por tirar proveito dos lucros da atividade exercida por outrem.

Quanto aos crimes estabelecidos nos artigos 231 e 231-A do Código Penal brasileiro, como tratam basicamente da mesma figura penal, distinguindo-se por critérios antes já expostos, serão tratados de uma só vez. O artigo 231 trata do delito de Tráfico internacional de pessoas para fim de exploração sexual e possui a seguinte redação:

Art. 231. Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro.

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la.

§ 2º A pena é aumentada da metade se:

I - a vítima é menor de 18 (dezoito) anos;

II - a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato;

III - se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se

assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou

IV - há emprego de violência, grave ameaça ou fraude.

§ 3º Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa. (BRASIL, 1940)

O artigo 231-A refere-se ao crime de Tráfico interno de pessoas para fim de exploração sexual e expõe seu dessa forma:

Art. 231-A. Promover ou facilitar o deslocamento de alguém dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar, vender ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la.

§ 2º A pena é aumentada da metade se:

I - a vítima é menor de 18 (dezoito) anos;

II - a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato;

III - se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou

IV - há emprego de violência, grave ameaça ou fraude.

§ 3º Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa. (BRASIL, 1940)

Esses dois crimes são os mais importantes dentro do Capítulo V do Título VI do Código Penal. Sabe-se que é bastante comum na atualidade haver tráfico de pessoas, dentro ou fora do país, para servirem como prostitutas (os). Neste tipo penal, o presente trabalho entende que um bem jurídico importante está sendo atingido. Diferente dos demais tipos penais estudados, esses são os que realmente devem ter um cuidado maior pela legislação penal.

Quando um desses crimes acontece o que está em jogo não é a moralidade e os preconceitos que configuram os demais delitos aqui expostos. Ao contrário, os bens jurídicos que são defendidos pelos artigos 231 e 231-A do Código Penal são de suma importância. Esses bens seriam a dignidade sexual e também a liberdade, já que muitas vezes as pessoas que são traficadas perdem seu direito de ir e vir, já que são mantidas em lugares para que possam praticar a prostituição e, assim, dar lucro para os traficantes.

O problema que esse tipo penal apresenta é basicamente relacionado com o valor do consentimento. Diversas das pessoas que pretendem prostituir-se em outros locais procuram terceiros que ajudem nesse trajeto e sendo ambas as pessoas maiores, capazes e não havendo fraude, violência ou ameaças não se vê

qual crime estaria acontecendo. Óbvio que traficar pessoas é crime, mas será que apenas auxiliar alguém que quer se prostituir em outro país ou mesmo dentro de seu território pátrio é de competência do Direito Penal? (NUCCI, 2014)

A primeira modificação quanto aos dois crimes é a mesma já apresentada em tipos anteriores, que é o esclarecimento do que viria a ser exploração sexual. As demais alterações devem ter por base o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas para o Combate ao Crime Organizado Transnacional relativo à Prevenção, Repressão e Punição ao Tráfico de Pessoas. De acordo com esse Protocolo, tráfico de pessoas ocorre quando há “[...] ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade [...]” e diz ainda que quando isso ocorre o consentimento da vítima não vale para afastar o delito. (BRASIL, 2004)

Desta forma, para que não sejam tipificados todos os tipos de ações onde pessoas querem ir exercer a prostituição em lugar diferente daqueles que moram, a legislação penal deve buscar redefinir essas duas figuras penais com auxílio desse protocolo, passando a levar em conta o consentimento da vítima nos casos que não ocorra violência, ameaça, fraude, sendo esta maior e capaz.

Uma ideia que resume o pensamento do presente trabalho sobre esses dois crimes é o que Guilherme de Souza Nucci apresenta quando diz:

No entanto, há, também, exagero nesse contexto, pois, muitas vezes, o que se denomina *tráfico de pessoas* é apenas o auxílio prestado por alguém a outra pessoa, que se dirige espontaneamente a local diverso de sua residência, com o fim de se prostituir ou ingressar na indústria do sexo. A atividade, nesse cenário, é individualmente realizada, com o consentimento expresso ou tácito do favorecido, sem envolver organização criminosa, nem tampouco privação de liberdade ou de outros direitos fundamentais. [...] Ademais, mesmo que a mulher siga para outro país buscando a prostituição, nem sempre será inserida no *tráfico de pessoas*, pois segue voluntariamente ao seu destino e não é presa, nem violentada e muito menos controlada ao chegar ao seu ponto de origem. (NUCCI, 2014, pg. 101)

De certo, o Brasil vive em uma democracia em que deve haver um governo voltado para o povo. Para que essa democracia se torne realmente uma realidade, não se deve governar apenas para a maioria, as minorias possuem vozes e direitos iguais a todos os outros. Pessoas que exercem a prostituição são minorias que sofrem preconceitos por grande parte da sociedade, mas são indivíduos que merecem atenção como todos os demais. Possuem direitos fundamentais como

qualquer um, no entanto, não é isso que tipos penais como os aqui estudados garantem.

Todos possuem a liberdade de fazer o que quiserem desde que esse direito não afete bens jurídicos de terceiros. De acordo com Paulo Gustavo Gonet Branco, a Constituição Federal garante aos indivíduos diversas liberdades:

O catálogo dos direitos fundamentais na Constituição consagra liberdades variadas e procura garanti-las por meio de diversas normas. Liberdade e igualdade¹⁶ formam dois elementos essenciais do conceito de *dignidade da pessoa humana*, que o constituinte erigiu à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito e vértice do sistema dos direitos fundamentais. As liberdades são proclamadas partindo-se da perspectiva da pessoa humana como ser em busca da auto-realização, responsável pela escolha dos meios aptos para realizar as suas potencialidades. O Estado democrático se justifica como meio para que essas liberdades sejam guarnecidas e estimuladas – inclusive por meio de medidas que assegurem maior igualdade entre todos, prevenindo que as liberdades se tornem meramente formais. O Estado democrático se justifica, também, como instância de solução de conflitos entre pretensões colidentes resultantes dessas liberdades. (BRANCO, COELHO, MENDES, 2009, pg. 402)

O problema encontrado com esses tipos penais é justamente a não garantia dessas liberdades e tudo isso em troca de critérios puramente morais que uma maioria insiste em manter. Questões relacionadas ao sexo devem levar em conta tanto a liberdade com também diversos outros direitos fundamentais como a privacidade e a intimidade. Quando essas relações não envolvem violência, ameaças, fraudes, entre outros meios que impeçam a livre manifestação de vontade, não há motivos para a intervenção estatal, inclusive porque nenhum bem jurídico relevante ao Direito penal estará sendo depreciado. Manter da forma que está estes tipos penais e por consequência continuar tratando com hostilidade aqueles que exercem a prostituição e as atividades a esta correlatas, não é a melhor saída, ao menos é a concepção que esse trabalho possui.

O sexo é uma atividade privada e uma realidade da vida em sociedade, a prostituição, decorrendo dessa realidade, pode ser vista como um ato imoral, antiético, degradante dentre tantos outros adjetivos pejorativos que uma parcela da população a atribui, porém só dela participa ou usufrui quem detiver interesse. Quem a abomina, assim como nas demais relações da vivência em comunidade, dela não se aproxima. A regra que deveria ser levada como máxima, tanto para a prostituição como para as demais formas de relacionamento na vida social, é a de respeito ao próximo. Respeitar o diferente pode ser difícil, mas agrega e faz evoluir para um

mundo com menores desigualdades e com mais direitos realmente fundamentais, mesmo que isso pareça, para alguns, apenas utopia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A finalidade que este trabalho monográfico se destinava era fazer uma análise sobre os crimes previstos no Capítulo V do Título VI do Código Penal, que envolvem prostituição, lenocínio e tráfico de pessoas, buscando formas de demonstrar que diversas partes dos dispositivos apreciados parecem desatualizados com a atual sociedade.

Para isso, buscou-se diversos argumentos plausíveis e importantes para tentar expor que o pensamento do presente trabalho é válido. Com a ajuda dos princípios norteadores do Direito Penal, de diversos doutrinadores, jurisprudências e dentre tantos outros meios, esta monografia alcançou seu objetivo.

Sabe-se que os crimes sexuais afetam bastante garantias e direitos fundamentais dos indivíduos e da coletividade, porém alguns deles interessam apenas aqueles que estão envolvidos na conduta. O consentimento da vítima, a vida íntima e privada e a liberdade devem ser levados em consideração quando apenas bens jurídicos menores, como a moral e ética, estão em conflito com bens jurídicos maiores, devendo estes sobressair.

Mesmo com todas as mudanças trazidas ao ordenamento penal com o surgimento da Lei 12.015 de 2009, o legislador apenas alterou a denominação do Título VI do Código Penal e continuou abraçando a moralidade como um bem jurídico importante.

Após todo esse tempo de pesquisa, pode-se concluir que o ramo penal do Direito é de suma importância para uma melhor convivência em comunidade, porém se percebe que diversos propósitos que esse braço do Direito possui não são tão fortes. Onde deveria vigorar um Direito Penal Mínimo, apenas atuando quando realmente fosse preciso, não é o que acontece.

Os crimes que foram apresentados durante toda a trajetória deste trabalho possuem íntimas ligações com a prostituição. Esta atividade não é considerada criminosa no Brasil, entretanto, algumas das condutas atreladas à prostituição são típicas. O problema enfrentado e que foi detalhado durante o percurso desta monografia foi justamente a motivação de punir tais práticas.

Com estudo dos princípios da adequação social e da intervenção mínima se buscou provar que os crimes em análise são ultrapassados e que não afetam

qualquer bem jurídico quando não são cometidos com violência, ameaça, fraude ou qualquer meio que impeça a livre manifestação de vontade da vítima. Pessoas que escolhem a prostituição como uma ocupação, como um trabalho, precisam de proteção do Direito, mas a forma que hoje são tratadas não parece ser a mais correta e a que mais lhes beneficiem.

Pode-se concluir também, que assim como houve diversas mudanças com o advento da Lei 12.015/09 no tratamento dos crimes sexuais, muitas outras poderiam acontecer para que realmente o Direito Penal, ao menos em relação a esses delitos, possa se dedicar a sua real finalidade. Ao final desse trabalho, ficou demonstrado que existem outras formas de cuidar desses tipos penais, modelos adaptados a atual sociedade em que se vive e que beneficiaria a todos.

Por fim, conclui-se que quando direitos que possuem suma importância como os da liberdade, intimidade, vida privada e igualdade estão sendo engolidos e deixados de lado por critérios moralistas e preconceituosos, que por sinal diminuem a cada dia, a Constituição Federal não está sendo respeitada.

Foi exatamente contra todo esse desrespeito ao artigo 5º da Constituição Federal, que a atual redação dos tipos penais estudados causam, que motivou a realização desta monografia.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A soberania patriarcal: O sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher**. In: Revista Sequência. Pgs. 71 a 102. Florianópolis, 2005. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15185/13811>>. Acesso em 03 de setembro de 2015.

BEARZOTI, Paulo. **Sexualidade um conceito psicanalítico freudiano**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/anp/v52n1/24.pdf>>. Acesso em 10 de agosto de 2015.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. In: edição eletrônica: Ed. Ridendo castigat Mores, 2001. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/0B1z3ld1KfWhxeWdGak0tdkFTa2c/view?pli=1>>. Acesso em: 17 de agosto 2015

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal. Parte geral 1**. 17ª ed. Revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Tratado de direito penal, 4. Parte especial**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Mártires Inocêncio; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Congresso Nacional, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 29 de outubro de 2015.

_____. (1990). Lei de crimes hediondos. Brasília: Senado, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 06 de setembro de 2015.

_____. (1996). Lei nº Lei 9.281, de 4 de junho de 1996. Brasília: Senado, 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9281.htm>. Acesso em: 06 de setembro de 2015.

_____. (2001). Lei 10.224, de 15 de maio de 2001. Brasília: Senado, 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10224.htm>. Acesso em: 06 de setembro de 2015.

_____. (2004). Decreto 5.017, de 12 de março de 2004. Brasília: Presidência da República, 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm>. Acesso em: 18 de outubro de 2015.

_____. (2005). Lei 11.106, de 28 de março de 2005. Brasília: Senado, 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11106.htm>. Acesso em: 06 de setembro de 2015.

_____. (2009). Lei nº 12.015, de 07 agosto de 2009. Brasília: Senado, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm>. Acesso em: 06 de setembro de 2015.

_____. Código Criminal (1830). Código Criminal do Imperio do Brazil. Rio de Janeiro: Presidência da República - Casa Civil, 1830. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 25 de agosto de 2015.

_____. Código Penal (1890). Código Penal dos Estados Unidos do Brazil. Rio de Janeiro: Senado, 1890. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em: 30 de agosto de 2015.

_____. Código Penal (1940). Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Rio de Janeiro: Senado, 1940. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=102343>>. Acesso em: 01 de setembro de 2015.

_____. Código Penal (1940). Vade Mecum RT. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. ECA (1990). Estatuto da criança e do adolescente. Brasília: Senado, 1990. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1990/lei-8069-13-julho-1990-372211-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 06 de setembro de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Hábeas-corpus* nº 104467, da 6ª Câmara criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, Relator: Min. Cármen Lúcia, 8 de fevereiro de 2011. Disponível em:

<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18381692/habeas-corporus-hc-104467-rs>>. Acesso em: 30 de outubro de 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Apelação Criminal nº 2826431, da 4ª Câmara Criminal, Recife, PE, Relator: Alexandre Guedes Alcoforado Assunção, 13 de novembro de 2013. Disponível em: <<http://tjpe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/158606162/apelacao-apl-2826431-pe>>. Acesso em: 30 de outubro de 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Criminal nº 70049605678, da 7ª Câmara Criminal, Porto Alegre, RS, Relator: Carlos Alberto Etcheverry, 18 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://tjrs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113611509/apelacao-crime-acr-70049605678-rs>>. Acesso em: 30 de outubro de 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Crime nº 70029627080, da Vara Criminal da Comarca de Tupanciretã, Porto Alegre, RS, Relator: Fabianne Breton Baisch, 28 de julho de 2010. Disponível em: <<http://tjrs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/123312941/apelacao-crime-acr-70051840064-rs/inteiro-teor-123312948>>. Acesso em: 15 de outubro de 2015.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Criminal nº 0001188-98.2011.4.01.3000, da terceira turma, Brasília, DF, Relator: Tourinho Neto, 26 de março de 2013. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf1.jus.br/busca/>>. Acesso em: 30 de outubro de 2015.

BUENO, Silveira. **Minidicionário da língua portuguesa**. Ed. rev. e atual. São Paulo: FTD, 2000.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal. Parte especial 1**. São Paulo: Atlas, 2014.

FILHO, César Pereira da Silva; REIS, Fábio dos Santos; SOUZA, Gildasio Alves de. **Algumas considerações acerca da Lei 12.015 de 2009 no que tange ao estupro, a casa de prostituição e ao ultraje público ao pudor**. mar. 2010. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3637>. Acesso em: 05 de agosto de 2015.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: A vontade de saber**, tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 13ª ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

FREUD, Sigmund (1905). **Um caso de histeria, três ensaios sobre a teoria da sexualidade e outros trabalhos**. In: Obras psicológicas completas de Sigmund Freud: edição standart brasileira. Vol. VII, Rio de Janeiro: Imago, 1996.

GOMES, Luiz Flávio. **Crimes contra a Dignidade Sexual e outras Reformas Penais**. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1872027/crimes-contra-a-dignidade-sexual-e-outras-reformas-penais>>. Acesso em: 10/11/2015

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes contra a dignidade sexual**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GRECO, Rogério. **Código penal comentado**. 5ª ed. Revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

_____. **Curso de Direito Penal: parte especial**, volume III. 9ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012.

_____. **Curso de Direito Penal: parte geral**, volume I. 10ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2008.

GUEDES, Cristiane de Paula *et al.* **A sexualidade humana na perspectiva sócio-histórica de vygotsky**. Disponível em: <http://www.lite.fe.unicamp.br/papet/2004/ep127/Sexualidade_a.htm >. Acesso em: 15 de agosto de 2015.

GUIMARÃES, Caroline Barbosa. **Estupro de vulnerável: da possibilidade de relativização da vulnerabilidade sexual do artigo 217-A, CAPUT, do Código Penal**. 2011. 62 f. Monografia (Bacharel em Direito) - Centro Universitário do Distrito Federal – UDF, Brasília, 2011.

HASHIMOTO, Érica A. **STJ decide sobre manutenção de casa de prostituição**. São Paulo. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/noticia/13868-STJ-decide-sobre-manutencao-de-casa-de-prostituicao>>. Acesso em: 20 de outubro de 2015.

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal: Decreto-Lei nº 2.848, 07 de dezembro de 1940**. Volume VIII. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes contra a dignidade sexual: comentários ao Título VI do Código Penal**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARTINS, Vanessa Wildner. **A tutela penal da liberdade sexual e as inovações da Lei 12.015**. 2011. 62 f. Monografia (Bacharel em Direito) - Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI, Ijuí/RS, 2011.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**. vol 3. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

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

_____. **Crimes contra a dignidade sexual**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Prostituição, lenocínio e tráfico de pessoas: aspectos constitucionais e penais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte especial arts. 121 a 249**, Volume II. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

QUEIROZ, Márcio kleber Fernandes. **Novas vertentes dos crimes contra a dignidade sexual no ordenamento jurídico-penal**. 2014. 46 f. Monografia (Bacharel em Direito) – Faculdade Cearense – FAC, Fortaleza, 2014.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.