



UMA VISÃO CONSTITUCIONAL DA CASA DE PROSTITUIÇÃO

Patricia Mothé Glioche Béze

Professora Adjunta de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Professora da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro e Promotora de Justiça.

Jorge Luís Câmara

Professor Adjunto de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Advogado.

Área de Direito

Penal;

RESUMO

É analisado o crime de casa de prostituição, desde a sua origem histórica no Direito Penal Brasileiro até a tipificação atual, que deve ser interpretada conforme os princípios constitucionais e quanto ao bem jurídico tutelado, inclusive para que seja possível uma reflexão crítica que permita uma melhor aplicabilidade da norma jurídica de acordo com a realidade social.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Penal – Direito Constitucional – Prostituição – Exploração Sexual

RESUMEN

Se analiza el burdel de la delincuencia, desde su origen histórico en la Ley Penal del Brasil a la clasificación actual, que debe interpretarse de acuerdo con los principios y constitucional en cuanto al bien jurídico protegido, incluyendo poder reflexión crítica para permitir una mejor aplicabilidad de la norma de la ley de acuerdo con la realidad social.

Palabras-clave

Derecho Penal - Derecho Constitucional - Prostitución - Explotación Sexual

Sumário

Introdução. 2. Evolução histórica do crime no Código Penal Brasileiro. 3. A tipificação do crime. 4. Exploração Sexual. 5. Interpretação conforme a Constituição. 6. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A prostituição é uma atividade que remonta a Antiguidade, e, no decorrer do tempo, ora era admitida, ora era reprimida, mas sempre entendida como uma afronta à moralidade, e muitas vezes praticada de forma clandestina, como afirma Renato de Mello Silveira Jorge:

A dita 'mais antiga das profissões', na verdade, sempre acompanhou o homem na sua longa viagem até os dias de hoje. A prostituição, nesse andamento histórico, foi tida das mais diferentes formas, ora mediante paga, ora por mera graça a hóspedes, ora ainda por necessidade sacra (tais como a prostituição sagrada, prostituição hospitaleira e prostituição legal).¹

As casas de prostituição, por conseguinte, são locais que existem em razão da necessidade das pessoas que exercem a prostituição. Ou seja, são lugares onde a

prostituição – feminina ou masculina – pode ser encontrada, seja para encontros libidinosos que podem ser praticados nestes mesmos locais ou fora deles, seja como uma localidade em que as pessoas interessadas na prostituição possam encontrar outras dispostas a se prostituir². Portanto, é certo que a presença de qualquer um nesses lugares se dá por vontade livre e consciente de procurar o comércio carnal. Nesse sentido Luiz Regis Prado:

As casas de prostituição existem desde a Antiguidade, e chegaram mesmo a ter um enfoque religioso, sendo muitas vezes exploradas e regulamentadas pelo próprio Estado. Assim, Sólon criou o *dicterion*, em Atenas, onde se desenvolviam encontros lúbricos, mediante tributação do Estado. Contudo, essa atividade foi sendo explorada de tal maneira por particulares que o lenocínio teve de passar a ser reprimido com penas severas. Também em Roma os lupanares auferiam grandes lucros com a prostituição, mas sofriam, no entanto, a concorrência das hospedarias e dos banhos públicos, onde também eram promovidos encontros carnais. Por gravitarem em torno da prostituição, essas casas se perpetuaram nos séculos seguintes e se mantêm até os dias atuais.³

Nesse contexto, é importante delimitar o crime chamado de casa de prostituição, porque, afinal, trata-se da manutenção de um local onde as pessoas só comparecem se quiserem e é importante ressaltar que a prática da prostituição, por si só, não constitui crime no sistema penal brasileiro, nem para a pessoa que se prostitui nem para a pessoa que contrata tais serviços.

Essa necessidade de delimitação decorre de constatações da realidade, que exigem que o Direito Penal se afaste, cada vez mais, das questões morais. Desta forma, pode ser verificado na atualidade, por exemplo, que as casas de tolerância ou bordéis também funcionam em locais bastante conhecidos, e não apenas em lugares marginais da cidade, além do fato de muitas delas possuírem autorização do Poder Público para seu funcionamento⁴.

Assim, será analisada a evolução histórica do crime de casa de prostituição, sua tipificação atual e o conceito de exploração sexual, para concluir quais as condutas que poderão ser consideradas como crime de casa de prostituição, a fim de que seja alcançado uma interpretação conforme os valores constitucionais, buscando delimitar o alcance da infração para evitar o que hoje ocorre na realidade: situações atípicas que são tratadas como delituosas, ofuscando a real existência do crime.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CRIME NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

O primeiro Código Penal, da época do Império, datado de 1830 não tratava do crime de casa de prostituição⁵.

Da mesma forma, o Código Penal pós-República, datado de 1890 não tratava, inicialmente, de tal fato como crime. Com o advento da lei 2.992 de setembro de 1915 – Lei Mello Fanco – foi alterado o Código de 1890 e incluído o crime de casa de prostituição.

Ou seja, até essa data, eram permitidas no Brasil as casas de tolerância e bordéis, tudo dentro dos costumes da época, sendo certo que somente a partir de 1915 o Brasil passou a criminalizar as pessoas que mantinham os locais onde as prostitutas e os prostitutos se encontravam para a prática de seus atos libidinosos.

O Código Penal de 1941, vigente até a presente data quanto à Parte Especial, tipificou o crime de casa de prostituição e, na alteração promovida pela lei 12.015/09 modificou o Título VI da Parte Especial do Código Penal, passando a intitular-lo como “Dos crimes contra a dignidade sexual”, ocasião em que surgiram modificações quanto ao delito de casa de prostituição, quais sejam: exclusão do *nomen juris* do crime do art. 229 do

Código Penal e inclusão de outro tipo penal específico relacionado à casa de prostituição de vulneráveis no art. 218-B § 2º, inciso II do Código Penal.

Apesar da exclusão do nome do crime como 'casa de prostituição', a doutrina e jurisprudência continuam a denominar o art. 229 do Código Penal desta maneira, que será mantida no presente trabalho, a partir do aprofundamento das questões a seguir propostas.

3. A TIPIFICAÇÃO DO CRIME

Em sua origem, o crime de casa de prostituição, previsto no art. 278 do Código Penal de 1890, com a redação da lei 2.992/15, tinha a seguinte tipificação:

Art. 278: Manter ou explorar casas de tolerancia, admittir, na casa em que residir, pessoas de sexos differentes, ou do mesmo sexo, que ahi se reúnam para fins libidinosos; induzir mulheres, que abusando de sua fraqueza ou miséria, quer constringendo-as por intimidação ou ameaças a entregarem-se á prostituição; prestar, por conta própria ou de outrem, sob sua ou alheia responsabilidade, qualquer assistência o auxilio ao commercio da prostituição: Pena – de prisão cellualar por um a três anos e multa de 1:000\$ a 2:000\$000.⁶

O Código Penal de 1941, por sua vez, tipificou o crime da seguinte maneira:

Art. 229: Manter, por conta própria ou de terceiro, casa de prostituição ou lugar destinado a encontros para fim libidinoso, haja ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente: Pena: reclusão de dois a cinco anos, e multa.

À época em que o Código Penal foi elaborado e entrou em vigência, os valores da sociedade eram muito diferentes dos da atualidade. Para tanto, vale a pena verificar os comentários à lei de Nelson Hungria, que retratava que a prostituição era um mal necessário, para garantir os bons costumes no seio das famílias, demonstrando bem a mentalidade que ensejou a tutela, pelo Direito Penal, da moralidade que existia na época. Quanto ao local em que as prostitutas deveriam atuar, afirma o autor:

A solução única, pelo menos nos países ainda afeitos ao tradicional código de moral semita-cristão, é a terceira acima citada: a da liberdade vigiada da prostituição. Não a regulamentação oficial ou regime de casernamento, que já se demonstrou de péssimas consequências, criando ambiente propício ao incaroável cativo das decaídas e ao proxenetismo parasitário; mas, sim, o confinamento das meretrizes deixadas à sua própria iniciativa, em locais discretos ou a coberto de maior escândalo. É a prudente solução do meio-termo, a solução pela tolerância do “terreno-cinzeno”, a solução acomodatória entre critérios diametralmente antagônicos e desaconselháveis pelo seu próprio extremismo. Era o sistema tradicionalmente adotado no Brasil, pelo menos nos grandes centros urbanos (...) como se vê do art. 229, a incriminação não se limita à manutenção de casa de prostituição: entende-se, de modo geral, à manutenção de qualquer lugar destinado a encontros para fim libidinoso. Não só o pensionato de meretrizes, o conventilho, o bordel, o prostíbulo, o lupanar, o alcoice, a casa de *rendez-vous*, ou de passe, o **hotel de cômodos** à

hora, senão também todo e qualquer local destinado a encontros lascivos, sejam ou não com prostitutas, propriamente tais⁷. (sem grifo no original).

O Código de 1969, que nunca entrou em vigor porque foi revogado durante sua longa *vacatio legis*, trouxe a mesma disciplina para o crime, intitulando-o como 'local de prostituição', e acrescentando um parágrafo:

Art. 252: Manter, por conta própria ou de terceiro, casa de prostituição ou lugar habitualmente destinados a encontros para fim libidinoso, haja, ou não, intuito de lucro, ou mediação direta do proprietário ou gerente: Pena – reclusão de dois a cinco anos, e pagamento de dez a quarenta dias-multa.

Parágrafo único: É irrelevante o fato da dissimulação do local, sob aparência de hotel, pensão, hospedaria ou casa de cômodos, ainda que mediante licença para seu funcionamento como tal.

Com o desenvolvimento da sociedade e modernização da cultura e dos valores, a caracterização do crime de casa de prostituição passou por modificações, buscando-se evitar que o Direito Penal pudesse abarcar condutas consideradas apenas imorais por algumas pessoas. Assim, surgiu uma interpretação restritiva do tipo penal, de forma a excluir que fossem considerados como delituosos encontros libidinosos que não estivessem no contexto da prostituição, admitindo a doutrina a possibilidade – até então negada à época da elaboração do Código – de que faz parte da vida das pessoas adultas, casadas ou não, a prática de atos libidinosos, ainda que fora das suas residências, para excluir da tipificação os motéis para encontros de namorados⁸.

É interessante notar a jurisprudência, que apresenta ainda uma valoração moralista do crime, porém, admite posição restritiva para a exclusão dos motéis do âmbito de incidência da norma penal em apreço:

PENAL. CASA DE PROSTITUIÇÃO. ART. 229 DO CP. Abstração feita a maiores considerações acerca da tipicidade do delito, acolhida, de maneira uniforme, nas instâncias ordinárias, não há no Código Penal Brasileiro, em tema de excludente de ilicitude ou culpabilidade possibilidade de se absolver alguém, em face da eventual tolerância à prática de um crime, ainda que a conduta que esse delito encerra, a teor do entendimento de alguns, possa, sob a ótica social, ser tratada com indiferença. O enunciado legal (arts. 22 e 23) é taxativo e não tolera incrementos jurisprudenciais. **A casa de prostituição não realiza ação dentro do âmbito da normalidade social, ao contrário do motel que, sem impedir a eventual prática de mercadoria do sexo, não tem como finalidade única e essencial favorecer o lenocínio.** Recurso especial conhecido para restabelecer a sentença. (sem grifo no original).⁹

Em 2009, na esteira de outras alterações que modernizaram a disciplina dos até então chamados crimes contra os costumes, o legislador promoveu uma relevante modificação na disciplina dos mesmos e, além de alterar o nome do título para crimes contra a dignidade sexual, modificou a descrição do crime de estupro, admitindo que os sujeitos ativo e passivo pudessem ser tanto o homem como a mulher¹⁰, além de tutelar uma categoria especial de pessoas, os vulneráveis¹¹.

No tocante aos crimes relacionados à prostituição, a nova lei acrescentou a expressão 'exploração sexual' em quase todos os tipos penais afetos a esta atividade¹² e alterou a tipificação do delito previsto no art. 229 do Código Penal que, além de perder o *nomen juris*, passou a ser descrito da seguinte maneira:

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.

Da mesma forma, houve também uma *novatio legis in pejus* para acrescentar uma modalidade de casa de prostituição de vulneráveis, que só pode ter aplicabilidade para os fatos ocorridos após a vigência da nova lei, sendo certo que os anteriores só poderão ser tipificados na antiga redação do art. 229 do Código Penal. O art. 218-B § 2º, inciso II teve, então, a seguinte definição:

Art. 218-B: Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone. Pena: reclusão de quatro a dez anos.

(...)

§2: Incorre nas mesmas penas:

(...)

II - o proprietário, gerente ou o responsável pelo local em que se verifiquem as práticas referidas no **caput** deste artigo.

Com relação ao atual art. 229 do Código Penal é possível perceber que foi retirada da descrição típica a prática de prostituição e encontros para fins libidinosos e incluída a expressão 'exploração sexual'. No tipo penal de casa de prostituição relacionado aos vulneráveis, o legislador descreveu tanto a expressão 'exploração sexual' como também 'prostituição'. Se a lei não contém palavras inúteis, deve ser investigado o sentido exato da expressão exploração sexual, para uma correta interpretação dos tipos penais.

Como já visto, a doutrina e a jurisprudência já haviam amenizado o rigor da lei quanto ao que se entendia como encontros libidinosos para a caracterização do crime, excluindo de sua incidência os motéis; a atual redação, da mesma forma, merece uma interpretação conforme a Constituição para evitar que situações não criminosas possam ser consideradas incluídas no tipo penal.

4. Exploração Sexual.

Uma das grandes alterações da lei, de forma geral e, especialmente no crime de casa de prostituição, foi a inclusão da expressão 'exploração sexual' em alguns tipos penais. Cabe, portanto, à doutrina especificar o que constitui este termo, a fim de delimitar a ocorrência do crime.

Para grande parte da doutrina, a expressão 'exploração sexual' tem o mesmo sentido de prostituição, admitindo-se, numa alusão com os outros tipos penais, que 'exploração sexual' é o gênero, cuja espécie seria a prostituição. Desta forma, para esta posição, a prostituição deveria ser considerada uma forma de exploração sexual, mas não a única: outras situações onde a pessoa não estaria vendendo a atividade sexual por dinheiro seriam também hipótese de exploração sexual, incluídas no tipo penal.

Este é o pensamento de Cezar Roberto Bitencourt, comparando a expressão contida no crime de casa de prostituição e em outros tipo penais:

A conotação (...) atribui à exploração sexual um significado distinto de prostituição (outra forma), para abranger situações em que o paciente não

se entrega livremente à prostituição, mas por alguma razão ou de alguma forma é levado ou constrangido a entregar-se à prática de atos de libidinagem, descaracterizando, pelo menos em sentido estrito, o exercício da conhecida prostituição em sua concepção tradicional. Dito de outra forma, em uma visão mais abrangente, reconhece situação em que a vítima é submetida à prática de atos de libidinagem, independentemente de caracterizarem-se como prostituição em seu sentido estrito.¹³

Da mesma forma, Rogério Greco, ao tratar da diferença entre exploração sexual e prostituição leva em consideração a definição do I Congresso Mundial contra a Exploração Sexual Comercial de Crianças e Adolescentes realizado em Estocolmo em 1996 para afirmar que :

Foram definidas quatro modalidades de exploração sexual, a saber: prostituição, turismo sexual, pornografia e tráfico para fins sexuais. Pode ocorrer que a exploração sexual da vítima não resulte, para ela, em qualquer lucro. Pode ser que se submeta a algum tipo de exploração sexual somente para que tenha um lugar onde morar, o que comer, etc. A mídia tem divulgado, infelizmente, com uma frequência considerável, casos em que pessoas são exploradas sexualmente por outra em virtude da condição de miserabilidade em que se encontram. Por isso, permitem que seus corpos sejam usados por pessoas inescrupulosas e, com isso, passam a receber o básico para sua subsistência. Na verdade, saem da situação de miserabilidade para a de pobreza. Muitas, inclusive, trocam seus corpos por drogas.¹⁴

Não é possível negar que há situações em que a atividade de prostituição ocorre num ambiente de exploração sexual, como as hipótese descritas acima. Da mesma forma, existem prostitutas que sofrem reiteradamente violações na sua liberdade sexual, caso em que deve haver a incidência do Estado para resolução dos conflitos.

No entanto, o que se busca questionar, para uma melhor aplicação do tipo penal do crime de casa de prostituição é se toda forma de prostituição, necessariamente, constitui uma situação em que há exploração sexual, ou seja, se sempre que houver prostituição está havendo exploração sexual¹⁵.

O verbo explorar significa tomar partido ou proveito de uma situação; abusar da boa fé, da ingenuidade ou da ignorância de; enganar, ludibriar¹⁶. Diante disso, afirmar que a prostituição é uma modalidade de exploração sexual significa entender que em todos os casos em que uma pessoa se prostitui, há um abuso, um proveito em detrimento da pessoa prostituída. Tal noção, se admitida, não passa de uma presunção, considerada a partir de resquícios aspectos morais, que não devem ser considerados e que impedem que se possa constatar a realidade da vida.

No entanto, o Direito Penal não pode se basear em presunções; é necessário, para que se caracterize o crime, que todos os seus elementos sejam presentes, ou seja, é necessário que em cada caso em que se analise a ocorrência dos crime relacionados à prostituição seja comprovado se houve, ou não, algum tipo de abuso ou que alguém esteja efetivamente explorando a prostituição alheia.

Assim, Guilherme Nucci admite a possibilidade de haver prostituição sem exploração sexual¹⁷, pois “inexiste exploração sexual sem violência, ameaça ou qualquer espécie de emprego de fraude para dobrar a resistência de alguém à prática do sexo”¹⁸.

No tocante ao crime de casa de prostituição, para que fique caracterizado, é imperioso comprovar que o agente que mantém o local onde as pessoas que se prostituem e vão praticar atos libidinosos ou se encontram para a prática de tais atos, efetivamente explore as prostitutas ou prostitutos, cobrando, por exemplo, um preço abusivo pelo aluguel de quartos, ou cobrando excessivamente pela presença da pessoa no local, ou

exigindo algum tipo de trabalho desproporcional em troca de permitir a presença da pessoa que se prostitui no local proporcionado para a prostituição, sempre em discordância com a pessoa prostituída.

Mas pode ser que esta situação não exista¹⁹.

E, não existindo, deve ser entendido que há pessoas que se prostituem sem que ocorra nenhuma coação ou fraude, mas por opção de vida. E não há nada de criminoso nisso, podendo haver uma reprovação moral, nada mais. No entanto, o Estado não pode interferir nas escolhas das pessoas, desde que sejam escolhas livres e conscientes.

A prostituição não deve ser presumida como uma atividade em que sempre ocorra exploração sexual. Pode ser ou não, fica dependendo de cada situação concreta. Logo, não há como presumir que toda forma de prostituição é sempre uma forma de exploração sexual²⁰.

Esta presunção, defendida por alguns doutrinadores como visto acima, pode ser admissível na modalidade especial de casa de prostituição de vulnerável. Realmente, nos casos de vulnerabilidade, o legislador protege de forma especial determinadas pessoas²¹. E, quanto a elas, pode até se admitir que exista uma presunção de que estão numa posição especial e merecem uma proteção maior por parte do legislador penal, pela incapacidade de se autodeterminar.

No tocante ao aspecto da prostituição de vulnerável, o legislador, ao definir como crime a conduta do cliente que pratica atos libidinosos com uma prostituta ou prostituto menor de dezoito anos de idade demonstra que, na verdade, está impedindo que a prostituição seja praticada por pessoa inimputável quanto à idade, no sentido penal do termo.

Nesse contexto, é possível se interpretar, nessa situação excepcional, que pode haver a presunção de que em toda forma de prostituição de pessoa menor de dezoito anos há exploração sexual, diferentemente do que ocorre com maiores de dezoito anos.

Pode-se concluir, portanto, que na prostituição de pessoas menores de dezoito anos é possível o entendimento que presume a exploração sexual; no entanto, quanto à pessoas maiores e capazes, a presunção não deve existir, sendo certo que o caso concreto é que irá demonstrar se nos locais onde ocorre a prostituição há ou não a exploração sexual, para a verificação do tipo penal.

5. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

A Constituição Federal, ao ser promulgada, trouxe para o ordenamento infraconstitucional os seus valores que devem influenciar a interpretação das normas. Nesse contexto, os crimes devem ser entendidos conforme esses valores, para que correspondam à realidade da vida.

Como ensina Luiz Roberto Barroso,

(...)o ambiente filosófico do direito constitucional contemporâneo é o do pós-positivismo, que se caracteriza pela reaproximação entre o Direito e a Ética. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se (i) a reentronização dos valores na interpretação jurídica, (ii) o reconhecimento de normatividade aos princípios e (iii) o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana.

Neste diapasão, o Direito Penal também deve seguir a orientação constitucional e ser interpretado com base nesses valores. Assim, do princípio da legalidade²² decorre o princípio da lesividade ou ofensividade²³, que determina que o legislador não é livre para definir qualquer conduta como criminosa. Ao contrário, a ofensividade é um limite para que só sejam consideradas criminosas as condutas que causem lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico tutelado pelo Direito Penal²⁴.

Assim, o conceito de bem jurídico está intimamente relacionado com o princípio da ofensividade, pois só pode haver crime se houver lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico²⁵.

Assim, é importante caracterizar qual o bem jurídico tutelado no crime de casa de prostituição²⁶. É possível argumentar que a dignidade sexual seja afetada, mas se o crime for percebido com a sensibilidade da realidade, será verificado que há na verdade apenas a tutela da moralidade e dos 'bons costumes' na tipificação penal²⁷.

Assim, como a moral e os bons costumes não podem ser concebidos como bens jurídicos, não pode haver intromissão do Direito Penal nessa seara. Nesse sentido a opinião de Leonardo Schmitt de Bem:

(...)se o preceito tutela somente a moral e os bons costumes, para esse objetivo haveria outros e melhores meios do que o Direito Penal. Ademais, considerar que toda a sociedade é beneficiada com a incriminação é sugerir uma sociedade completamente intolerante (...) é não avaliar que resulta muito duvidoso que seja plausível o recurso a um consenso social sobre a moral e os bons costumes em uma sociedade pluralista e complexa como a atual²⁸.

Esta é a posição de Guilherme Nucci que afirma que a figura típica do crime de casa de prostituição "fere o princípio da intervenção mínima, pois completamente insignificante, de modo que deveria ser simplesmente revogada"²⁹, tendo em vista que não admite a presunção de exploração sexual em qualquer tipo de atividade de prostituição.

No entanto, a jurisprudência admite que o crime de casa de prostituição possa tutelar a moral:

EMENTA: 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.³⁰

A decisão acima transcrita ocorreu após a alteração legislativa quanto à tipificação do crime de casa de prostituição, que descreve como conduta delituosa a manutenção de local em que ocorra a exploração sexual. Ainda assim, a decisão encontra-se divorciada dos valores constitucionais que devem influenciar as decisões penais.

Além de não ser admissível a tutela da moral, com a ressalva da decisão acima que não reflete os valores constitucionais, a nova legislação demonstra uma intenção do legislador na modernização do tratamento do tema, e, nesta esteira, o crime de casa de prostituição deve ser interpretado de uma forma mais moderna e restritiva.

Assim, é inconcebível que se queira presumir que toda pessoa maior e capaz que se prostitui está sendo sempre explorada sexualmente. A pessoa pode impor seu preço, dentro da realidade do mercado, pode escolher o local onde prestará o seu serviço, sem que haja qualquer exploração³¹.

Neste sentido a posição de Guilherme Nucci:

Há quem pretenda debater se a prostituição é profissão agradável ou desagradável, com ou sem prazer para quem a desenvolve, embora seja matéria relevante ao fato de ser uma atividade voluntária, que possui prós e contras como qualquer outra. O que pesa contra a prostituição é o estigma intenso, provocador de um fechamento quase automático das portas da moralidade, gerando, então, repulsa e exclusão social³².

Sendo assim, como a atividade de prostituição é livre – desde que seja praticada como opção de vida – aquele que mantém um local para esta atividade e não haja exploração de valores, de submissão a regras abusivas ou outra situação similar, não pode estar incluído na disciplina repressiva do Código Penal.

Ainda a posição de Guilherme Nucci:

Inexiste outra razão para se punir quem mantém casa de prostituição, senão a moral conservadora do legislador. A pretexto de proteger quem se prostitui, atua-se em sentido diametralmente oposto, lançando a prostituta às ruas – inseguras e obscuras – ou fomentando a clandestinidade, acompanhada da corrupção policial, que fecha as vistas às diversas casas existentes em qualquer grande cidade³³.

É bastante comum empresários que mantêm casas de entretenimento com shows eróticos, danças e massagens sensuais, brincadeiras sexuais e também quartos ou cabines que podem ser alugados para eventuais encontros e práticas libidinosas, sem que haja qualquer tipo de exploração, mas somente o exercício de uma atividade empresarial que atenda o público que se interesse por esse tipo de atrativo³⁴.

Devem ser admitidas como não criminosas essas atividades relacionadas ao sexo, porque só frequentam esses locais as pessoas que assim desejam; afinal, ninguém é obrigado a comparecer a locais e espetáculos que não quer, como determina a Constituição Federal no art. 5º, inciso II: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei”. Pode ser considerado imoral ou vexatório para algumas pessoas presenciarem esses espetáculos e locais, mas deve ser tolerado pela sociedade que outras pessoas venham a apreciar a atividade, e elas não devem ser consideradas criminosas por isso.

E, nesse contexto, se um empresário investe neste setor, abre um estabelecimento com o nome de boate, casa de massagem, termas, e, inclusive obtém junto à Prefeitura do Município alvará de funcionamento, sendo fiscalizado pela vigilância sanitária, Corpo de Bombeiros, fiscais de renda, dentre outros, sua atividade não pode ser considerada criminosa se não houver exploração no sentido que se defende neste trabalho.

Há argumentos no sentido de que a atividade de prostituição envolve o tráfico de drogas e a exploração de menores: se tal fato ocorrer, deve haver a tipificação nos crimes de tráfico e de casa de prostituição de vulnerável, mas não no tipo previsto no art. 229 do Código Penal, uma vez que não exista exploração sexual comprovada, tendo em vista que não se pode presumir esta situação.

Mas admitindo apenas uma prática comercial, sem qualquer tipo de exploração, onde tudo é negociado e não há emprego de violência, grave ameaça ou fraude, não há sentido em considerar que possa se presumir a ocorrência do crime de casa de prostituição. Ao contrário, se for comprovada a exploração sexual, pode ser admitida a prática criminosa, e o bem jurídico tutelado não será a moral e os bons costumes, mas a liberdade e autodeterminação sexual³⁵.

Qualquer outro entendimento, data vênua, é admitir a criminalização de condutas imorais³⁶, o que representa um retrocesso no direito penal, que, inclusive na redação anterior do crime de casa de prostituição restringia a interpretação legal para excluir a

presunção de que nos motéis, toda prática livre de atos libidinosos estava relacionada a uma situação de prostituição.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal contém valores que devem influenciar na interpretação e reprovabilidade das condutas criminosas. Desta forma, os princípios da legalidade e ofensividade impedem que sejam consideradas criminosas condutas meramente imorais ou sentimentos com relação às pessoas.

O crime de casa de prostituição, apesar de não ter mais esse nome na lei, continua a ser intitulado dessa forma pela doutrina e assim é considerado no presente trabalho.

O crime de casa de prostituição ganhou novos contornos com a lei 12.015/09, que modificou a tipificação penal e incluiu a conduta especial de casa de prostituição de vulnerável.

A partir da nova tipificação só é possível presumir que toda forma de prostituição é exploração sexual nos casos de casa de prostituição de vulneráveis, em razão do especial tratamento dispensado pela lei penal a estas pessoas.

Quanto ao tipo que alcança pessoas maiores de dezoito anos, numa interpretação constitucional, só pode ser criminalizada a casas de prostituição em que efetivamente ocorra a exploração sexual, e, neste caso, o bem jurídico tutelado não é a moral e bons costumes, mas sim a liberdade e autodeterminação sexual, não sendo admissível a presunção de que toda forma de prostituição constitui uma exploração sexual.

Com esta interpretação, deverão ser consideradas atípicas as empresas que proporcionam atividades relacionadas a atividades sexuais sem que haja qualquer exploração, mas apenas reflitam uma preferencia de lazer que pode não ser considerada moral, mas nem por isso deve ser considerada criminosa.

REFERÊNCIAS

- BEM, Leonardo Schmitt de. O perigo da moralidade como bem jurídico penal. in boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, julho de 2011.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, 4: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FARIA, Antonio Bento de. Anotações Theorico-Praticas ao Codigo Penal do Brasil. Vol. I – Parte Geral e Especial – Legislação penal Militar. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho Editora, 1937.
- FARIA, Marcio Gustavo Senra. A prostituição no Brasil no século XXI: razões para sua regulamentação. Dissertação apresentada para obtenção do título de Mestre na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2013.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa. 3ª edição Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.
- FRAGOSO, Heleno. Lições de Direito Penal, parte especial: arts. 213 a 359 CP, 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- GRECO, Luis. Casa de prostituição (art. 229, CP) e direito penal liberal: reflexões por ocasião do recente julgado do STF (HC 104.467). in Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 92, pp. 431-456, set/out 2011.
- GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial, volume III, 10ª edição. Niterói, RJ: Impetus, 2013.
- HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal, vol. VIII, arts 197 a 249. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal, 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

- _____. Prostituição, Lenocínio e Tráfico de Pessoas: aspectos constitucionais e penais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro, volume 2: parte especial (arts. 121 a 361). 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, volume 3: parte especial: arts. 184 a 288. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2002.
- RODRIGUES, Heloísa Barbosa Pinheiro Rodrigues. Prostituta, puta, profissional do sexo ou mulher prostituída... políticas públicas para quem? in Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 22, nº 263, outubro/2014, p. 15-16.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito Penal Sexual ou Direito Penal de Gênero? in Mulher e direito penal. Coordenadores: Miguel Reale Júnior e Janaína Paschoal. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- _____. Por um Novo Direito Penal Sexual – A Moral e a Questão da Honestidade. in Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 9, n. 33, janeiro-março de 2001. 133-158.
- ZAFFARONI. E. Raúl, BATISTA, Nilo et al. Direito penal brasileiro, segundo volume: teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. Rio de Janeiro: Revan, 2010, 2ª edição.

¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Por um Novo Direito Penal Sexual – a moral e a questão da honestidade*, p. 148, sendo certo que nas linhas seguintes o autor faz um apanhado histórico da atividade de prostituição.

² De acordo com o conceito de FRAGOSO, Heleno. *Lições de Direito Penal*, p. 66: “Casa de prostituição é, em primeiro lugar, o bordel ou lupanar, isto é, a casa onde permanecem prostitutas para exercer o seu comércio com os frequentadores. Outra espécie é aquela em que a prostituta não permanece, mas comparece em hora certa para o encontro libidinoso, retirando-se em seguida. Prevê a lei, igualmente, qualquer outro lugar destinado a encontros para fim libidinoso. Estão aí incluídos os chamados *rendez-vous*, ou seja, falsos hotéis e pensões funcionando em geral na zona do meretrício, para receber prostitutas com os seus clientes”.

³ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, p. 298.

⁴ Neste sentido, BITENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de Direito Penal*, p 169: “a evolução dos tempos, o crescimento das cidades e a liberalidade dos costumes permitiu e até facilitou a migração desse ‘prostíbulo’ para regiões menos excluídas das cidades, pelo menos, na zona urbana. Esses locais, por outro lado, ganharam em qualidade, higiene e até luxo, mas não perderam a sua natureza, qual seja, de concentração de mulheres dispostas a comercializar, clandestinamente, o próprio corpo, fazendo dessa atividade o seu meio de vida”.

⁵ Vale a pena mencionar a informação de HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, p. 267: “Em Portugal, desde o reinado de Afonso IV, eram aplicadas as penas de aconites e degrêdo para o Brasil aos réus de lenocínio qualificado, bem como a todo aquele que alcovitasse freira, virgem, mulher casada ou viúva honesta”.

⁶ FARIA, Antonio Bento de. *Anotações Theorico-Praticas ao Codigo Penal do Brasil*, p. 485.

⁷ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, p. 278 e p. 290.

⁸ De acordo com PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, p. 300: “a norma deve ser interpretada restritivamente, de forma que os locais destinados a encontros libidinosos de namorados, como os moteis, não podem, em princípio, ser considerados casas de prostituição”.

⁹ STJ – Resp. 14900/DF. Relator: Min. Fernando Gonçalves – julgamento: 09.06.98 – DJU 29.06.98.

¹⁰ Art. 213: Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir com que ele se pratique outro ato libidinoso.

¹¹ Incluiu o legislador no capítulo II os crimes sexuais contra vulneráveis, considerando, para cada crime, um conceito de vulnerável, seja com relação à idade da vítima, seja com relação à sua capacidade de autodeterminação.

¹² Esse acréscimo se deu nos artigos 218-B, 228, 229, 231 e 231-A, todos do Código Penal.

¹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, p. 168

¹⁴ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*, p. 564.

¹⁵ Vale a pena mencionar a explicação de NUCCI, Guilherme de Souza. *Prostituição, Lenocínio e Tráfico de Pessoas*, p. 136, que descreve a posição de movimentos feministas que entendem que “o simples ato sexual pago pelo homem para obter a satisfação de sua lascívia, usando, para tanto, uma mulher é suficiente para gerar o desconforto da dominação machista sobre o sexo feminino, o que representa, por si só, uma indignidade”, admitindo, assim, a ocorrência de exploração sexual em todas as atividades da prostituição feminina, deixando, contudo, de estabelecer a mesma situação para a prostituição masculina, tornando, assim, frágil tal argumento.

¹⁶ FERREIRA, Aurelio Buarque de Holanda, *Dicionário da Língua Portuguesa*, p. 863.

¹⁷ Também entende desta forma GRECO, Luis. *Casa de Prostituição (art. 229, CP) e direito penal liberal: reflexes por ocasião do recente julgado do STF (HC 104.467)*, p. 452.

¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Prostituição, Lenocínio e Tráfico de Pessoas*, p. 91.

¹⁹ FARIA, Marcio Gustavo Senra. *A prostituição no Brasil no século XXI: razões para sua regulamentação*, p. 135: “a sociedade faz uma representação estigmatizada da atividade, que envolve o mito sagrado segundo o qual qualquer relação envolvendo uma prostituta e um empresário será, necessariamente, uma relação de exploração” e conclui que “basta observar que, se fosse outra a atividade envolvida – que não a venda de relações sexuais, com toda a carga de stigma e preconceito que a envolve –, não se ousaria falar em exploração. Imagine-se, por exemplo, uma relação de trabalho entre um boia-fria, precisamente um cortador de cana, e um fazendeiro: em muitos casos, aquele trabalhará muito mais e receberá remuneração muito menor do que uma prostituta, porém de acordo com esse folclore de que se trata, dir-se-á que a prostituta é explorada, mas não se dirá o mesmo do boia-fria”, p. 139.

²⁰ FARIA, Marcio Gustavo Senra. *A prostituição no Brasil no século XXI: razões para sua regulamentação*, p. 137: “no que concerne à prostituição, a exploração sexual, em termos jurídicos, implica que alguém se beneficie abusiva e indevidamente do trabalho da prostituta, quer reduzindo-a à condição análoga à de escrava, que exigindo dela participação leonina em seus rendimentos, contra a sua vontade – ou seja, através da prática de atos que viciem o consentimento (erro, dolo ou coação). Nesse conceito jurídico, fica evidente que a exploração sexual não é uma **característica** da prostituição, mas sim um **fato contingente** a ela que, ocorrendo, constitui crime.

²¹ Pode até haver críticas quanto a esta proteção especial dos vulneráveis, mas não se pode negar que o legislador assim trata da questão, que deve ser enfrentada.

²² Previsto no art. 1º do Código Penal e no art. 5º inciso XXXIX da Constituição Federal: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

²³ D’AVILA. Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal*, p. 65 entende que a expressão ofensividade é mais completa, por incluir as duas formas fundamentais de afetação do bem jurídico: o dano e o perigo.

²⁴ Nesse sentido, D’AVILA. Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal*, p. 69: “a ofensividade é, sem dúvida, por inúmeras razões, uma exigência constitucional. Aliás, parece-nos possível encontrar elementos para justificar uma tal exigência, tanto em âmbito puramente principiológico como, e principalmente, à luz das regras constitucionais. Partindo de um ordenamento constitucional fundado na inter-relação de regras e princípios, podemos, mediante a admissão de uma proposição de ordem a paz a cargo do Estado de Direito, reconhecer um princípio geral fundamental de tutela de bens jurídicos, densificador do princípio estruturante do Estado de Direito. Pois é exatamente desse princípio geral de tutela de bens jurídicos que decorre tanto o princípio geral de garantia representado pela necessária ofensa, como princípio constitucional impositivo, representado pela intervenção penal necessária”.

²⁵ Vale ressaltar a posição de ZAFFARONI, E. Raul, BATISTA, Nilo et al. *Direito penal brasileiro*, p. 216, para quem o Direito Penal não tutela bens jurídicos, que tem a função apenas de limitar o poder punitivo do Estado: “na verdade, a legislação penal não cria bens jurídicos: são eles criados pela Constituição, pelo direito internacional a ela incorporado e pelo resto da legislação (civil, administrativa, etc) com ela compatível. (...) o direito penal recebe o bem jurídico já tutelado (...) essa obrigação determina a criminalização primária de algumas ações que afetam o bem jurídico”.

²⁶ De acordo com PRADO, Luiz Regis, *Curso de direito penal brasileiro*, p. 299, o legislador visou proteger a moral pública sexual. Para BITENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de direito penal*, p. 165, o legislador protege a dignidade sexual, como em todo o título e, especialmente no art. 229 do Código Penal, a moralidade sexual pública. Para GRECO, Rogério, *Curso de Direito Penal*, p. 607, a moralidade pública sexual é o bem juridicamente protegido no art. 229 do Código Penal e de forma

ampla, a dignidade sexual. Para PIERANGELI, José Henrique, *Manual de Direito Penal Brasileiro*, p. 517, a tutela penal recai sobre a moralidade pública e os bons costumes sexuais.

²⁷ Como bem pondera SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, *Direito Penal Sexual ou Direito Penal de Gênero?* p. 339: "(...) são mantidas, ao longo da primeira metade do século XX, as percepções de bem jurídico na esfera sexual lastreada em ideia de moral e de bons costumes, algo que perdurou, nitidamente, ao menos na Europa, até a Segunda Grande Guerra."

²⁸ BEM, Leonardo Schmitt de. *O perigo da moralidade como bem jurídico penal*. In boletim do IBCCRIM.

²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*, p. 859.

³⁰ HC 104.467 / RS - Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA, 1ª Turma, julgamento: 08/02/2011.

³¹ FARIA, Marcio Gustavo Senra. *A prostituição no Brasil no século XXI: razões para sua regulamentação*, p. 139: "não se sustenta que não existe, no mundo dos fatos, exploração sexual na prostituição; mas sim que o conceito de exploração não corresponde ao conceito implicado no mito; que nem toda atividade empresarial envolvendo a prostituição funciona na base da exploração; e, ainda, que, bema o revés, a atividade empresarial, exercida com responsabilidade e limites, é fundamental para que as prostitutas possam exercer sua profissão em condições dignas"

³² NUCCI, Guilherme de Souza. *Prostituição, lenocínio e tráfico de pessoas*, p. 160.

³³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Prostituição, lenocínio e tráfico de pessoas*, p. 160.

³⁴ Como expõe RODRIGUES, Heloísa Barbosa Pinheiro. *Prostituta, puta, profissional do sexo ou mulher prostituída... políticas públicas para quem?*, in boletim IBCCRIM: "o projeto do deputado federal Jean Wyllys de meados de 2012, com o apoio de organizações brasileiras de prostitutas, busca descriminalizar a conduta do organizador da atividade de prostituição, que passaria a ser um 'empresário do sexo', além de possibilitar a organização de profissionais do sexo em cooperativas".

³⁵ Neste sentido SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, *Por um Novo Direito Penal Sexual – a moral e a questão da honestidade*, p. 141: "em se considerando que a proteção do direito repressivo há de ser dada a valores ou bens fundamentais para a sociedade, fácil é a percepção, em termos individuais, da necessidade de proteção à liberdade e autodeterminação sexual, em detrimento do que seriam a moral e os bons costumes".

³⁶ Esta também é a posição de SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, *Direito Penal Sexual ou Direito Penal de Gênero?* p. 341, que entende que a moral não pode ser protegida pelo Direito Penal: "se é verdade que a moral, ou os conteúdos morais não pode se mostrar como bem jurídico aferível, não pode, também, ser objeto de proteção penal, já que o conceito de bem jurídico posta-se como um limite intransponível ao legislador, e que não é aceitável um Direito Penal que não tutele bens, mas, unicamente, normas éticas e morais".