

A INCONSTITUCIONALIDADE DA TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE MANTER ESTABELECIMENTO EM QUE OCORRA EXPLORAÇÃO SEXUAL

THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE CRIME'S TYPES OF KEEPING ESTABLISHMENT IN WHICH SEXUAL EXPLOITATION OCCURS

André Duarte Braga^{*}

Luiz Henrique Nogueira Araujo Miranda[†]

RESUMO

O presente trabalho possui como objetivo a análise da inconstitucionalidade do crime elencado no Art. 229 do Código Penal Brasileiro, qual seja, manter estabelecimento em que ocorra “exploração” sexual. Para isso, utilizou-se o método de pesquisa bibliográfico, constituído, principalmente, por livros e artigos científicos que abordam o tema. Explicitaremos tal evidente afronta à Constituição Brasileira, bem como a notória lesão ao princípio da lesividade, da adequação social, e ao princípio da legalidade estrita. Ainda, traçaremos um comparativo entre a profissão-prostituição em nosso país e a prostituição legalizada e cultural dos Países Baixos, onde a prostituição não é só mais uma profissão, mas uma cultura enraizada. Por fim, comprovaremos que a manutenção de estabelecimentos especializados em atividades sexuais, destinados e frequentados por maiores de 18 anos de idade não merece sua criminalização, não restando dúvidas que a sua tipificação no Código Penal não deverá persistir.

PALAVRAS-CHAVE: Casa de Prostituição; Inconstitucionalidade; Lesividade; Moral; Princípios.

^{*} Bacharel em Direito pela Universidade Fumec. Pós-Graduando em Ciências Penais pela PUC-MG. Advogado Criminal e Consultor Jurídico. Andre.duarte.braga@gmail.com. <http://lattes.cnpq.br/9622940921224927>

[†] Mestrando em Direito Penal pela PUC/MG. Pós-graduado em Ciências Penais pela PUC/MG. Membro Associado do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim. Autor de artigos científicos na área do Direito Penal. Aprovado em 1º lugar no processo seletivo para o programa de pós-graduação (stricto sensu) - Mestrado - em Direito Penal da PUC/MG, em março de 2016. Pesquisador com bolsa de mestrado vigente no CNPq. Lhmiranda.luiz@gmail.com <http://lattes.cnpq.br/9493106177271737>

ABSTRACT

This work aims to analyze the unconstitutionality of crime part listed in Art. 229 of the Brazilian Penal Code, that is, maintain property that occurs "exploitation" sexual. For this, we used the bibliographic research method, consisting mainly of books and scientific articles on the topic. We will demonstrate such obvious affront to the Brazilian Constitution and the notorious injury to the principle of harmfulness, social adjustment, and the principle of strict legality. Still, we will draw a comparison between the profession-prostitution in our country and legalized prostitution and culture of the Netherlands, where prostitution is not just a profession, but a deep-rooted culture. Finally, we will check that the maintenance of specialized stores in sexual activities for and attended by over 18 years of age does not deserve its criminalization, there is little doubt that their classification in the Criminal Code should not persist.

Keywords: Brothel; Unconstitutionality; Harmfulness; Moral; Principles.

1. INTRODUÇÃO

Profissão milenar, histórica e fundamental ao longo da história de nossa civilização moderna, a prostituição sobrevive até hoje. Não há como precisar a sua origem, porém, presume-se que se estende de 4.000 a.C a 3.500 a.C.

Em regiões pelo mundo, das mais habitadas até as mais remotas, as prostitutas eram vistas como feiticeiras, curandeiras e até sacerdotisas. Na Grécia antiga, as prostitutas andavam livremente entre as elites, e nos dias de hoje, tal profissão vive às margens da sociedade, cada vez mais estigmatizadas e hostilizadas.

Infelizmente, tais estigmas e hostilidades se justificam pelo fato de que a prostituição, bem como os “bordéis”, escancara para a sociedade a fragilidade e o descaso da população com as pessoas que vivem desta profissão, dependem dela para sobreviver, além de prover o sustento de suas famílias.

A partir do momento que o legislador esqueceu-se das tradições vivas, antepassadas e enraizadas deste ofício em nossa sociedade moderna, realizou uma “ginástica” legislativa para criminalizar indiretamente um trabalho desgostoso por parte da sociedade, tentando preservar o que ele chamaria de “moralidade”.

Importa salientar que o processo legislativo que deu origem a esta criminalização não satisfaz todos os requisitos inerentes ao princípio da legalidade estrita, tornando o tipo absolutamente inconstitucional.

Diante de todo o exposto, busca-se por meio deste artigo realizar um estudo doutrinário da tipificação da conduta prevista no art. 229, diante de sua evidente lesão aos princípios da legalidade, da lesividade, da adequação social e da intervenção mínima.

2. A PROIBIÇÃO INDIRETA DA PROSTITUIÇÃO

Conforme dispõe o Artigo 229 do Código Penal Brasileiro, a pessoa que mantiver por sua conta, ou por conta de terceiros, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, com intuito de lucro ou de certa forma, mediação direta do proprietário ou agente, poderá ser condenado à pena de reclusão de dois a cinco anos, e multa.¹

É patente, conforme se demonstrará, que a prostituição não é uma profissão exercida de maneira ilegal. Não há em nosso ordenamento jurídico leis que regulamentam a prática da prostituição e nem que a proíbam.

Entretanto, amparado pelo fundamento de proteção e amparo à “moral e os bons costumes”, por mais falso que tal moralismo possa ser, o legislador de maneira estapafúrdia, e antepassada, optou pela manutenção da criminalização de praticamente todos os atos relacionados à prostituição de pessoas maiores, capazes e donas dos seus próprios corpos.

Conforme ensinamentos do professor Cezar Roberto Bitencourt, “com a criminalização da manutenção de casa de prostituição (agora estabelecimento em que ocorra exploração sexual), paradoxalmente, o legislador penal proíbe a exploração de uma atividade, que é permitida, e, confundindo moral com direito, “condena” a prostituição a realizar-se nas ruas, nos guetos, clandestinamente.”²

¹ BRASIL. Código Penal brasileiro (CP - Decreto-Lei n° 2.848/40).

²BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. Volume 4: Dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública – 8ª Ed. Saraiva. São Paulo. 2014. P. 176

Destarte, perfeitamente plausível afirmar que a marginalização da prostituição, em conjunto com a criminalização da casa de prostituição só levam às prostitutas às condições mais absurdas e desumanas de trabalho, levando o ambiente de trabalho, ao invés de locais comprovadamente seguros, debaixo de um teto com seguranças e estruturas adequada, para as ruas, guetos, esquinas sujas, escuras e perigosas.

Neste sentido, Guilherme de Souza Nucci não mede palavras ao criticar a criminalização das casas de prostituição no Brasil, assim:

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, ingressar nesse contexto o moralismo, por vezes exagerado, de proibir qualquer forma de agenciamento ou condição empresarial da atividade. A sociedade olvida o desatino de manter a prostituta nas ruas, sem proteção e vítima de 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.(NUCCI, 2002, p.85)

Dessa forma, inexistente razão ao legislador em manter a criminalização de tais condutas, vez que sua legalização só traria benefícios às prostitutas.

Importantíssimo salientar também que, conforme nosso posicionamento oficial de que as casas de prostituição devem ser completamente legalizadas, o objetivo central é garantir um ambiente saudável de trabalho tanto para as profissionais do sexo, quanto para sua clientela.

Devido à criminalização, existem hoje substabelecimentos à margem da sociedade, cujos donos sequer prezam pela saúde de suas funcionárias e dos clientes que ali frequentam. Assim, as profissionais destes estabelecimentos preferem arriscar suas vidas nas ruas ao invés de ali se estabelecerem.

Isto posto, tal descriminalização está amparada na evidente melhora nas condições de trabalho em tais locais, dando aos empregados todas as condições trabalhistas possíveis, possibilitando também a realização de exames rotineiros, disponibilização de ambientes limpos, higienizados por pessoas especializadas, etc.

3. O BEM JURÍDICO SUPOSTAMENTE TUTELADO

Ao criminalizar a manutenção dos estabelecimentos onde ocorra exploração sexual, o legislador visou proteger a dignidade sexual do ser humano, buscando por tal circunstância, a conservação da moral sexual pública, com o objetivo absurdamente antiquado, qual seja, acabar ou ao menos diminuir a prática e o desenvolvimento da prostituição no Brasil.

Antigamente, antes da atual reforma do nosso Código Penal, o crime do Artigo 229 tinha como denominação “*Casa de Prostituição*”. Após a referida reforma, o legislador optou por renomear o local usado para princípios sexuais para “*Estabelecimento em que ocorra Exploração Sexual*”.

Contudo tal alteração, materialmente foi inócua, mudando-se tão somente a semântica da denominação. Conforme Guilherme de Souza Nucci ensina, “Trocar a expressão casa de prostituição por estabelecimento em que ocorra exploração sexual não propicia nenhuma mudança real”³

Talvez o legislador, erroneamente, com tal mudança no vocabulário do Artigo 229 do Código Penal Brasileiro, optou por atribuir uma conotação mais reprovável para a situação de se manter uma casa de prostituição, buscando enfatizar a palavra exploração que nos remete à situações ruins.

Percebe-se aqui, uma tentativa de reforçar a reprovação moral sobre tal conduta.

Como bem preceitua Claus Roxin, “a imoralidade ou a reprovabilidade ética de um comportamento não pode legitimar uma proibição penal, se os pressupostos de uma convivência pacífica não forem lesionados”⁴

Ademais, não é legítimo, nas palavras de Roxin, “criar tipos penais para proteção de bens jurídicos, sendo estes descritivos através de conceitos com base nos quais não é possível pensar nada de concreto”⁵.

³NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual.Comentários da Lei 12.015. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, P. 79

⁴ ROXIN, Claus. Estudos de direito Penal – 2ª ed. tradução de Luís Greco. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.37.

⁵ Idem, p.50.

Assim, por conta de sua falsa moralidade, o legislador desejando por acabar com uma profissão, desrespeitada por seus estigmas e tabus, porém viva perante todos estes problemas, justificou através da moralidade sexual, uma indevida intromissão na livre autodeterminação sexual do ser humano.

4. MOTÉIS, HOTÉIS E OUTROS AMBIENTES

É perceptível que o legislador, ao criminalizar estabelecimento em que ocorra exploração sexual, dependendo de como artigo é interpretado, em uma visão extensiva, pode ter desejado também criminalizar todos os ambientes utilizados para prostituição.

Contudo, pendendo para uma visão restritiva, que é a adequada, conclui-se que a palavra “EXPLORAÇÃO” se restringe aos ambientes usados estritamente para a prostituição.

Assim, como é notório e Cezar Roberto Bitencourt impecavelmente versou, “A finalidade, sabemos todos, de tais estabelecimentos (Hotéis, Motéis, Restaurantes, etc.), como regra, é outra bem diferente, qual seja, explorar o comércio de hospedagem e alimentação, faltando-lhes o fim específico de explorar a prostituição.”⁶

Outrossim, em nossa visão, ambientes cuja destinação passa longe de ser exclusivamente ou preferencialmente a exploração da prostituição, na leitura restritiva do Artigo 229 do Código Penal Brasileiro, sequer devem ser levados em conta.

Ocorre prostituição nestes locais? Com certeza, até porque, são ambientes propícios e que levam às pessoas a satisfazerem sua lascívia, e podem ser palco até frequente de tal prática (frisa-se, totalmente LEGAL), mas sua atividade principal não é a exploração sexual.

⁶BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. Volume 4: Dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública – 8ª Ed. Saraiva. São Paulo. 2014. P. 182

5. OS PRINCÍPIOS LESADOS PELA INCONSTITUCIONALIDADE DA TIPIIFICAÇÃO DO CRIME DE MANTER CASA DE PROSTITUIÇÃO

Inconstitucionalidade, na acepção mais básica da palavra, é qualquer coisa, qualquer situação, qualquer lei, etc., que vai de encontro e contra a nossa Constituição Brasileira.

Porém, Rui Barbosa, apoiado pelo excepcional jurista britânico, Albert VennDicey, observou que, dependendo da Constituição adotada, três acepções podem ser observadas, vejamos:

“A expressão inconstitucional, aplicada a uma lei, tem, pelo menos, três acepções diferentes, variando segundo a natureza da Constituição a que aludir:

I – Empregada em relação a um ato do parlamento inglês, significa simplesmente que esse ato é, na opinião do indivíduo que o aprecia, oposto ao espírito da Constituição inglesa; mas não pode significar que esse ato seja infração da legalidade e, como tal, nulo.

II – Aplicada a uma lei das câmaras francesas, exprimiria que essa lei, ampliando, suponhamos, a extensão do período presidencial, é contrária ao disposto na Constituição. Mas não se segue necessariamente daí que a lei se tenha por vã; pois não é certo que os tribunais franceses se repute obrigados a desobedecer às leis inconstitucionais. Empregada por franceses a expressão de ordinário se deve tomar com simples termo de censura.

III – Dirigido a um ato do Congresso, o vocábulo inconstitucional quer dizer que esse ato excede os poderes do congresso e é, por consequência, nulo. Neste caso a palavra não importa necessariamente reprovação. O americano poderia, sem incongruência alguma, dizer que um ato do Congresso é uma boa lei, beneficia o país, mas, infelizmente, peca por inconstitucionalidade, isto é, *ultra vires*, isto é nulo.”⁷

É certo que a inconstitucionalidade explícita, como é o caso da manutenção do crime de manter estabelecimento em que ocorra exploração sexual, deve ser brecada com urgência, visando a reforma próxima do Código Penal.

A desobediência explícita aos princípios mais importantes de nossa constituição configura cabalmente tal inconstitucionalidade e abaixo veremos quais os princípios lesados no momento em que tal crime permaneceu no Código Penal Brasileiro:

⁷BARBOSA, Rui apud MENDES In: BRANCO; COELHO; MENDES, 2010, p. 1156

5.1. Princípio da Lesividade

Os princípios da intervenção mínima e da lesividade são como 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 bens 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, a lesividade funciona como uma orientação para se permitir a criminalização de determinada conduta.⁸

Também sobre tal princípio, completa o professor Rogério Greco, que é “Aquilo que for da esfera própria do agente deverá ser respeitado pela sociedade e, principalmente, pelo estado, em face da argüição da necessária tolerância que deve existir no meio social, indispensável ao convívio entre pessoas que, naturalmente, são diferentes.”⁹

Dessa forma, é notória a lesão ao princípio da lesividade por parte do Estado, ao tipificar o crime do Artigo 229 do Código Penal Brasileiro, quais sejam, Mediação para servir a lascívia de outrem, Casa de Prostituição e Rufianismo.

Além do fato do legislador ter despendido uma enorme quantidade de tempo para conseguir redigir tais artigos, deu uma enorme importância para situações as quais não deviam estar presentes no Código Penal Brasileiro.

Há uma notória intolerância aos indivíduos diretamente relacionados aos crimes citados acima, por parte do legislador. Prenderam-se em situações as quais a sociedade, à época da composição do presente Código Penal, não admitia.

É dessa maneira que leciona Muñoz Conde:

O caráter fragmentário do Direito Penal, apresenta-se sob três aspectos: em primeiro lugar, defendendo o bem jurídico somente contra ataques de especial gravidade, exigindo determinadas intenções e tendências, excluindo a punibilidade da prática imprudente de alguns casos; em segundo lugar, tipificando somente parte das condutas que outros ramos do direito consideram antijurídicas e, finalmente, deixando, em princípio, sem punir ações meramente imorais, como a homossexualidade ou a mentira. (CONDE. 1997, p. 72)

⁸ GRECO, Rogério. Curso de direito penal – Parte Geral. v. I; 12^a. ed. Niterói: Impetus, 2010, p.49

⁹ GRECO, Rogério. Curso de direito penal – Parte Geral. v. I; 12^a. ed. Niterói: Impetus, 2010, p.51

O grifo se justifica exclusivamente para mostrar que, numa citação de um livro do ano de 1997, época bem antiga onde os tabus como a homossexualidade, e com certeza, a prostituição e promiscuidade estavam em alta, já se falavam na descriminalização de tais atos. Mesmo numa época de pensamentos fechados e intangíveis com relação à moralidade e ética do ser humano, já havia uma noção de que o que for simplesmente “feio” a um povo, não deve ser marginalizado e criminalizado.

A atuação do Direito Penal precisa estar voltada somente a punir aquelas condutas que, comprovadamente, são realmente ofensivas e perigosas para a sociedade, como por exemplo, o homicídio, sequestros, lesões de qualquer gravidade, pedofilia, estupros, abandonos e etc.

Dessa maneira, situações como a intimidade de alguém ao induzir, convencer alguém a satisfazer a lascívia de outrem, ou o exercício de uma profissão em um estabelecimento próprio, como é o caso da prostituição, deixarão de vigorar como crime. E hoje, o claro motivo de ainda estarem em vigência, é preconceito, intolerância e desrespeito à liberdade de “ser, pensar, expressar e atuar livremente” de cada pessoa, sem que isso afete negativamente outro indivíduo. É dessa forma que leciona Mariano Silvestroni¹⁰:

“A tolerância é consequência da intangibilidade do ser humano e de sua liberdade. Politicamente significa que as pessoas tem direito de ser, pensar, expressar-se e atuar livremente sem que sejam submetidas a restrições ou sanções que se fundem no mero fato do que se é, se pensa, se expressa, ou se faz, salvo, nesses dois últimos casos, que com isso se afete o direito de outro.”

5.2. Princípio da Adequação Social

Nas palavras de Luiz Regis Prado, “A teoria da adequação social, concebida por Hans Welzel, significa que apesar de uma conduta se subsumir ao modelo legal não será considerada típica se for socialmente adequada ou reconhecida, isto é, se estive de acordo com a ordem social da vida historicamente condicionada.”¹¹

¹⁰ SILVESTRONI, Mariano H.. Teoria Constitucional del delito, p.155

¹¹ PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito penal brasileiro – parte geral, p.83

O princípio da adequação, apesar de inúmeros defensores em toda a esfera jurídica, não é absoluto. Ele não possui, hoje em dia, material fático preciso suficiente com poder de revogar um artigo vigente.

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 Artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, “Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.”¹²

Porém, mesmo com essa característica de, por si só, não retirar os tipos penais inconstitucionais de vigência, o princípio da adequação é, como dito na citação doutrinária acima, um norte. Serve para que o legislador repense a importância e a aplicabilidade destes tipos.

No que tange aos crimes citado neste artigo, é dessa forma que o princípio da adequação social irá agir. O legislador irá analisar todo o Artigo 229 do Código Penal à luz do princípio e, assim, repensará se a tipificação foi devida ou não.

A sociedade ainda vive com as consequências que o preconceito à liberdade de autodeterminação sexual trouxe para ela, e a inclusão no código penal como crime é uma delas. Mas, mesmo assim, parte da sociedade já evoluiu suficientemente para aceitar as diferenças e as opções profissionais de cada um, mesmo que esta seja do ramo sexual.

Então, para que o Estado possa acompanhar o fluxo evolutivo do povo brasileiro, é indispensável que a legislação vigente mude junto, se adapte e absorva as todas as melhorias possíveis.

Concluindo, na função norteadora, o princípio da adequação social destina-se precipuamente ao legislador, orientando-o na escolha de condutas a serem proibidas ou impostas, bem como na revogação de tipos penais. Porém, vale muito frisar, nada será revogado, senão em virtude de lei.

¹² GRECO, Rogério. Curso de direito penal – Parte Geral. v. I; 12ª. ed. Niterói: Impetus, 2010, p.54

5.3. Princípio da Legalidade Estrita

O “princípio da legalidade estrita” é utilizado por Ferrajoli para designar a reserva absoluta da lei, ou seja, aquela norma dirigida ao legislador, a quem se prescreve a taxatividade e a precisão empírica das formulações legais.¹³

O princípio da legalidade estrita é proposto como uma técnica legislativa específica, dirigida a excluir, conquanto arbitrárias e discriminatórias, as convenções penais referidas não a fatos, mas diretamente a pessoas e, portanto, com caráter “constitutivo” e não regulamentar” daquilo que é punível: como as normas que, em terríveis ordenamentos passados, perseguiram as bruxas, os hereges, os judeus, os subversivos e os inimigos do povo; como as que ainda existem em nosso ordenamento, que perseguem os “desocupados” e os “vagabundos”, os “propensos a delinquir”, os “dedicados a tráfico ilícito”, os “socialmente perigosos” e outros semelhantes. (FERRAJOLI, 2010, p.39)

Pela legalidade estrita, fica o legislador adstrito a todos os princípios de direito penal enunciados no sistema garantista de Ferrajoli.

Assim, o sentido e o alcance do princípio da legalidade devem residir nesta concepção nominalista e empírica do desvio punível, que remete às ações taxativamente indicadas pela lei, que firmam um bem jurídico, que exclua concepções ontológicas ou extralegais. O princípio da estrita legalidade pressupõe a existência de todas as demais garantias como materialidade da ação, lesividade, culpabilidade, presunção de inocência, do ônus da prova e do direito de defesa.

A inobservância de qualquer um dos princípios constitutivos deste sistema torna o tipo penal inválido.

No caso da tipificação da manutenção de casa de prostituição, vê-se clara lesão à legalidade estrita, pela ausência de lesividade intrínseca do delito, e também por patente desnecessidade de sua criminalização.

Ante ao exposto, por tratar-se de uma criminalização exclusivamente moral, sem qualquer lesividade a terceiros, conclui-se pela inconstitucionalidade do crime previsto no art. 229 do Código Penal, pela lesão ao princípio da estrita legalidade.

¹³ Idem. Pg. 39.

5.4. Princípio da Secularização

O princípio da secularização tem por ideia a separação total do direito com a moral. Tal costume era extremamente comum no direito da antiguidade, especialmente no Império Romano antigo, que ligava diretamente a moral ao direito da época, determinando o que era certo ou errado, de acordo com a visão dos imperadores em todo seu transcorrer.

Com a queda do Império Romano, passou a vigorar a moral da Igreja Católica, desenvolvendo o forte e abusivo direito canônico, que se manterá até o século XX. Com o passar do tempo, e com a forte cultura iluminista confrontando com as ideias jurídico-morais, a tendência à separação entre um e outro foi sendo fortalecida, até que a secularização se firmasse no direito nos dias de hoje.

Com essa separação vertical entre o direito e a moral, importantes barreiras foram levantadas entre os dois, porém, mesmo assim, ambos ainda são ligados por pequenos laços. É certo que um não pode ser confundido pelo outro, pois o direito não tem como missão reproduzir os fundamentos da moral, mas esta ainda sim é autônoma e forte frente ao direito positivo. É o que mostra Luigi Ferrajoli, "Os preceitos e os juízos morais, com base nesta concepção, não se fundamentam no direito nem em outros sistemas de normas positivas – religiosas, sociais ou de qualquer outro modo objetivas -, senão somente na autonomia da consciência individual"¹⁴:

Mesmo com a adoção do presente princípio, ainda há uma visão moral e ética no momento de estruturação e modelação dos tipos penais. Essa visão é sim usada, porém, de forma muito menos incisiva e poderosa. Infelizmente, o legislador não soube analisar o princípio da secularização ao tipificar os crimes estudados neste capítulo.

As casas de prostituições só está lá, escrito em artigo no código penal brasileiro, por conta do uso indevido da moral na hora das suas elaborações. Ouso ainda dizer que, só estão lá, como uma maneira indireta de punir o exercício da prostituição, fato que seria impossível em vias diretas, devido à importância e ancestralidade

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal. 4.ed. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2014

E ainda, no tocando ao crime de induzir a satisfazer lascívia de outrem, o legislador deixou de lado a secularização, violando a individualidade de cada um, transformando todos os envolvidos no “crime” em vítimas.

Existe uma enorme preocupação dos operadores do direito, dos julgadores do direito e do próprio direito em si, de evitar qualquer tipo de confusão entre o que é imoral e o ilegal. Não se pode levar em consideração preceitos e características morais para um julgamento sobre alguma prática de ato ilícito. Somente as circunstâncias e consequências dos crimes que podem ser levadas em conta para a elaboração dos crimes e das penas que os acompanham.

É dessa forma que, ao infringir o princípio da secularização, o legislador ao configurar como crime os atos de exploração sexual citados acima, somente se atentou ao fato da imoralidade do ato de “vender o corpo em troca de dinheiro”, analisando a personalidade das pessoas que são levadas a esse tipo de trabalho, com suas características na execução da atividade e a imagem transmitida por estes atos à sociedade.

Infelizmente o direito penal brasileiro está aferrolhado à moral e aos bons costumes (muitas vezes religiosos), para a elaboração de seus códigos e suas regras.

O Direito Penal leva em seu conteúdo, estruturas que pregam pela conservação da culpabilidade através da análise da moralidade do indivíduo. Exemplos importantes dessa análise são: da periculosidade, dos antecedentes, da profissionalidade, da habitualidade, e até mesmo da tendência criminosa.

CONCLUSÃO

A prostituição no Brasil não foi e nunca será uma profissão ilegal. Ela nunca será comparada ao tráfico de drogas, ao tráfico de armas, à formação de quadrilha, etc. Não há e nunca haverá qualquer cunho ilegal por parte das prostitutas e o seu modo de vida. É aí que entra o legislador e sua moral entrelaçada por espinhos ao direito penal.

O nosso ordenamento jurídico, carregando a pesada moral em suas calejadas costas não mais fez que um desfavor à sociedade, atrapalhando mais do que se poderia, em alguma hipótese, ajudar.

Como exposto neste trabalho, o legislador pouco se importou em pisar nos princípios constitucionais acima listados, intrometendo na vida pessoal do cidadão, buscando um fim à prostituição em vias laterais.

O legislador, ao ver que proibir a prostituição por via direta seria praticamente impossível, pois de certa forma tal profissão já está fortemente presente em nossa sociedade, assim como em Amsterdam, que desde 2000, uma lei tornou a prostituição devidamente legal¹⁵, optou e erroneamente em querer proibi-la indiretamente.

Como devidamente explicitado neste artigo, a proibição da manutenção de estabelecimentos onde ocorra a exploração sexual não só prejudica ainda mais as pessoas as quais sobrevivem neste ramo, bem como marginaliza ainda mais tais pessoas, fazendo com que as mesmas, ao invés de se estabelecerem em um local próprio de trabalho, optam pelos perigos da rua, ou em locais mal cuidados e que oferecem um risco maior aos profissionais do meio e aos clientes.

¹⁵Amsterdam.info. Prostitution in Amsterdam <<http://www.amsterdam.info/prostitution/>>. Acesso em: 31 de outubro de 2016. – A prostituição é na Holanda desde 1830 e de 1911 até 1980, existia uma lei a qual proibia a obtenção de lucros de terceiros com a prostituição. Tal lei tinha objetivo de protegê-las contra a exploração de pessoas, porém, tal lei pouco surtiu efeito. Então, em 1988 a prostituição foi reconhecida como profissão legal e a nova lei em 2000, tornou a profissão totalmente legal e submetida às regras municipais de organização e prática de negócios. Qualquer negócio sexual precisa obter licença municipal, certificando que o mesmo preencheu todos os requisitos para operar. As autoridades holandesas tratam as prostitutas como empresárias individuais e as mesmas necessitam ao pagamento de taxas e ao pagamento do imposto de renda. As autoridades bem como a força policial são os entes principais ao combate à prostituição clandestina que, mesmo com a regularização, ainda prejudica às prostitutas nos países. Porém, tais profissionais ainda contam com uma enorme ajuda do governo holandês, qual seja, a concessão de serviço médico de baixo custo e até de graça no que tange às prevenções contra doenças sexualmente transmissíveis.

REFERÊNCIAS

Amsterdam.info. Prostitution in Amsterdam <<http://www.amsterdam.info/prostitution/>>. Acesso em: 31 de outubro de 2016.

BARBOSA, Rui apud **MENDES** In: **BRANCO; COELHO; MENDES**, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Volume 4: Dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública – 8ª Ed. Saraiva. São Paulo. 2014.

BRASIL. Código Penal brasileiro (CP - Decreto-Lei nº 2.848/40).

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal** / Luigi Ferrajoli; prefácio da 1. Ed. Italiana, Norberto Bobbio. -3. Ed. Ver. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal** – Parte Geral. v. I; 12ª. ed. Niterói: Impetus, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**.Comentários da Lei 12.015. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito penal brasileiro** – parte geral, p.83.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito Penal** – 2ª ed. tradução de Luís Greco. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SILVESTRONI, Mariano H.. **Teoria Constitucional del delito**, p.155.