

# Data enia

REVISTA JURÍDICA DIGITAL

11 2020



Publicação científico-jurídica  
em formato digital  
**ISSN 2182-8242**

Periodicidade anual  
N.º 11 — Ano 2020

Propriedade e Edição:  
© DataVenia  
Marca Registada n.º 486523 – INPI

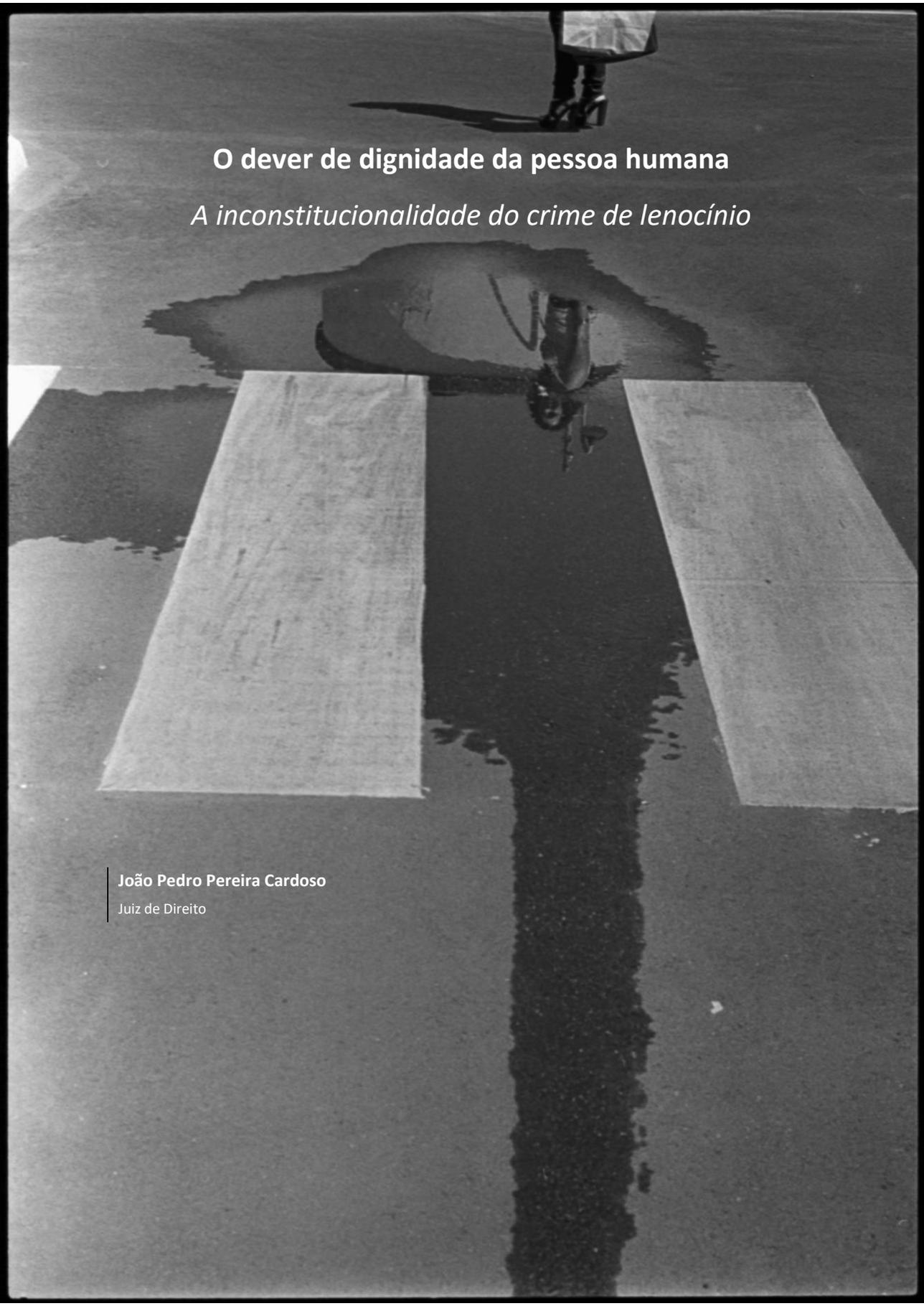
Internet: [www.datavenia.pt](http://www.datavenia.pt)  
Contacto: [correio@datavenia.pt](mailto:correio@datavenia.pt)

A Data Venia é uma revista científico-jurídica em formato digital, tendo por objeto a publicação de doutrina, artigos, estudos, ensaios, teses, pareceres, crítica legislativa e jurisprudencial, apoiando igualmente os trabalhos de *legal research* e de *legal writing*, visando o aprofundamento do conhecimento técnico, a livre e fundamentada discussão de temas inéditos, a partilha de experiências, reflexões e/ou investigação.

As opiniões expressas são da exclusiva responsabilidade dos respetivos autores e não traduzem necessariamente a opinião dos demais autores da *Data Venia* nem da sua administração.

A citação, transcrição ou reprodução dos conteúdos desta revista estão sujeitas ao Código de Direito de Autor e Direitos Conexos.

É proibida a reprodução ou compilação de conteúdos para fins comerciais ou publicitários, sem a expressa e prévia autorização da Administração da Data Venia e dos respetivos Autores.



O dever de dignidade da pessoa humana

*A inconstitucionalidade do crime de lenocínio*

João Pedro Pereira Cardoso

Juiz de Direito

# O dever de dignidade da pessoa humana

## A inconstitucionalidade do crime de lenocínio

João Pedro Pereira Cardoso

Juiz de Direito

**RESUMO:** O presente estudo recorta os desenvolvimentos doutrinários e jurisprudenciais mais relevantes na esfera jurídico-constitucional do crime de lenocínio, traçando neste as diferentes perspectivas de violação dos princípios estruturantes da dogmática penal e dos direitos fundamentais à liberdade (sexual), ao livre desenvolvimento da personalidade, à escolha do trabalho e da profissão, à livre iniciativa económica e à segurança social.

O princípio da proporcionalidade surge como um limite decisivo às restrições daqueles direitos fundamentais e à liberdade de conformação do legislador, mesmo no quadro da sua renúncia particular, fora dos casos de especial vulnerabilidade da vítima.

A proteção imposta pela incriminação generalizada do lenocínio acarreta, no domínio da prostituição voluntária, o efeito perverso de arrear a própria liberdade e autodeterminação sexual de quem se prostitui, assim convertendo o correspondente direito num dever de dignidade da pessoa humana contrário à vontade e às concepções de vida do respetivo titular.

Para acautelar o risco de lesão da liberdade sexual, baseado no preconceito de um terceiro poder tirar partido da prostituição, o Estado, em vez de cuidar da regulamentação do trabalho sexual e da

proteção social daqueles que nela se movem, sacrifica antecipadamente, mas de forma efetiva, vários direitos fundamentais, inclusivamente aquele da liberdade sexual, o que - além de desnecessário e contraditório - é também desproporcional e desrazoável.

Apresenta-se ainda, na economia desta tese, uma análise crítica da construção ideológica abolicionista que associa a desigualdade, a vulnerabilidade e a violência de género ao tráfico de pessoas e à prostituição, sem admitir prova do contrário, nem qualquer relevância ao consentimento de quem opta de forma livre, esclarecida e consciente pelo trabalho sexual.

**PALAVRAS-CHAVE:** inconstitucionalidade, lenocínio, prostituição, consentimento, trabalho sexual, iniciativa económica, dignidade humana, liberdade, autonomia, renúncia, igualdade de género, tráfico de pessoas, migração, vulnerabilidade.

**ABSTRACT:** This paper approaches the most relevant doctrinaire and jurisprudential developments in the constitutional and juridical field of pimping offenses, drafting the different perceptions of breaching the structural principles of criminal dogmatic and the fundamental right to (sexual) freedom, the freedom of personal development, the freedom to choose an occupation, the freedom of economical enterprise and the right to social security.

The principle of proportionality arises as a decisive boundary to those fundamental rights and freedoms restrictions, as well as a limit to the legislator's shaping broadness, even in the fundamental rights waiving frame, except in the cases of specially vulnerable victims.

The protection imposed by the widespread incrimination of pimping offenses produces, in the field of voluntary prostitution, the perverse effect of eliminating the prostitute's freedom of sexual self-determination, thus transforming the inherent right into an obligation of human dignity, contrary to the holder's will and ideas.

To prevent the risk of sexual freedom breach, based on the prejudice of the possibility of another person's profit with the prostitution, the State, instead of establishing rules on the sexual labour field and ensuring the social protection of the prostitutes, foretaste slaughters, in an effective way, several fundamental rights, including the right to sexual freedom, which seems not only unnecessary and contradictory, but also disproportionate and unreasonable.

It is also offered, in this paper's scale, a critical analysis of the ideological abolitionist concept that associates the imbalance, the vulnerability and gender-based violence to the people-trafficking activities and to prostitution, not admitting proof of the opposite idea, nor granting any importance to the consent of those who, in liberty and full awareness, choose sexual work as their occupation.

**KEY-WORDS:** unconstitutionality, pimping offenses, prostitution, consent, sexual labour, economic initiative, human dignity, freedom, self-determination, waiver, gender equality, people-trafficking, migration, vulnerability.

**AGRADECIMENTOS:** O meu elevado agradecimento às bibliotecas do Supremo Tribunal de Justiça, da Procuradoria-Geral da República e do Centro de Estudos Judiciários pela sua pronta colaboração na disponibilização de vários estudos relevantes para esta investigação.

Agradeço à F. D. U. C. o acesso honroso à sua estrutura de ensino, em especial à Direção do Departamento de Mestrados, que aqui felicito pela excelência do respetivo corpo docente.

À Senhora Professora Doutora, Maria João Antunes, o meu sincero agradecimento pelo seu apoio e efetiva disponibilidade na orientação pedagógica, mas, também, o meu reconhecimento pela sua clareza no ensinar o Direito, numa perspetiva sempre desafiante e com elevado sentido prático jurídico.

Mas, sobretudo, o meu reconhecimento pelo exemplo de coragem, inconformismo e honestidade intelectual bem patente no primeiro voto de vencido sobre o tema da inconstitucionalidade do crime de lenocínio simples, rompendo com a tradição da jurisprudência do Tribunal Constitucional, onde fez entoar as razões da forte discordância da doutrina.

Finalmente, à minha querida mãe e aos meus queridos filhos, o meu agradecimento especial pelo seu amor, razão maior das minhas ambições, entre as quais situo este desafio.

## **SIGLAS E ABREVIATURAS**

Ac. – Acórdão

BFDUC – Boletim da Faculdade Direito da Universidade de Coimbra

CDFUE - Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

C. Penal – Código Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

DUDH – Declaração Universal dos Direitos do Homem

OIT - Organização Internacional do Trabalho

RLJ – Revista de Legislação e Jurisprudência

RPCC - Revista Portuguesa de Ciências Criminais

TC – Tribunal Constitucional

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TFUE - Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TJCE – Tribunal Justiça das Comunidades Europeias

**Índice**

<b>1. Introdução</b> .....	206
<b>2. Breve evolução legislativa</b> .....	209
<b>3. Do princípio constitucional do direito penal do bem jurídico</b> .....	214
<b>4. A incriminação prevista no artigo 169º, nº1, do Código Penal</b> .....	219
4.1 O bem jurídico-penal tutelado: na doutrina e na jurisprudência .....	219
<b>5. O crime de perigo abstrato</b> .....	231
<b>6. Da necessidade da pena</b> .....	243
<b>7. A dignidade da pessoa humana</b> .....	252
7.1. Dignidade e Inconstitucionalidade .....	252
7.2. Dignidade e Consentimento .....	257
<b>8. O livre desenvolvimento da personalidade</b> .....	275
<b>9. O trabalho sexual</b> .....	284
9.1. Liberdade de profissão e trabalho: liberdade e dignidade pessoal .....	284
<b>10. A atividade profissional sexual como liberdade à iniciativa económica</b> .....	295
<b>11. A atividade profissional sexual e o direito à segurança social</b> .....	305
<b>12. A desigualdade e a violência de género: o tráfico de pessoas e a prostituição</b> .....	312
<b>13. As restrições dos direitos fundamentais e a liberdade de conformação do legislador</b> .....	329
<b>14. A renúncia aos direitos fundamentais e os limites da sua proibição</b> .....	337
<b>15. A especial vulnerabilidade da vítima</b> .....	343
<b>16. Conclusão</b> .....	351
<b>JURISPRUDÊNCIA</b> .....	374
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	376

# O crime de lenocínio

## 1. Introdução

Os crimes sexuais constituem no Direito Penal um dos mais inquietantes domínios da política criminal.

Num Estado de direito Democrático, dito pluralista e laico, a incriminação de alguns comportamentos sexuais tem despertado nas consciências sociais, em função do seu cunho mais liberalista ou moralista, os mais diversos sentimentos em torno da necessidade e adequação da sua tutela penal.

A discussão em torno do conteúdo e limites do direito penal sexual tem subjacente uma série de posturas político-ideológicas, servindo a incriminação de barómetro relevante para uma análise jurídico-antropológica da nossa contemporaneidade <sup>1</sup>, quantas vezes usada, a pretexto do controlo social da sexualidade, para tentar limitar a evolução da própria moral social <sup>2</sup>.

No campo das maiores perplexidades e preconceitos sociais situa-se a prostituição <sup>3</sup> e particularmente o crime de lenocínio simples, atualmente previsto no art. 169º, nº1, do C. Penal, com clara reflexão ao longo da história na expressão normativa da tutela penal, sem nunca conseguir mascarar a hipocrisia e as incoerências da incriminação no panorama do comércio do sexo, com a insuficiência da reação penal, por falta de vontade política, para regulamentar

---

<sup>1</sup> Maria Teresa Pizarro Beleza, “Sem sombra do pecado: O repensar dos crimes sexuais na revisão do código penal”, in Jornadas de Direito Criminal, CEJ, Lisboa, 1996, pg. 159.

<sup>2</sup> Rui Carlos Pereira, Liberdade sexual: a sua tutela na reforma do código penal, in “*Sub judice*”, Lisboa, (11), janeiro-junho 1996, pg. 42.

<sup>3</sup> Atualmente estima-se que existam 100 mil trabalhadores do sexo em Portugal, segundo a Moção Setorial da Juventude Socialista apresentada em junho de 2016 no XXI Congresso nacional do partido socialista: “Regulamentar a prostituição – uma questão de dignidade”, acesso em 3. 04. 2018 em [http://juventudesocialista.pt/juventudesocialista/wp-content/uploads/2016/05/Mo%C3%A7%C3%A3oSectorial-Regulamentar-a-prostitui%C3%A7%C3%A3o\\_Uma-quest%C3%A3o-de-dignidade-1.pdf](http://juventudesocialista.pt/juventudesocialista/wp-content/uploads/2016/05/Mo%C3%A7%C3%A3oSectorial-Regulamentar-a-prostitui%C3%A7%C3%A3o_Uma-quest%C3%A3o-de-dignidade-1.pdf).

eficazmente o fenómeno modernamente desenvolvido de forma cada vez mais visível<sup>4</sup>.

O trabalho sexual é um fenómeno complexo que tem desencadeado as mais fortes tensões sociais, ideológicas, morais e políticas, a que alguns autores chamam de “*pânicos morais*”.

O vocábulo "prostituição"<sup>5</sup> tem sua origem no verbo *prostituir*, cuja raiz vem do latim *prostituere*, que significava expor publicamente, por à venda, entregar à devassidão. A prostituição consiste no exercício habitual do comércio do próprio corpo para a satisfação sexual de número indeterminado de pessoas. A prostituição é sempre sexo consentido, sendo as suas características principais: a habitualidade, a voluntariedade e a venalidade. Nesse sentido, a prestação coercitiva de serviços sexuais não configura prostituição, posto que nesse caso a vítima não tem capacidade de eleição ou sequer de negociar o preço da sua prestação.

Numa definição que evidencia os elementos essenciais da prostituição como uma prática social de sexo livremente acordado e uma atividade económica

---

<sup>4</sup> Vejam-se os grupos empresariais detentores dos classificados de jornais que publicitam profissionalmente, com intenção lucrativa, a atividade de prostituição do(a)s anunciantes, assim a fomentando e facilitando.

De resto, a Resolução do Parlamento Europeu, de 26. 02. 2014, sobre a exploração sexual e a prostituição e o seu impacto na igualdade dos géneros, in JO C 285/78 de 29. 8. 2017, chama precisamente a atenção para o facto de os anúncios de serviços sexuais nos jornais e meios de comunicação social poderem constituir uma forma de apoio ao tráfico de pessoas e à prática de prostituição.

Questão fortemente debatida entre 2010 e 2011, na Espanha, sem, todavia, chegar a ser aprovada a proibição da publicidade de prostituição pelos jornais e outros *médias*.

Ilustrando o paradoxo da comercialização da atividade sexual com os anúncios da prostituição classificados nos mesmos jornais onde altos responsáveis reclamam mais investigação e penalização do comércio sexual – cfr. Mouraz Lopes e Tiago Milheiro, *Crimes Sexuais*, Coimbra Editora, 2015, pg. 111.

<sup>5</sup> Embora não exista uma definição legal da prostituição, a sua conceção jurídico-penal pode ser retirada do novo crime previsto no artigo 174º, consistindo na conduta da pessoa (homem ou mulher) que pratica um ou mais atos sexuais de relevo (cópula, coito anal ou oral e a introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos), mediante pagamento ou outra contrapartida.

diversificada num mercado internacionalizado, a prostituição é definida como a prestação voluntária e negociada de serviços sexuais remunerados <sup>6</sup>.

Diferente a exploração sexual que, ao contrário da prostituição, pressupõe sempre a dominação e o abuso por parte de um terceiro que tira proveito ou vantagem do ato sexual alheio.

Na estrutura do princípio do direito penal do bem jurídico, a proteção da liberdade e autodeterminação sexual, como bem jurídico a perseguir pela incriminação, ainda que nalguns setores mais moralistas ancorado no bem supremo da dignidade da pessoa humana, tem merecido o maior consenso.

Contudo, na discussão da existência e identificação do bem jurídico tutelado pela norma, a reforma de 1998, com a eliminação no tipo legal da expressão “*explorando situação de abandono ou necessidade económica*”, veio causar o completo divórcio entre a doutrina e a jurisprudência nacionais, ainda que num e noutro campo com vozes autorizadas de vencida e forte discordância.

O problema do bem jurídico tutelado pelo crime de lenocínio simples convoca-nos para a discussão de diferentes fatores que informam o tema da prostituição e o seu tratamento jurídico (a moral, a honestidade, a dignidade, a liberdade, a liberdade sexual, a economia, o género e a migração).

Mas, o problema do bem jurídico tutelado pelo crime, mais do que o debate em torno daqueles conceitos e caracterização do tipo penal, tem as maiores implicações práticas.

Da inconstitucionalidade da norma, à definição da unidade e pluralidade de crimes em função não só do número de atos de prostituição da mesma pessoa como do número de prostitutas exploradas <sup>7</sup>, à admissibilidade do crime

---

<sup>6</sup> Propondo esta definição, Maria Luísa Maqueda Abreu, in *Prostitución, feminismos y derecho penal*, 2009, Ed. Comares, pg. 61-2 e 123, advoga que a prostituição forçada não existe, pois, a prestação coerciva de serviços sexuais não pode ser considerada prostituição, mas antes uma forma de agressão ou abuso sexual.

<sup>7</sup> Se a censura se dirige, no nº1, do art.169º, do C. Penal, ao modo de vida do agente que pratica o crime, concretamente o aproveitamento económico da prostituição independentemente do número de pessoas que se prostituem, a tendência será a de considerar apenas um crime de

continuado, à relevância jurídico-penal do consentimento da prostituta e ao âmbito do caso julgado perante o carácter pessoal ou não do bem protegido, são alguns dos problemas mais visíveis que encontram resposta na discussão aqui tratada em torno da matriz eminentemente pessoal ou não do bem jurídico tutelado.

Neste campo situa-se também o problema da admissibilidade da prisão preventiva para o crime de lenocínio simples que, por não ser punível com pena de prisão superior a cinco anos, apenas a admite se considerado um crime violento por via dos art. s 1º, al. j) e 202º, nº1, al. b), do C. Proc. Penal.

## 2. Breve evolução legislativa

A perceção do bem jurídico tutelado torna-se mais fácil se visitarmos a história recente da criminalização, sabido que a sua evolução tem sido condicionada pelas concepções ético-sociais dominantes associadas à tolerância da prostituição e à condição da pessoa que se prostitui, aliada aquando da reforma de 1998 à crescente entrada e permanência ilegal de prostitutas estrangeiras em Portugal quantas vezes envolvidas em redes de tráfico organizado.

O crime de lenocínio era punido no âmbito do Código Penal Português de 1886. Na secção IV, sob a epígrafe de Lenocínio, punindo as situações de dependência e/ou incapacidade natural das vítimas, os artigos 405º e 406º incriminavam o favorecimento ou facilitação da prostituição de descendentes do agente, da mulher do agente, dos menores à guarda do agente, tutor ou encarregado, e dos menores em geral com referência a qualquer agente sem qualidades familiares ou funcionais em relação ao menor<sup>8</sup>.

---

lenocínio a exploração sexual de diversa(o)s prostituta(o)s. Caso se entenda que o bem jurídico ali tutelado, à semelhança do seu nº2, é ainda a liberdade e autodeterminação sexual, então, se o agente fomenta, favorecer ou facilitar a prática de prostituição de várias pessoas haverá concurso efetivo, pois, é a liberdade de cada uma delas, individualmente, que deve ser ponderada.

<sup>8</sup> Entretanto, reforçando a proteção da sexualidade dos menores, o artigo 25º, do Decreto nº20.431, de 24 de outubro de 1931, veio estabelecer a punição do “...pai, mãe, tutor ou outra pessoa encarregada da guarda de menores, que tiverem dado causa ou não tiverem impedido, podendo

Em 1962 numa linha proibicionista apoiada na alta moralidade e perigo grave para a saúde pública, o Governo decidiu proibir definitivamente a prostituição através do Decreto-Lei nº 44579, de 19 de setembro de 1962, punindo com pena de prisão e multa quem favorecesse conscientemente ou de algum modo facilitasse o exercício da prostituição ou nela interviessem com fins lucrativos (art. 2º)<sup>9</sup>.

Com o C. Penal de 1982, aprovado pelo Decreto-Lei nº 400/82, de 23/09), na sua redação originária, a prostituição é despenalizada, num movimento abolicionista, assim se mantendo até hoje. O crime de lenocínio passou a constar sistematicamente do Título III Dos crimes contra valores e interesses da vida em sociedade, Capítulo I Dos crimes contra os fundamentos ético sociais da vida social e Secção II Dos crimes sexuais<sup>10</sup>.

Apesar da discussão da descriminalização do lenocínio na Comissão Revisora do Código Penal em 1989<sup>11</sup> [onde não vingou a argumentação de Figueiredo Dias que colocou este comportamento como uma questão social, merecedora de resposta administrativa e de polícia] prevaleceu ao tempo a opção legislativa de criminalização de um comportamento ofensivo da liberdade e autodeterminação sexual da pessoa que se prostitui em face da exigida exploração da situação de abandono ou necessidade da mesma.

---

*faze-lo, que eles se tornem delinquentes, alcoólicos, libertinos, ou por outra forma viciosos, ou que por alguma forma tenham contribuído para a desmoralização, perversão ou desamparo dos mesmos menores (...)*”.

<sup>9</sup> Este diploma tornou ilegal a prostituição a partir do dia 1 de janeiro de 1963, tendo sido encerradas as casas que predominavam nas maiores cidades do País, cuja atividade se confinava ao exercício da prostituição.

<sup>10</sup> Estabelecendo, o art. 215º, nº1, a punição de quem fomentasse, favorecesse ou facilitasse a prática de atos contrários ao pudor ou à moralidade sexual, ou de prostituição relativamente a pessoa menor ou portadora de anomalia psíquica (al. a) ou a qualquer pessoa, explorando situação de abandono ou de extrema necessidade económica (al. b). Já o art. 216.º estatuiu uma pena mais grave para tais comportamentos: a) se o agente os realizar com intenção lucrativa; b) se o realizar profissionalmente; c) se usar fraude, violência ou ameaça grave; d) se a vítima for cônjuge, ascendente, descendente, filho adotivo, enteado ou tutelado do agente, ou lhe foi entregue em vista da sua educação, direção, assistência, guarda ou cuidado.

<sup>11</sup> Cfr. Actas e Projecto, Rei dos Livros, 1993, pg. 258.

Assim, com a reforma de 1995, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15/03, o tipo legal de crime de lenocínio (art. 170º, do C. Penal) foi então deslocado para o Título I Dos crimes contra as pessoas, Capítulo V Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, Secção I Crimes contra a liberdade sexual<sup>12</sup>, alteração sistemática que “não deve ser entendida como mera “purificação ideológica”, mas como fundamento de interpretação dos tipos legais, à luz de critérios de proteção de bens jurídicos diversos dos até aqui contemplados”<sup>13</sup>.

Tal revisão eliminou do tipo legal de lenocínio o inciso “extrema” em relação à necessidade económica da vítima e passou a exigir o profissionalismo ou a intenção lucrativa da atividade criminosa.

A deslocação sistemática do crime para o Capítulo *Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual* significa que o legislador português, acompanhando a reforma penal seguida em diversos países europeus, quis proteger apenas bens individuais e não bens supra-individuais da comunidade ou do Estado. Só a liberdade e autodeterminação sexuais podem figurar como bem jurídico penalmente tutelado.

A conduta sexual reprovável é, essencialmente, aquela que se sobrepõe à vontade da vítima, seja por incapacidade desta para consentir, seja pelo agente atuar contra a sua vontade, mediante intimidação, violência ou outra forma de constrangimento. A ausência de consentimento é o pressuposto da punição nos crimes sexuais.

---

<sup>12</sup> Passando a estabelecer o nº1, do art. 170º, a incriminação de “quem, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa de prostituição ou a prática de actos sexuais de relevo, explorando situações de abandono ou de necessidade económica”, enquanto o seu nº2, mantinha a agravação “se o agente usar de violência, ameaça grave, ardid ou manobra fraudulenta, ou se aproveitar de incapacidade psíquica da vítima”.

<sup>13</sup> Maria Teresa Pizarro Beleza, “A regulação jurídica da sexualidade no código penal: da laicização dos ‘bons costumes’ à ortodoxia da ‘liberdade’”, Estudos comemorativos do 150º aniversário do Tribunal da Boa-Hora, Ministério da Justiça, 1995, pg. 170.

Entretanto, com a reforma de 1998, aprovada pela Lei nº 65/98, de 2/09, foi eliminado o segmento “*explorando situações de abandono ou de necessidade económica*”<sup>14</sup>. Essa eliminação foi então justificada por dificuldade de prova<sup>15</sup>.

Assim, alargou-se a incriminação do lenocínio, retirando-se da descrição típica a exigência de exploração de situações de abandono ou de necessidade, bastando a exploração sexual de outra pessoa (desenvolvida profissionalmente ou com intenção lucrativa) para que as condutas já possuam a indispensável relevância ético-penal e para que, como tal, devam ser punidas<sup>16</sup>.

O retirar daquela expressão do tipo incriminador do crime de lenocínio foi então justificado com a sua reconhecida inaplicabilidade, pois «não permite culpar, nem criminalizar, nem prender ninguém, porque essa circunstância nunca se prova».

Contextualizando, nesta altura assistia-se a um crescimento de imigração sexual oriunda do Brasil e da Europa de Leste, intensificando a prostituição em Portugal com repercussão no sistema de organização social e familiar<sup>17</sup>, vindo a desenvolver-se os fenómenos de tráfico de mulheres para exploração sexual e o auxílio organizado à imigração ilegal.

---

<sup>14</sup> Na exposição de motivos da Proposta de Lei nº160/VII (no Diário da Assembleia da República, II Série-A, nº 37, 3ª sessão legislativa, 1997-1998) que, após apreciação parlamentar, resultou na Lei nº65/98, de 2/09, o então Ministro da Justiça (José Vera Jardim) sublinhou que as alterações propostas visavam além do mais *a intensificação do combate aos crimes de exploração sexual de pessoas objeto de prostituição* e de tráfico.

<sup>15</sup> Passou a constar do art. 170º, nº1, a incriminação de “quem, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa de prostituição ou a prática de actos sexuais de relevo”, enquanto o nº2, manteve a agravação “se o agente usar de violência, ameaça grave, ardil ou manobra fraudulenta, ou se aproveitar de incapacidade psíquica da vítima”.

<sup>16</sup> Cfr. Diário da Assembleia da República, I- Série, nº48 de 13. 03. 98 (3ª sessão legislativa – 1997-1998), pg. 17.

<sup>17</sup> João Peixoto, *Tráfico, contrabando e imigração irregular - Os novos contornos da imigração brasileira em Portugal*, Sociologia, Problemas e Práticas, n.º 53, 2007, pp. 71-90.

Como exemplo mais ilustrativo referimos o designado episódio das “*mães de Bragança*” objeto de reportagem no Times Magazine, em 2003, que originou o encerramento de vários estabelecimentos que as prostitutas frequentavam.

Neste clima de crescente fluxo migratório, aqui incluído o tráfico de mulheres para exploração sexual, o legislador visou, essencialmente, *perseguir o negócio do sexo*, como finalidade de política criminal<sup>18</sup>.

Na versão operada pela Lei nº 99/2001, de 25/08, foi unicamente alterada a redação do nº2 do art. 170º, do C. Penal<sup>19</sup>.

Finalmente, por força da revisão do C. Penal introduzida pela Lei nº59/2007, de 4/09, o crime de lenocínio passou a constar do art. 169º, do C. Penal<sup>20</sup>.

Percorrida a evolução histórica do tipo legal verifica-se que apesar da sua deslocação sistemática do catálogo dos crimes contra a sociedade para os crimes contra as pessoas, mais propriamente para o capítulo dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, as sucessivas alterações legislativas, inicialmente focadas na eliminação de quaisquer preconceitos e ideais sexuais moralistas, numa tendência progressiva de cariz liberal, tolerante e pluralista, acabaram, no contexto dos fluxos migratórios e do crescimento do negócio do sexo, por esvaziar da expressão normativa do tipo o elemento mais visível da essência da tutela penal, o bem jurídico individual da liberdade sexual, num claro retrocesso aos valores ético sociais dominantes que marcavam o sentido e finalidade da punição antes da reforma de 1995.

---

<sup>18</sup> Mouraz Lopes, *Os Crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal*, 4ª edição, Coimbra Editora, pg. 86.

<sup>19</sup> Abrangendo, agora, o lenocínio qualificado o uso de “violência, ameaça grave, artil ou manobra fraudulenta, abuso de autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, económica ou de trabalho ou se aproveitar de incapacidade psíquica da vítima”.

<sup>20</sup> Com a seguinte redação atual: Artigo 169.º (Lenocínio). “1. Quem, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa de prostituição (...)”  
2. Se o agente cometer o crime previsto no número anterior: a) Por meio de violência ou ameaça grave; b) Através de artil ou manobra fraudulenta; c) Com abuso de autoridade resultante de uma relação familiar, de tutela ou curatela, ou de dependência; d) hierárquica, económica ou de trabalho; ou f) Aproveitando-se de incapacidade psíquica ou de especial vulnerabilidade da vítima;(...)”.

### 3. Do princípio constitucional do direito penal do bem jurídico

O problema da inconstitucionalidade aqui tratado situa-se primeiramente no campo do direito penal do bem jurídico como parâmetro fundamental controlador da constitucionalidade das normas incriminatórias <sup>21</sup>, atualmente implícito no art. 18º, nº2, da CRP <sup>22</sup>, com expressa consagração no art. 40º, nº1, do C. Penal, após a revisão de 1995 <sup>23</sup>.

O cit. art. 18º, nº2, constitui o critério jurídico-constitucional da definição material do bem jurídico-penal, consagrando os seguintes pressupostos:

- 1ª da dignidade penal do bem jurídico (condicionando a restrição de direitos à salvaguarda de outros);
- 2ª da necessidade penal (condicionando tal restrição à sua necessidade para a referida salvaguarda) em três dimensões:

---

<sup>21</sup> O princípio jurídico-constitucional do direito penal do bem jurídico concretiza-se a partir dos critérios da dignidade penal do bem jurídico e da necessidade da intervenção penal (da carência de tutela penal). Como refere Maria João Antunes, parafrazeando os Acs TC 85/85 e 99/2002, “constituindo as penas, em geral, na privação ou sacrifício de determinados direitos (máxime, a privação da liberdade, no caso da prisão), as medidas penais só são constitucionalmente admissíveis quando sejam necessárias, adequadas e proporcionais à proteção de determinado direito ou interesse constitucionalmente protegido (art. 18º da Constituição), e só serão constitucionalmente exigíveis quando se trate de proteger um direito ou um bem constitucional de primeira importância e essa proteção não possa ser suficiente e adequadamente garantida de outro modo” – cfr. “*A problemática penal e o Tribunal Constitucional*”, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Gomes Canotilho, vol. 1, 2012, Coimbra Editora, pg. 101-2 e da mesma Autora, *Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito da Execução das Sanções Privativas da Liberdade e Jurisprudência Constitucional*, in JULGAR, nº21, 2013, pg. 90.

<sup>22</sup> Por força do artigo 17º (“O regime dos direitos, liberdades e garantias aplica-se aos enunciados no título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga”) o regime do artigo 18º, nº2 (“A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos) aplica-se aos direitos-deveres pessoais (protegidos pelo direito penal primário, abarcado globalmente no Código Penal) e aos direitos-deveres sociais, previstos no Título III da 1ª parte e na 2ª parte da CRP (protegidos pelo direito penal secundário).

<sup>23</sup> De resto, o próprio Preâmbulo do Código Penal que apela a uma “maximização das áreas de tolerância em relação a condutas ou formas de vida que, revelando de particulares mundividências morais e culturais, não põem diretamente em causa os bens jurídicos-penais nem desencadeiam intoleráveis danos sociais”.

- a) a inexistência ou insuficiência de outras reações sociais para uma proteção eficaz do bem jurídico com dignidade penal <sup>24</sup>;
- b) a adequação da sanção criminal a uma tutela relativamente eficaz do bem;
- c) a proporcionalidade entre a gravidade da sanção criminal e a relevância pessoal e/ou social dos bens jurídicos protegidos (e lesados ou postos em perigo) <sup>25</sup>.

Num primeiro momento, da apreciação da necessidade da intervenção penal, o legislador avalia e o juiz constitucional controla se há ponderosas razões de política criminal para que certos fins sejam prosseguidos através da proibição de condutas e da ameaça de sanções que representam uma intervenção gravosa na liberdade geral; no segundo momento, o legislador verifica e o juiz controla se a reação penal sobre quem pratique o comportamento censurável, na medida em que implica um potencial sacrifício de bens, interesses ou valores do agente, é adequada, necessária e proporcional tendo em conta aqueles fins <sup>26</sup>.

À luz destes parâmetros o Ac TC 527/95 declarou a inconstitucionalidade do art. 132º, do Código Penal e Disciplinar da Marinha Mercante, em face de um direito penal, assente na dignidade da pessoa humana e estruturado nos *princípios da culpa* (fundamento legitimador e limite das penas), da *necessidade* (só podem ter dignidade penal os bens jurídicos comunitários cuja violação atinja aspetos essenciais da vida em sociedade e alcancem elevada gravidade ética), da

---

<sup>24</sup> Qualquer outro tipo de sanção jurídica (do direito penal secundário, administrativo ou mesmo civil) seria ineficaz ou insuficiente para uma proteção (maior ou menor) do bem jurídico.

<sup>25</sup> Para existir proporcionalidade, em sentido estrito, entre o ilícito e a pena, nos termos do nº2, do art. 18º, da CRP, é necessário que a restrição da liberdade que a pena produz corresponda substancialmente à compressão do bem jurídico que o ilícito comporta. Se esta compressão não é perceptível, se a ofensa não é visível, falece o princípio da proporcionalidade. Trata-se aqui, segundo Augusto Silva Dias, in *“Delicta in se e Delicta mere prohibita: Uma Análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica”*, Coimbra Editora, 2008, de uma “exigência de equilíbrio ou de igualdade geométrica” entre aquilo que se restringe e aquilo que se tutela. A liberdade ambulatoria só poderá ser restringida direta ou indiretamente, através da pena de prisão ou multa (esta quando convertida em prisão subsidiária), quando essa restrição for necessária para preservar um direito ou um bem da mesma grandeza geométrica.

<sup>26</sup> Vitalino Canas, *O princípio da proibição do excesso: em especial, na conformação e no controlo de atos legislativos*, Repositório da Universidade de Lisboa, 2016, pg. 1153.

subsidiariedade e da máxima restrição das penas (as sanções penais deverão ser sempre o último recurso das medidas legislativas para proteção e defesa dos bens jurídicos) e da proporcionalidade (deve ser garantida uma adequada proporção entre as penas e os factos a que se aplicam).

Em suma, qualquer limitação feita por lei no âmbito específico das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias deve ser “(...) adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida) (...)”<sup>27</sup>.

O bem jurídico (“*expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso*”) será político-criminalmente tutelável quando e onde encontre reflexo “(...) num valor jurídico-constitucionalmente reconhecido em nome do sistema social e que, deste modo, se pode afirmar que “preexiste” ao ordenamento jurídico-penal(...)”<sup>28</sup>, assumindo-se como *padrão crítico do sistema jurídico-penal*<sup>29</sup>.

Daí que a definição de bem jurídico tenha de ser efetuada com “recurso a uma conceção ético-social mediatizada pela constituição democrática”<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup> Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição, pg. 457.

<sup>28</sup> Figueiredo Dias, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, 2ª edição, pg. 114 e 120. Neste sentido, do mesmo Autor, in *O Direito penal do bem jurídico como princípio jurídico-constitucional implícito*, R. L. J. Ano 145, maio-junho 2016, nº3998, pg. 266, “o objeto da tutela tem-se como critério legitimador da incriminação: um valor transistemático à incriminação, mediatizado pelo texto constitucional, politicamente orientado e reconhecido pelo sistema social como condição essencial da realização individual ou coletiva”.

<sup>29</sup> Neste sentido os bens jurídico-penais mais não são do que concretizações dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais e à ordenação social, política e económica, assim se compreendendo que a restrição de direitos, liberdades e garantias apenas seja válida onde e quando necessária para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos – art. 18º, nº2, da CRP.

A lei penal, naturalmente restritiva de direitos “(...) poderá intervir *apenas* para tutelar (e limitando-se ao *necessário* para tal tutela) outros valores com relevo constitucional (...)” – Cfr. Maria da Conceição Ferreira da Cunha, in *Constituição e Crime – uma perspetiva da criminalidade e da descriminalização*, Universidade Católica Portuguesa, Coimbra Editora, 1995, pg. 200.

<sup>30</sup> A. Taipa de Carvalho, *Direito Penal, Parte Geral*, 3ª edição, U. C. P. Porto, pg. 60 a 66, recordando que a materialização do referido critério ético-social terá de ser encontrada na Constituição da República Portuguesa, expressão jurídica fundamental da conceção ético-social da comunidade em relação aos princípios estruturantes do sistema social.

Será, por isso, inconstitucional a incriminação, de um comportamento *do qual se não possa com razoável segurança afirmar que se destina a proteger um bem jurídico-penal* <sup>31</sup>.

A função do direito penal só pode ser “a tutela subsidiária de bens jurídicos dotados de *dignidade penal (e carentes de pena)*, não a decisão de controvérsias morais, o reforço de normas morais ou, em suma, a tutela de uma moral qualquer” <sup>32</sup>.

É na consciência ético-social de uma comunidade temporal e espacialmente localizada que devem ser identificados os valores por ela considerados como essenciais ou indispensáveis para a realização pessoal de cada um dos seus membros (a designada dimensão axiológica fundamental do bem jurídico-penal, também entendida por dignidade penal do bem jurídico). O direito penal só deve intervir “onde se verifiquem lesões insuportáveis das condições comunitárias essenciais de livre realização e desenvolvimento da personalidade de cada homem” - Cfr. Figueiredo Dias, *Os novos rumos da política criminal e o direito penal do futuro*, Revista da Ordem dos Advogados, 1983, pg. 11.

Ainda que legítima uma dada concepção moral em matéria sexual, por mais respeitável que se mostre, não pode ser usada como fundamento de imposição jurídica normativa do direito penal.

Isto porque, segundo o Autor, “*Direito Penal e Estado-de-Direito Material*”, in Revista de Direito Penal, nº31, 1981, pg. 43: “o homem deve ser inteiramente livre no seu pensamento, na sua convicção e na sua mundividência – só deste modo se constituindo uma sociedade verdadeiramente *pluralista* – ao Estado falece, por inteiro, legitimidade para impor, oficial e coactivamente, quaisquer concepções morais, para tutelar a moral ou uma certa moral: neste campo tudo deve ser deixado à livre decisão individual”.

---

<sup>31</sup> Neste sentido Figueiredo Dias, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, 2ª edição, pg. 126.

<sup>32</sup> Figueiredo Dias, *O Direito penal do bem jurídico ...*, pg. 251.

Nesse sentido Luís GRECO, *Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no Direito Penal*. In: *Direito Penal Contemporâneo. Livro em Homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt*. (Coord. ) SCHMIDT, Andrei Zenkner. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006, pg. 411, ensina que “a principal consequência do princípio da proteção de bens jurídicos é a impossibilidade de legitimar uma proibição aludindo à simples imoralidade do comportamento proibido.”

Ainda que uma comunidade politicamente organizada possa elevar determinados valores à categoria de bens jurídico-penais, nem todos os interesses coletivos são penalmente tutelados, nem todas as condutas socialmente danosas são criminalmente sancionadas, assim se falando do carácter fragmentário do direito penal. O direito penal só deve proteger os bens mais fundamentais para o indivíduo e/ou a sociedade e, mesmo estes, quando atingidos pelos ataques mais intoleráveis.

A existência de um dano social constitui condição necessária para a intervenção do direito penal, mas este dano, reafirma Karl Natscheradtz<sup>33</sup>, não se confunde com a mera imoralidade da conduta, com a ofensa de valores ético-sociais, nem com o facto de a conduta se afastar do padrão socialmente tido como dominante de comportamento.

A violação de um bem jurídico não é suficiente para que haja intervenção penal. O Direito Penal não promove uma tutela global de bens jurídicos em oposição a toda e qualquer forma de agressão. Essa violação tem que ser absolutamente substancial ao livre desenvolvimento da personalidade de cada pessoa na comunidade, assim se apresentando o direito penal como a última *ratio* da política social, sendo a sua intervenção de natureza subsidiária.

Sustentando que os bens jurídico penais são constituídos pelos valores sociais imprescindíveis para a convivência humana na comunidade, Jeschek defende que determinados valores ético-sociais, convicções morais enraizadas na

---

<sup>33</sup> Karl Prelhaz Natscheradtz, in *O Direito Penal Sexual: conteúdo e limites*, Almedina, Coimbra, 1985, pg. 139.

sociedade (como exemplo o Autor aponta no sistema alemão o crime de maus tratos a animais), devem ser incorporados pela concepção de bem jurídico - Cfr. Jeschek, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal* – Parte Geral, 2002, pg. 8.

Atendendo ainda ao interesse coletivo, Roxin confere ao bem jurídico a tradução de condições ou finalidades fundamentais para o desenvolvimento da pessoa, no sentido da realização dos seus direitos fundamentais e do funcionamento de um “sistema estatal construído em torno dessa finalidade” – cfr Claus Roxin, *O conceito de Bem Jurídico como Padrão da norma penal posto à prova*, Trad. Susana Aires de Sousa, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra Editora, 2013, pg. ,12.

#### **4. A incriminação prevista no artigo 169º, nº1, do Código Penal**

##### ***4.1 O bem jurídico-penal tutelado: na doutrina e na jurisprudência***

Segundo a opinião quase unânime da doutrina criminal portuguesa, após a reforma introduzida pela Lei nº65/98, de 2 de setembro, com a eliminação da exigência típica de que o favorecimento da prostituição se ligasse à exploração da situação de abandono ou necessidade económica, a qual constava do C. Penal/82 e foi mantida com revisão de 1995, perdeu-se a ligação ao bem jurídico da liberdade e autodeterminação sexual da prostituta.

Nesse sentido, para a generalidade dos autores a tutela pretendida localiza-se agora no plano de puras situações imorais (Figueiredo Dias, *O Direito penal do bem jurídico...*, pg. 259-260 e Figueiredo Dias/Maria João Antunes, “*Da inconstitucionalidade da tipificação do lenocínio como crime de perigo abstrato*”, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro – Vol. I*, Almedina, 2019, pg.121 e ss e Mafalda Serrasqueiro, “Moral ou dignidade no lenocínio: Um crime à procura de um bem jurídico”, in *A Dignidade da Pessoa Humana na Justiça Constitucional* (Jorge Reis Novais/Tiago Fidalgo de Freitas), Almedina, 2018, pg.438 e ss), um comportamento imoral (Joaquim Malafaia, *A*

*Inconstitucionalidade do nº1 do artigo 169.º no Código Penal*, in RPCC, ano 19, n.º 1, 2009, pg. 47), de um bem jurídico transpessoal de étimo moralista (Anabela Rodrigues e Sónia Fidalgo in *Comentário Conimbricense. . .*, 2012, pg. 799), sentimento geral de pudor e de moralidade de uma determinada conceção de vida que se não compadece com a aceitação do exercício profissional e com intenção lucrativa do fomento, favorecimento ou facilitação da prostituição (Mouraz Lopes e Tiago Milheiro, *Crimes Sexuais*, Coimbra Editora, 2015, pg. 106), de um bem transpessoal na medida em que na sua descrição não há nenhuma forma de pressão ou coação sobre a pessoa (Maria do Carmo Silva Dias, in *Repercussões da Lei nº59/2007, de 4/09, nos crimes contra a liberdade sexual*, CEJ, 1º Semestre 2008, nº8 Especial, pg. 251), do interesse geral da sociedade na preservação da moralidade sexual e do ganho honesto (Sénio Reis Alves, *Crimes Sexuais*, Almedina, 1995, pág. 68), de valorações morais sobre a condução da vida pessoal (Vera Raposo, *Da Moralidade à liberdade, Liber Discipulorum*, Coimbra Editora, pág. 949-950), valores da comunidade e as conceções ético-sociais dominantes relevantemente postas em causa em matéria de prostituição e de atos contrários à moralidade pública (Maia Gonçalves, *Código Penal Anotado*, 17ª edição, pág. 593), considerações puramente sociológicas e culturais (Jorge Miranda e José de Melo Alexandrino, in *As Grandes Decisões dos Tribunais Constitucionais Europeus*, pg. 11); uma manifestação de moralismo jurídico baseado no preconceito moralista da perceção do lucro com a atividade sexual de outrem (Pedro Soares de Albergaria e Pedro Mendes Lima, in *O Crime de Lenocínio entre o Moralismo e o Paternalismo Jurídicos* in RPCC, ano 22, nº2, pg. 256 e 260); meras conceções morais ou religiosas (André Lamas Leite, in artigo de opinião “*Prostituição e lenocínio*”, in *www.publico.pt*, 19 de setembro de 2017); uma clara imoralidade e inética económica, social, política, cultural e mental (Gonçalo S. de Melo Bandeira, *Anotação, numa perspetiva de direito penal e de criminologia, ao acórdão do STJ de 13. 04. 2009*, in *Direitos de Personalidade e sua Tutela*, Coord. Manuel da Costa Andrade, Rei dos Livros, 2013, pg. 268); sentimento geral de pudor e de moralidade (Augusto Silva Dias, *Reconhecimento e coisificação nas sociedades contemporâneas*”, *Liber Amicorum* de José de Sousa e Brito, Coimbra, Almedina, 2009, pg. 124 e 129).

Para outros, minoritários na doutrina, o tipo legal de crime ainda visa a proteção da liberdade e da autodeterminação sexual da prostituta (Jorge Dias Duarte, *Crime de lenocínio: unidade ou pluralidade de infrações*, Revista Sub Judice - Justiça e Sociedade, 2003, Outubro/Dezembro, n. ° 26, págs. 31/35), a dignidade da pessoa que se prostitui, ainda que desta proteção decorram opções éticas em matéria sexual; Pedro Vaz Pato, *Direito Penal e Ética Sexual*, Direito e Justiça, FDUCP, vol. XV, 2001, tomo II, pág. 138), a dignidade da pessoa humana e a paz pública; José Maria Alberto, in *Dos crimes sexuais: do crime de lenocínio em especial*, 2012, pg. 76, reconhecendo no tipo a tutela penal de uma conduta de exploração na vertente sexual de terceiros, imputando à pessoa que se prostitui uma atribuição comercial materializada na sua instrumentalização sexual; o bem protegido é a dignidade da pessoa humana, mas de reconhecimento coletivo.

Numa terceira via encontramos outros autores que ainda encontram no tipo legal de crime a proteção da liberdade e da autodeterminação sexual, havendo necessidade de uma interpretação constitucional restritiva do tipo legal<sup>34</sup>. Uma interpretação conforme à Constituição, seja no sentido de exigir a prova adicional do elemento típico implícito de exploração da necessidade económica e social da prostituta<sup>35</sup>, seja no sentido de se exigir a prova, no caso, de que se está perante uma efetiva “exploração” da situação de dependência da pessoa que se prostitui ou, pelo menos, admitir a contraprova do perigo que serve de fundamento à

---

<sup>34</sup> As sentenças de interpretação conformes à Constituição, ao abrigo do art. 80º, nº3, da Lei do Tribunal Constitucional, traduzem-se naquelas decisões interpretativas em que o Tribunal, pese embora o facto de não considerar a disposição como inconstitucional, determina-lhe um sentido diferente, mais conforme à Constituição. Enquanto princípio regra de aplicação da lei em geral como concretização do critério da interpretação sistemático-teleológica (Rui Medeiros in *A Decisão de Inconstitucionalidade*, Universidade Católica, pg. 290, 296 e 301), a interpretação conforme à Constituição ganha força se considerarmos que “ao conceito de bem jurídico não pode exigir-se a função de indicar, de forma quase logico-formal, os termos em que haverá de realizar-se a incriminação”, pois trata-se de um critério orientador e legitimador do conceito material de crime – Cfr. Figueiredo Dias, *O Direito penal do bem jurídico ...*, pg. 266.

Havendo casos em que o favorecimento da prostituição pode afinal achar proteção nesses mesmos valores da autonomia e da liberdade sexual, situações de fronteira que podem ser enquadradas através de uma devida interpretação conforme à Constituição da norma Penal -Cfr. Jorge Miranda e José de Melo Alexandrino, in *As Grandes Decisões dos Tribunais Constitucionais Europeus*, pg. 12.

<sup>35</sup> Paulo Pinto Albuquerque, *Comentário do Código Penal*, 3ª edição, págs. 671 e 673.

incriminação <sup>36</sup>, considerando que a incriminação exige que o exercício da atividade revele “aptidão para condicionar ou diminuir a esfera da autonomia da vontade da pessoa que se prostitui.

E logo acrescenta que sendo “ainda protegida a liberdade sexual da pessoa que se prostitui, é o forte perigo da diminuição ou eliminação da sua esfera de autonomia da vontade que está em causa no nº1 do art. 169, configurado tal preceito como um crime de resultado, de perigo concreto” - ob. cit., pg. 53-4.

Configura o crime de lenocínio, nesta posição intermédia, como um crime de perigo concreto, exige-se que o bem jurídico tenha sido efetivamente posto em perigo, sendo necessário provar, nesta situação, que exista uma efetiva “exploração” da pessoa que se prostitui, não se colocando, deste modo, em causa a legitimidade da incriminação.

Solução que, aliás, vemos seguida em alguma jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça <sup>37</sup> e acolhida no próprio Ac. TC 144/2004, de 10/03, já que a sua relatora, Maria Fernanda Palma, sempre defendeu a admissibilidade da prova sobre o perigo nos crimes de perigo abstrato <sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> M. Miguez Garcia e J. M. Castela Rio, *Código Penal - Parte geral e especial*, 2014, págs. 710, e Inês Ferreira Leite, *A tutela penal da liberdade sexual*, RPCC, ano 21, 1, 2011, pg. 53 e 85, recordando a Autora que, embora “a prostituição possa consistir na simples concretização de uma decisão livre e consciente, o que se pretende prevenir é que tal margem de autonomia decisória não seja substancialmente reduzida ou limitada, pela intervenção profissional ou com fins lucrativos de terceiro”.

<sup>37</sup> Neste sentido alinhou o voto de vencido do Conselheiro Maia Costa no Ac STJ de 5. 09. 2007, *www. dgsi. pt*; Também o Ac STJ 13. 04. 2009 (Rodrigues da Costa), proc. 47/07. 6PAAMD-P. S1, *www. dgsi. pt*, defendendo que neste crime o que “confere legitimidade constitucional é a “normal associação entre as condutas que são designadas como lenocínio e a exploração da necessidade económica e social das pessoas que se dedicam à prostituição, fazendo desta um modo de subsistência” e, por isso, deve fazer-se uma interpretação restritiva do tipo “no sentido de exigir a prova adicional do elemento típico implícito da “exploração económica e social” da vítima prostituta – cfr. Acs. do TC n. 9s 144/2004 e 196/2004.

<sup>38</sup> Maria Fernanda Palma, *Direito Penal, Parte Especial, Crimes contra as Pessoas*, 1983, pg. 104ss. Fiel ao modelo da ofensividade deve o aplicador do direito, segundo Augusto Silva Dias, *Reconhecimento e coisificação ...*, pg. 125 e 126, renunciar à punibilidade (por falta de tipicidade) nos casos em que se prove a ausência de danosidade social.

Contudo, em face da letra e história do n.º 1, do art. 169.º, não é admissível essa interpretação restritiva. Não só a exigência da exploração de uma situação de vulnerabilidade da pessoa que se prostitui não consta do tipo, como foi intencionalmente retirada pelo legislador e deslocada para a alínea d) do n.º 2 do mesmo preceito, ainda que em termos algo reconfigurados, visto que o aproveitamento (não sendo já necessário que tenha havido *exploração*) de uma circunstância de especial vulnerabilidade da vítima passou a constituir elemento qualificativo de um tipo legal de base que se pretendeu subsistir sem ele <sup>39</sup>.

Já a Jurisprudência do Tribunal Constitucional, marcada pelo importantíssimo Acórdão nº144/2004, de 10/03 (Maria Fernanda Palma), tem-se pronunciado pela não inconstitucionalidade do tipo incriminador, entendimento que vem sendo seguido quase unanimemente pelos demais <sup>40</sup>, tendo-o sido mais recentemente pelo Acórdão n.º 641/2016, de 21/11 (Fernando Ventura), Acórdão n.º 421/17, de 13/07/2017 (Fátima Mata-Mouros); Acórdão n.º 694/2017, de 18/10/2017 (Fernando Ventura), Acórdão n.º 90/2018, de 20/02/2018 (Pedro Machete), Acórdão n.º 178/2018, de 10/04 (Maria Clara Sottomayor), Acórdão n.º 160/2020, de 4/03 (José Teles Pereira).

Ressalva-se naturalmente o juízo de inconstitucionalidade que obteve, pela primeira vez, vencimento no acórdão TC nº134/2020, de 3/03 (Lino Rodrigues Ribeiro) e lavrado nos votos vencidos de alguns, poucos, Conselheiros que encontram na incriminação do tipo a tutela de comportamentos que vão além da ofensa ao bem jurídico da liberdade sexual (cfr. Maria João Antunes, declaração de voto no Acórdão nº396/2007 <sup>41</sup>), dos bons costumes (cfr. Joaquim de Sousa

---

<sup>39</sup> A interpretação restritiva faria tábua rasa da alteração legislativa em referência, numa clara ingerência na liberdade de conformação do legislador – cfr. Augusto Silva Dias, *Reconhecimento e coisificação ...*, pg. 124 s. Também na jurisprudência o Ac. TC nº 134/2020, de 3/03.

<sup>40</sup> Acórdãos Ac. TC n.º 196/2004, de 23/03, Ac. TC n.º 303/2004, de 5/05, Ac. TC n.º 170/2006, de 6/03, Ac. TC n.º 396/2007, de 10/07, Ac. TC n.º 522/2007, de 18/10 e Ac. TC n.º 591/2007, de 5/12, Ac. TC n.º 141/2010, de 14/04, Ac. TC n.º 559/2011, de 16/11, Ac. TC n.º 605/2011, de 5/12, Ac. TC n.º 654/2011, de 21/12, Ac. TC n.º 203/2012, de 24/04, Ac. TC n.º 149/2014, de 13/02.

<sup>41</sup> No Ac. TC n.º 396/2007, Maria João Antunes, votou (vencida) a inconstitucionalidade do art. 170º, n.º 1, na redação da Lei nº 65/98, de 2 de Setembro, com fundamento na violação do artigo 18º, nº 2, da Constituição da República Portuguesa, visto que num paradigma de intervenção mínima do direito penal, o ramo do direito que afeta, mais diretamente, o direito à liberdade (artigo

Ribeiro, declaração de voto no Acórdão nº654/2011), bem indefinido (moral sexual, conceção de vida, paz social) (cfr. Lino Rodrigues Ribeiro, declaração de voto entre outros no Acórdão nº641/2016) e prevenção do pecado, manifestação de moralismo atávico (cfr. Manuel da Costa Andrade, declaração de voto entre outros no Acórdão nº641/2016).

Entendeu o Tribunal Constitucional, no referido Acórdão nº144/2004, cuja doutrina vemos seguida pelos demais, que está subjacente à norma incriminatória, uma perspetiva fundamentada na história, na cultura e nas análises sobre a sociedade segundo a qual as situações de prostituição relativamente às quais existe um aproveitamento económico por terceiros são situações cujo significado é o da exploração da pessoa prostituída.

Esta perspetiva, acrescenta-se, não resulta de preconceitos morais [não se trata da mera tutela jurídica de uma perspetiva moral], mas do reconhecimento de que uma ordem jurídica orientada por valores de justiça e assente na dignidade da pessoa humana não deve ser mobilizada para garantir, enquanto expressão de liberdade da ação, atuações intelectuais ou físicas, entre elas as sexuais, que possam ser utilizadas como puro instrumento ou meio ao serviço de outra pessoa<sup>42</sup>.

Assim, a Jurisprudência Constitucional, partindo do dogma de que as pessoas que se prostituem, em geral, são “pessoas em estado de carência social”, tem defendido que o bem jurídico tutelado pela incriminação do lenocínio simples é ainda a proteção da liberdade e de uma “autonomia para a dignidade” das pessoas que se prostituem, por representar a utilização de uma dimensão

---

27º, nºs 1 e 2, da CRP), a intervenção penal é apenas a necessária para a tutela de bens jurídicos (não da moral), que não obtêm proteção suficiente e adequada através de outros meios de política social”.

<sup>42</sup> Tal entendimento encontra-se plasmado no art. 1º, da CRP (ao fundamentar o Estado Português na igual dignidade da pessoa humana), na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (Lei nº23/80, de 26 de julho de 1980) e na Convenção para a Supressão do Tráfico de Pessoas e de Exploração da Prostituição de Outrem (D. R I Série, de 10 de outubro de 1991).

especificamente íntima daquele agente, não para os seus fins próprios, mas para fins de terceiros <sup>43</sup>.

Ainda que a prostituição possa ser entendida como expressão da livre disponibilidade da sexualidade individual e assim do direito constitucional à liberdade, ainda que a sexualidade se apresente como um dos mais relevantes domínios da vida dos indivíduos e lhes possibilite a realização plena como ser humano e o desenvolvimento da personalidade, também este de tutela constitucional, segundo o Tribunal Constitucional o aproveitamento económico por terceiros constitui uma interferência que *comporta um risco elevado e inaceitável*, dados os contextos sociais da prostituição, de exploração de uma situação de carência e desproteção social, colocando em perigo a *autonomia e liberdade do agente que se prostitui*, na medida em que corresponda à utilização de uma dimensão especificamente íntima do outro não para os fins dele próprio, mas para fins de terceiros.

Daí estar subjacente à jurisprudência do Tribunal “a ideia de que a exploração por terceiros da atividade de prostituição exprime uma interferência na esfera individual de quem se prostitui, que comporta riscos intoleráveis na sua autonomia e liberdade que importa prevenir e que, nessa medida, justificam a incriminação” <sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> Noutro plano, o Tribunal Constitucional vem também perfilhando que a incriminação do lenocínio simples, baseada na específica negação dos referidos valores, não viola a liberdade de consciência tutelada pelo art. 41º, nº1, nem a liberdade de exercício de profissão ou de atividade económica tutelada pelo art. 47º, nº1, ambos da CRP).

Neste prisma, no sentido da não inconstitucionalidade, no Ac. TC n.º 144/2004, de 10 de março, podemos ler que: «II. Não está em causa qualquer aspecto de liberdade de consciência que seja tutelado pelo artigo 41.º, n.º 1, da Constituição, pois a liberdade de consciência não integra uma dimensão de liberdade de se aproveitar das carências alheias ou de lucrar com a utilização da sexualidade alheia. Por outro lado, nesta perspectiva, é irrelevante que a prostituição não seja proibida. III. Não ofende de modo nenhum a Constituição que uma certa “atividade profissional” que tenha por objecto a específica negação deste tipo de valores seja proibida (neste caso, incriminada). A liberdade de exercício de profissão ou de actividade económica tem obviamente como limites e enquadramento valores e direitos directamente associados à protecção da autonomia e da dignidade de outro ser humano. »

<sup>44</sup> AC TC n.º 421/17, de 13/07/2017 (Fátima Mata-Mouros), Ac. TC n.º 694/17, de 18 de outubro (Fernando Ventura), Ac. TC n.º 90/18, de 20 de fevereiro (Pedro Machete), Ac. TC n.º 178/18, de 10 de abril (Maria Clara Sottomayor), Ac. TC n.º 160/2020, de 4 de março (José Teles Pereira),

Não havendo o dever constitucional de incriminar a conduta prevista no art. 169º, nº1, do C. Penal, a Jurisprudência Constitucional vem sustentando que a incriminação traduz uma opção de política criminal justificada pela normal associação entre as condutas que são designadas como lenocínio e a exploração da necessidade económica e social das pessoas que se dedicam à prostituição, fazendo desta um modo de subsistência.

Assim, embora não se estabeleça como elemento do tipo uma concreta relação de exploração, a prevenção desta constitui a motivação fundamental da incriminação: o aproveitamento económico da prostituição de quem fomenta, favoreça ou facilite a mesma exprime, tipicamente, um modo social de exploração de uma situação de carência e desproteção social.

A opção política criminal visa evitar o risco elevado e inaceitável de tais situações de exploração, protegendo, assim, bens jurídicos pessoais relacionados com a autonomia e a liberdade. Esse risco é conhecido, na Jurisprudência Constitucional, a partir de estudos empíricos que associam as situações de prostituição a carências sociais elevadas.

Ademais, segundo o Tribunal Constitucional, à luz do princípio da ofensividade, compatível com o Estado de direito democrático, a opção legislativa da incriminação baseia-se numa “*certa percepção do dano ou do perigo de certo dano associado à violação de deveres para com outrem – deveres de não aproveitamento e exploração económica de pessoas em estado de carência social*”.

Em síntese, aquele Tribunal, acompanhando a doutrina mais recente do Parlamento Europeu em matéria de exploração sexual e prostituição <sup>45</sup>, vem

---

concluindo que na medida em que as situações de prostituição estão associadas a carências sociais elevadas, a opção pela incriminação do lenocínio simples não é inadequada ou desproporcional ao fim de proteger bens jurídicos pessoais relacionados com a autonomia e a liberdade. Tratando-se de um crime de perigo abstrato, o tipo incriminador do lenocínio simples situa na margem de conformação do legislador democrático o juízo sobre a inadequação ou insuficiência de meios não penais de controlo social para tutela dos bens jurídicos em proteção.

<sup>45</sup> A Resolução do Parlamento Europeu, de 26. 02. 2014, sobre a exploração sexual e a prostituição e o seu impacto na igualdade dos géneros, in JO C 285/78 de 29. 8. 2017, recomendando o modelo sueco, veio expressar que “considerar a prostituição como «trabalho sexual» legal, despenalizar a indústria do sexo em geral e legalizar o lenocínio não constitui uma

concluindo que permanece válido o entendimento de política criminal de que “a ofensividade que legitima a intervenção penal assenta numa perspetiva fundada de que as situações de prostituição, relativamente às quais existe promoção e aproveitamento económico por terceiros, comportam um risco elevado e não aceitável de exploração de uma situação de carência e desproteção social, interferindo – colocando em perigo – a autonomia e liberdade de agente que se prostitui”.

A questão que aqui se coloca consiste em saber se são válidas essas duas premissas <sup>46</sup> que justificam, nessa interpretação, um tipo legal de crime de perigo abstrato, de modo a concluir-se que o aproveitamento económico da prostituição põe em perigo a autonomia e liberdade da pessoa que se prostitui.

Não se trata aqui de saber se a incriminação do lenocínio traduz a melhor opção ao nível da política criminal, mas antes de indagar se, nos moldes em que se encontra prevista, a norma obedece aos critérios aferidores da legitimidade constitucional nomeadamente ao princípio da proporcionalidade (art. 18.º, n.º 2, da CRP) implicado na própria liberdade de conformação legislativa em que o Tribunal Constitucional tem escudado, de forma acrítica, o seu julgamento.

---

solução para proteger as mulheres e raparigas menores vulneráveis da violência e da exploração, produzindo antes um efeito contrário, na medida em que as expõe a um nível mais elevado de perigo de violência e promove, ao mesmo tempo, o crescimento dos mercados da prostituição, o que, por sua vez, se traduz num maior número de casos de abuso de mulheres e raparigas menores”.

A recomendação em causa surge anos depois do mesmo Parlamento Europeu ter considerado na Resolução, de 19 de maio de 2000, sobre a Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu sobre as novas medidas no âmbito da luta contra o tráfico de seres humanos, in JOCE C 59/307 de 23. 2. 2001, que “o regime de proibição direta e indireta da prostituição vigente na maioria dos Estados membros cria um mercado clandestino monopolizado pela delinquência organizada que expõe as pessoas implicadas, sobretudo os emigrantes, à violência e à marginalização”.

O mesmo Parlamento Europeu que já anteriormente, na Resolução de 15. 03. 2006, três meses antes do mundial de futebol da Alemanha de 2006, onde vigora o regime legalizador da prostituição voluntária, veio alertar para a problemática da prostituição forçada no contexto de acontecimentos desportivos internacionais.

<sup>46</sup> A primeira, de que as situações de prostituição estão associadas a carências sociais elevadas; a segunda, que qualquer comportamento de fomento, favorecimento ou facilitação da prostituição comporta uma exploração da necessidade económica ou social do agente que se prostitui.

Tudo como se o princípio da proporcionalidade não fosse o ponto de referência constitucional para aferir dos bens jurídicos carentes de tutela penal e o legislador pudesse livremente proteger a liberdade sexual, prevenindo a seu bel-prazer “o perigo de redução da margem de autonomia decisória do agente que se prostitui através da mediação de terceiros que atuam profissionalmente ou com fins lucrativos”.

Contrariamente ao que vem advogando a jurisprudência mais recente do Tribunal Constitucional, decidir se o risco implicado para a autonomia de quem se prostitui deve ser considerado como um perigo a prevenir pela via da incriminação da exploração profissional ou com fins lucrativos da pessoa que se prostitui, saber se a proteção penal nos termos definidos pela norma é adequada, necessária e proporcional em sentido estrito, não são opções de política criminal que escapem, sem mais, aos parâmetros de aferição da legitimidade constitucional em que se situa a margem de conformação legislativa.

Tanto mais que não estando expressamente autorizadas pela constituição as restrições decorrentes da incriminação do lenocínio, sobre o legislador impendia um ónus maior de justificação da necessidade da restrição (fundamento da restrição) e reflexamente mais intenso deverá ser o controlo dessa justificação no plano da justiça constitucional <sup>47</sup>.

Em caso algum o Tribunal Constitucional foi convocado a formular e concretizar uma política alternativa ao controlo social da prostituição, no que lhe faltaria naturalmente legitimidade democrática, antes e só a exercer o controlo judicial do juízo de ponderação do legislador penal.

Mas, é aqui que a jurisprudência do Tribunal Constitucional começa a esboroar-se quando convoca, *como gato por brisas*, o princípio do primado do

---

<sup>47</sup> Jorge Reis Novais, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra Editora, 2003, pg. 635.

legislador para ancorar a legitimidade da incriminação <sup>48</sup>, sem o confrontar com os limites constitucionais próprios da liberdade de conformação legislativa.

E não o faz sobretudo à luz do princípio da proporcionalidade, guardião último de proteção do conteúdo essencial de direitos fundamentais contra as restrições injustificadas, assim acabando por fugir ao cerne do problema levado à fiscalização concreta de inconstitucionalidade.

Relevante é saber se o ganho de liberdade alcançado com a incriminação do lenocínio simples justifica, no contexto da mundividência e sensibilidade da vítima que livremente se prostitui, a manifesta diferença de intensidade e gravidade valorativa de restrição dos diferentes direitos fundamentais afetados do empresário e trabalhador sexual <sup>49</sup>.

Pois bem, numa área onde é maior a extensão do poder judicial, por ser mais intensa a afetação de posições subjetivas <sup>50</sup>, ali onde o legislador está sujeito a maiores constrangimentos <sup>51</sup>, a jurisprudência constitucional em momento algum fez este juízo de ponderação, acomodando-se acriticamente nas escolhas do legislador democrático, a quem acaba por entregar, com incompreensível

---

<sup>48</sup> Alinhando na doutrina mais conservadora da concessão de uma ampla margem conformativa do legislador e estrita adstrição a juízos de evidência, segundo a qual “a limitação da liberdade de conformação (...) só pode, pois, ocorrer quando a punição criminal se apresente como manifestamente excessiva - cfr. Ac. TC nº420/2013, de 15/07 (Maria Rangel de Mesquita)).

<sup>49</sup> Alertando que a graduação/comparação dos índices de interferência e de satisfação deve ser efetuada à luz de critérios de peso e/ou importância dos efeitos projetados ou prognosticados pelo legislador – cfr. Vitalino Canas, *O princípio da proibição do excesso...*, pg. 656.

<sup>50</sup> Reconhecendo o Tribunal Constitucional que o juízo relativo à «proporcionalidade» do agir estadual deve ser “tanto mais exigente quanto mais intensa for, *in casu*, a afetação, por via legislativa, de posições jurídicas subjetivas que devam ser qualificadas como fundamentais” – cfr. Acórdão n.º 846/2014, de 3/12 (Maria Lúcia Amaral), chegando o acórdão TC nº474/2013, de 29/08 (Fernando Ventura) a declarar essa inconstitucionalidade pela circunstância de o legislador não ter respeitado o ónus de demonstração das razões de interesse público (*essencialidade da medida*) que justificam a interferência.

<sup>51</sup> Porque representa uma interferência mais gravosa em bens, interesses ou valores subjetivados, a intervenção penal tem de ser justificada por fins ponderosos, designadamente de tutela ou de proteção de bens, interesses ou valores especialmente qualificados do ponto de vista constitucional – cfr. Maria Fernanda Palma, in *Direito Constitucional Penal*, Almedina, Coimbra, 2006, pg. 71ss.

deferência, os direitos fundamentais, numa clara renúncia ao exercício das competências de fiscalização que lhe estão atribuídas.

Ademais, confrontado com a disposição da liberdade sexual por parte de quem se prostitui, quando esse ato não lesa quaisquer bens de terceiro e/ou da comunidade, o Tribunal Constitucional não pode, sem mais, radicar a sua argumentação na defesa da pessoa contra si própria, sem sindicar – como vem acontecendo – as limitações legais próprias desse poder de disposição, à luz da sua conformidade com os princípios constitucionais que regem a proibição da renúncia de direitos fundamentais<sup>52</sup>.

A inadmissibilidade da renúncia traduz-se numa restrição de direitos de quem se prostitui e do próprio agente do crime<sup>53</sup>, pelo que só se justificará se for conforme às exigências constitucionais.

Ora, em momento algum aquele Tribunal cuidou saber em torno desta incriminação qual o exato alcance da liberdade de conformação legislativa e da proibição da renúncia de direitos fundamentais, sinalizando os respetivos limites na dogmática penal, onde essa liberdade é precisamente mais estreita por implicar a restrição de direitos fundamentais cuja proteção também lhe compete na relação direta da sua função jurisdicional com a Constituição.

Parafraseando Luísa Neto<sup>54</sup>, as “restrições aos direitos fundamentais, características do direito penal, devem assim limitar-se ao mínimo indispensável para a proteção e satisfação das necessidades básicas da vida humana em uma sociedade pluralista, de modo a possibilitar que as pessoas desenvolvam sem intromissões as suas potencialidades humanas, permitindo-lhes o livre desenvolvimento da sua personalidade e a sua autorealização pessoal”.

---

<sup>52</sup> Jorge Reis Novais, *Renúncia a direitos fundamentais...*, pg. 264.

<sup>53</sup> O agente do crime, destinatário da renúncia, atua com base no consentimento de quem renuncia e adquire através do consentimento deste o direito a agir, assim, exercendo também uma posição jurídica jusconstitucionalmente protegida.

<sup>54</sup> Luísa Neto, *O Direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo (A relevância da vontade na configuração do seu regime)*, Coimbra Editora, 2004, pg. 261-2.

## 5. O crime de perigo abstrato

A eliminação do inciso (“exploração da situação de abandono ou de necessidade económica”), que claramente enquadrava o lenocínio como ofensa à liberdade sexual da vítima/prostituta e o caracterizava como um crime de dano<sup>55</sup>, levou à sua configuração como um tipo legal de crime de perigo abstrato.

Não se exige uma lesão efetiva do bem jurídico (aparentemente a liberdade/autonomia sexual da prostituta) mas tão só a colocação em perigo desse bem jurídico, nem sequer sendo necessário que esse bem tenha sido efetivamente posto em perigo uma vez que este não faz parte do tipo, mas, tão só, da motivação da proibição.

É esta perigosidade geral da ação (atributo da ação - presunção de uma ação perigosa e não o atributo de um resultado - presunção de um resultado de perigo) que constitui o motivo da incriminação<sup>56</sup>.

Nestes crimes, baseado na elevada perigosidade da conduta, demonstrada pela experiência, o legislador considera que tal conduta contém sempre o risco sério de poder lesar ou pôr em perigo o importante bem jurídico protegido pelo tipo, abstraindo de outras circunstâncias necessárias para o causar.

---

<sup>55</sup> Essa eliminação teve em vista, como referido, o alargamento do tipo legal de crime a todas as situações de aproveitamento económico por terceiro da prostituição, numa época em que ocorria um enorme crescimento da imigração sexual, quantas vezes associada ao tráfico de mulheres para exploração sexual e ao auxílio organizado à imigração ilegal, com consequências no plano interno ao nível da organização social e familiar.

<sup>56</sup> Marta Felino Rodrigues, *As Incriminações de Perigo e o Juízo de Perigo no Crime de Perigo Concreto*, Almedina, 2010, pg. 15-6 e 99 e José de Faria Costa, *Direito Penal*, Imprensa Nacional, 2017, pg.272 e ss. .

Como refere Figueiredo Dias, nos crimes de perigo abstrato são tipificados certos comportamentos em nome da sua perigosidade típica para um bem jurídico, mas sem que ela necessite de ser comprovada no caso concreto: há como que uma presunção inilidível de perigo e, por isso, a conduta do agente é punida independentemente de ter criado ou não um perigo efetivo para o bem jurídico – cfr. *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, 2004, pg. 292.

É esta elevada perigosidade da conduta, que se revela através de dados estatísticos, das regras científicas reconhecidas ou regras da experiência consolidadas<sup>57</sup>, e a grande importância<sup>58</sup> do bem jurídico protegido que conferem legitimidade constitucional aos crimes de perigo abstrato (à antecipação da tutela penal)<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> A. Taipa de Carvalho, *Direito Penal, Parte Geral*, II, 2004, U. C. P. Porto, pg. 100, Augusto Silva Dias, *Entre Comes e Bebes: Debate de algumas Questões Polémicas no âmbito da Protecção Jurídico-Penal do Consumidor*, RPCC, ano 8, Fasc. 4º, 1998, pg. 521, e Germano Marques da Silva, *Crimes Rodoviários e Pena Acessória e Medidas de Segurança*, Universidade Católica Editora, 1996. No dizer impressivo de Faria Costa, *O Perigo em Direito Penal*, pg. 600 "(...) há perigo sempre que, através de um juízo de experiência, se possa afirmar que a situação em causa comporta uma forte probabilidade de o resultado desvalioso se vir a desencadear ou a acontecer".

Em busca da compatibilização do perigo abstrato com os princípios fundamentais do Direito Penal, Tullio Padovani alerta para a necessidade de uma congruência racional entre meios e fins, defendendo que a tipificação de comportamentos presumivelmente perigosos deve corresponder a regras científicas reconhecidas ou regras da experiência consolidadas – cfr. *Diritto Penale*, 4ªed, Milano: Dott. A. Guiffre Editore, 1998, pg. 174-5.

<sup>58</sup> De acordo com o princípio da proporção a previsão dos crimes de perigo presumido deve referir-se à tutela antecipada de bens particularmente relevantes.

<sup>59</sup> A. Taipa de Carvalho, *Direito Penal, ...*, pg. 100, embora admitindo a formulação de um juízo negativo de perigosidade associada habitualmente à conduta típica, mas que em determinado condicionalismo não tem.

Acrescentando o Autor que “a comprovação de que, no caso concreto, a conduta não continha a perigosidade pressuposta pelo tipo não constitui um ónus de contraprova a recair sobre o arguido, mas é um poder-dever do tribunal incluído no princípio-dever de investigação da verdade material, poder-dever que, obviamente, só existirá nos casos em que se suscitarem dúvidas sérias” – op. cit., pg. 100.

No mesmo sentido, Rui Pereira, considerando atípicas as condutas em que não haja a mínima perigosidade, admite um juízo negativo de perigo pelo qual se deverá averiguar se o comportamento é incapaz de gerar qualquer risco de lesão do bem jurídico – cfr. *O Dolo de Perigo*, Lex, 1995, pg. 24-5 e 33.

Entendendo essa impossibilidade concreta de perigo nos crimes de perigo abstrato como causa de exclusão da tipicidade, Augusto Silva Dias afirma que o juiz deve efetuar “uma comprovação negativa cujo conteúdo reside na impossibilidade geral de lesão no caso concreto”.

Se não fosse admissível esta contraprova do perigo, fundando-se o tipo penal numa presunção inilidível de perigo, segundo o Autor, “o seu desvalor da ação assenta na mera desobediência e a sua inconstitucionalidade pode ser arguida por violação dos princípios da ofensividade e da culpa – cfr. *Entre Comes e Bebes...*, pg. 524-5, n. 15.

Isto porque, como ensina Germano Marques da Silva, embora nos crimes de perigo abstrato “não seja necessária a prova de um perigo concreto para um bem jurídico determinado, é necessária a prova que esse comportamento seja objetivamente perigoso em si mesmo, sem o que, não

Por força desta concepção, a criminalização de condutas relativas a crimes em que o perigo constitui a motivação da proibição deve visar a proteção de bens jurídicos de grande importância e claramente identificáveis (o que obriga à descrição típica de forma precisa e minuciosa da conduta proibida ou imposta, já que a perigosidade que fundamenta não carece de ser comprovada no caso concreto)<sup>60</sup>.

Ora, tal exigência poderá desde logo falhar na incriminação do lenocínio simples, por mitigação, hoje em dia, da censura social<sup>61</sup> associada à prostituição voluntariamente praticada por alguém livre e maior de idade.

Como refere Jorge Pereira da Silva<sup>62</sup> “um bem jurídico não tem de ser uma realidade material e tangível, apreensível pelos sentidos, mas tem que ser uma “realidade de sentido social” cuja ameaça e cuja lesão sejam também jurídica e socialmente perceptíveis”.

Se a prestação de serviços sexuais remunerada não é sequer proibida, sendo uma atividade neutra, como justificar que comete um crime quem a facilita e ganha com isso quando a própria prostituta, que nisso consente, entende que beneficia com a intermediação do “proxeneta”? Como pode ser crime facilitar

---

havendo perigo de lesão de bens jurídicos, a incriminação carece de sentido, de legitimidade” – cfr. *Crimes Rodoviários e Pena Acessória e Medidas de Segurança, ...*, pg. 15.

<sup>60</sup> Esse critério de legitimação dos crimes de perigo vemos seguido no Ac TC 426/91, de 8/11. Também neste sentido Figueiredo Dias, *Direito Penal, ...*, pg. 293 e Figueiredo Dias/Maria João Antunes, “Da inconstitucionalidade da tipificação do lenocínio como crime de perigo abstracto”, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro – Vol. I*, Almedina, 2019, pg. 127.

Sobre a legitimação dos crimes de perigo abstracto – cfr. José Cerezo Mir, *Delitos de peligro abstracto em el ámbito del derecho penal del riesgo*, Revista de derecho penal y criminología, nº10 (2002), pg. 47-72; e Blanca Mendoza Buergo, *La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto*, Revista de derecho penal y criminología, nº9 (2002), pg. 39-82.

<sup>61</sup> Inês Ferreira Leite, *A tutela penal da liberdade sexual, ...*, pg. 83, Vera Raposo, *Da Moralidade à liberdade, ...*, pg. 951, Mouraz Lopes, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual ...*, pg. 90.

<sup>62</sup> Cfr. *Deveres do Estado de Proteção de Direitos Fundamentais*, Universidade Católica Editora, 2015, pg. 348.

uma atividade completamente lícita? Trata-se de mais uma contradição<sup>63</sup> que recoloca a razão da incriminação nos valores morais e éticos da sociedade.

Para além disso a incriminação, aqui dita antecipação da tutela penal do bem jurídico, necessita de uma especial fundamentação, desde logo do ponto de vista criminológico, para que se possa ter por materialmente justificada, à luz da constituição, e sem violação do seu art. 18º, nº2.

O problema jurídico-constitucional suscitado pelos crimes de perigo abstrato, mesmo quando preexistia claramente um bem jurídico, individual ou coletivo, é determinar *o grau legítimo de antecipação da proteção*.

Mesmo aceitando a legitimidade constitucional da incriminação de perigo, por referência à existência de um bem jurídico importante e identificável, cumpre verificar se, ainda assim, na tipificação do crime de perigo foi respeitado o princípio constitucional da subsidiariedade e da intervenção mínima do direito penal relativamente ao modo de proteção desse bem jurídico, sob pena de vulgarização do sistema criminal no controlo social com conseqüente violação do postulado da proporcionalidade e da proibição de excesso<sup>64</sup>, com uma ingerência drástica do Estado nos direitos e liberdades fundamentais dos indivíduos<sup>65</sup>.

No que respeita aos crimes de perigo abstrato, a sua conformidade constitucional depende da razoabilidade da antecipação da tutela penal com a

---

<sup>63</sup> Como diz André Lamas Leite, in *Prostituição e lenocínio*, in *www. publico. pt*, 19 de setembro de 2017, estamos perante um enviasamento do princípio da acessoriedade da participação, o qual faz depender a punibilidade da participação da existência de um facto principal (doloso) cometido pelo autor (“facto do autor”) – cfr. Figueiredo Dias, in *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, 2ª edição, 2007, Coimbra Editora, pg. 824.

<sup>64</sup> Como escreve Denis Sampaio, A “*jurisdificação*” da expansão do Direito Penal. *Redução da carga probatória do injusto pelo moderno modelo incriminador*, in “Temas Criminais: a ciência do direito penal em discussão”, Livraria do Advogado, 2014, pg. 103, o respeito por estes princípios estruturais do direito penal impõe “ao legislador, no primeiro momento, um duplo ónus probatório: o primeiro será a prova da danosidade social do comportamento e, em segundo plano, a prova da indispensabilidade de uma tutela penal”.

<sup>65</sup> Rui Patrício, *Erro sobre regras legais, regulamentares ou técnicas nos crimes de perigo comum no actual direito português*, 2000, pg. 241 e 243-5. À luz do princípio da subsidiariedade questiona-se ainda a legitimidade do recurso a crimes de perigo presumido condicionada à insuficiência da tutela dos interesses através de crimes de perigo concreto devido à dificuldade em precisar os contornos da probabilidade de dano.

incriminação de ações que têm geralmente aptidão para integrarem o processo causal dos danos referentes à conduta típica, abstraindo de outras condições absolutamente necessárias para que, no caso, se produzam tais danos (cfr. Ac. TC nº426/91, de 8/11) <sup>66</sup>.

Não sendo o legislador livre de estabelecer crimes de perigo abstrato a seu belprazer, deverá ao menos legitimar a incriminação nalguma forma de comprovação do *nexo empírico*, subjacente ao juízo de perigosidade, que relaciona a conduta típica e o dano que se pretende evitar com a antecipação da tutela penal <sup>67</sup>.

Dadas as tensões decorrentes da legitimação dos delitos de perigo abstrato, a limitação da liberdade de ação em consideração de uma eventual ameaça de certos interesses, através da penalização de comportamentos no domínio sexual que nem sempre mostram a evidência da sua perigosidade, obrigava o legislador a um ónus especial de fundamentação deste juízo de perigo. Sendo a sexualidade o domínio onde mais proliferam e se desencontram as concepções ético-sociais

---

<sup>66</sup> Segundo este aresto, visto que não está em causa, tipicamente, a efetiva lesão de qualquer bem jurídico, a constitucionalidade da norma que preveja um crime de perigo, sobretudo, de um crime de perigo abstrato, deve ser julgada, em primeiro lugar, à luz do princípio da necessidade implicitamente consagrado no art.18º, nº2, da CRP. No mesmo sentido o Ac TC 246/96, Ac TC nº7/99 e Ac TC 95/2011.

<sup>67</sup> Paulo Pinto de Albuquerque, *Crimes de Perigo e Contra a Segurança das Comunicações*, Jornadas de Direito Criminal – Revisão do Código Penal, II, 1998, pg. 263, chama-lhe o princípio da máxima garantia de verdade do juízo de perigo.

vigentes<sup>68</sup>, maior exigência se impunha quanto à ligação do perigo a determinadas condutas como forma de justificar a incriminação<sup>69</sup>.

Em caso de dúvida, a regra essencial de interpretação constitucional no domínio dos direitos fundamentais impõe que se “restringa menos o direito fundamental, lhe dê maior proteção, amplie mais o seu âmbito, o satisfaça em maior grau”<sup>70</sup>.

Na incriminação prevista no nº1, do art. 169º, do C. Penal, vista à luz da Jurisprudência Constitucional, temos uma presunção legal de perigo baseada no argumento de que, em grande número de casos, as condutas típicas acompanham verdadeiras compressões da liberdade de quem se prostitui<sup>71</sup>.

Ora, sendo o bem jurídico visado a autonomia e liberdade sexual não se pode presumir, de forma categórica e inilidível, que as condutas descritas no tipo-de- ilícito (“*quem fomenta, favoreça ou facilite a prostituição*”) traduzam em si uma

---

<sup>68</sup> Karl Prehaz Natscheradtz, *O Direito Penal Sexual...*, 1985, pg. 139, reafirma não ser possível encontrar na sociedade moderna um consenso alargado sobre quais os comportamentos valorados no âmbito da sexualidade, sobretudo no domínio das condutas sexuais bilaterais. A inexistência de uma valoração global unitária de uma moral sexual social, acrescenta o Autor, “não coloca de algum modo em risco a convivência social numa sociedade pluralista, constituindo a sexualidade humana, devido à sua importância vital e às virtualidades que reveste para o desenvolvimento das potencialidades do homem e a sua auto-realização, um dos domínios em que a liberdade individual melhor se pode manifestar”, pelo que a grande diversidade de comportamentos, atitudes e valorações aqui existentes são legítimas.

<sup>69</sup> Na criação dos crimes de perigo abstrato, porque nem sempre existe uma visibilidade fácil do bem jurídico protegido, há uma necessidade de especial motivação legislativa quanto à criminalização da conduta.

Como ensina Denis Sampaio, *A "jurisdificação" da expansão do Direito Penal...*, pg. 104 e 107, não havendo necessidade de demonstração da perigosidade da conduta em sede judicial, já que a força motriz da incriminação se dá exclusivamente pelo legislador, a legitimação dos delitos de perigo abstrato deve gerar um maior ónus probatório legislativo para que não resulte em criação de mero discurso político, de vulgaridade criminógena.

<sup>70</sup> Jorge Reis Novais, *As restrições aos direitos fundamentais ...*, pg. 708.

<sup>71</sup> Carlota Pizarro de Almeida, *O Crime de Lenocínio no Artigo 170º, n.º 1 do Código Penal*. Anotação ao Ac TC n.º 144/2004, in *Jurisprudência Constitucional*, n.º 7, julho-setembro, 2005, pg. 31-2.

perigosidade típica de lesão desse bem jurídico, isto é, põem em risco a liberdade sexual<sup>72</sup>.

Essa presunção, na interpretação dominante do Tribunal Constitucional, assenta em estudos de natureza não científica, ligados à área dos conhecimentos sociais e empíricos.

Contudo, carece de demonstração a premissa de que a prostituição está sempre associada a situações de carências sociais elevadas e que qualquer comportamento de fomento, favorecimento ou facilitação da prostituição comporta uma exploração da necessidade económica ou social do agente que se prostitui.

A prostituição não pode ser vista com ideias estereotipadas, preconceituosas e simplistas, sem considerar a “diversidade de atores, de práticas, de motivações, de experiências de vida, de significados, de contextos e de condições de trabalho das pessoas envolvidas”<sup>73</sup>.

Não se pode limitar o discurso da prostituição ao âmbito cristalizado da pobreza, da marginalidade, da degradação, da droga e da doença.

O fenómeno da prostituição é complexo e diversificado, onde encontramos situações de manifesta vulnerabilidade (ex. habitualmente associadas à toxicod dependência e à prostituição de rua) e outras compatíveis com elevados

---

<sup>72</sup> A ação típica descrita no nº1, do art.169º, do C. Penal, não é perigosa para os bens jurídicos da autonomia, da liberdade, da integridade pessoal e do livre desenvolvimento da personalidade de quem se prostitui. Na falta da descrição típica desse elemento que coloca abstratamente em perigo aqueles bens jurídicos, é constitucionalmente ilegítima a incriminação do lenocínio simples- cfr. Figueiredo Dias/Maria João Antunes, “*Da inconstitucionalidade da tipificação do lenocínio como crime de perigo abstrato*”, ..., pg. 128-9, concluindo que o “princípio jurídico-constitucional da necessidade das penas, quanto à tutela antecipada de um bem jurídico com dignidade penal, legitima somente as condutas tipicamente descritas que tenham em geral aptidão para pôr em causa o bem jurídico a tutelar, colocando-o em perigo”.

E logo acrescentam que o nº1, do cit. art.169º, do C. Penal, restringe direitos fundamentais do agente da prática do crime, sem que a restrição ocorra para salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

<sup>73</sup> Alexandra Oliveira, *Andar na Vida: Prostituição de rua e Reação Social*, 2011, Almedina, pg. 7.

ganhos económicos, tudo dependendo do contexto em que a atividade se desenvolve.

Desde os casos mais graves de quase escravatura até à escolha livre da prostituição como modo de vida ou complemento de rendimentos obtidos em outras atividades, a prostituição está, hoje, longe de ser um fenómeno homogéneo que legitime a presunção empírica da perigosidade abstrata que se diz pretender prevenir no lenocínio simples.

Na verdade, as condições sociais e económicas associadas ao trabalho sexual variam muito em função do modo e local onde esta é praticada (prostitutas de estrada, prostitutas de rua, prostitutas de bar, prostitutas de bordel, clubes, hotéis, motéis, serviços de acompanhantes, restaurantes eróticos, casas de massagens, prostitutas por telefone ou internet, prostitutas de luxo, cabines de show, strippers, etc), havendo uma enorme variedade de serviços e atividades que regulam o preço, o controlo negocial e a independência face aos exploradores <sup>74</sup>.

A maioria das prostitutas de rua é autónoma, não sendo evidente a presença do proxeneta e exploração do trabalho sexual <sup>75</sup>.

Mas se não têm que repartir os ganhos com o proxeneta é também na rua que a prostituição é mais perigosa, mais exposta aos olhares estigmatizantes, às agressões, às intempéries e à falta de condições higiénicas <sup>76</sup>. No contexto de rua a prostituta não vende apenas os serviços sexuais, mas vende também a sua segurança, a privacidade e a condição feminina.

O trabalho sexual de interior, onde é mais visível a presença do empresário do sexo, resulta mais lucrativo inclusivamente para a prostituta, beneficiando de estratégias comerciais de angariação de clientes com reflexo no sucesso negocial,

---

<sup>74</sup> As prostitutas de estrada e rua, porventura aquelas onde menos se faz sentir o proxenetismo (por ali anda habitualmente o parasita rufia que vive na sua sombra), normalmente são provenientes de classes socioeconómicas desfavorecidas e ganham menos dinheiro.

<sup>75</sup> Alexandra Oliveira, *Andar na Vida*. . . , pg. 91 e 141, constatando no seu estudo que para arrecadarem o dinheiro que pagariam ao empresário, as prostitutas de rua mantêm relações sexuais no interior das viaturas do cliente, matas e casa de banho públicas – ob. cit. , pg. 65.

<sup>76</sup> Alexandra Oliveira, *Andar na Vida* ...,pg. 57.

maior resguardo da reprovação social e das agressões, sendo o ambiente profissional e as relações entre trabalhadores, patrões e gerentes tão normal quanto noutros contextos laborais<sup>77</sup>.

A necessidade de obter dinheiro e de o obter o mais rápido possível é a justificação mais comum para a prostituição. A motivação principal é a vontade de ganhar dinheiro, bem podendo afirmar-se que as razões que levam as pessoas a prostituir-se não divergem muito das de outros trabalhos.

Mas, se para algumas prostitutas esse dinheiro significa sobrevivência, por insuficiência material, desemprego ou falta de recursos para aceder a melhores oportunidades de vida, para outras, é uma forma fundamental de integração ou inclusão social através do consumo<sup>78</sup>.

Não raramente a opção pelo trabalho sexual é explicada pelo recebimento de mais dinheiro e, portanto, como uma atividade economicamente mais rentável, na busca rápida de níveis mais elevados de consumo, quando comparada com outra forma de trabalho disponível e/ou já exercida<sup>79</sup>.

---

<sup>77</sup> Alexandra Oliveira, *Andar na Vida*. . . , pg. 101.

<sup>78</sup> Segundo Isabel Soares, psicóloga, que integra o projeto Porto G desde 2008, o qual presta apoio de rua a pessoas que estão na prostituição e que integra a Agência Piaget para o Desenvolvimento (APDES), recusa a ideia que todas as pessoas que fazem trabalho sexual estivessem numa situação de pobreza. Recorda que algumas delas regressaram a essa atividade, após a terem abandonado, porque os rendimentos dos trabalhos que conseguiram arranjar não eram suficientes para fazer face às despesas, o que naturalmente não se confunde com um problema de sobrevivência. – cfr. *Prostituição: Associação que apoia prostitutas favorável à regulamentação*.

A psicóloga cita organizações como Organização Mundial de Saúde, a Organização Internacional do Trabalho, a ONU Sida, a Human Rights Watch e a Amnistia Internacional, como “fontes credíveis” para justificar a sua defesa da regulamentação da prostituição, modelo “apresentado por estes movimentos” como o que melhor protege quem se prostitui.

<sup>79</sup> Thaddeus Gregory Blanchette e Ana Paula da Silva, *O Mito de Maria, Uma Traficada Exemplar: confrontando leituras mitológicas do tráfico com as experiências de migrantes brasileiros, trabalhadores do sexo*, Rev. Inter. Mob. Hum. , Brasília, Ano XIX, Nº 37, 2011, pg. 86; José Maria González del Río, *El ejercicio de la prostitución y el derecho del trabajo*, Granada, 2013, Editorial Comares, pg. 111.

Não se trata de escapar à pobreza, mas procurar uma mudança económica para melhorar as condições de vida.

A comiseração social associada à ideia comum de que a prostituição deriva única e exclusivamente da miséria económica e cultural não admite que alguém, consciente, racional e voluntariamente, possa optar por ser trabalhador do sexo.

Mas, não é líquido que a grande maioria ingresse nessa atividade e sobretudo que posteriormente nela se mantenha para assegurar a sua subsistência, não podendo o julgador deixar de indagar da concreta motivação da prostituta durante todo o período da ação imputada ao agente do crime.

Na verdade, nenhuma mulher entra nesta atividade pensando que se vai dedicar a ela para o resto da vida. Ultrapassado o pudor e sentimento inicial de rejeição, a sua trajetória perpetua-se no tempo, ocorrendo uma mudança de opinião e atitude em relação à prostituição, consolidando-se a sua aceitação, favorecendo o ambiente onde exerce essa atividade, o grupo de iguais e o lucro que a sua atividade proporciona <sup>80</sup>.

Superada a fase inicial, que é também a mais difícil, muitos dos trabalhadores do sexo passam a encarar essa atividade como uma carreira profissional bem remunerada <sup>81</sup> que lhes permite, no contexto das experiências e características pessoais, contrabalançar os aspetos mais negativos da atividade sexual e moldar o significado que atribui à prostituição à dimensão da sua própria vida.

Algumas prostitutas recusam deixar o trabalho sexual porque têm o desejo de aforrar até atingir montantes previamente definidos, outras vêm no trabalho sexual um meio para assegurar a sua independência financeira, enquanto outras

---

<sup>80</sup> Ana Filipa Fernandes Coelho, *Prostituição: A Desconstrução dos seus Anátemas*, Coimbra, 2010, pg. 33.

<sup>81</sup> Alexandra Oliveira, *Andar na Vida. . .*, pg. 207. Também neste sentido Manuel Carlos Silva, *Prostituição e formas de controlo feminino: trabalho, sexualidade e poder*, in *Mulheres da Vida*, Edições Húmus, 2010, pg. 27, salientando que o “binómio da honra e da vergonha que, sobretudo na primeira fase de iniciação na atividade prostitucional, ainda revela certo lastro negativo interiorizado nas mentes das mulheres, com o tempo e quando já algo desprendidas do meio social de origem ou da residência habitual acaba por perder alguma força ou, nalguns casos, a desvanecer-se”.

ainda preferem a prostituição a outro emprego, seja ou não por razões económicas, argumentando com vantagens de flexibilidade de horário e maiores rendimentos<sup>82</sup>.

A prostituição tem causas heterogéneas nomeadamente de natureza social, económica, afetiva, cultural e política<sup>83</sup>. O abuso sexual, as necessidades materiais, o desejo de independência económica, o amor, o jogo, a fantasia e a violência são apenas alguns dos fatores determinantes da entrada na prostituição.

Por motivos de ordem financeira ou por mero estilo de vida ou consequência da própria sociedade, hoje em dia, a prática da prostituição expandiu-se não só a todas as classes da sociedade, mas também aos homens, aos travestis, transexuais, aos jovens de ambos os sexos e, inclusivamente, a menores.

Não é invulgar o exercício da prostituição sobretudo nas camadas jovens para conseguir comprar bens materiais que de outro modo a pessoa que se prostitui não conseguiria ou mais dificilmente obteria ou para garantir os estudos, um emprego ou outros interesses profissionais<sup>84</sup>.

A prostituição apresenta-se cada vez mais como uma opção válida de trabalho, livremente escolhida, que permite aceder e/ou manter um certo estilo de vida que a prostituta não teria de outro modo ou mais dificilmente conseguiria.

Não se nega que a pobreza figura como um dos principais constrangimentos que levam à prostituição. Mas, já não é só a ausência de escolha ou factos como a pobreza e exclusão social que obrigam à prostituição (*sexo de sobrevivência*). Muitas pessoas o fazem por livre opção baseada na maioria das vezes no estatuto que o dinheiro ganho lhes pode oferecer normalmente para atingir determinado

---

<sup>82</sup> Alexandra Oliveira, *Andar na Vida*. . . , pg. 140.

<sup>83</sup> Maria Inês Fontinha, *Para a Compreensão (Social) da Prostituição*, Seara Nova, n. º 1965, Lisboa, 2006, pp. 30 e 31.

<sup>84</sup> A Resolução do Parlamento Europeu, de 26. 02. 2014, sobre a exploração sexual e a prostituição e o seu impacto na igualdade dos géneros, in JO C 285/78 de 29. 8. 2017, chama a atenção para este fenómeno do *grooming*, que consiste na prostituição de raparigas menores de idade ou de raparigas que acabaram de atingir a maioridade, em troca de bens de luxo ou de pequenas quantias de dinheiro para cobrir as despesas quotidianas ou relacionadas com a educação.

nível de vida definido pela aquisição de luxo e conforto que não conseguiriam obter com a realização de outra atividade ao alcance da sua formação profissional ou escolar<sup>85</sup>.

Mas se não é inequívoca, hoje em dia, a vulnerabilidade da pessoa que se prostitui, então, falha a comprovação empírica da perigosidade abstrata associada à conduta típica<sup>86</sup>.

Não obstante, em nome dessa associação e a fim de garantir a punição de todos os casos em que ela efetivamente se materializa, continuam a criminalizar-se tantas outras hipóteses em que isso manifestamente não ocorre<sup>87</sup>.

A maioria das pessoas que exerce trabalho sexual tem considerável poder sobre si e a sua vida, entendendo que fazem um trabalho como qualquer outro, mas sem direitos e alvo de julgamentos morais. Quem se prostitui não se define como vítima, nem tão-pouco considera que é sexualmente explorado, o que

---

<sup>85</sup> Ana Filipa Fernandes Coelho, *Prostituição: A Desconstrução dos seus Anátemas, ...*, pg. 26 e 41-2, concluindo a que “se, por um lado, foi por dinheiro que iniciaram esta prática, por questões de satisfação de necessidades básicas, por outro lado, é por dinheiro que nela se mantém, já não tanto para a satisfação de necessidades, mas para conseguirem assegurar um certo nível de vida que até então se acostumaram”.

Num plano sociológico mais amplo, Octávio Sacramento e Fernando Bessa Ribeiro, *Mulheres que trabalham, homens que se envolvem: género, estratégias e práticas na prostituição abrigada*, in *Mulheres da Vida*, Edições Húmus, 2010, pg. 171, reconhecem que o exercício da prostituição proporciona a estas mulheres um relativo “empowerment social” que se “deve sobretudo ao facto de auferirem rendimentos que, de um modo geral, são bastantes superiores às médias salariais de Portugal e Espanha e incomparavelmente superiores às dos seus respetivos países de origem, superando os que elas, com as habilitações profissionais de que dispõem, lograriam obter fora da prostituição”.

<sup>86</sup> Dados empíricos sobre a prostituição em Portugal que foram utilizados como referência criminológica no Ac TC 144/2004, de 10/03 (Maria Fernanda Palma), para justificar a necessidade da pena, que é dizer, a incriminação do lenocínio simples, como a sua Relatora reconhece no seu estudo “*O argumento criminológico e o princípio da necessidade da pena no juízo de constitucionalidade*”, in *JULGAR*, nº29, 2016, pg. 113 e 116, esclarecendo que “o mero perigo de exploração das pessoas com carência social não afeta a necessidade da pena se houver dados empíricos reveladores da elevada probabilidade de a prostituição estar associada a grande carência social – é, em última análise, a proteção de direitos sociais e da dignidade da pessoa humana que está em causa”.

<sup>87</sup> Figueiredo Dias/Maria João Antunes, *Da institucionalidade da tipificação do lenocínio ...*pg. 157.

independentemente de objetivamente o ser ou não, pressupõe o respeito pelo seu modo de vida<sup>88</sup>.

## 6. Da necessidade da pena

Ainda que se admita, apenas em tese, que a motivação que determinou a proibição é legítima, sempre será necessário demonstrar nesta incriminação o requisito da necessidade ou subsidiariedade penal: a inexistência ou insuficiência de outras reações sociais para uma proteção eficaz do bem jurídico com dignidade penal.

De facto, também neste enfoque, nunca antes abordado em sede de apreciação constitucional, a incriminação está ferida de inconstitucionalidade.

Isto porque o bem jurídico em causa seria eficazmente acautelado com uma regulação administrativa da atividade.

Tradicionalmente distinguem-se os seguintes modelos de gestão da prostituição:

- *o proibicionismo*, cujo ideário é seguido pelo feminismo radical advogado pelo grupo denominado *International Human Rights Network*, liderado pela ONG CATW (*Coalition Against Trafficking in Women*), que criminaliza a atividade em si mesma e todos aqueles que a facilitam, ao entende-la como contrária à moral e à ética, punindo os proxenetas, as prostitutas e os clientes (é o exemplo dos E. U. A. , com exceção do estado do Nevada);

- *o abolicionismo*, modelo mais corrente na Europa, em vigor em Portugal e de forma moderada em Espanha, que considera a atividade um ataque à

---

<sup>88</sup> Manuela Tavares, in *O trabalho sexual em debate*, 23. 04. 2018, acessado em 5. 05. 2018, <https://viasquerda.pt/trabalho-sexual-em-debate/>

Contudo, embora defendendo a necessidade de medidas que confirmem direitos e maior autonomia a quem vive da prostituição, estabelecendo regras sobre os clientes e evitando o proxenetismo, a Autora mostra-se contra a legalização de bordéis ou o acantonamento em zonas específicas por fomentar o negócio da prostituição – cfr. Manuela Tavares, in *Prostituição: Diferentes posicionamentos no movimento feminista*, pg. 8.

dignidade humana, pretendendo a sua eliminação mediante a perseguição do proxeneta (aquele que promove e se aproveita do exercício da prostituição), mas sem sancionar a prostituta, a qual é sempre considerada uma vítima vulnerável;

- *o novo abolicionismo*, que criminaliza a prostituição numa perspetiva de género, identificando-a com a violência – dominação do género feminino pelo género masculino pela simples condição de serem mulheres, punindo não apenas aqueles que se aproveitam economicamente da prostituição (proxeneta), mas também aqueles que permitem perpetuar aquela forma de dominação - os clientes, numa lógica de acabar com a oferta à custa da redução da procura de sexo comercial (é o exemplo da Suécia, Noruega, Islândia, França e Irlanda do Norte)<sup>89</sup>; e

- *o regulamentarismo*, em vigor na Alemanha e Holanda, corrente seguida pelo feminismo liberal e representada pelo grupo denominado *Human Rights Caucus* liderado pela ONG GAATW (*Global Alliance Against Trafficking in Women*), que numa perspetiva inicial intervencionista de proteção da ordem pública considerava a prostituição como um facto natural, um mal menor e necessário, aspirando ao controlo da indústria do sexo e dos seus trabalhadores, mediante a implementação de medidas, regras e controlos que evitem problemas de ordem pública e sanitárias. Este modelo evoluiu num enfoque laboral que aborda a prostituição livre e consentida como uma atividade laboral que deve ser reconhecida para proteger os direitos e garantias laborais e sociais da prostituta, evitando os abusos dos clientes, proxenetas e da própria Administração. A partir da consideração da prostituição como uma forma de trabalho, numa lógica contratualista, reclama-se o reconhecimento de direitos sociais, económicos e laborais para os trabalhadores do sexo, mas sobretudo o direito de escolha, tanto económica como de autodeterminação sexual.

---

<sup>89</sup> À medida que o argumento da imoralidade ia perdendo força social a favor da autonomia e liberdade sexual da mulher como um direito próprio, o pensamento feminista abolicionista virou-se para a violência de género como novo paradigma contra prostituição, construção social dos tempos modernos criada para manter o *status quo* estabelecido e que marcará, porventura, o maior dos entraves no reconhecimento dos direitos sociais, laborais e económicos dos trabalhadores do sexo.

Na perspectiva do consentimento, os defensores do regulamentarismo, que não são necessariamente pro-prostituição, insistem na capacidade das mulheres para decidir livremente o que elas querem fazer com seus corpos e a sua sexualidade e, nesse sentido, perante a realidade social, como melhorar as suas condições laborais e de vida <sup>90</sup>. A voluntariedade inerente ao conceito da prostituição é a chave para o reconhecimento do livre exercício da sexualidade e a expressão do direito sexual de qualquer pessoa à disposição do seu corpo.

Diferente os seguidores do proibicionismo e (neo)abolicionismo que acreditam que o consentimento para vender sexo em caso algum é voluntário e, nestas condições, qualquer tipo de prostituição é, por definição, forçada e vista como forma de exploração sexual, sendo quem se prostitui caracterizado sempre como vítima <sup>91</sup>.

A tendência nalguns países <sup>92</sup> vai no sentido de legalizar a atividade de prostituição <sup>93</sup>, defendendo os interesses do trabalhador do sexo, mas procurando harmonizá-los com preocupações de segurança, higiene e saúde para a prostituta e para o cliente, separando a prostituição da outra criminalidade, com controlo dessa atividade, mas também benefício para as finanças do Estado e acesso à proteção social pela prostituta.

---

<sup>90</sup> Pablo de Lora, *Sexo (Con)sentido: El feminismo ante la encrucijada de la prostitución*, Revista Jueces para la democracia, Madrid, nº 87 (novembro 2016), pg. 8.

<sup>91</sup> Carolina Villacampa Estiarte, *Análisis de las políticas de criminalización de la prostitución*, in Sistema Penal y perspectiva de género: trabajo sexual u trata de personas, Granada, 2012, Editorial Comares, pg. 8.

<sup>92</sup> Na Europa, as casas de prostituição são legalizadas e regulamentadas na Alemanha, Holanda, Suíça,

Áustria, Hungria, Grécia e Turquia e, na América Latina, estes estabelecimentos são legais no México, Bolívia, Colômbia, Equador, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela.

<sup>93</sup> Ao contrário do que sucede em Portugal e Espanha, onde a prostituição foi despenalizada, mas a prostituta não existe perante a lei, o fisco, a segurança social nem o sistema de saúde. A prostituta não tem direitos, mas também não tem deveres.

Ainda que a posição de Espanha, frente ao fenómeno da prostituição, seja o abolicionismo estatal, já ao nível local encontramos vários regulamentos municipais destinados a gerir esta atividade sobretudo com o propósito de afastar a prostituição dos núcleos urbanos, sancionando o cliente e/ou prostituta que violam essas posturas municipais.

Assim, sempre ressalvada prostituição forçada e de menores, que se mantém como crime, vários países legalizaram os estabelecimentos que promovem a prática de prostituição, desde que as pessoas prostituídas sejam maiores de idade e desenvolvam essa atividade de livre consciência e em liberdade, sendo a sua regulamentação caracterizada por integrar normas muito específicas relativamente à localização desses estabelecimentos, às suas dimensões, condições de higiene e de segurança.

Aliás, na sequência do aparecimento de diversos movimentos implicados na reivindicação de direitos dos trabalhadores do sexo e, essencialmente, numa mudança de paradigma associado ao conceito de prostituição, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) vem recomendando o reconhecimento económico da indústria do sexo, a aplicação de direitos para quem vive desta indústria e a necessidade da sua legalização no sentido de controlar o crime organizado.

Também segundo o Relatório apresentado ao Conselho de Direitos Humanos da ONU, no âmbito do combate à discriminação contra as mulheres, publicado em 8. 04. 2016, por um grupo de trabalho de especialistas independentes das Nações Unidas, a criminalização da prostituição, aqui incluídos os trabalhadores do sexo, coloca as mulheres em situação de injustiça, vulnerabilidade e estigma, prejudicando-as em vez de as proteger, indo contra as leis de direitos humanos internacionais. Recorda esse Relatório que as mulheres que se prostituem precisam é de garantias de acesso a serviços de saúde sexual, proteção em relação à violência e discriminação e acesso a oportunidades económicas alternativas.

No mesmo sentido a organização não-governamental de direitos humanos Amnistia Internacional (AI) votou em Conselho Internacional, reunido em Dublin em 11. 08. 2015, uma resolução a favor da defesa da proteção dos profissionais do sexo e descriminalização da prostituição, clientes e proxenetas incluídos<sup>94</sup>.

---

<sup>94</sup> Sobre a posição da Amnistia Internacional – Cfr. Catherine Murphy, Policy Advisor at Amnesty

Posto isto, no contexto internacional, pese embora os inconvenientes ético-sociais associados à prostituição, as vantagens, inclusivamente sociais, da regulamentação do comércio do sexo são vistas por diversos países e organizações mundiais como incomensuravelmente superiores.

A legalização da prostituição poderia garantir a todas as pessoas que se dedicam a este tipo de atividade, em nome do princípio da igualdade, os mesmos direitos e deveres que têm todos os cidadãos (direito ao trabalho, à segurança social, ao sistema público de saúde, ao pagamento dos impostos e ao associativismo)<sup>95</sup>.

Na constatação de que jamais acabará “*a mais velha profissão do mundo*”, com os sinais de modernização emprestados ao comércio do sexo pelas novas técnicas de marketing e comunicação (jornais, redes sociais, internet, etc), quantas vezes exercido sob a fachada de outros serviços, a incriminação do lenocínio simples e a falta de regulamentação da prostituição apenas obrigam as prostitutas a viverem no submundo, tornando-as mais vulneráveis à exploração<sup>96</sup>.

A responsabilização das prostitutas pelo pagamento de impostos<sup>97</sup>, a realização regular de exames médicos para prevenção e diagnóstico de possíveis

---

International, in “*Los derechos de los trabajadores y trabajadoras sexuales son derechos humanos*”, 14 agosto 2015.

<sup>95</sup> A legalização da prostituição, ainda que não possa ser vista como solução para o fenómeno da prostituição, torna-o visível e público, ampliando a liberdade das prostitutas para reclamar pelos seus direitos como trabalhadoras, abrindo espaço para que homens e mulheres possam ter relações sexuais livres, sem qualquer estigma, nem constrangimentos e violências sexuais ou abusos de poder económico, institucional e político – cfr. Manuel Carlos Silva, *Prostituição e formas de controlo feminino...*, pg. 43.

<sup>96</sup> O facto de a prostituição ser um fenómeno desenvolvido na sombra da sociedade, sob lógicas de ocultação e criminalidade, favorece todo o tipo de abusos sobre os atores mais vulneráveis desse mesmo fenómeno, as mulheres que se prostituem, muitas delas longe do seu país natal, sem referências sociais ou outras – cfr. Boaventura de Sousa Santos, Conceição Gomes e Madalena Duarte, *Tráfico Sexual de mulheres: Representações sobre ilegalidade e vitimação*, Revista Crítica de Ciências Sociais, Dez 2009, pg. 88.

<sup>97</sup> O que apenas lhes é possível como trabalhador independente indiferenciado, podendo as prostitutas coletarem-se sob o Código de Atividade Económica (CAE) de “outras atividades de serviços” ou “serviços não especificados”.

doenças e a definição de locais para o exercício da prostituição são também vantagens da regulamentação desta atividade.

A incoerência do crime de lenocínio simples fica latente ao sancionar no triângulo da prostituição exclusivamente aquele, o empresário do sexo, que promove justamente algumas daquelas vantagens, como seja o exercício da atividade sexual com melhores condições de saúde, higiene e segurança para a prostituta e o cliente.

A incriminação do lenocínio simples, à semelhança da prostituição, não só é ineficaz como excessiva, pernicioso e promotora de patologias sociais, deixando sem proteção aquelas que se prostituem, expondo-as ainda mais a todo o tipo de adversidades, brutalidades e vexames próprios da clandestinidade assim imposta, esta sim fomentando a perigosidade que lhe é conhecida nalguns contextos e que por via da regulamentação mais acautelada se encontraria.

Construído o dogma da prostituta como alguém necessariamente ligada a uma vida familiar desestruturada ou de extrema pobreza, marcada pela opressão e dominação do proxeneta, cujo único interesse é tirar proveito económico dela, as políticas criminais, ainda que a pretexto da boa intenção de proteger a dignidade e a liberdade da vítima, mais não têm feito do que “*assobiar para o lado*” e assim alimentar ainda mais a marginalização, a exclusão, a invisibilidade, a estigmatização, o desvalor e a violência sobre quem vive do trabalho sexual.

Sancionando o proxeneta que promove a atividade estigmatiza-se também a pessoa que a exerce. Não se pode criminalizar o proxeneta e esperar que a sociedade não considere também como delinquente quem exerce a prostituição.

A neutralidade política em relação ao fenómeno da prostituição<sup>98</sup>, vergada aos preconceitos ou conveniências eleitoralistas, não só alimenta a invisibilidade

---

<sup>98</sup> Em Portugal existe um vazio legislativo em relação à regulamentação da prostituição, tanto do ponto de vista civil, como laboral. No campo penal, a prostituição é em si desprovida de ilicitude, mas outros campos laterais dessa atividade são criminalizados.

Mas como bem salienta André Lamas Leite, nesta “política da avestruz” à portuguesa, o problema não deixará de existir se o ignoramos e regulamentar seria uma prova de maturidade da

do comércio do sexo em que mais facilmente se movem as redes criminosas de exploração sexual e tráfico para esse fim, como melhor serve a condenação dos cânones morais e ideológicos conservadores ainda preponderantes nas sociedades contemporâneas, onde movimentos radicais feministas têm grande adesão e reconhecimento.

Contudo, esta ocultação legislativa do fenómeno, como se a atividade empresarial ou profissional da prostituição fosse uma atividade desconhecida para o Direito, alimentada pela tolerância social em relação ao negócio do sexo, é fonte de graves consequências sociais sobretudo para as mulheres que se prostituem, tornando-as mais vulneráveis ao abuso, violência e exploração, colocando-as em situação de absoluta desproteção e desigualdade sociais.

Estes trabalhadores vulneráveis estão em desvantagem por força das exclusões legais que os deixam sem a proteção legislativa adequada relativamente aos princípios e direitos fundamentais no trabalho.

É no campo dos direitos laborais, sociais e da cidadania que deve construir-se o referente central das políticas sexuais inclusivas que regulem o comércio do sexo e a conversão da prostituição em trabalho e em atividade com estatuto legal<sup>99</sup>.

Nem se compreende que em nome daquelas premissas, à luz da dita liberdade sexual e autonomia para a dignidade da pessoa, se possa querer justificar a intervenção penal sobre o proxeneta, sem sancionar, outrossim, no mesmo contexto e numa lógica de prevenção do mesmo risco a conduta do cliente, cuja

---

democracia – cfr. artigo de opinião “*Prostituição e lenocínio*”, in *www. publico. pt*, 19 de setembro de 2017.

<sup>99</sup> Manuela Ribeiro, Manuel Carlos Silva, Johanna Schouten, Fernando Bessa Ribeiro e Octávio Sacramento, Conclusões e Recomendações, *Vidas na Raia - Prostituição feminina em regiões de fronteira*, Edições Afrontamento, 2008, pg. 409 e 413.

Também Alexandra Oliveira, *O mundo da prostituição de rua: trajetórias, discursos e práticas. Um estudo etnográfico*, Porto: FPCEUP (Tese de Doutoramento), 2008, analisando as consequências do não reconhecimento da atividade como profissão e as sequelas do estigma, sobretudo a discriminação institucional, evidenciando a exclusão social e da cidadania plena dos trabalhadores do sexo.

liberdade (sexual) não pode ser sobreposta à da prostituta económica e socialmente carenciada.

Não se defende aqui, sublinho, qualquer incriminação do cliente da prostituição.

Todavia, uma discussão séria por parte dos que se apresentam como *donos da moral*, despojada de hipocrisias sociais, em torno da legitimidade da intervenção penal em matéria de exploração da prostituição forçada por razões económicas e sociais não pode deixar de fora o cliente <sup>100</sup>, sem o qual não haveria prostituição, o principal agressor da liberdade sexual sobretudo quando conhecedor da situação de vulnerabilidade de quem se prostitui. Usar o corpo para ganhar dinheiro é uma opção de quem se prostitui, mas que só ocorre porque há quem pague por esse serviço.

Mas se não se quer ir por aí, medida essencial para diminuir a demanda, como acontece no crime de tráfico sexual de pessoas (art. 160º, nº6, do C. Penal <sup>101</sup>), deverá então a incriminação do lenocínio simples, alimentada pelas maiores incoerências e contradições sociais, ser considerada incompatível com o princípio da necessidade da pena, senão mesmo, por não existir qualquer bem jurídico em perigo e, portanto, por violação do princípio do direito penal do bem jurídico <sup>102</sup>.

---

<sup>100</sup> Como acontece no crime de tráfico de pessoas, por força da incriminação prevista pelo art. 160º, nº6, do C. Penal, e recomendado pela Diretiva n.º 2011/36/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de abril (transposta para a ordem jurídica interna pela Lei n.º 60/2013, de 23 de Agosto), relativa à prevenção e luta contra o tráfico de seres humanos e à proteção das vítimas, que pediu aos Estados-Membros a criminalização da utilização dos serviços de vítimas de exploração conscientemente, especialmente aqueles que compram serviços sexuais prestados por vítimas de tráfico.

<sup>101</sup> Com efeito, o nº6, do art. 160º, do C. Penal, tipifica o crime de utilização dos serviços, sexuais ou laborais, da pessoa traficada e sujeita a exploração sexual ou do trabalho, sendo necessário que tenha conhecimento (e não implicado) da prática do crime de tráfico de pessoas do nº1 ou nº2. Cumpre-se aqui o disposto no art. 19º da Convenção de Varsóvia quanto à adoção de medidas legislativas para incriminar “a utilização dos serviços que constituem objeto da exploração referida na alínea a), do artigo 4º da Convenção, “com conhecimento de que a pessoa em causa é vítima de tráfico de seres humanos”.

<sup>102</sup> Carlota Pizarro de Almeida, *O Crime de Lenocínio no Artigo 170º, n.º 1 do Código Penal...*, pg. 35.

Ressalvados os casos de prostituição forçada ou de exploração sexual nomeadamente por comprovada situação de carência económica e social, hipóteses previstas no nº2, do art. 169º, vençam-se os mandamentos religiosos, dogmas e hipocrisias sociais para valorizar o direito à liberdade do exercício da atividade sexual, legalizando o comércio do sexo, regulamentando-o, com respeito pela autonomia e autodeterminação coletiva de todos os trabalhadores do sexo, em vista da implementação de políticas que conduzam à melhoria das condições de trabalho, segurança pessoal, cidadania e reconhecimento social.

O debate em torno da prostituição “deverá libertar-se de postulados dogmáticos e ideológicos e concentrar-se no respeito pelos valores constitucionais assumindo como finalidade a proteção de bens jurídicos”<sup>103</sup>.

E não se legitime a incriminação com argumento de dificuldade de prova da situação de abandono ou necessidade económica, com indiferença sobre o verdadeiro bem jurídico que aqui se pretende proteger (a liberdade e autodeterminação sexual), *sob pena de se punir o que se consegue provar por não se conseguir provar o que se quer punir*<sup>104</sup>.

Pela dificuldade probatória nos casos em que as teorias da causalidade e da imputação não resultam eficazes, o legislador optou pela criação de um crime de perigo abstrato, gerando naturalmente com essa antecipação da tutela penal um aumento institucional da criminalidade, independentemente de saber da danosidade social da conduta.

Mas, se a razão de ser da incriminação fosse a exploração de pessoas que se encontram em condições de desamparo ou necessidade económica, então menos se compreende que a reforma do Código Penal de 1998 tivesse aberto mão dessa exigência típica a pretexto da dificuldade da prova de um facto que se diz (facilmente) demonstrado através da presunção natural que associa a prostituição a situações de particular vulnerabilidade ou de extrema pobreza.

---

<sup>103</sup> Inês Ferreira Leite, *A tutela penal da liberdade sexual*,... pg. 107.

<sup>104</sup> Pedro Soares de Albergaria e Pedro Mendes Lima, in *O Crime de Lenocínio entre o Moralismo e o Paternalismo Jurídicos* in RPCC, ano 22, nº2, pg. 209.

Englobar todas as condutas sob o denominador comum do engano, abuso de necessidade ou especial vulnerabilidade da vítima impede que muitas mulheres possam exercer o trabalho sexual, ao qual resolveram dedicar-se de forma livre e legítima, como fonte da sua independência económica, da sua própria dignidade e do desenvolvimento da personalidade por via do trabalho.

Como impede que muitas delas, que sabem qual é o trabalho que as espera no país de destino, quantas vezes uma atividade já antes desenvolvida, se desloquem livremente para outro país, através de agentes intermediários que as auxiliam nesse projeto migratório <sup>105</sup>.

A entender-se que a ratio da incriminação é a exploração da pessoa que se prostitui seria preferível que o legislador tivesse mantido esse elemento do tipo, seguindo o exemplo de Espanha na Reforma do Código Penal de 2015, aprovada pelo LO 1/2015, de 30 de março.

## 7. A dignidade da pessoa humana

### 7.1. Dignidade e Inconstitucionalidade

A Jurisprudência Constitucional tem defendido que o bem jurídico tutelado pela incriminação do lenocínio simples é ainda a proteção da liberdade e “autonomia para a dignidade” das pessoas que se prostituem, tendo por finalidade

---

<sup>105</sup> Os discursos que negam a livre vontade da prostituta estrangeira partem de uma “imagem miserabilista das mulheres, vistas como incapazes de defender os seus direitos ou de desenvolver opções próprias” – Cfr. Juliano, *Sobre trabajos y degradaciones*, en Solana/Acién, (ed. ), *Los retos de la prostitución, estigmatización, derechos y respeto*, 2008, pg. 13, afirmando que estes preconceitos serviram de base às interpretações sobre o tráfico que generalizam a todo o setor as condições de exploração e engano existentes nalguns casos.

Também aqui a “punição da conduta que favorece, a troco de um preço, o acesso irregular de outra pessoa que quer dedicar-se à prostituição noutra país, como um ato contrario à dignidade ou à liberdade sexual da mulher, pressupõe a mesma presunção injustificada, negando ao sujeito que promove o tráfico a possibilidade de demonstrar que não determinou a pessoa a exercer a prostituição, que não a enganou sobre as condições em que se realiza a mesma ou que não impôs qualquer condição abusiva” – Cfr. Alberto Daunis Rodríguez, *Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas*, in *InDret1/2010*, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, 2010, pg. 27.

prevenir, por meios penais, a necessidade de utilizar a sexualidade como modo de subsistência, proteção diretamente fundada no princípio da dignidade da pessoa humana.

Sem distinguir os casos em que a vítima se sujeita à exploração sexual em virtude de prementes necessidades económicas ou por submissão à vontade de alguém, daqueles em que, por decisão própria, livre e consciente, opta por exercer a prostituição, a Jurisprudência Constitucional defende que em qualquer das situações o(a) prostituto(a) se encontra numa situação de exploração sexual contrária à dignidade sexual da pessoa e, por isso, legitima a incriminação das condutas de quem favorece o ingresso ou permanência na prostituição, independentemente do consentimento e (des)vantagem da pessoa que exerce essa atividade.

Contudo, a dignidade da pessoa humana não pode ser invocada como “princípio prescritivo dotado de um conteúdo fixo e imutável e como tal imediatamente aplicável a concretas situações da vida”<sup>106</sup>.

---

<sup>106</sup> Maria João Antunes, in Relatório Português da 9ª Conferencia Trilateral Portugal, Espanha, Itália, sobre o tema “A Dignidade do Homem como Princípio Constitucional”, pg. 3, disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt), reconhece que o princípio da dignidade da pessoa humana confere ao sistema constitucional de direitos fundamentais uma *unidade e coerência de sentido*, ajudando às tarefas práticas da sua interpretação e integração. O que se lhe não pode pedir é que ele seja tomado, em si mesmo, como fonte de um *outro e autónomo* direito (fundamental)”.

Nesse sentido a própria jurisprudência do Tribunal Constitucional alinha no entendimento, por via de regra, de que não são dedutíveis desse princípio e só dele soluções jurídicas concretas.

Entendido como um princípio que coenvolve todos os princípios relativos aos direitos e deveres das pessoas e à posição do Estado perante elas, Jorge Miranda eleva o princípio da dignidade humana à categoria de princípio axiológico fundamental e limite transcendente do poder constituinte, um *metaprincípio* – cfr. *A Dignidade da Pessoa Humana e a Unidade Valorativa do Sistema de Direitos Fundamentais*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque, vol. I, FDUL, 2010, pg. 936.

No entender de Jorge Reis Novais o princípio da dignidade da pessoa humana, até pela sua inserção sistemática formal (art. 1º da C. R. P), é constitucionalmente reconhecido como *princípio dos princípios* (a base ou alicerce em que assenta todo o edifício constitucional) – cfr. *A Dignidade da Pessoa Humana, vol. I, Dignidade e Direitos Fundamentais*, 2016 Reimpressão, pg. 20.

Também Figueiredo Dias, *O Direito penal do bem jurídico ...*, pg. 260, recordando não ser essa a natureza do princípio, nem tão pouco a sua função em matéria penal como limite a toda a intervenção do Estado que não respeite aquela dignidade essencial da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana, ainda que se trate de um valor supremo e princípio constitucional de vinculatividade absoluta, apresenta um conteúdo aberto e de aplicação relativizante <sup>107</sup>.

---

Assim, “o apelo direto à dignidade da pessoa humana, enquanto princípio prescritivo com um conteúdo fixo e imutável, e como tal capaz de avaliar a legitimidade de uma incriminação, contraria a natureza do princípio e a função que lhe está cometida em matéria penal” – cfr. Figueiredo Dias/Maria João Antunes, “*Da inconstitucionalidade da tipificação do lenocínio como crime de perigo abstrato*”, ...pg. 122, concluindo que “a dignidade da pessoa não pode nem deve constituir-se como bem jurídico penalmente relevante e, conseqüentemente, não pode nem deve legitimar constitucionalmente uma incriminação que não tenha fundamento direto e concreto na salvaguarda de direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. Outros interesses, que não a dignidade da pessoa”.

No mesmo sentido, ainda recentemente, Mafalda Serrasqueiro, “Moral ou dignidade no lenocínio: Um crime à procura de um bem jurídico”, in *A Dignidade da Pessoa Humana na Justiça Constitucional* (Jorge Reis Novais/Tiago Fidalgo de Freitas), Almedina, 2018, pg.438 e ss.

<sup>107</sup> Hoje em dia, nas sociedades democráticas, predomina uma conceção de dignidade da pessoa humana como uma ideia em aberto onde impera a autonomia da pessoa e o seu poder de determinar por si mesma o sentido e o conteúdo da sua dignidade.

A dignidade da pessoa humana apresenta-se como um valor relativo, ponderável, havendo que apurar-se, em função das circunstâncias do caso, qual o valor, a dignidade ou outro de sentido contrário ou divergente, que naquela situação controvertida deve prevalecer – Cfr. Jorge Reis Novais, *A Dignidade da Pessoa Humana, vol. II, Dignidade e Inconstitucionalidade*, 2017 Reimpressão, pg. 147.

Daí que, sublinha o Autor, *A Dignidade da Pessoa Humana, vol. I, Dignidade e Direitos Fundamentais, ...*, pg. 19, a dignidade que a Constituição nos fala seja a da pessoa humana, o que nos remete para uma dimensão subjetiva da pessoa humana individualmente considerada como objeto do concreto princípio jurídicoconstitucional consagrado logo no art. 1º da C. R. P.

Acrescentando que num Estado baseado na dignidade da pessoa humana, é a pessoa que é um fim em si, enquanto indivíduo singular e não enquanto membro de qualquer corpo ou entidade transpersonalista, sendo o Estado um meio para servir as pessoas individuais e concretas, assegurando a sua dignidade, autonomia, liberdade e bem-estar – ob. cit. , pg. 59.

Como enfatiza Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, vol. II, Tomo IV, Coimbra Editora, 2014, pg. 223, “a dignidade da pessoa é da pessoa concreta, na sua vida real e quotidiana; não é de um ser ideal e abstrato. É o homem ou a mulher, tal como existe, que a ordem jurídica considera irredutível, insubstituível e irrepetível e cujos direitos fundamentais a Constituição enuncia e protege”.

Por essa razão, não tem acolhimento constitucional um padrão objetivo de dignidade não conexionado com a liberdade e a integridade da personalidade de outrem, como “valor legitimante da incriminação de uma conduta lesiva, no relacionamento interpessoal” – cfr. declaração de voto do Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro no Acórdão nº 654/2011 do Tribunal Constitucional, concluindo não ser defensável que “a ideia geral e abstrata de dignidade da pessoa, desvinculada de qualquer dimensão garantística da autodeterminação de quem se prostitui, conserve ainda um conteúdo constitucionalmente determinado, capaz de validar a restrição a direitos fundamentais que a criminalização representa”.

A dignidade da pessoa humana é um valor absoluto do próprio indivíduo e não da comunidade, do grupo ou da classe onde se insere, sendo inadmissível o sacrifício desse valor e dignidade pessoal a benefício do seu contexto social <sup>108</sup>.

Ademais, a dignidade da pessoa humana apenas conservará o seu carácter supremo se a sua aplicação for reservada, excepcional e contida, jamais podendo ser utilizado para impor as nossas concepções e convicções mais íntimas aos que pensam diferente <sup>109</sup>.

Desta aplicação subsidiária do princípio da dignidade humana resulta a impossibilidade de ser convocado ali onde a invocação do direito fundamental da liberdade (sexual) seria bastante para acautelar os interesses, associados à ideia de dignidade, eventualmente afetados pelo lenocínio simples <sup>110</sup>.

Mas é precisamente nos domínios de maior divergência social (temas sociais mais fraturantes) que se invoca a dignidade da pessoa humana como valor absoluto, com força constitucional, para impor aos demais, sem outra argumentação, as concepções particulares de que muitos outros não compartilham como se elas fossem uma decorrência natural e necessária daquele princípio.

No mínimo a elevação da dignidade da pessoa humana a valor supremo e absoluto da sociedade, “*fundamento principiológico de todo o ordenamento jurídico*

---

<sup>108</sup> Castanheira Neves, in *A Revolução e o Direito*, Lisboa, 1976, pg. 207.

Por isso, escreve Jorge Pereira da Silva, *Deveres do Estado de Protecção ...*, pg. 462, “o conceito de dignidade tem de apresentar suficiente abertura para acomodar diferentes valorações filosóficas e éticas materiais, mas também para permitir um preenchimento liderado pela autonomia do próprio sujeito jusfundamental e pela correspondente faculdade que este tem de definir as linhas com as quais conduz a sua própria vida”.

<sup>109</sup> Jorge Reis Novais, *A Dignidade da Pessoa Humana, vol. II, Dignidade e Inconstitucionalidade*, ..., pg. 65, 74 e 157, daqui haverá de resultar uma concepção restritiva do alcance do citado princípio e a aplicação subsidiária do mesmo, cujo conteúdo normativo autónomo apenas poderá ser convocado, relativamente à protecção dos direitos fundamentais, em situações onde a invocação de um direito fundamental particular não é possível ou não seria ajustada, seja porque ele não existe, seja porque a violação da autonomia individual, da liberdade ou do bem-estar é tão grave que justifica a convocação de defesa das garantias do Estado de Direito – cfr. ob. cit. , pg. 67.

<sup>110</sup> Em sentido material, a dignidade da pessoa humana e o seu reconhecimento estão na base da consagração dos direitos fundamentais sobretudo daqueles que garantem juridicamente a autonomia individual, a privacidade, a liberdade, a igualdade, o respeito e o bem-estar.

e fator de unidade axiológica da Constituição”<sup>111</sup>, “antropologia constitucional” do Estado de direito<sup>112</sup>, pressupõe a formação do mais alargado consenso social em torno do seu conteúdo, no qual se possam rever todas as pessoas e correntes de pensamento num Estado pluralista e laico, à margem de dogmas religiosos, filosóficos ou ideologias particulares.

O respeito da dignidade da pessoa, consagrado no art. 1º da CRP e nos art. s 22º e 26º da D. U. D. H.<sup>113</sup>, justifica a criminalização da ofensa de bens jurídicos subjacentes aos direitos fundamentais “(...) de acordo com a consciência jurídica geral e um princípio de proporcionalidade, e requer a proteção da vítima (...)”<sup>114</sup>.

Mais, a dignidade da pessoa humana não constitui em si um bem jurídico penalmente relevante<sup>115</sup>, antes configura, no modo fragmentário do direito penal, uma preposição ideológica que pode e deve concretizar-se em concretos bens jurídicos como é o caso da liberdade e autodeterminação sexual<sup>116</sup>.

---

<sup>111</sup> Júlio Rodrigues Coelho Neto, *Dignidade social: direitos fundamentais e as fronteiras da atividade prestacional do Estado*, Lisboa, 2014, vol. I, pg. 91.

<sup>112</sup> Maria Lúcia Amaral, in *A forma da República: uma introdução ao estudo do direito constitucional*, Coimbra Editora, 2005, pg. 162.

<sup>113</sup> O art. 26º da DUDH, no seu nº2, estabelece a plena expansão da personalidade humana e o art. 22º consagra que todo o homem como membro da sociedade tem direito à realização dos direitos indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

<sup>114</sup> Jorge Miranda, *Direitos Fundamentais*, 2017, pg. 244.

<sup>115</sup> Figueiredo Dias, *O Direito penal do bem jurídico...*, pg. 261 e Anabela Rodrigues e Sónia Fidalgo, in *Comentário Conimbricense. . .*, 2012, pg. 800; o Conselheiro Joaquim Sousa Ribeiro em voto de vencido no Ac TC 654/2011, de 21 de dezembro, e Maria João Antunes, *Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual dos menores*, in *JULGAR*, nº12, 2010, pg. 158; da mesma Autora, *A problemática penal e o Tribunal Constitucional*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Gomes Canotilho*, vol. 1, 2012, Coimbra Editora, pg. 107; Nuno Brandão, *A tutela penal especial reforçada da violência doméstica*, *JULGAR* nº12 (especial), 2010, pg. 14; José de Faria Costa, *Direito Penal Especial (Contributo a uma sistematização dos problemas “especiais” da Parte Especial)*, Coimbra Editora, 2004, pg. 49-50; José Luis Guzmán Dalbora, *O Tráfico de Pessoas e o Problema do seu bem jurídico*, RPCC ano 18 nº4, 2008, Coimbra Editora, pg. 460.

No mesmo sentido Jorge Pereira da Silva, *Deveres do Estado de Protecção ...*, pg. 125, defendendo que “a dignidade da pessoa humana dificilmente será capaz de sustentar com um mínimo de segurança um dever de protecção que vá além de si própria, sem o contributo decisivo dos direitos fundamentais que tutelam os específicos bens constitucionais em risco”.

<sup>116</sup> Podendo identificar-se com Karl Binding, citado por Natscheradetz, *Direito Penal Sexual, conteúdo e limites*, pg. 151, três formas de violação da liberdade sexual: 1) liberdade de formação

A dignidade não é um direito fundamental, mas sim a fonte da qual se alimentam os conteúdos de todos os direitos fundamentais <sup>117</sup>.

Os direitos fundamentais, enquanto concretização do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, figuram num Estado democrático como o mais relevante bastião ou “*trunfo das minorias*” contra a vontade da maioria, aqui incluídas as maiorias políticas conjunturais, competindo ao poder público não apenas a concretização desses direitos, como também a não ingerência nas condições para a sua efetividade.

Em suma, se o princípio da dignidade da pessoa humana não pode geralmente fundamentar direitos subjetivos de modo direto e autónomo, mais dificilmente ainda poderá fundamentar, desse modo direto e autónomo, restrições a esses mesmos direitos.

## 7.2. Dignidade e Consentimento

Não servindo de fundamento de validade constitucional de uma incriminação, o princípio da dignidade da pessoa já poderá, em certas

---

da vontade (que seria o correspondente ao conceito de autodeterminação); 2) liberdade de decisão de vontade; 3) liberdade de execução da vontade.

<sup>117</sup> A dignidade da pessoa humana surge, não como um específico direito fundamental, que poderia servir de base à invocação de posições jurídicas subjetivas, mas, antes, como um princípio jurídico que poderá ser utilizado na concretização e na delimitação do conteúdo de direitos fundamentais constitucionalmente consagrados ou a revelação de direitos fundamentais não escritos” – cfr. Fernando António Rodrigues da Silva Coutinho Oliveira, *Breves considerações a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana*”.

Esta perspetiva, com acolhimento reiterado na nossa jurisprudência constitucional, entre outros nos Acórdãos TC n.º 101/09 e nº134/20, reúne consenso doutrinário e foi expressa no Relatório da Delegação Portuguesa à 9.ª Conferência Trilateral (Itália, Espanha e Portugal), “O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência Constitucional”, 2007, in [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt), p. 2.

Daqui decorre, lembra Jorge Reis Novais, *A Dignidade da Pessoa Humana, vol. II, Dignidade e Inconstitucionalidade*, ...,pg. 66, uma enorme dificuldade na definição do conteúdo normativo autónomo do princípio da dignidade humana, já que os elementos consensualmente reconhecíveis como associados à ideia da dignidade humana (igual dignidade, autonomia individual, liberdade, mínimo de bem-estar ou mínimo para uma sobrevivência condigna) já são protegidos por esses direitos fundamentais específicos ou por outros princípios constitucionais.

circunstâncias, ser invocado como fundamento da inconstitucionalidade por violação da liberdade e autodeterminação sexual <sup>118</sup>.

Isto porque a intervenção penal poderá aqui acarretar a perversa consequência, em nome da proteção da dignidade (sexual) da pessoa, de sacrificar ou violar justamente essa mesma dignidade, sabido que pertence à liberdade da vontade da pessoa dedicar-se ou não à prostituição, independentemente das razões morais, éticas e sociais que possam aprovar ou desaprovar essa atitude pessoal <sup>119</sup>.

O sacrifício da liberdade, que a intervenção do direito penal por si só configura, tem aqui como contrapartida, paradoxalmente, o sacrifício da liberdade da pessoa concreta cuja tutela se reclama, o que nos transporta para o problema da relevância do consentimento/acordo, porquanto a incriminação em causa assenta na recusa de validade e eficácia da manifestação de vontade do portador individual do bem jurídico.

Argumenta-se que uma lesão à integridade moral não perderá a sua relevância penal perante o consentimento do(a) prostituto(a). De acordo com esse entendimento, a integridade moral é um bem jurídico indisponível, cuja lesão deve de ser avaliada de forma objetiva e, portanto, independentemente da concreta sensação de degradação que a vítima possa sentir. Atento o carácter geral da dignidade humana, a integridade moral figurará, então, como bem jurídico

---

<sup>118</sup> Nesse sentido, o princípio da dignidade da pessoa não serve para fundamentar a incriminação do lenocínio simples, podendo e devendo ser convocado, tão-só, como limite da intervenção penal.

Defendendo a inconstitucionalidade da incriminação do lenocínio simples, em declaração de voto aposta no Acórdão nº 654/2011 do Tribunal Constitucional, o Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro sustenta que “a dignidade da pessoa humana tem um alcance prescritivo que leva ao reconhecimento de posições jurídico-subjetivas constitucionalmente tuteladas”, devendo ser mobilizada como *fundamento de um direito contra o Estado*, mas não como *fundamento do exercício do poder punitivo do Estado, em compressão de direitos fundamentais*”.

<sup>119</sup> Figueiredo Dias, *O Direito penal do bem jurídico ...*, pg. 261.

protegido pela criminalização do lenocínio, ainda que a vítima haja prestado validamente o seu consentimento <sup>120</sup>.

Daí afirmar-se na jurisprudência do citado Ac TC n. °144/2004, de 10 de março, a autonomia de uma pessoa ou o seu consentimento em determinados atos não justifica, sem mais, a conduta de quem auxilia, instiga ou facilita esse comportamento, havendo deveres de respeito e solidariedade para com os outros que ultrapassam o não interferir com a sua autonomia.

Ninguém duvidará que o consentimento da vítima não justifica o comportamento do autor, nos casos de exploração da prostituição, em situação de necessidade ou de abandono. Nestas hipóteses a vítima não decide em condições de liberdade aceitáveis e a sua instrumentalização retira qualquer valor ao seu consentimento <sup>121</sup>.

Neste caso está legitimado o dever de proteção do Estado contra o terceiro que, a troco de um benefício particular, encoraja, auxilia ou coopera com o autor de uma conduta autoprejudicial ou renunciativa.

Contudo, fora das circunstâncias qualificativas do lenocínio, ainda que a dignidade da pessoa, enquanto qualidade intrínseca, seja irrenunciável e inalienável, já não se vê como aquela dignidade possa ser violada, e por isso ser fundamento da incriminação, onde ocorre a mais ampla expressão da liberdade (sexual) individual da prostituta que dispõe livremente do seu corpo contra o

---

<sup>120</sup> Para esta corrente do pensamento a integridade moral é o bem jurídico protegido com a incriminação do lenocínio e do tráfico de pessoas com fins sexuais, pois em qualquer deles o exercício da prostituição aparece associado à conduta de um terceiro que, instrumentalizando a vítima, a comercializa, reduzindo-a à condição de mero objeto de uma negociação.

O exercício da sexualidade ocorre mediante o pagamento de um preço e é esta componente monetária ou económica que "coisifica" a vítima destes delitos, pois sem preço não ocorre a prostituição.

<sup>121</sup> No lenocínio qualificado, o que caracteriza o ilícito, segundo Augusto Silva Dias, *Reconhecimento e coisificação ...*, pg. 130, "não é tanto a falta de vontade livre da vítima (embora essa falta se verifique), mas a dominação e instrumentalização da sua pessoa, a supressão da sua substância humana, a sua mercantilização.

Neste contexto, prossegue o Autor, o consentimento é irrelevante porque não pode considerar-se livremente manifestado e o potencial da violação da dignidade humana do facto consentido torna-o contrário aos bons costumes.

pagamento de uma determinada quantia, independentemente do aproveitamento que o proxeneta possa fazer do seu consentimento.

Do ponto de vista jurídico, o conteúdo da dignidade da pessoa é formado pelo reconhecimento dos direitos fundamentais (ser digno é *ter direito a ter direitos*; ser titular de um direito absoluto, irrevogável, indisponível e irrenunciável a ser sujeito jurídico responsável, a ter direitos designadamente os direitos fundamentais como a vida, a liberdade, a segurança, a integridade física e moral, etc), os quais devem ser respeitados tanto pelas demais pessoas quanto pelo Estado – dignidade como *empowerment*.

Mas, ser humanamente digno significa também “ser-se igual a todos os outros em capacidade de autonomia moral”<sup>122</sup>, isto é, ser-se dotado de igual liberdade para fazer as próprias opções de vida – *dignidade como igualdade*.

Assim, sendo a dignidade da pessoa essencialmente um princípio englobante onde se fundamentam todos os direitos fundamentais importa em primeira linha que a sociedade e o Estado não interfiram injustamente sobre a esfera de atuação desses mesmos direitos nomeadamente o da liberdade (sexual), devendo numa lógica de conflito prevalecer o dever de respeito da dignidade quando os meios de proteção da mesma são eles mesmos violações da dignidade<sup>123</sup>.

Respeitar a dignidade significa respeitar a liberdade da vontade individual, de tal modo que limitações a esta põem em risco a identidade e autenticidade de cada um, implicando restrições na integridade pessoal.

O princípio da dignidade humana, num Estado de direito social, não se consubstancia apenas em garantia de defesa, antes obriga o Estado a prosseguir positivamente uma atividade de promoção das condições de um desenvolvimento efetivo de uma vida digna<sup>124</sup>.

---

<sup>122</sup> Maria Lúcia Amaral, *A Forma da República*, ..., pg. 146.

<sup>123</sup> Jorge Reis Novais, *A Dignidade da Pessoa Humana*, vol. II, *Dignidade e Inconstitucionalidade*, ..., pg. 193.

<sup>124</sup> Jorge Reis Novais, *A Dignidade da Pessoa Humana*, vol. II, *Dignidade e Inconstitucionalidade*, ..., pg. 34.

O direito penal deve promover e garantir a liberdade de expressão sexual, reduzindo ao mínimo toda a sua limitação, o que implica proteger, de forma fragmentária, o bem jurídico pessoal da liberdade e autodeterminação sexual apenas dos ataques mais graves, intoleráveis e perigosos.

A partir da ideia de que toda a pessoa maior e capaz tem o direito de exercer a atividade sexual em liberdade, a intervenção penal apenas deve assegurar, nesta área, a tutela do bem jurídico individual da liberdade e autodeterminação sexual enquanto um dos vetores em que se analisa o direito fundamental da liberdade da pessoa humana <sup>125</sup>.

Sem prejuízo dos direitos de terceiro, o portador dessa liberdade sexual, no pleno gozo da sua capacidade de autodeterminação, pode dispor livremente da sua sexualidade quando, como, aonde e com quem quiser, este sim o ingrediente crucial do respeito próprio e da autonomia sexual, sabido – como ensina Paulo Otero - que “*o respeito pela dignidade humana é independente do grau de consciência ou de compreensão de cada ser humano*” <sup>126</sup>.

---

<sup>125</sup> Nas condutas sexualmente “incorretas” ocorridas entre adultos, na esfera privada, no pleno gozo da sua capacidade de autodeterminação, não é posta em causa a estabilidade da sociedade, ainda que sejam violadas normas sociais. Quando essas condutas ocorrem no *domínio público* não podem gerar a necessidade de intervenção penal a não ser que colidam com o núcleo essencial da liberdade sexual de alguma pessoa – cfr. Maria do Carmo Silva Dias, *Repercussões da Lei nº59/2007, de 4/09, nos crimes contra a liberdade sexual, ...*, pg. 220.

<sup>126</sup> Para Paulo Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais*, vol. I, Coimbra, 2007, p. 551-559, o núcleo central da dignidade da pessoa humana é formado pelas seguintes preposições: (i) o ser humano é sempre um fim em si mesmo; (ii) a dignidade humana «envolve uma exigência de permanente respeito e consideração por cada ser humano individualmente considerado, vinculando tudo e todos»; (iv) todos os seres humanos têm a mesma dignidade; (v) o respeito pela dignidade humana é independente do grau de consciência ou de compreensão de cada ser humano; (vi) a dignidade humana é irrenunciável e inalienável; (vii) a dignidade humana exige proteção e respeito pela vida e pela integridade física de cada ser humano vivo e concreto; (ix) a dignidade humana postula o ser humano como um "todo aberto"; (xi) a dignidade humana envolve os meios que permitam uma existência humana condigna; (xii) a dignidade humana exige a garantia de um espaço interno e privado do ser humano; (xiii) a dignidade humana postula também a garantia de segurança da vida em sociedade; (xiv) a dignidade humana determina a existência de um poder público limitado pelo Direito; (xviii) as violações da dignidade humana nunca podem assumir relevância jurídica positiva.

Também Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Vol. II, Tomo IV, Coimbra Editora, 2014, pg. 221-2, sintetizando em várias preposições o significado da dignidade da pessoa humana.

Com efeito, é requisito da dignidade humana o respeito pelo exercício da liberdade individual segundo a conceção particular de cada indivíduo, tendo como limite único a ausência e conflituosidade com a liberdade do outro.

O respeito pela dignidade humana e pelo desenvolvimento da personalidade de cada um pressupõe o reconhecimento da “possibilidade de exercício da liberdade individual” e a “garantia constitucional do princípio do pluralismo, no que diz respeito às visões do mundo e às concepções, sociais e individuais, do que seja uma vida boa”<sup>127</sup>.

Por mais fortes que sejam as convicções morais daqueles que se opõem à prostituição, como certo temos que sempre deverão prevalecer as opções pessoais pela liberdade sexual.

No combate cego à exploração da prostituição livre, esclarecida e consentida, a grande derrotada é a dignidade da pessoa humana que, assim, vê a sua integridade amputada da liberdade e autonomia sexual baseadas no direito de qualquer pessoa tomar decisões autónomas sobre a sua própria vida e atividade sexual.

Se as relações sexuais são consentidas, ressalvados os casos de prementes necessidades económicas ou sociais<sup>128</sup>, não é pelo facto de haver um intermediário no negócio a ganhar dinheiro e, por isso, as fomenta (entendida a expressão como incentivo, estímulo, promoção ou conservação<sup>129</sup>), favorece ou facilita (entendida a expressão como auxilia ou ajuda), que a prostituta sairá

---

<sup>127</sup> Maria Lúcia Amaral, *A Forma da República*,...pg. 168, acompanhando a jurisprudência expressa pelo Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 174/93, a propósito da liberdade religiosa, reafirmando que “qualquer forma de dirigismo cultural fere o bem comum e mina os alicerces do Estado de direito, não podendo o Estado impor aos cidadãos quaisquer formas de concepção do Homem, do mundo ou da vida”.

<sup>128</sup> Nestes casos a doutrina considera justificada a irrelevância jurídica do consentimento da vítima, que em tais situações apareceria viciada por condições económicas e sociológicas que a obrigam a exercer a prostituição. Nesse sentido, por exemplo, vide M. Garcia Arán, *Trata de Personas y Explotación Sexual*, Granada, Comares, 2006, pg. 5.

<sup>129</sup> Circunstância que é menos exigente do que determinar outrem à prática de um facto ou levá-lo a praticar – Cfr. Figueiredo Dias in *Actas e Projecto, Rei dos Livros*, 1993, pg. 266.

daquele espaço de autodeterminação<sup>130</sup> e passa a ser instrumentalizada de forma relevante para efeitos de violação do princípio da dignidade humana<sup>131</sup>.

Como bem refere Nilson Tadeu Reis Campos Silva, o que sucede é que “o ser humano tende a impor ao outro a sua própria e particular medida, dele exigindo a sua adaptação: espera que o outro se ajuste aos seus próprios e particulares conceitos. Quando a expectativa de adaptação à própria métrica não ocorre, tende-se a subvalorizar o outro, por não vê-lo como portador de dignidade. Por outras palavras: por vê-lo como um Ser indigno”<sup>132</sup>.

---

<sup>130</sup> Neste prisma é irrelevante a distinção entre a conduta do agente que fomenta (lenocínio principal) ou favorece ou facilita (lenocínio acessório) o exercício da prostituição, visto que em qualquer das condutas o agente apenas colabora com o encaminhamento da vítima para o exercício da prostituição, mas não a obriga ou determina a sua vontade para praticar os atos em questão e, assim, quem fomenta (e não apenas quem favorece ou facilita) não está necessariamente a levar outrem à prática dos atos sexuais – Cfr. Anabela Rodrigues e Sónia Fidalgo *in Comentário Conimbricense*. . . , pg. 806.

<sup>131</sup> A pessoa humana será constitucionalmente degradada e coisificada, afirma Jorge Reis Novais, *As restrições aos direitos fundamentais*...,pg. 732, “quando o Estado a afete desnecessária, fútil ou desproporcionadamente ou quando proceda a uma instrumentalização da autonomia individual ou a uma redução objetiva das oportunidades de livre desenvolvimento da personalidade que não sejam justificadas pela estrita necessidade de realização de fins, valores ou interesses dignos de proteção jurídica e efetuados segundo procedimentos e com sentido e alcance constitucionalmente conformes”.

O Autor retoma o tema em “A Dignidade da Pessoa Humana, Dignidade e Inconstitucionalidade”, vol. II, 2017 Reimpressão, pg. 116-7, evidenciando que nem toda a instrumentalização, utilização como meio, determina uma violação da dignidade, podendo encontrar-se “situações de não utilização como meio; de utilização como meio, mas livremente consentida; de utilização como meio não consentida, mas neutral; de utilização censurável como meio; e, finalmente, de utilização degradante, denegridora, incompatível com a natureza de *sujeito* própria da pessoa”.

E acrescenta que apenas ocorre aquela instrumentalização relevante para efeitos de violação da dignidade quando está presente a ideia de “*coisificação, desvalorização, desprezo, humilhação ou, em geral, de degradação da pessoa*”, isto é, uma instrumentalização degradante que pode emergir objetivamente do contexto da situação (ex. natureza da ação *coisificadora*) ou da específica intenção desrespeitadora.

Esta concretização da violação da dignidade da pessoa humana, denominada fórmula do objeto, caracterizada pela colocação do sujeito numa situação profundamente degradante, de mero instrumento em relação a fins alheios ou de absoluta penúria material, vemos seguida pelo citado Ac. TC 144/2004, de 10/03 (lenocínio).

<sup>132</sup> Nilson Tadeu Reis Campos Silva, *Prostituição: a profissão dos excluídos sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana*, in António C. Baeta Minhoto, (org. ). *Constituição, minorias e inclusão social*, São Paulo: Rideel, 2009, pg. 238.

Com isto esquece-se que a dignidade humana que deve ser protegida é a da pessoa que livremente quer exercer a prostituição e não a de quem não quer que ela a exerça.

O preconceito social impede, assim, que alguém admita optar por exercer, de forma livre e consciente, a atividade de profissional do sexo, como se estivesse ferido de uma patologia social que urge tratar por todas as formas, ainda que contrárias à vontade de quem se prostitui.

No lenocínio simples, por contraposição ao lenocínio forçado do n.º 2 do artigo 169º, o agente não coloca a vítima em situação de privação da liberdade de se decidir sobre a prática da prostituição. A conduta típica de fomentar, favorecer ou facilitar apenas se traduz numa colaboração/auxílio à prática da prostituição, e não numa obrigação da qual não reste alternativa de escolha da vítima. Esta colaboração tanto pode ter lugar na tomada de decisão da vítima se prostituir, no início da atividade de prostituição, como durante essa atividade, mantendo-a ou mesmo agravando-a.

O agente que fomenta, favorece ou facilita não determina a vontade da vítima para a prática da atividade de prostituição<sup>133</sup>.

Também a motivação lucrativa do acordo é aqui irrelevante justamente porque a pessoa é livre de dispor da sua liberdade de determinação sexual como entender.

Contanto que não condicionem a livre vontade da pessoa que se prostitui, as pessoas que, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentem, facilitem ou favoreçam o exercício, por outrem, da prostituição, não devem ser responsabilizadas criminalmente, sob pena de violação do princípio da necessidade da pena, senão mesmo do princípio do direito penal do bem jurídico,

---

Este preconceito, afirma o Autor, “é resultado da Síndrome de Narciso que acomete o Estado: “é que Narciso acha feio o que não é espelho...”, o que decorre de “dificuldade de aceitação da pessoa tal qual ela é, e não como quem a vê gostaria que fosse” – Cfr. ob. cit. , pg. 241.

<sup>133</sup> Anabela Rodrigues e Sónia Fidalgo, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra Editora, 2ª Edição, 2012, pg.806.

à margem do consentimento/acordo da pessoa que livremente pratica os atos sexuais.

Na devida valorização dos bens jurídico pessoais e assim da autonomia da pessoa, o consentimento ocupa uma relevância central<sup>134</sup>, a mais nítida expressão

---

<sup>134</sup> Diferente do consentimento justificante, estamos, aqui, perante a figura do acordo em Direito Penal, segundo Manuel da Costa Andrade, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra Editora, 1991, pg. 507-9, entendido na sua estrutura teleológica como expressão da realização do próprio bem jurídico (emancipação direta e realização autêntica do bem jurídico tipicamente protegido) e não como uma afronta ou sacrifício do mesmo.

Nestas situações “a violação da vontade do portador do bem jurídico pertence já à fundamentação do ilícito, uma vez que, *para além dela, não subsiste qualquer outro substrato para o ilícito*”, pelo que o acordo não implica qualquer dano no bem jurídico, antes traduzindo a sua realização – cfr. ob. cit. pg. 363 e 507-8.

Daí que nas palavras do Autor, o “acordo assegura a continuidade entre a autonomia pessoal e o bem jurídico protegido e, reflexamente, a congruência entre a mesma autonomia e o programa sistémico-social de tutela penal. O que exclui, por definição, os coeficientes de conflitualidade próprios do consentimento. *E retira todo o fundamento e pertinência a conceitos - como ofendido, renúncia, lesão, etc – nucleares no discurso do consentimento*”.

Em relação à liberdade de dispor do próprio corpo, o consentimento não pressupõe qualquer lesão daquela, antes o exercício positivo do direito à liberdade no que ao seu corpo respeita. O direito de dispor livremente da liberdade sexual (bem jurídico protegido) deriva dessa mesma liberdade e *constitui parte essencial do seu valor para o direito*.

Do mesmo jeito que quem autoriza outrem a entrar em sua casa dificilmente representará que consentiu numa lesão do seu direito à inviolabilidade do domicílio, tal qual a mulher adulta que consente na cópula não sentirá que tenha sido violada a sua liberdade de decisão ou execução da ação, também a pessoa que de forma esclarecida e livre se prostitui, concordando com a intermediação lucrativa do proxeneta, sentirá como ofendido o seu direito à liberdade sexual, funcionando o acordo, na sua relevância sistemática, como causa de exclusão do tipo.

Em todos estes casos o consentimento exclui de antemão a lesão do correspondente bem jurídico, nem rigorosamente se pode falar de renúncia de um qualquer direito, mas antes como forma autónoma da sua realização. Nenhum conflito existe entre o sistema pessoal e o sistema social, entre a auto-realização do portador e a integridade do bem jurídico só aparentemente lesado. O consentimento é aqui condição de realização plena do bem jurídico.

Nos crimes contra a liberdade não há lugar ao consentimento enquanto causa de exclusão de ilicitude, devendo antes falar-se em acordo, cuja ausência dará lugar ao não preenchimento do tipo – cfr. Carlota Pizarro de Almeida, *O crime de lenocínio no artigo 170.º, n.º 1, do Código Penal...*, pp. 34 e 35.

Nos crimes em que a ação contra a vontade do lesado é elemento do tipo objetivo e a autodeterminação da vontade do titular do direito é o próprio e único objeto de proteção da norma penal, pois a ação não é em si socialmente desvaliosa, como sucede nos crimes contra a autodeterminação sexual e de violação de domicílio, o acordo é causa de atipicidade ou de exclusão da tipicidade (a ação é atípica) – cfr. Paulo Pinto Albuquerque, *Código Penal Comentado*, 2ª edição, Universidade Católica, anot. art. 38º, pg. 194 e Augusto Silva Dias, *Reconhecimento e coisificação ...*,

dessa autonomia <sup>135</sup>, só assim se mantendo o Direito penal fiel, neste domínio, à relação do autor-vítima, sob pena de estarmos perante um crime sem vítima e, assim, cairmos no campo das normas puramente moralistas.

---

pg. 126, nota 40. Na doutrina espanhola, Gonzalo Quintero Olivares, *Las normas penales españolas: cuestiones generales*, in *La trata de personas y explotación sexual*, Mercedes García Arán (Coord. ), Editorial Comares, pg. 190-1.

Como estes crimes são expressa ou axiologicamente estruturados precisamente na base do consentimento ou dissentimento, que surgem como elementos do tipo, a sua falta faz com que seja a própria tipicidade que não exista. Em rigor, o consentimento faz com que não se possa falar de vítima.

A ação descrita no tipo legal só se torna socialmente desvaliosa quando é praticada contra a vontade do titular do respetivo bem jurídico, sendo a oposição deste um elemento do tipo legal. O “dissentimento”, ou melhor, o agir contra a vontade do formal ou aparente lesado constitui um elemento do tipo objetivo de ilícito e a autodeterminação do atingido constitui o único objeto de proteção. Nestes casos, “o acordo do interessado faz com que a realização do comportamento corra no mesmo sentido da tutela do bem jurídico e faça com que a ação, antes que lesar o bem jurídico, contribua para uma sua mais perfeita realização” – cfr. Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, Coimbra Editora, 2004, pg. 443-4.

Em conformidade com o teor literal e o sentido da descrição delitiva, a ação típica dirige-se imediata e exclusivamente contra a vontade do afetado pelo que aquela, perante o acordo deste, não suscita qualquer reparo – cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal – Parte Geral*, Editorial Comares, 2002, pg. 399-400.

O consentimento é uma causa de justificação nos casos em que a ação consentida é em si, desde logo, socialmente desvaliosa, mas o sistema penal acolhe e protege a liberdade de disposição do portador do bem jurídico, figurando o consentimento, enquanto circunstância exterior ao tipo legal, como um modo de resolução do conflito entre os interesses do sistema penal: a auto-realização pessoal, por um lado, e a tutela dos bens jurídicos, por outro. Ainda que a ação consentida seja socialmente desvaliosa, a danosidade social implicada na afetação ou destruição do bem jurídico constitui um interesse jurídico inferior ao interesse da autonomia individual ou autodeterminação do titular do bem jurídico lesado. Neste caso, como a lei penal faz prevalecer o interesse da autonomia individual (art. 38º, do C. Penal), a ação típica deixa de ser ilícita.

Trata-se da consagração do modelo dualista do consentimento, o qual pode revelar-se logo ao nível da tipicidade, como causa de exclusão da tipicidade, ou pode revelar-se ao nível da ilicitude, como causa de justificação ou, segundo Taipa de Carvalho, *Direito Penal Parte Geral*, Teoria Geral do Crime, volume II, 2004, pg. 278-280, somente como causa de exclusão da ilicitude.

<sup>135</sup> Ressalvadas as situações excecionais de ofensa grave que obriga à colocação de limites à autonomia individual com base na necessidade de respeito ou de proteção da dignidade da pessoa humana, na generalidade dos casos, a dimensão da dignidade que se expressa na consideração da pessoa como sujeito da sua própria vida obriga à atribuição de plena relevância jurídica, com todas as consequências, ao seu consentimento livre e esclarecido – cfr. Jorge Reis Novais, *A Dignidade da Pessoa Humana, vol. II, Dignidade e Inconstitucionalidade, ...,* pg. 141.

O custo de não respeitar o princípio do consentimento apenas resulta em mais desigualdade a pretexto de a combater<sup>136</sup>.

Na verdade, mesmo sem convocar aqui a relevância do consentimento, livre e informado, a comparação com outro tipo de atividades socialmente tidas até como deslumbrantes<sup>137</sup> revela bem que a pretensa violação da dignidade da pessoa humana, em torno da exploração comercial do corpo, é motivada apenas por um preconceito social ou cultural que constitui a verdadeira razão de ser da incriminação.

Das duas, uma, ou bem que o titular do direito não se pode proteger, caso em que está justificado o dever de proteção do Estado; ou bem que tem essa capacidade e, então, não tem qualquer cabimento a convocação dessa intervenção estadual, por via sancionatória, por atentar desde logo contra o princípio da proporcionalidade já que as medidas de proteção afrontam os direitos fundamentais dos potenciais agressores.

Também assim no lenocínio, hipótese em que ou quem se prostitui o faz por sua livre e espontânea vontade, sem qualquer pressão que a prive de poder decidir-se livremente pela via da prostituição, ou o não faz. Se essa decisão foi tomada livremente, então não existe qualquer constrangimento na formação da vontade e, por isso, o direito penal não pode intervir nesse domínio<sup>138</sup>.

---

<sup>136</sup> Cinara Nahra, *A moralidade da prostituição*, in *Mulheres da Vida*, Edições Húmus, 2010, pg. 224.

<sup>137</sup> É o caso, recorda Jorge Reis Novais, *A Dignidade da Pessoa Humana, vol. I, Dignidade e Direitos Fundamentais*, 2016 Reimpressão, pg. 106, da exploração comercial da imagem apelativa de jovens modelo da indústria da moda mais intimista e amplamente publicitada.

Outro caso flagrante deste prejuízo social é o do contrato do produtor com o ator ou atriz porno, o qual tem cobertura jurídica, ao contrário da prostituição por conta alheia que não é juridicamente reconhecida senão como crime para o proxeneta.

<sup>138</sup> Joaquim Malafaia, *A Inconstitucionalidade do nº1 do artigo 169.º no Código Penal*, in *RPCC*, ano 19, n.º 1, 2009, pg. 54.

Não será possível falar de lenocínio, segundo Inês Ferreira Leite, “quando tenha havido um pleno assentimento da pessoa que se prostitui, ou seja, quando cada acto de prostituição tenha correspondido ao exercício livre e consciente de uma vontade plenamente autónoma. Nestes casos, como refere a doutrina, não haverá qualquer vítima, cessando a legitimidade da intervenção do Direito Penal.” – cfr. *A tutela penal da liberdade sexual, ...*, pg. 89 e 90.

Não havendo uma utilização degradante de quem se prostituiu, que livremente se entrega a esta atividade promovida pelo empresário do sexo, então estamos perante um abuso da noção de instrumentalização e, conseqüentemente, do princípio da dignidade da pessoa humana, cuja invocação se mostra aqui preconceituosa <sup>139</sup>.

Se o consentimento é livre e a prostituição surge como um modo de “realização individual, por mais estranha ou desviante que pareça, a pessoa que consente não é submetida ou degradada a uma condição servil, antes a sujeição serve como meio de consecução de algo que a satisfaz, lhe é útil ou, segundo os seus ideais, de excelência humana, a dignifica ” <sup>140</sup>.

Tanto mais que se o sentido essencial da definição da dignidade da pessoa humana se centra no reconhecimento da pessoa como sujeito autónomo, então cabe primeiramente ao indivíduo a configuração e a densificação do conteúdo preciso de expressão social e pública da sua dignidade <sup>141</sup>.

Na ponderação de interesses, por um lado, a integridade moral e, por outro, a liberdade ou autodeterminação pessoal, a tutela da dignidade humana deve admitir, nos crimes relacionados com o exercício da prostituição, diferentes

---

Do mesmo modo, José Luis Guzmán Dalbora, *O Tráfico de Pessoas ...*, pg. 461-2, conclui ninguém ser manipulado como instrumento para fins alheios quando dá o seu acordo à realização do facto e inclusivamente nele participa ativamente, daí resultando esconder-se a genuína identidade do crime (perseguição de uma mera imoralidade) sob a capa da punição do tráfico consentido.

<sup>139</sup> Jorge Reis Novais, *A Dignidade da Pessoa Humana, vol. II, Dignidade e Inconstitucionalidade*, ..., pg. 117, para quem a dignidade da pessoa humana significa a insuscetibilidade de tratamento da pessoa como mero objeto do poder estatal, como instrumentalização ou coisificação da pessoa nas mãos do Estado – Cfr. Jorge Reis. Novais, in *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*, Coimbra Editora, 2006, pg. 30.

<sup>140</sup> Augusto Silva Dias, *Reconhecimento e coisificação ...*, pg. 129.

<sup>141</sup> Por essa razão Jorge Reis Novais, in *A Dignidade da Pessoa Humana - Dignidade e Inconstitucionalidade*, vol. II, 2017 Reimpressão, pg. 126, defende que a violação do princípio da dignidade da pessoa humana não pode ser exclusivamente determinável de forma objetiva e independente da sensibilidade e da subjetividade do afetado, bem podendo o mesmo ato constituir para uns uma afetação tolerável da sua privacidade e para outros uma desqualificação extrema da sua identidade, da sua autonomia pessoal, da reserva mais íntima da sua privacidade.

intervenções de acordo com a constatação, no caso concreto, do maior ou menor alcance do exercício da autonomia individual por parte do prostituto(a).

De tal forma que é na avaliação da real voluntariedade do consentimento esclarecido que devemos procurar o fundamento da incriminação do lenocínio.

Só numa comprovada situação de consentimento ausente ou viciado nomeadamente por violência, fraude, ameaça ou especial vulnerabilidade determinada por uma situação de desvantagem económica e/ou social (por exemplo, extrema pobreza ou miséria económica e cultural)<sup>142</sup>, a ilicitude do comportamento deveria ser mantida, dado o dever do Estado social de impedir a exploração e a instrumentalização do indivíduo<sup>143</sup>.

A relevância da autonomia individual, da autodeterminação e do livre desenvolvimento da personalidade passam desde logo pelo reconhecimento da pessoa como sujeito capaz de definir o sentido da sua própria dignidade e assim decidir de forma livre e autónoma sobre os seus planos e formas de vida, circunstância que convoca neste ponto a relevância do consentimento da prostituta não forçada na prática do lenocínio<sup>144</sup>.

---

<sup>142</sup> Neste sentido B. Schünemann, *O direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos! Sobre os limites invioláveis do direito penal em um estado de direito liberal*, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, vol. 53, 2005, p. 35, afirma que embora o Direito Penal se possa converter na *ultima ratio* de uma política social fracassada, quando provado que o consentimento tem origem numa situação de "desvantagem social", o Estado tem o direito, e até mesmo o dever, de proibir a exploração de tais desvantagens sociais e de criminalizá-la, na falta de outros meios eficientes.

<sup>143</sup> Gisele Mendes de Carvalho, *Delitos relativos à prostituição no Código Penal brasileiro: proteção da dignidade humana ou paternalismo jurídico?* In Revista dos Tribunais Online, 2010, pg. 12, propondo idêntica solução para os crimes de tráfico internacional e interno de pessoa para fim de exploração sexual, posto que, não sendo o consentimento do sujeito passivo viciado (por ex. pelo emprego de violência, grave ameaça ou fraude), por parte do traficante ou de quem de qualquer modo auxilie ou traslado da(o) prostituta(o), e sendo esta(e) maior de 18 anos e plenamente capaz, "o bem jurídico integridade moral torna-se disponível, em caráter excepcional, sempre que se constate a voluntariedade do consentimento do seu titular".

<sup>144</sup> Jorge Reis Novais, *A Dignidade da Pessoa Humana, vol. I, Dignidade e Direitos Fundamentais*, ..., pg. 64-65 e 176, sublinhando que da dignidade da pessoa humana decorre justamente o reconhecimento da pessoa poder dispor livremente das possibilidades de conformação da sua vida, desde que tal não anule ou destrua as condições futuras de autodeterminação e de livre desenvolvimento da personalidade.

A dignidade da pessoa humana garante a todos uma posição absoluta de igualdade na definição e prossecução autónomas de fins e modos de vida, o que tem como consequência a admissibilidade de intromissões do Estado apenas quando estritamente necessário para garantir a reciprocidade do respeito pela igual dignidade de todos <sup>145</sup>.

Fora destes casos, num campo onde impera a autonomia do interessado e o seu poder de conformação da própria vida, o Estado, a sociedade, a maioria (mesmo quando formada democraticamente) ou terceiros não podem impor ao indivíduo representações de dignidade com as quais não se identifica, recorrendo aqui, para o efeito, ao Direito Penal.

Num Estado de direito contemporâneo a garantia da liberdade é também a garantia do pluralismo nomeadamente a respeito das concepções, emergentes da sociedade, sobre o que seja uma vida coletiva digna e justa e sobre a forma de a realizar.

Em nome de uma concepção de dignidade em que o interessado não se revê, o Estado não pode arrogar-se o poder de defender a dignidade do próprio contra a sua vontade (paternalismo moral negativo <sup>146</sup>), como se o protegesse contra si próprio, contra as representações ou as convicções por si tomadas, de forma livre, esclarecida e consciente, para conduzir e estruturar a sua vida, impedindo-o de

---

<sup>145</sup> John Stuart Mill, in *Sobre la libertad*. Trad. Josefa Sainz Pulido. Madrid: Aguilar, 1972, em estudo acerca da natureza e os limites do poder que pode ser exercido livremente pela sociedade sobre os indivíduos, proclama como princípio geral que o único fim legítimo que autoriza os homens, individual e coletivamente, a usar da força contra um membro de uma comunidade civilizada é o de impedir que ele prejudique os outros. O bem-estar deste mesmo indivíduo, seja físico ou moral, não é razão suficiente para que a sociedade limite sua liberdade de ação (ob. cit. , pg. 17).

Afirmando que "sobre si mesmo, sobre seu próprio corpo e espírito, o indivíduo é soberano", e que "cada um é o melhor guardião de sua própria saúde, seja ela física, mental ou espiritual" (ob. cit. , pg. 18 e 22), o Autor acrescenta que "a espécie humana ganhará mais ao deixar que cada um viva como goste, do que obrigando-o a viver como querem os seus semelhantes" (ob. cit. , pg. 22).

<sup>146</sup> Trata-se de um *paternalismo* (ou moralismo) *negativo* (ao impedir a prostituta de causar um dano moral a si mesma), forte (pois trata-se de sujeitos plenamente capazes e cientes de sua decisão) e *indireto* (dado que a prostituição, em si mesma, não é delito, punindo-se tão somente o comportamento do terceiro que a promove ou facilita).

renunciar a posições protegidas de direitos fundamentais e transformando o direito à dignidade num *dever de dignidade* <sup>147</sup>.

Tudo como se a autonomia moral da pessoa não incluisse ela própria o poder do indivíduo se decidir pelo imoral <sup>148</sup>. Nas relações humanas cabe a cada um traçar o caminho em que se reconheça.

A vida de cada um há de estruturar-se em função da autorrealização pessoal, onde o exercício da sexualidade desempenha positivamente um papel preponderante. Já não é apenas a função da procriação ou do prazer físico, mas a via para todo o tipo de relações interpessoais e sociais, aceitando-se para a convivência social a diversidade de opções de cada um por qualquer desses fins.

Numa sociedade pluralista, o direito penal sexual há de evitar optar por uma determinada valoração global unitária da sexualidade entre adultos <sup>149</sup>. A

---

<sup>147</sup> Jorge Reis Novais, *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria, ...*, pg. 276.

<sup>148</sup> Como escreve Rui Carlos Pereira, *Liberdade sexual: a sua tutela na reforma do código penal*, in "Sub iudice", Lisboa, (11), janeiro-junho 1996, pg. 43: "Cada um de nós tem o direito, em nome da sua autonomia ética, de escolher entre uma vida saudável e desregrada, entre uma vida de trabalho e ociosa e até entre a vida e a morte, desde que, em todos os casos, não provoque danos a outras pessoas".

Mais expressivo de Morris/Hawkins, in *The Honest Politician's*, pg. 2, refere: "Do ponto de vista do direito penal cada pessoa tem o inalienável direito de ir para o inferno à sua própria maneira contanto que não lese diretamente a pessoa ou propriedade alheias. O direito penal não é o instrumento indicado para impor aos outros a rectidão de vida".

Mas recordando as palavras de Kant, citado por Maria Lúcia Amaral, *A Forma da República: uma introdução ao estudo do direito constitucional*, Coimbra Editora, 2005, pg. 168, "ninguém [nos] pode obrigar a ser felizes de acordo com a sua própria concepção do bem, pois cada um de nós pode procurar a sua felicidade pelo meio que lhe pareça adequado desde que não lese a igual liberdade de todos os outros (...)".

Nessa sequência, acrescenta a Autora, também o Estado (que for de direito) está impedido de impor à sociedade e a cada um dos seus membros uma resposta particular quanto às questões últimas da existência, cujo domínio está reservado à esfera da consciência individual.

Numa sociedade democrática e pluralista a opção por correr riscos, errar ou tomar más decisões insere-se no projeto de vida livremente escolhido por cada um, em função da sua mundividência, sem o que a autonomia e autodeterminação nenhum sentido fariam.

<sup>149</sup> José Luis Diez Ripollés, *El derecho ante el sexo, limites, critérios de concreción y contenido del derecho penal sexual*, Barcelona : Bosch, 1981, pg. 216.

No mesmo sentido Karl Prehaz Natscheradtz, *O Direito Penal Sexual...*, pg. 71 e 139, sustentando que o dano social pressuposto da intervenção do direito penal sexual não se confunde

diversidade de ideias e sentidos da sexualidade revela-se positiva para o desenvolvimento pessoal de cada cidadão, o que também passa pela sua livre realização na esfera sexual, sendo ilegítimo pensar que nesse domínio determinado tipo de concepções oferece melhores possibilidades de desenvolvimento da personalidade humana do que outro.

Por esta razão o direito penal sexual deverá evitar punir quaisquer práticas que não colidam com a liberdade e autenticidade da expressão sexual, em privado, entre adultos, sendo esse um dos seus objetivos primeiros <sup>150</sup>.

Nem haverá Estado de direito onde a Constituição não assegure a cada pessoa a possibilidade de exercício da sua autonomia e, portanto, da sua responsabilidade, que é dizer da sua liberdade individual (art. 27º, da CRP), pressuposto mínimo de uma existência digna, de forma pessoal, livre e responsável, perante a coletividade, na qual “*todos nós somos iguais, na nossa igual capacidade de autonomia e de responsabilidade moral*” <sup>151</sup>.

Irromper por entre quem se prostitui para dizer a cada um o que deve ambicionar para a sua vida, impondo-lhe um dado padrão de comportamento sexual, é por isso abusivo, é não querer ver para além de qualquer cegueira ideológica a pluralidade de motivações e perceções em que se move, na sua dimensão real social, a diversidade do trabalho/comércio do sexo.

---

com a mera imoralidade da conduta, com a ofensa de valores ético-sociais, nem com o facto da conduta se afastar do padrão socialmente dominante de comportamento.

A ausência de uma valoração global unitária da sexualidade ou de uma moral sexual social, segundo este Autor, não coloca em risco a convivência social numa sociedade tolerante e pluralista, constituindo a sexualidade humana, devido à sua importância vital e às virtualidades que reveste para o desenvolvimento das potencialidades do homem e a sua autorrealização, um dos domínios em que a liberdade individual melhor se pode manifestar, assim se compreendendo a inserção dos crimes sexuais no seio dos crimes contra a liberdade em geral – cfr. ob. cit. , pg. 139 e 158.

<sup>150</sup> Manuel da Costa Andrade, “O Novo Código Penal e a Moderna Criminologia”, in *Jornadas de Direito Criminal*, O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar, CEJ, Lisboa, 1983, pg. 203.

<sup>151</sup> Maria Lúcia Amaral, *A Forma da República...*, pg. 167.

Como refere Manuel da Costa Andrade, “o sistema social não pode oferecer – menos impor – ao portador concreto da liberdade protegida um qualquer arquétipo da *verdadeira e boa liberdade*”<sup>152</sup>.

O direito penal sexual deve ser informado, numa sociedade pluralista, inspirada pela maior convivência e confronto dos distintos modos de entender e viver a existência humana, pelos princípios da tolerância, da autorrealização pessoal e responsabilidade e capacidade de decisão do adulto<sup>153</sup>.

A Jurisprudência Constitucional tem densificado a violação da dignidade humana a partir da exploração, argumentando que o aproveitamento económico da prostituição por terceiros encerra forçosamente um significado de exploração da pessoa que se prostitui.

Contudo, também aqui se dirá que está longe de se ver demonstrado que as relações nas quais haja aproveitamento económico da prostituição potenciam a exploração do(a) prostituto(a), bem podendo afirmar-se que essa margem de risco sempre estaria mais controlada se a atividade fosse regulamentada.

Ademais, ainda que o proxeneta atue com intenção lucrativa, não se pode ver na sua atuação um fenómeno de exploração do(a) prostituto(a). Se assim fosse muitas outras atividades perigosas o evidenciariam<sup>154</sup>.

No lenocínio simples, as formas de disposição do corpo não diferem de muitas outras que envolvem riscos para a saúde, como é o caso das lutas profissionais ou do trabalho mineiro, e quando desenhada a discussão com tons

---

<sup>152</sup> Manuel da Costa Andrade, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, ..., pg. 491.

<sup>153</sup> José Luis Diez Ripollés, *El derecho ante el sexo*,..., pg. 72-3, defendendo como ideia básica do direito penal sexual, numa sociedade pluralista, que qualquer adulto é capaz de assumir a direção do seu comportamento sexual, sem nenhum tipo de tutela, com direito a que nesse âmbito lhe deixem fixar os seus objetivos de desenvolvimento pessoal. A conceção do cidadão como pessoa que desenvolve todas as suas potencialidades, em função de um determinado sistema de valores por si escolhido, pressupõe aceitar a ideia de que o adulto é autoresponsável e capaz de tomar decisões por si, assumindo as suas consequências.

<sup>154</sup> Pedro Soares de Albergaria e Pedro Mendes Lima, *O Crime de Lenocínio* ..., pg. 250, recordam aqui que, se assim fosse, o empresário de minas também exploraria os mineiros numa das mais perigosas atividades.

moralistas a incriminação em causa é eticamente comparável ao taberneiro que ganha dinheiro com a venda de álcool ou ao dono do casino com a venda do jogo, ainda que a sua dependência aditiva possa levar à destruição da sua integridade pessoal.

Num sistema capitalista, todos os proprietários dos meios de produção exploram o trabalho de outrem <sup>155</sup>, sem que se possa afirmar que a escolha do trabalhador não foi livre ainda que a sua decisão tenha sido condicionada pelas suas condições socio económicas.

Contudo, o trabalho sexual e, mais especificamente, a prostituição, sempre foi vista de forma preconceituosa e moralmente reprovadora, perpetuando no tempo a sua estigmatização social.

A criminalização do lenocínio simples mostra bem que a preocupação não é a exploração do trabalho em si, mas a condenação moral cristã de um trabalho que tem por fim a satisfação sexual de alguém.

Mas, nem sequer é líquido que a prostituta ficasse numa situação social e económica melhor sem a interação livremente consentida do proxeneta, bem podendo ela própria retirar, de forma consensual, mais vantagens nomeadamente económicas dessa dita exploração que, desse jeito, não traduziria um *resultado injusto* <sup>156</sup>.

E pior se compreende neste quadro que se tenha conferido natureza pública ao crime de lenocínio simples (art. 178º, nº1, do C. Penal), obrigando o Ministério Público a exercer a ação penal <sup>157</sup> onde se pretende tutelar um bem

---

<sup>155</sup> O empresário do sexo explora a prostituta (porque tem a casa de prostituição), tal qual o fazendeiro explora o camponês (porque é dono da terra), o industrial explora o operário (porque é dono das máquinas), o comerciante explora o empregado de balcão (porque é dono da loja). De resto, haveria que se castigar penalmente grande parte dos empresários caso se entendesse que toda a pessoa que aceita um trabalho ou emprego com condições especialmente duras e injustas se encontra necessariamente numa situação de vulnerabilidade da qual abusa o empresário.

<sup>156</sup> Pedro Soares de Albergaria e Pedro Mendes Lima, *O Crime de Lenocínio ...*, pg. 251.

<sup>157</sup> Maria João Antunes, *Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual dos menores*, in JULGAR, nº12, 2010, pg. 158, alerta que a desconsideração do bem jurídico individual da liberdade e da autodeterminação sexual revela-se também na natureza pública dos crimes.

eminentemente pessoal, mas que a prática judiciária nos ensina jamais haver denúncia ou vontade de procedimento por parte da prostituta.

## 8. O livre desenvolvimento da personalidade

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade foi consagrado expressamente como direito fundamental no art. 26º, da CRP, aquando da revisão constitucional de 1997, embora já existissem ao tempo vários afloramentos constitucionais daquele princípio, sobretudo positivado nas leis infraconstitucionais, mais precisamente no Código Civil (art. 70º).

O direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade é uma emanção do primado da dignidade da pessoa humana consagrado no art. 1º, da CRP, elemento de unidade valorativa de todo o sistema constitucional e referência primeira dos direitos fundamentais que lhe dão expressão.

Não se pode garantir uma dignidade à pessoa humana se não lhe é facultado o desenvolvimento da sua personalidade de forma livre e autónoma <sup>158</sup>.

O Estado não pode impor à pessoa um modo de condução da sua vida, criando, assim, uma pessoa modelo, ou até artificial, que não será fruto do seu desenvolvimento, mas resultado da criação de outrem.

O princípio da dignidade da pessoa humana acaba, assim, no ensinamento de Jorge Reis Novais, por constituir o fundamento da conceção dos direitos fundamentais como trunfos contra a maioria, já que esta, mesmo quando formada democraticamente, não pode impor ao indivíduo conceções ou planos de vida com que ele não concorde, por mais valiosas que sejam tidas pela maioria. Essa tentativa, acrescenta, seria moral e politicamente inaceitável, mas sobretudo juridicamente vedada, visto que constituiria uma restrição do livre

---

<sup>158</sup> Para garantir o princípio da dignidade da pessoa humana, é necessário que se permita que a pessoa se desenvolva com base em critérios subjetivos, e não em critérios objetivos impostos forçosamente por outro – cfr. Felipe Arady Miranda, *O direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade*.

desenvolvimento da personalidade, inadmissível à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e, como tal, constitucionalmente rejeitada <sup>159</sup>.

Num Estado de direito, fundado na dignidade da pessoa humana, a possibilidade de cada um viver segundo os próprios padrões é tão valiosa quanto a de qualquer outro, circunstância que, na esfera da sua autonomia e liberdade individual, a maioria não pode comprimir ou restringir pelo simples facto de ser maioria. A autonomia privada significa justamente a liberdade de escolher uma concepção pessoal de vida <sup>160</sup>.

A consagração do direito ao desenvolvimento da personalidade “implica que ao legislador não cabe proteger os cidadãos contra si próprios e impor-lhes paradigmas unidimensionais de comportamento digno, em nome daquilo a que poderia chamar-se a boa personalidade, o retrato do bom cidadão e da personalidade modelo que caberia ao Estado impor a cada um de nós, subordinando-nos a uma espécie de *standard* humano, cívico ou político” <sup>161</sup>.

Essa garantia constitucional de dignidade da pessoa humana impõe, como imperativo axiológico, o reconhecimento de personalidade jurídica a todos os seres humanos e a necessidade de proteção por parte do Estado dos direitos subjetivos a ela associados.

---

<sup>159</sup> É dessa igual dignidade de todos que, segundo o Autor, *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*, ..., pg. 30-1, “resulta o direito de cada um conformar autonomamente a existência segundo as suas próprias concepções e planos de vida que têm, à luz do Estado de Direito fundado na dignidade da pessoa humana, o mesmo valor de quaisquer outras concepções ou planos de vida, independentemente da maior ou menor adesão social que concitem (estimulem)”.

<sup>160</sup> Sérvulo Correia, *Legalidade e Autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coleção Teses, Almedina, 1987, pg. 468-9.

<sup>161</sup> José de Magalhães, DAR de 16. 07. 97, VII Legislatura, 2ª Sessão Legislativa (1996-97), 1.ª série, n.º 94, pg. 56, intervenção no debate da revisão constitucional de 1997, definindo o direito ao desenvolvimento da personalidade como “o direito que cada um de nós tem a ser um ente único e irrepetível, distinto ou igual aos demais, consoante delibere, queira e consiga; o direito a ser diferente ou a exigir a negação e a irrelevatização de todas as diferenças, como um pensamento mais moderno já sustenta no estrangeiro e em Portugal; o direito de autodeterminação, ou seja, o direito a escolher livremente o destino pessoal e a decidir livremente em situações de conflito que são fulcrais para a concretização da existência humana, inclusive algumas relacionadas com a própria vida, a sua continuação ou a sua interrupção, em determinadas situações limite”.

Tradicionalmente a doutrina e jurisprudência advogam a existência de duas dimensões do direito ao livre desenvolvimento da personalidade:

- o direito geral de personalidade <sup>162</sup>: a proteção da identidade, a capacidade da pessoa desenvolver as suas características individuais, o modo de pensar e de agir, a sua ideologia, a construção de seus valores, suas ambições e seus projetos de vida (a individualidade inerente a cada pessoa); e

- a liberdade geral de ação, protegendo-se nesta a liberdade de atividade ou comportamento, livre decisão sobre a ação ou omissão, de acordo com a personalidade, o projeto de vida, a vocação e as capacidades pessoais próprias (liberdade comportamental). Nesta vertente do direito ao desenvolvimento da personalidade (art. 26º, nº1, da CRP) encontra fundamento o princípio geral de disponibilidade dos direitos fundamentais <sup>163</sup>.

---

<sup>162</sup> Trata-se aqui de proteger o direito à liberdade do indivíduo em relação a modelos de personalidade, tutelando fundamentalmente a integridade da pessoa, a diferença da individualidade de cada ser humano, segundo a sua própria decisão e autonomia (cfr. Paulo Mota Pinto, *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, in Portugal-Brasil ano 2000 – Tema Direito, Universidade de Coimbra – Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pg. 157-8); a tutela da formação livre da personalidade, sem planificação ou imposição estatal de modelos de personalidade (cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. 1, 4ª ed. revista, 2007, Coimbra Editora, anotação ao art. 26º, pg. 463); integrando o “direito à diferença”, assim permitindo “a cada um que eleja o seu modo de vida, desde que não cause prejuízo a terceiros” (Cfr. Intervenção do deputado Alberto Martins, na Comissão Eventual para a Revisão Constitucional em 13. 10. 1994 – DAR, II Série, nº8, de 14. 10. 94, pg. 177).

Cada um desenvolve como quer a sua personalidade, sem que interferências exteriores o possam impedir; mas o desenvolvimento da personalidade não pode reduzir-se à resultante, qualquer que ela seja, das decisões de cada homem na condução da sua própria vida– cfr. José Oliveira Ascensão, *A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos*, pg. 9.

Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, Coimbra Editora, 2005, anotação ao art. 26º, pg. 286, escrevem como exemplos de direitos de personalidade com tutela constitucional, o direito à intimidade da esfera pessoal, o direito à imagem, o direito à palavra, o direito ao silêncio, a proibição de valoração de diários pessoais em processo penal, o direito à ressocialização, o direito ao nome, o direito à autodeterminação informacional.

<sup>163</sup> Jorge Pereira da Silva, *Deveres do Estado de Protecção ...*, 453-5, reafirmando neste direito ao livre desenvolvimento da personalidade, nomeadamente a partir da liberdade de escolha da profissão e do género de trabalho (art. 47º, nº1, da CRP), a legitimidade do titular de direitos fundamentais para atentar, por ação ou omissão, contra a integridade de bens jurídicos próprios jusfundamentais, independentemente da harmonização ou não dessas condutas com os padrões comuns de racionalidade e razoabilidade.

Enquanto expressão da autodeterminação e autonomia individual, a liberdade geral de ação garante a cada indivíduo, independentemente das interpretações valorativas que possa merecer, a escolha do modo de vida <sup>164</sup> e, assim, a possibilidade de autocolocação em perigo e autolesão ou a opção de condutas renunciativas de direitos fundamentais que ocorrem com a assunção de atividades perigosas ou menos concordantes com os padrões axiológicos e sociais considerados normais.

Não adianta proteger o direito de formar livremente a personalidade, sem garantir que essa personalidade se manifeste objetiva e concretamente em atos, no contexto da realidade comunitária e social própria e pelo referencial axiológico em que cada um se movimenta.

Assim, esta liberdade geral de exteriorização da personalidade, e não apenas das suas manifestações particularizadas no art. 27º, nº1, da CRP <sup>165</sup>, inclui na proteção da pessoa a atividade humana em geral, dita “liberdade geral de ação”. Nela é protegida uma multiplicidade de fatores como a sexualidade <sup>166</sup>, aqui incluída a liberdade de orientação sexual, “a liberdade de ter ou não filhos”, “a

---

<sup>164</sup> Afirmação que sublinhamos da jurisprudência do Ac TC nº288/98, de 17 de abril, depois retomada pelo Ac TC nº617/2006, ambos sobre a interrupção voluntária de gravidez.

<sup>165</sup> Neste sentido, o art. 26º, nº1, da CRP, consagra uma cláusula geral dos direitos de liberdade que preenche as lacunas deixadas pelos direitos especiais de liberdade, “englobando a autonomia individual e a autodeterminação e assegurando a cada um a liberdade de tratar o seu próprio plano de vida” – Ac TC nº288/98, de 17 de abril.

Destarte, existe uma relação de especialidade entre os direitos especiais de liberdade previstos na Constituição e a liberdade de ação em geral, resultante do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, que excluem a convocação subsidiária desta onde ocorre a aplicação daqueles (ex. a violação da liberdade de escolha da profissão prevista no art. 47º, nº1, da CRP, e a liberdade de iniciativa e de organização empresarial prevista no art. 80º, al. c), da CRP, não são de considerar também como ofensa ao art. 26, nº1, da CRP). O recurso à função de complementação decorrente da liberdade geral de ação pressupõe que não exista uma liberdade especial relativa à concreta atuação que, do ponto de vista material, carece de tutela.

<sup>166</sup> Como exemplos de direitos inominados de liberdade geral consagrados no art. 26º, nº1, do CRP, Paulo Mota Pinto, *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade, ...*, pg. 208 e 214-5, aponta o direito à conformação da imagem pessoal externa, a liberdade de autodeterminação sexual (que torna ilícita a punição de certos comportamentos sexuais), a liberdade contratual e outras formas de liberdade económica.

liberdade de estar só”<sup>167</sup>, mas também, aqui com relevância pela sua implicação com o tema em estudo, a liberdade de escolha do modo de vida, a liberdade de profissão (o direito ao trabalho), a livre iniciativa económica<sup>168</sup> e a autonomia privada.

Neste sentido, a liberdade profissional prevista no art. 47º, nº1, da CRP, à semelhança da liberdade de empresa consagrada no art. 61º, nº1, da CRP, transportam para o domínio económico e social a concretização do valor do livre desenvolvimento da personalidade (art. 26º, nº1, da CRP), tendo como fundamento último a dignidade da pessoa humana (art. 1º, da CRP), pessoal e social (art. 13º, da CRP).

O desenvolvimento da personalidade comporta uma dimensão de liberdade indispensável à autoconformação da identidade, da integridade e conduta do indivíduo, incluindo no seu âmbito normativo direitos como os da liberdade contratual, autonomia privada e da liberdade de circulação das pessoas, quer para as pessoas de nacionalidade portuguesa, quer para os estrangeiros (art. 15º, nº1, da CRP), impedindo, outrossim, ingerências injustificadas dos poderes públicos e dos particulares no seu exercício<sup>169</sup>.

Não se trata apenas do direito do indivíduo agir de forma livre (ação ou omissão), mas também de impedir a terceiros (particular e/ou Estado) qualquer interferência na livre exteriorização dessa personalidade.

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade confere ao indivíduo o direito de agir da forma que lhe convier e impõe uma obrigação de não ingerência de terceiros.

---

<sup>167</sup> Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, ..., anotação ao art. 26º, pg. 464.

<sup>168</sup> A liberdade geral de ação aqui tutelada abrange as atividades económicas enquanto expressão da livre personalidade - cfr. Paulo Mota Pinto, *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, ..., pg. 168.

<sup>169</sup> Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. 1, ...anotação ao art. 26º, pg. 465.

Trata-se de uma proteção da liberdade de ação em sentido amplo, sem consideração do significado que em concreto aquela atuação tem para o desenvolvimento da personalidade.

A incriminação do lenocínio simples, mais do que a violação das liberdades especiais de escolha de profissão e de iniciativa económica, representa uma ofensa ilegítima da liberdade geral dos trabalhadores e dos empresários da atividade sexual à livre conformação da sua vida, de acordo com o modo que elegeram, e - ainda no domínio desta - da própria garantia constitucional da autonomia privada, em particular da liberdade contratual<sup>170</sup>, como uma das suas principais vertentes, tudo no quadro do direito ao desenvolvimento da personalidade.

A relação de cada um com o seu corpo não transforma o direito fundamental à disposição do mesmo numa situação de dever.

Naturalmente que a tutela constitucional da liberdade contratual, como da liberdade de ação em geral, não é absolutamente ilimitada. O seu âmbito de proteção carece de conformação legislativa pelo direito ordinário.

Mas, sendo a liberdade geral de ação a regra postulada pelo direito fundamental em apreço, estrutura fundamental – a par da tutela da personalidade - do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, implicando a incriminação diversas restrições de direitos fundamentais mormente da autonomia e liberdade individual, a penalização de comportamentos (lenocínio) exige do legislador um ónus especial de fundamentação, dada a obrigação de não interferir injustificadamente nesse âmbito<sup>171</sup>.

O respeito pela dignidade humana, pelo pluralismo democrático, pela identidade pessoal e pelo desenvolvimento da personalidade de cada um implica, ressalvada a margem de liberdade de conformação do legislador na concreta

---

<sup>170</sup> Ana Prata, *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*, Almedina, pg. 85, evidenciando o negócio como a expressão da autonomia privada mais relevante no domínio relacional.

<sup>171</sup> Benedita Ferreira da Silva Mac Crorie, *Os limites da renúncia e direitos fundamentais nas relações entre particulares*, 2011, pg. 198, e Jorge Reis Novais, *As restrições aos direitos fundamentais*. . . , pg. 713 e 757.

delimitação do seu alcance, o reconhecimento da liberdade e realização pessoal sem restrições.

Desse modo, qualquer ingerência do poder público nessa liberdade geral de ação será inconstitucional se não puder considerar-se justificada e proporcional.

O regime dos direitos, liberdades e garantias não proíbe a restrição, por via da lei, do seu exercício; mas essa restrição apenas será constitucionalmente legítima se se verificarem cumulativamente os seguintes pressupostos materiais<sup>172</sup>:

- a restrição esteja expressamente admitida pela Constituição (nº2, 1ª parte);
- a restrição vise salvaguardar outro direito ou interesse constitucionalmente protegido (nº2, in fine)<sup>173</sup>;
- a restrição seja exigida por essa salvaguarda, seja apta para o efeito e se limite à medida necessária para alcançar esse objetivo (nº2, 2ª parte);
- a restrição não aniquile o direito em causa atingindo o conteúdo essencial do respetivo preceito (nº3, in fine)<sup>174</sup>.

Qualquer limitação à liberdade geral de ação, além de respeitar o núcleo essencial de liberdade, deve ser adequada e necessária, “não deve alhear-se da

---

<sup>172</sup> Além destes, a validade das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias depende ainda de três requisitos formais: - a lei deve revestir carácter geral e abstrato (nº3, 1ª parte); a lei não pode ter efeito retroativo (nº3, 2ª parte); a lei deve ser uma lei da AR ou um decreto-lei autorizado (art. 165º, nº1, al. b), da CRP).

<sup>173</sup> Daqui resulta que as leis restritivas estão vinculadas à salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos, não podendo o legislador justificar restrições de direitos, liberdades e garantias por eventual colisão com outros direitos ou bens tutelados apenas infraconstitucionalmente.

Todavia, relevante é o conteúdo material do bem protegido e não a sua inscrição formal num plano constitucional ou infraconstitucional – cfr. Jorge Reis Novais, *As restrições aos direitos fundamentais*. . . , pg. 620.

<sup>174</sup> Nesse sentido, as normas que consagram direitos fundamentais não se limitam a atribuir disposições subjetivadas aos titulares desses direitos, antes apresentam uma específica dimensão de direito objetivo.

relação com o fim prosseguido, exigindo-se uma apreciação da relação entre o sacrifício da liberdade em questão e o princípio que o justifica”<sup>175</sup>.

Trata-se aqui da aplicação do princípio da proporcionalidade, a significar que:

- a restrição ao direito fundamental deve ser apta ao alcance do fim visado, ou seja, a medida restritiva deve, no mínimo, permitir a realização parcial do fim pretendido;
- deve ser exigível, no sentido que entre as possíveis alternativas, que seriam igualmente eficazes ao fim pretendido, deve ser escolhida a menos agressiva ao direito fundamental restringido; e
- deve ser proporcional em sentido estrito, ou seja, a importância do fim pretendido, obrigatoriamente legítimo, perseguido pela restrição, e a medida da sua realização através do meio escolhido, devem estar numa relação razoável, proporcional e adequada àquela medida.

Ora, a ofensa do direito ao desenvolvimento da personalidade, na vertente da liberdade geral de ação, resultante da incriminação do lenocínio simples, justificada unicamente por preconceitos sobre a moralidade sexual e o dever de dignidade que o legislador ordinário impõe aos trabalhadores e empresários da atividade sexual, viola o princípio da proporcionalidade, donde resulta que a restrição à limitação da *liberdade geral de ação é inconstitucional*.

Confrontado o bem jurídico protegido pelo crime de lenocínio simples e todos os direitos, liberdades e garantias fundamentais afrontados, por via dele, em especial o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, na dimensão de liberdade geral de ação (art. 26º, nº1, da CRP), a liberdade de escolha de profissão (art. 47º, nº1, da CRP), o direito à iniciativa económica privada e liberdade de empresa (art. 61º, nº1 e art. 80º, da CRP) e o direito à segurança social (art. 63º, nº1, da CRP), com ofensa do valor supremo e relativizante da dignidade da pessoa humana, conclui-se, não apenas que a finalidade social visada pela incriminação

---

<sup>175</sup> Paulo Mota Pinto, *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade, ...*, pg. 223.

mais bem acautelada ficaria se regulamentado fosse o trabalho sexual, como a medida restritiva legalmente imposta pela opção do direito penal constitui a mais forte e limitativa das restrições ao conjunto daqueles direitos fundamentais restringidos.

Não é razoável, nem proporcional que no lenocínio simples o legislador ordinário anule totalmente o exercício daqueles elementares direitos fundamentais para acautelar um sentimento geral de pudor e moralidade sexual ou mesmo o perigo abstrato não fundamentado que se pretende forjar sob uma incriminação, cujo bem jurídico tutelado não colhe ressonância social capaz de a justificar.

Todos estes direitos fundamentais são afrontados pelo tipo legal de crime em causa, ali onde, como em nenhum outro domínio do poder legislativo, o legislador ordinário tinha a sua liberdade de conformação limitada por critérios estritos de mínima intervenção e máxima subsidiariedade.

Provavelmente a regulamentação do trabalho sexual tão pouco resolverá todos os problemas associados à prostituição, mas constitui sem dúvida a opção que globalmente mais protege os direitos de quem se prostitui no atual mercado informal onde os maiores riscos do trabalho sexual são a flexibilidade, precariedade, fragmentação e desregulação<sup>176</sup>.

Crucial é diferenciar a prostituição forçada e voluntária para se poder defender e garantir de forma realista e consequente os direitos de quem exerce uma e outra, com a certeza de que a melhor maneira para combater a violência e a exploração sexual é melhorar a situação social e laboral das prostitutas já que os possíveis abusos são mais fáceis de detetar num contexto legal e transparente do que numa subcultura obscura e criminalizada que apenas serve para alimentar as redes de exploração organizada<sup>177</sup>.

---

<sup>176</sup> Alberto Daunis Rodríguez, *Cuestiones claves de la prostitución y trata de personas, in Sistema Penal y perspectiva de género: trabajo sexual u trata de personas*, Granada, 2012, Editorial Comares, pg. 93.

<sup>177</sup> José María González del Río, *El ejercicio de la prostitución ...*, pg. 33 e 110.

## 9. O trabalho sexual

### 9.1. *Liberdade de profissão e trabalho: liberdade e dignidade pessoal*

Em termos jurídico-constitucionais, a opção dos cidadãos, no que respeita à escolha de um meio de vida baseado na capacidade de ação, no campo económico-productivo, consiste na liberdade de trabalho ou profissão prevista no art. 47º, nº1, da CRP (autónimo ou de exercício subordinado) e na liberdade de empresa consagrada no art. 61º, da CRP (individual ou social).

Com a mudança do Estado liberal para o Estado social e a constitucionalização do Direito do Trabalho, a Constituição social elevou à garantia dos direitos fundamentais e proteção das liberdades pessoais, o princípio da liberdade de profissão ou trabalho, também ele uma irradiação do princípio da dignidade da pessoa humana e do livre desenvolvimento da sua personalidade (art. s 1º e 26º, nº1, da CRP, e art. s 22º e 26º da DUDH).

Contrapõe-se aqui à liberdade profissional (sem carácter empresarial) prevista no art. 47º, nº1, da CRP, a liberdade de empresa consagrada no art. 61º, nº1, da CRP, isto é, a liberdade de exercício de uma atividade económica produtiva através de uma organização empresarial (também dita “liberdade de iniciativa empresarial”)<sup>178</sup>.

A liberdade de trabalho, num sentido amplo, postula que *“todos possam livremente ativar a sua força de trabalho (a capacidade para trabalhar, em sentido dinâmico, significa a possibilidade concreta, para qualquer cidadão, de realizar a própria capacidade profissional), designadamente através da escolha do respetivo trabalho, sendo para tanto necessário que o Estado crie as condições necessárias à*

---

<sup>178</sup> Jorge Miranda e Rui Medeiros, in *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, Universidade Católica Editora, 2ª edição revista, anotação ao art. 61, pg. 855-6.

*sua fruição e remova os obstáculos, privados ou (também) públicos, surgíveis no acesso ao emprego ou a uma profissão”* <sup>179</sup>.

Enquanto direito de personalidade inserido no quadro mais amplo da liberdade pessoal, a liberdade de profissão ou trabalho é tutelada não apenas na dimensão da proteção da personalidade, mas também na defesa da liberdade geral da ação humana contra imposições ou proibições violadoras da mesma <sup>180</sup>.

A proibição do lenocínio simples equivale a impedir a prostituta de ser trabalhadora assalariada ou mesmo exercer a prostituição por conta própria com o favorecimento, promoção ou facilitação por parte de um terceiro, negando-lhe, por questões exclusivamente morais, os direitos fundamentais laborais e sociais associados, mas principalmente forçando-a à prostituição nas ruas, onde fica muito mais vulnerável, em clara violação do seu direito fundamental à livre escolha do género de trabalho (art. 47º, nº1, da CRP, art. 23º da DUDH e art. 15º da CDFUE <sup>181</sup>) e conseqüentemente do seu direito ao trabalho (art. 58º, nº1, da

---

<sup>179</sup> João Zenha Martins, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho*, 2016, Almedina, pg. 51-2.

<sup>180</sup> Como afirma João Zenha Martins, *Dos Pactos de Limitação ...*, pg. 55: “Cada um é livre para a definição da sua individualidade e da sua consciência, gozando, para tanto, de autonomia. Sendo o trabalho essencial à composição da personalidade do ser humano e um meio para a realização condigna dos seus projectos pessoais de vida, a liberdade que sobre ele incide, porque se sintoniza com o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, implica, em sequência, uma adequada protecção dos aspectos de manifestação da liberdade e da personalidade, recentrando-se o princípio da liberdade de trabalho no feixe de valores primários necessários a efetivação de uma construção antropocêntrica idónea à tutela da pessoa humana *in totum*”.

<sup>181</sup> Este texto proclamatório de direitos de vocação geral com a mesma força jurídica dos Tratados (art. 6º, nº1, do Tratado da União Europeia), segundo Maria Luísa Duarte, *A União Europeia e o sistema europeu de protecção dos direitos fundamentais – a chancela do Tratado de Lisboa*, Direito, 2010, nº5, pg. 169ss, proclama no seu art. 15º, com a epígrafe “liberdade profissional e direito de trabalhar”:

1. Todas as pessoas têm o direito de trabalhar e de exercer uma profissão livremente escolhida ou aceite.
2. Todos os cidadãos da União têm liberdade de procurar emprego, de trabalhar, de se estabelecer ou de prestar serviços em qualquer Estado-Membro.
3. Os nacionais de países terceiros que sejam autorizados a trabalhar no território dos Estados –Membros têm direito a condições de trabalho equivalentes àquelas de que beneficiam os cidadãos da União.

CRP e art. 6º do PIDESC <sup>182)</sup> <sup>183</sup> e outros direitos laborais a ele associados (art. 59º, da CRP), mas também do direito à segurança social (art. 63º, nº1, da CRP).

O trabalho releva, quer como liberdade de escolha e de exercício de uma atividade profissional (art. 47º, nº1, da CRP), quer enquanto um direito social (art. 58º, nº1, da CRP). Embora se funde na dignidade da pessoa humana e se destine a prover às necessidades de uma vida digna (Ac TC nº635/99), o direito ao trabalho constitui, tipicamente, um direito económico, social e cultural.

Com efeito, a liberdade de trabalho e de profissão não pode ser vista de forma isolada sem outras liberdades, como o direito ao trabalho (art. 58º, nº1, da CRP), exigindo um conjunto de garantias e incumbências do Estado (art. 58º, nº2, da CRP), “de modo que se torne uma liberdade igual para todos e que possa ser usufruída por todos, especialmente por quantos pertençam a certas categorias ou por quantos estejam em situações mais carecidas de protecção” <sup>184</sup>.

Neste plano social resulta do direito ao trabalho (art. 58º, nº1, da CRP) a imposição perante os poderes públicos de criar as condições normativas e fácticas que permitam que todos tenham efetivamente direito ao trabalho, de acordo com a sua livre escolha e com os seus méritos e capacidades <sup>185</sup>.

---

<sup>182</sup> Consagrando o direito ao trabalho, o art. 6º do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais (PIDESC) prevê que: “*Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito ao trabalho, que compreende o direito que têm todas as pessoas de assegurar a possibilidade de ganhar a sua vida por meio de um trabalho livremente escolhido ou aceite[...]*”.

<sup>183</sup> Só através da liberdade de trabalho se concretiza o direito ao trabalho. É justamente para que as pessoas possam ter trabalho e, assim, granjear meios de subsistência, que num Estado Social podem escolher uma profissão ou género de trabalho.

Também neste sentido Ac TC nº328/94 e Ac TC nº187/01 sobre a existência na liberdade profissional de uma dimensão do direito ao trabalho.

<sup>184</sup> Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, Universidade Católica Editora, 2ª edição revista, anotação ao art. 58, pg. 825 e Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, Coimbra Editora, 2ª edição, 2010, anotação ao art. 47º, pg. 963.

<sup>185</sup> João Zenha Martins, *Dos Pactos de Limitação ...*, pg. 72.

Ao Estado compete agora remover os obstáculos que impedem a liberdade de escolha e acesso a uma profissão ou trabalho, tendo em vista a efetivação das condições materiais e objetivas potenciadoras da realização do indivíduo <sup>186</sup>.

Vedando a quem presta o trabalho sexual o livre exercício dessa profissão, o crime de lenocínio simples não permite além do mais a celebração do contrato de trabalho prostitucional <sup>187</sup> e o exercício de direitos laborais como a baixa médica, horário laboral, direito a horas extraordinárias, direito a férias pagas, descanso semanal, suplemento de trabalho noturno, saúde, higiene e segurança no trabalho, em especial a prevenção de riscos laborais, ou o direito a prestações sociais perante o desemprego, doença, invalidez ou reforma <sup>188</sup>.

Pelo lado do proxeneta, a criminalização do lenocínio simples equivale a impedir o exercício livre da atividade profissional do sexo e, nessa medida, a proibição de um modo de vida e de realização pessoal e profissional.

Ainda que o trabalho sexual se mostre adequado e necessário à subsistência de quem o presta e/ou das suas famílias, ao contrário da proibição do lenocínio simples, seria bem mais avisado e, sobretudo, mais concordante com a efetivação dos direitos fundamentais, estabelecer uma regulamentação ou disciplina estrita dessa atividade, associando-a aos direitos laborais e sociais.

Mostrando-se o nosso Estado social incapaz de garantir a subsistência de muitas famílias, é totalmente ilegítimo e imoral que se impeça o recurso ao

---

<sup>186</sup> Manuel Afonso Vaz, *Direito Económico. A Ordem económica portuguesa*, 3ª ed. , Coimbra Editora, 1994, pg. 56.

<sup>187</sup> Considerando o contrato de trabalho prostitucional como ilícito, por ser ofensivo dos bons costumes (art. 280º, nº2, do Código Civil) e proibido pela incriminação do lenocínio – cfr. João Leal Amado, *Contrato de trabalho prostitucional ?*, Revista Questões Laborais, Ano IX, 2002, nº20, Coimbra Editora, pg. 238-240, embora discordando da proibição penal e repensando a prostituição como uma prestação de serviços remunerada classificada como uma atividade económica para efeitos dos Tratados da União Europeia, conforme julgou o Ac TJCE de 20. 11. 2001 (C-268/99), Coletânea 2001-11 (A), p. 18657.

<sup>188</sup> A Rede de Trabalho Sexual, constituída em Portugal por organizações da sociedade civil portuguesa que intervêm diretamente com a população que trabalha na prostituição, tem por objetivo a promoção dos direitos dos trabalhadores do sexo, argumento que justifica a sua opção por um modelo de regulamentação para a prostituição, reconhecendo-a como trabalho.

trabalho como meio de sustento de cada um e das suas famílias, mas também, por via dele, como forma de realização pessoal que liberta e dignifica <sup>189</sup>.

Neste sentido, a liberdade profissional prevista no art. 47º, nº1, da CRP, à semelhança da liberdade de empresa consagrada no art. 61º, nº1, da CRP, transportam para o domínio económico a concretização do valor do livre desenvolvimento da personalidade (art. 26º, nº1, da CRP), tendo como fundamento último a dignidade da pessoa humana (art. 1º, da CRP), pessoal e social (art. 13º, da CRP) <sup>190</sup>.

Com efeito, a criação e exercício da empresa, com a obtenção dos respetivos proventos, pode ser não apenas uma via de realização pessoal e profissional do empresário, mas também o seu único ou principal modo de vida.

Como noutros temas sociais fraturantes, como o são, por exemplo, o aborto ou o consumo de drogas, a questão não é ser a favor ou contra, mas antes e só o respeito pela livre opção de cada um (o direito a escolher) e dentro da sua opção assegurar que os seus direitos são garantidos.

A atividade profissional e empresarial da prostituição não pode ser tratada como se fosse uma e a mesma coisa, sujeita à mesma valoração, havendo ou não o consentimento livre da pessoa prostituída.

O reconhecimento e a regulamentação da atividade dos profissionais do sexo são ainda necessários para consagrar o direito à dignidade da pessoa humana <sup>191</sup>.

---

<sup>189</sup> Neste sentido advoga, contra a proibição absoluta do trabalho infantil, José Casalta Nabais, *Algumas reflexões críticas sobre os direitos fundamentais*, AB VNO AD OMNES – 75 anos da Coimbra Editora, 1998, Coimbra Editora, pg. 997-8.

<sup>190</sup> Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, Universidade Católica Editora, 2ª edição revista, anotação ao art. 61, pg. 856.

<sup>191</sup> Como escreve Mariana Gusso Krieger, *O direito fundamental ao trabalho e sua (estreita) relação com o direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, Revista Fórum Trabalhista: RFT, Belo Horizonte: Fórum, ano 1, n. 1, mar. /abr. 2012, pg. 82: “O direito fundamental ao trabalho aqui deve ser entendido como um direito de titularidade universal, que deve possuir eficácia interprivada, de que os indivíduos possam se realizar como pessoas através do trabalho, de alcançarem o binômio “contribuição e reconhecimento” por meio do trabalhar, desenvolvendo suas identidades; já o direito ao livre desenvolvimento da personalidade é aquele que pretende

O direito fundamental ao trabalho, incorporado nas normas de tutela direta da personalidade humana <sup>192</sup>, deve ser entendido como forma de realização pessoal que compreende necessariamente o direito de cada pessoa escolher, sem imposições, no mercado, o seu trabalho (art. 47º, da CRP), assim formando a sua identidade e se autorrealizando por intermédio dela no livre desenvolvimento da personalidade (art. 26º, nº1, da CRP, e art. 70º, do C. Civil) <sup>193</sup>.

Daqui resulta, como refere Diogo Leite de Campos <sup>194</sup>, que o Estado não só deve promover legislação nesse sentido, como as normas em sentido contrário serão inconstitucionais.

Ademais, como um direito social, o direito fundamental ao trabalho, traduzido em políticas públicas, deve estar incluído entre os objetivos e realizações do Estado como Estado social.

Ao Estado incumbe tentar suprir as diversas contingências que coartem a um cidadão a possibilidade prática de, por sua livre iniciativa e na situação existente, obter um trabalho ou profissão livre.

O direito ao trabalho previsto no art. 58º, nº1, da CRP, tem uma matriz pública, mas quando complementado com o direito geral de personalidade implica a liberdade de diligenciar pela obtenção de trabalho, proibições face a terceiros de ofensa da liberdade de obter trabalho e de ofensa do exercício de

---

reconhecer e proteger as condições para que os sujeitos possam desenvolver sua identidade e se autorrealizarem por intermédio dela”.

<sup>192</sup> Rabindranath Capelo de Sousa, *O Direito Geral de Personalidade*, 1995, Coimbra Editora, pg. 100.

<sup>193</sup> Neste sentido se compreende que na primeira revisão constitucional de 1982, o legislador constituinte tivesse deslocado a liberdade de profissão dos direitos fundamentais económicos, sociais e culturais (anterior art. 52º, nº3, da CRP) para o capítulo dos direitos, liberdades e garantias pessoais (art. 47º, nº1, da CRP), assim consagrando o reconhecimento, garantia e proteção dessa liberdade na sua dimensão subjetiva.

A liberdade de profissão (art. 47º, nº1, da CRP) constitui hoje um direito especial em relação ao direito geral de personalidade constitucionalmente consagrado (art. 26º, nº1, da CRP).

<sup>194</sup> Diogo Leite de Campos, *Lições de Direitos da Personalidade*, 2ª ed. , 1995, Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pg. 106-7.

trabalho, bem como a manutenção, com certos limites, da relação de trabalho constituída.

A liberdade de trabalho compreendida na liberdade fundamental consagrada no art. 27º, nº1, da CRP, implica o poder de autodeterminação de cada homem sobre a sua própria força de trabalho nomeadamente que cada pessoa possa escolher livremente o tipo de trabalho e que sejam ilícitas as ofensas de outrem às possibilidades de obtenção de trabalho quando ultrapassem os limites da adequação social e não se justifiquem pela defesa de um interesse jurídico igual ou superior<sup>195</sup>.

Elevado à categoria de direito, liberdade e garantia pessoal constitucionalmente consagrado, o direito à livre escolha de profissão e trabalho (art. 47º, nº1, da CRP) não pode sofrer qualquer restrição pela lei, salvo nos casos expressamente previstos na Constituição nos termos do seu art. 18º, nº2 e 3 (art. 17º, da CRP).

Da consagração constitucional da liberdade profissional e de trabalho, como princípio fundamental do Estado na sua dimensão social, decorre essencialmente a obrigação de se abster de promover qualquer política que direta ou indiretamente crie obstáculos ao acesso dos cidadãos às atividades laborais permitidas.

A liberdade profissional compreende a liberdade de escolha e de exercício de profissão ou género de trabalho, independente ou subordinado, que não seja considerado ilícito pela lei penal<sup>196</sup>, estando vedado ao Estado impedir qualquer indivíduo de escolher e exercer qualquer profissão ou trabalho para os quais tenha os necessários requisitos.

O conceito de profissão ou de género de trabalho abrange, no ensinamento de Gomes Canotilho e Vital Moreira, não apenas as profissões de conteúdo

---

<sup>195</sup> Rabindranath Capelo de Sousa, *O Direito Geral de Personalidade, ...*, pg. 279-280.

<sup>196</sup> João Zenha Martins, *Dos Pactos de Limitação ...*, pg. 60-1 e 65-6.

funcional estatutariamente definido, mas também toda e qualquer atividade não ilícita suscetível de constituir ocupação ou modo de vida <sup>197</sup>.

Neste sentido só são profissões, aquelas cuja atividade não é legalmente proibida ou contrária às leis penais. Constitui limite imanente da liberdade de profissão a licitude da respetiva atividade <sup>198</sup>.

Mas tal não significa que a tipificação de uma atividade criminosa possa ser exercida livremente no âmbito dos poderes de conformação do legislador, questionando-se aqui justamente a legitimidade constitucional da incriminação do lenocínio simples e, portanto, a própria ilicitude do trabalho associado a essa atividade.

Argumentar <sup>199</sup>, sem mais, que “o direito ao trabalho consagrado na lei fundamental não é o relativo à atividade criminosa”, é uma visão formal e simplista do problema de inconstitucionalidade quando está em causa aferir precisamente da legitimidade constitucional da ilicitude dessa atividade.

Como refere Jorge Miranda “é mister, sob pena de desvio de poder legislativo, estear a decisão legislativa num fundamento razoável. E não basta a alegação do interesse coletivo: é mister fazê-lo patente, tem de ser um interesse compatível com os valores constitucionais e só pode projectar-se sobre a liberdade de profissão na medida do necessário...Mas em nome do interesse colectivo nunca poderá frustrar-se o conteúdo essencial da liberdade de profissão no âmbito de uma sociedade democrática (art. 29º, nº2, da Declaração Universal), impondo a alguém certa profissão contra a sua vontade ou impedindo

---

<sup>197</sup> Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*,..., anotação ao art. 47º, pg. 654-5.

<sup>198</sup> Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, Coimbra Editora, 2ª edição, 2010, anotação ao art. 47º, pg. 965.

<sup>199</sup> Como o fez recentemente o Ac. Relação Porto de 28. 06. 2017 (Pedro Vaz Patto), in *www.dgsi.pt*, ao invocar que o direito ao trabalho constitucionalmente consagrado não é o relativo à atividade criminosa, para advogar a não inconstitucionalidade do crime de lenocínio simples à luz do art. 58º, nº1, da CRP.

arbitrariamente alguém (em especial, por motivos políticos ou ideológicos) de vir a exercer ou de continuar a exercer a sua profissão”<sup>200</sup>.

A liberdade de escolha de profissão só comporta, em geral, as restrições decorrentes da salvaguarda de outros direitos fundamentais (art. 18º, nº2, da CRP), matriz fundamental delimitadora da liberdade de conformação do legislador, não podendo as leis restritivas “diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais” (art. 18º, nº3, *in fine*, da CRP)

<sup>201</sup>.

Em consequência, as restrições à liberdade de escolha de profissão regulada no art. 47º, da CRP [e, portanto, em matéria de direitos, liberdades e garantias sujeitas à reserva de lei parlamentar ou de decreto-lei autorizado – art. 165º, nº1, alínea b), da CRP], só são admissíveis desde que teleologicamente vinculadas (interesse coletivo) e não violem o princípio da proibição de excesso (necessidade, exigibilidade e proporcionalidade).

Num Estado Social cuja ação, assente numa valoração ético-axiológica, persegue a concretização das condições materiais e objetivas potenciadoras da realização pessoal e autonomia individual de cada um, mostra-se especialmente perversa qualquer medida legislativa ou administrativa que direta ou indiretamente coarte injustificadamente a liberdade de escolha de profissão.

Ao fazê-lo, o Estado priva o indivíduo das condições materiais necessárias à sua existência e afronta a sua autonomia enquanto ser capaz de promover, de acordo com a sua livre escolha, a sua realização pessoal pela via mais conforme à sua dignidade enquanto indivíduo responsável e autodeterminado<sup>202</sup>.

---

<sup>200</sup> Jorge Miranda, *Liberdade de trabalho e profissão*, Revista de Direito e de Estudos Sociais, Ano XXX, 1988 (III da 2ª série), abril – junho nº2, pg. 160-1.

<sup>201</sup> Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada,...*, anotação ao art. 47º, pg. 656.

<sup>202</sup> João Pacheco Amorim, *Liberdade de Profissão e Direito ao Trabalho: Contributo para uma distinção entre duas figuras afins*, in Estudos Jurídicos em Homenagem ao Prof. Doutor António Motta Veiga, Coord. António José Moreira, Almedina, pg. 127.

Neste sentido salienta-se o destaque do direito ao trabalho (art. 58º) como o primeiro dos direitos económicos, sociais e culturais consagrados no Título III, na mesma posição em que o direito

Numa ordem de liberdade assente no respeito pela dignidade da pessoa humana, a realização pessoal também passa pela escolha e pelo exercício de uma atividade profissional, enquanto meio para a realização condigna de projetos pessoais de vida, de harmonia com o disposto no art. 26º da CRP (Ac TC nº155/2009).

Decisivo será, na perspetiva de Jorge Miranda e Rui Medeiros <sup>203</sup>, que “a escolha e o exercício de uma atividade profissional constitui em abstrato, além de uma forma de realização da personalidade, um meio de se granjear meios de subsistência ou um modo de autossustentação”.

Neste contexto a profissão deve ser entendida como uma ocupação de vida através da qual se realiza a personalidade e se granjeiam meios de subsistência, donde a garantia constitucional tanto da liberdade de escolha como de exercício da profissão (art. 47º, nº1, da CRP).

Nesse sentido, a criminalização indiscriminada da atividade profissional do lenocínio simples, na medida em que não tem por base a concretização de qualquer ideia de justiça social (interesse coletivo) ou sequer a necessidade de salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, constitui uma violação do princípio e direitos fundamentais da liberdade de escolha e direito a uma profissão por parte do proxeneta (art. 47º, nº1, da CRP) e concomitantemente, pelo lado de quem presta o trabalho sexual, da liberdade de escolha e direito ao trabalho (art. s 47º, nº1, e 58º, nº1, da CRP).

Argumentar com a jurisprudência do Ac. TC nº144/2004, de 10/03, que a restrição imposta pela criminalização do lenocínio à liberdade de exercício de profissão ou de atividade económica (art. 47º, nº1 e 61º, nº1, da CRP) tem por base valores e direitos associados à proteção da autonomia e da dignidade de outro ser humano, é não compreender que a incriminação em causa, fora das

---

à vida (art. 24º) se encontra no Título II dos direitos, liberdades e garantias, sendo aquele um pressuposto do próprio direito à vida, enquanto direito à sobrevivência.

<sup>203</sup> Cfr. *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, Coimbra Editora, 2ª edição, 2010, anotação ao art. 47º, pg. 965.

circunstâncias que a qualificam, abrangendo toda a atividade empresarial ligada à prostituição, independentemente do tipo de prostituição e da sua relação com a liberdade individual, tem mais de ofensivo dessa mesma autonomia e da dignidade<sup>204</sup>.

Como escreve Augusto Silva Dias<sup>205</sup> a propósito dos limites da intervenção penal, “descrições típicas abrangentes que não explicitam suficientemente de que modo as condutas provocam a perda ou a redução do valor da integridade pessoal para o seu titular, em que medida a afetação do bem jurídico traduz o “esquecimento” da essência pessoal do seu titular, acabam por misturar casos de coisificação com casos de objetivação voluntária do próprio ser humano, isto é, casos de negação da identidade pessoal com situações de exercício normal da liberdade”, havendo risco de confusão entre um Direito Penal do dano e um Direito Penal paternalista e “vitoriano”, centrado na tutela dos costumes”, como disso é exemplo flagrante a configuração atual do crime de lenocínio simples (art. 169º, nº1, do C. Penal).

Ao criminalizar um comportamento através de uma presunção, em nome de um bem jurídico suscetível de acordo pelo seu portador, como é o caso da liberdade sexual, cuja anuência torna lícita a conduta do terceiro e convoca à realização do próprio bem jurídico, o legislador está a “conformar-se com uma dada probabilidade de restringir o direito à liberdade do terceiro em nome de um direito que não sofreu perigo concreto e, além disso, com uma equivalente

---

<sup>204</sup> Mafalda Serrasqueiro, “Moral ou dignidade no lenocínio: Um crime à procura de um bem jurídico”, in *A Dignidade da Pessoa Humana na Justiça Constitucional* (Jorge Reis Novais/Tiago Fidalgo de Freitas), Almedina, 2018, pg.445 e ss, concluindo que, além de haver violação do nº2, do art.18, da CRP, há também violação do seu nº1, por “estar a ser violada a dignidade da pessoa que se prostitui, através da incriminação do proxeneta a quem livremente se associa, fazendo uso da individualidade, livre arbítrio, capacidade de orientação da vida sexual, do livre desenvolvimento da personalidade e correspondente liberdade geral de ação e, em consequência, da dignidade”.

<sup>205</sup> Cfr. *Reconhecimento e coisificação...*, pg. 123-4, recordando haver tipos de prostituição que resultam de uma escolha das pessoas, casos em que quem presta serviço sexual celebra livremente contrato com um estabelecimento onde desenvolve o seu trabalho, situações não excluídas do tipo previsto no art. 169º, nº1, do C. Penal, louvando-se o legislador em pruridos morais que uns perfilham outros não.

probabilidade de restringir o exercício desse mesmo direito por parte do seu portador – Ac TC nº134/2020, de 3/03.

O alargamento da incriminação a toda a atividade comercial ligada à prostituição, independentemente de qualquer ingerência na formação da vontade de quem se prostitui, visa exclusivamente punir uma profissão livremente escolhida e exercida e não a corrupção da vontade livre da vítima.

Por outro lado, a omissão de medidas legislativas tendentes a regulamentar a prostituição voluntária e a atividade profissional de exploração da mesma constitui uma inconstitucionalidade por omissão não apenas perante aquela liberdade e direitos fundamentais, mas também a incumbência do Estado de criar uma política de pleno emprego (art. 58º, nº2, al. a), da CRP) e de “assegurar a plena utilização das forças produtivas” (art. 81º, al. c), da CRP).

## **10. A atividade profissional sexual como liberdade à iniciativa económica**

A tutela do direito geral de personalidade (art. 26º, nº1, da CRP, e art. 70º, do C. Civil) abarca toda a atividade da personalidade humana, protegendo entre outros os bens jurídicos da vida, da integridade corporal, da saúde, da liberdade e da privacidade, todos destinados ao desenvolvimento de cada um como ser individual.

Pois bem, a liberdade de empresa consagrada no art. 61º, nº1, da CRP, projeta no modelo constitucional económico os valores do livre desenvolvimento da personalidade (art. 26º, nº1, da CRP) e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, da CRP), pessoal e social (art. 13º, da CRP).

Nas liberdades socioeconómicas que informam o direito fundamental da liberdade em geral consagrado no art. 27º, nº1, da CRP, decorrente da tutela constitucional geral da personalidade (art. 26º, nº1, da CRP, e art. 70º, do Código Civil), preponderam também as liberdades de iniciativa económica.

Assim se compreende que o direito de iniciativa privada seja expressamente considerado um direito económico e não apenas um princípio de organização económica.

A liberdade de iniciativa económica, prevista no texto internacional da CDFUE (art. 16º <sup>206</sup>), está consagrada como *direito*, cujo regime jurídico é equiparado aos direitos, liberdades e garantias (art. s 61º e 17º da CRP), e como *garantia institucional* da organização económica portuguesa (art. 82º). Trata-se de uma liberdade pertencente ao domínio dos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos e respetivas organizações (liberdade pessoal fundamental ao serviço da autonomia e da realização individuais), mas também um princípio fundamental de organização económica.

A iniciativa económica exerce-se livremente nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral (art. 61º, nº1, da CRP)

<sup>207</sup> .

Encontra-se sujeita ao enquadramento constitucional <sup>208</sup> e legal, mas este está vinculado aos ditames do *interesse geral* (art. 61º, nº1, da CRP) e enquanto

---

<sup>206</sup> O art. 16º da CDFUE dispõe: “É reconhecida a liberdade de empresa, de acordo com o direito comunitário e as legislações e práticas nacionais”.

<sup>207</sup> A propósito da efetiva tutela constitucional assegurada à liberdade de iniciativa económica, Vasco Moura Ramos, *O direito fundamental à iniciativa económica privada (art. 61º, nº1, da CRP) – Termos da sua consagração no direito constitucional português*, in BFDUC, vol. LXXVII, 2001, pg. 834, alerta para as dúvidas suscitadas, por esta remissão vaga e imprecisa para o legislador.

Defendendo que estamos perante a remissão para uma lei harmonizadora dos valores e princípios constitucionais (e não conformadora), o Autor conclui que “num Estado Social de Direito nada justifica que seja permitido ao legislador conformar como bem entenda um dos direitos inerentes à própria dignidade da pessoa humana, devendo a sua intervenção limitar-se à harmonização dos mesmos como outros valores ou bens constitucionalmente protegidos” - cfr. ob. cit. , pg. 862-5 e 870.

<sup>208</sup> O quadro constitucional encontra-se consagrado em duas vertentes:

1. como direito pessoal abrangendo a liberdade de iniciar uma atividade económica (direito à empresa, liberdade de criação de empresas, liberdade de investimento, liberdade de estabelecimento);

2. como direito institucional incluindo a liberdade de organização, gestão e atividade da empresa (liberdade de empresa; liberdade do empresário) -cfr art. s 80º, al. c), 82º, nº2, e 86º, da CRP.

liberdade análoga aos direitos, liberdades e garantias fundamentais do Título II, Parte I, é-lhe aplicável o regime geral destas, por força do disposto no art. 17º, da CRP, em especial o constante dos art. s 12º e 18º <sup>209</sup>.

A deslocação da liberdade de iniciativa económica da Parte II, onde constava no texto originário da Constituição, para a Parte I, concretamente o art. 61º, aquando da Revisão de 1982, deixou clara a sua dupla dimensão: liberdade individual ou pessoal e liberdade institucional ou liberdade-princípio organizativo que a Revisão de 1997, ao introduzir a atual alínea c), do art. 80º, veio desenvolver, reafirmando o valor da liberdade empresarial como princípio de organização económico-social.

Isto porque a empresa, além da dimensão pessoal equiparável à liberdade profissional do art. 47º, tem também, num Estado social de direito, uma dimensão social e económica.

O art. 80º da CRP consagra as normas-princípios fundamentais da organização económico-social da República Portuguesa dirigidos primeiramente ao legislador, “limitando-o no seu âmbito de liberdade de conformação politico-legislativa”, em vista do cumprimento das incumbências fundamentais do Estado enunciadas no art. 9º da CRP e melhor desenvolvidas, no âmbito económico e social, no seu art. 81º <sup>210</sup>, também estas estabelecidas como linhas conformadoras da atividade política e legislativa, quer como princípios-diretivas constitucionais

---

A liberdade de iniciativa económica compreende a “liberdade de criação de empresas e da sua gestão”, a “liberdade de investimento ou de acesso” a determinada atividade económica, a “liberdade de organização” e a “liberdade de contratação ou liberdade negocial”.

<sup>209</sup> Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, Universidade Católica Editora, 2ª edição revista, anotação ao art. 17º, pg. 144, e art. 61, pg. 856-7; Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, . . . , pg. 373-4 e 789; Vasco Moura Ramos, “O direito fundamental à iniciativa económica privada ...”, BFDUC, vol. LXXVII, 2001, pg. 835.

<sup>210</sup> Aqui se destacam como incumbências prioritárias do Estado, no âmbito económico e social: promover o aumento do bem-estar social e económico e da qualidade de vida das pessoas, em especial das mais desfavorecidas, no quadro de uma estratégia de desenvolvimento sustentável (al. a)); promover a justiça social, assegurar a igualdade de oportunidades e operar as necessárias correções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento, nomeadamente através da política fiscal (al. b)).

impositivos da atuação estadual, quer como normas programáticas definidoras dos respetivos fins ou tarefas <sup>211</sup>.

Constitui um princípio fundamental, em matéria de organização económico-social, a liberdade de iniciativa e de organização empresarial no âmbito de uma economia mista (privada, cooperativa e autogestionária - art. 80º, al. c), da CRP.

A liberdade de iniciativa económica compreende o direito a empreender novas atividades, por via da criação e da gestão de empresas, e de contribuir com fatores de capital e empresa <sup>212</sup>.

Através da liberdade de iniciativa económica garante-se o poder de autodeterminação de cada um sobre as suas capacidades de reunião dos elementos de produção de outros bens ou serviços e o seu direito de livre acesso em condições de igualdade à iniciativa da produção económica, o que implica nomeadamente a defesa das capacidades pessoais e dos direitos a projeções socioeconómicas de cada um para iniciar e prosseguir livremente qualquer atividade económica legalmente admitida, sobretudo, face a impedimentos e perturbações de outrem <sup>213</sup>.

Neste particular a personalidade humana é também tutelada nas qualidades e aptidões pessoais empresariais de cada um sobre a iniciativa, organização,

---

<sup>211</sup> Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo II, Coimbra Editora, 2006, anotação aos art. s 80º e 81º, pg. 12 e 18.

Na afirmação de Rui Guerra da Fonseca, *Comentário à Constituição Portuguesa*, II vol. , Organização Económica, Almedina, anotação ao art. 80º, pg. 21, a função estruturante dos princípios da organização económico-social projeta-se tanto numa vertente *operativa* (porque todos os órgãos encarregados da aplicação do direito não podem deixar de respeitar, enformando toda a sua atividade, seja em atividades interpretativas, seja em atos inequivocamente conformadores como as leis e atos políticos) como numa vertente *programática* (porque o poder político legislativo deve conduzir o exercício das suas competências no sentido da progressiva concretização inovadora da ideia de direito e de justiça subjacente aos vários princípios).

<sup>212</sup> Diferentemente do art. 47º, nº1, da CRP, que consagra o exercício da atividade profissional autónoma, sem carácter empresarial, o art. 61º, nº1, da CRP, estabelece uma iniciativa de carácter económico-produtiva de carácter empresarial cuja atividade, exercida de modo individual ou coletivo, se encontra prevista no art. 86º, da CRP, envolvendo, portanto, uma organização autónoma constituída para a produção e a comercialização de bens ou a prestação de serviços – a empresa, englobada na iniciativa particular mencionada no art. 80º, al. c), da CRP.

<sup>213</sup> Rabindranath Capelo de Sousa, *O Direito Geral de Personalidade*, ..., pg. 280-1.

controlo e planeamento da produção económica (ex. iniciativa mercantil, sentido de lucro, adaptação ao mercado).

Por força da equiparação da liberdade de iniciativa económica às liberdades fundamentais, por força do disposto no art. 17º, da CRP, resulta serem titulares da liberdade de empresa, nos termos do art. 12º, da CRP, não apenas as pessoas singulares (nº1), mas também as pessoas coletivas, na medida em que isso seja compatível com a sua natureza (nº2), sendo estas instrumento de realização de interesses individuais e transindividuais.

Não apenas os cidadãos nacionais (art. 12º, nº1) e pessoas coletivas com sede em Portugal (art. 12º, nº2), mas também, por força da equiparação estabelecida no art. 15º, os cidadãos estrangeiros residentes em Portugal, especialmente os cidadãos da União Europeia (art. 20º, nº1, do T. F. U. E. ), os quais gozam dos direitos e liberdades dos cidadãos nacionais, de acordo com o princípio do tratamento nacional ou da proibição de discriminações em razão da nacionalidade, consagrados em geral no art. 18º e em especial no art. 49º, do T. F. U. E. .

Tanto mais que os cidadãos comunitários gozam dos direitos e liberdades previstas nos respetivos Tratados (art. 20º, nº2, do T. F. U. E. ), entre eles constando o direito ou liberdade de estabelecimento (art. s 49º ss<sup>214</sup>), a liberdade de prestação de serviços (art. s 56º e ss) e, ainda, a liberdade de circulação de capitais (art. s 63º e ss), todos de aplicação direta, podendo qualquer interessado invocá-los, sob o primado do direito da União.

De harmonia com os art. s 54º e 62º, do T. F. U. E. , as sociedades e entidades similares constituídas em conformidade com a legislação de um Estado-membro e com sede, administração central ou estabelecimento principal na União –

---

<sup>214</sup> Nos termos do art. 49º, são proibidas as restrições à liberdade de estabelecimento dos nacionais de um Estado-membro no território de outro Estado-membro.

Por seu turno, “a liberdade de estabelecimento compreende tanto o acesso às atividades não assalariadas e o seu exercício, como a constituição e a gestão de empresas e designadamente de sociedades, na aceção do segundo parágrafo do artigo 54º”.

equiparam-se, para este efeito, àquelas nacionais de qualquer dos Estados-membros.

A criminalização do exercício empresarial da atividade profissional de prestação de serviços sexuais, a inadmissibilidade legal da emissão de licenças administrativas para funcionamento de estabelecimentos de prostituição, a ilicitude de celebração de contratos de trabalho e a exclusão dos profissionais do sexo como contribuintes e beneficiários do sistema tributário e de proteção social<sup>215</sup>, são alguns dos vários constrangimentos à liberdade de iniciativa económica em matéria de prostituição.

O Estado Português é um Estado social radicado, em termos gerais, na defesa da justiça social e na prossecução da igualdade material, o que melhor se expressa no elenco das incumbências prioritárias de toda a atividade política em geral (art. 9º, da CRP) e da atividade económica e social em especial (art. 81º, da CRP).

A assunção deste modelo à luz da CRP (Estado social e democrático de direito adotado pelo art. 2º da CRP) obriga o legislador a moldar a realidade normativa constitucional e infraconstitucional aos princípios fundamentais aludidos e aos fins ou tarefas fundamentais do Estado (art. s 9º e 81º, da CRP), sabido que uns e outros transportam para a Constituição económica, dogmaticamente autonomizada, a matriz estruturante do Estado de direito democrático (democracia económica e social – art. 2º, da CRP), assente no valor supremo da dignidade da pessoa humana (art. 1º, da CRP)<sup>216</sup>.

Nesse sentido, a criminalização indiscriminada da exploração empresarial de formas de prostituição voluntária (lenocínio simples), na medida em que não tem

---

<sup>215</sup> A existência de uma economia paralela que não paga impostos ao Estado leva a que os profissionais do sexo também não possam exigir da mesma forma os legítimos direitos que os contribuintes têm (o que viola os art. s 101º, 103º e 104º, da CRP), sabido que a exclusão do direito à proteção social e reforma por parte das prostitutas viola o art. 63º, nº1, da CRP.

<sup>216</sup> Como escreve, Rui Guerra da Fonseca, *Comentário à Constituição Portuguesa*, II vol. , Organização Económica, Almedina, anotação ao artigo 80º, pg. 24, num Estado de direito democrático, onde a dignidade da pessoa humana constitui o verdadeiro fundamento e limite de existência do próprio Estado, “a Constituição económica não pode apreender-se validamente fora do quadro dos direitos fundamentais”.

por base a concretização de qualquer ideia de justiça social (interesse geral), constitui uma violação clara do princípio e direito fundamental da liberdade de iniciativa económica (art. 61º) e especialmente do princípio fundamental, em matéria de organização económico-social, da liberdade de iniciativa e de organização empresarial (art. 80º, al. c), da CRP.

Tanto mais que o Estado de direito democrático se baseia, à luz do art. 2º da CRP, não apenas no “respeito” mas também na efetividade prática ou “garantia de efetivação” dos direitos e liberdades fundamentais entre eles, como referido, a liberdade de profissão/trabalho (art. 47º, nº1, da CRP) e a liberdade de empresa (art. 61º, nº1, da CRP), sabido que uma e outra incluem tanto a escolha da atividade a exercer como o seu exercício <sup>217</sup>.

A efetividade prática destas liberdades obriga o Estado a criar ou pelo menos permitir a criação de condições institucionais para o seu livre e efetivo exercício, sem obstar a que a sociedade o faça, reconhecendo-lhe autonomia necessária para o efeito.

É certo que a liberdade profissional/trabalho (art. 47º, nº1, da CRP) e a liberdade de empresa (art. 61º, nº1, da CRP) têm em comum, além da garantia constitucional do acesso e do exercício da atividade, a existência de limites ou restrições legais impostas pelo *interesse geral ou coletivo* (além, da capacidade profissional do agente).

Em qualquer dos casos compete ao legislador a declaração daquilo que é interesse geral ou coletivo e o estabelecimento das restrições correspondentes, nos termos do art. 18º, nºs 2 e 3, da CRP.

Dada a dimensão pessoal dessas liberdades fundamentais e sendo a regra a liberdade de iniciativa (“*exerce-se livremente*”, nº1, do art. 61º, da CRP), as

---

<sup>217</sup> A liberdade de iniciativa privada compreende o direito de escolha da atividade económica a desenvolver (liberdade de investimento ou de acesso) e a liberdade de determinação do modo com a atividade vai ser desenvolvida (liberdade de organização) e a liberdade de estabelecer relações jurídico e de fixar, por acordo, o seu conteúdo (liberdade de contratação ou negocial) - cfr. António Carlos dos Santos, Maria Eduarda Gonçalves e Maria Manuel Leitão Marques, *Direito Económico*, 5ª ed., Coimbra, 2004, pg. 46.

limitações ou restrições terão de ser justificadas à luz do princípio da proporcionalidade (aplicável quer à função administrativa quer à função legislativa, como decorre dos art. s 266º, nº2, e 18º, nº2, da CRP) e sempre com respeito de um núcleo essencial <sup>218</sup>.

Embora a liberdade em causa esteja sujeita aos limites traçados pela Constituição e ao poder conformador do legislador <sup>219</sup>, este poder não é ilimitado. Há um conteúdo essencial de liberdade inatacável, sujeito ainda a harmonização com outros princípios constitucionais estruturantes do Estado de direito democrático, como o princípio da proporcionalidade <sup>220</sup>, que implicam a salvaguarda desse reduto mínimo de liberdade, quer em relação à Administração (art. 266º, nº2, da CRP), quer relativamente ao poder legislativo (art. 18º, nº2, da CRP) sobretudo quando o incumprimento das limitações ou restrições são acompanhadas de sanções penais, caso em que intervêm ainda os princípios gerais da necessidade e subsidiariedade do direito penal.

---

<sup>218</sup> Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, Universidade Católica Editora, 2ª edição revista, anotação ao art. 61, pg. 866 e Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, ..., anotação ao art. 61, pg. 790.

<sup>219</sup> Na jurisprudência do Tribunal Constitucional, essa liberdade de conformação do legislador só deve ser censurada, com fundamento na violação do princípio da proporcionalidade, quando a opção legislativa seja manifestamente arbitrária ou excessiva (Ac TC 99/2002); se traduza num manifesto incumprimento da proibição de excesso (Ac TC 187/2001).

Nesta interpretação mais ampla do poder conformador do legislador não surpreende que o Tribunal Constitucional tenha concluído na generalidade dos casos pela não violação da garantia constitucional da liberdade de empresa prevista no art. 61º, nº1, da CRP, mesmo quando convocado para a sua apreciação o princípio da proporcionalidade.

<sup>220</sup> Nos limites à liberdade conformadora do legislador, no ensinamento de Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, Universidade Católica Editora, 2ª edição revista, anotação ao art. 61, pg. 872, “incluem-se os decorrentes do princípio da pluralidade de sectores e de iniciativas (art. 80º, alíneas b) e c)), da igualdade (art. 13º), da proporcionalidade (art. s 2º e 18º, nº2), do equilíbrio (art. 81º, alíneas d), f) e m)), da eficiência económica e da concorrência (art. 81º, alínea f) e 99º, alíneas a) a c)), entre outros, e também da salvaguarda dos direitos e liberdades fundamentais, incluindo os da propriedade privada (art. 62º), etc, e a própria *liberdade de empresa*, na sua dupla dimensão, de liberdade fundamental pessoal e institucional ou sistémica (de princípio de liberdade pessoal e socioeconómica)”.

Em suma, enquanto liberdade fundamental e princípio constitucional, a liberdade de empresa impõe-se ao próprio legislador ordinário e quaisquer limitações ou restrições legais da mesma pressupõem <sup>221</sup> que:

(1) ficam sujeitas à reserva de lei (artigo 61.º, nº1);

(2) têm de ser justificadas pela existência e salvaguarda de um outro valor, direito ou interesse que, além de explícito ou reconhecível, possua uma relevância pelo menos equiparada à liberdade em causa <sup>222</sup>; e

(3) devem respeitar, em especial, o princípio da proporcionalidade, como decorrência do princípio do Estado de direito - art. 2º <sup>223</sup>.

Em suma, são igualmente válidos para as restrições ao direito de iniciativa económica os requisitos gerais das restrições aos direitos fundamentais (art. 18º, da CRP).

Na jurisprudência do T. J. C. E. as restrições ao direito ou liberdade de estabelecimento (art. 49º, do T. F. U. E. ) só poderão ser justificadas quando ocorrer uma razão imperiosa de interesse geral e se respeitarem o princípio da

---

<sup>221</sup> A liberdade de iniciativa privada compreende o direito de escolha da atividade económica a desenvolver (liberdade de investimento ou de acesso) e a liberdade de determinação do modo com a atividade vai ser desenvolvida (liberdade de organização) e a liberdade de estabelecer relações jurídico e de fixar, por acordo, o seu conteúdo (liberdade de contratação ou negocial) - cfr. António Carlos dos Santos, Maria Eduarda Gonçalves e Maria Manuel Leitão Marques, *Direito Económico*, 5ª ed., Coimbra, 2004, pg. 46.

<sup>222</sup> A liberdade de iniciativa económica privada encontra-se expressamente vinculada à função do interesse geral (nº1), o que destaca a sua “funcionalização” constitucional.

Esta restrição baseada no “*interesse geral*” prevista no art. 61º, nº1, da CRP, convoca no ensinamento de António Carlos dos Santos/ Maria Eduarda Gonçalves/ Maria Manuel Leitão Marques, *Direito Económico*, 5ª ed., Coimbra, 2004, pg. 39 e 47, a consideração dos direitos fundamentais dos indivíduos que possam ser afetados pelo funcionamento do mercado, designadamente, os direitos dos trabalhadores e dos consumidores, podendo afirmar-se que a liberdade de iniciativa privada está constitucionalmente “funcionalizada à satisfação de exigências socioeconómicas”.

<sup>223</sup> Sobre o direito de iniciativa privada e seus limites, o Tribunal Constitucional tem afirmado que as restrições à iniciativa privada, além do seu carácter geral e abstrato e a proibição da retroatividade, devem ser apenas as necessárias e adequadas à proteção de outros valores constitucionais, respeitando o princípio da proporcionalidade e devem respeitar o conteúdo essencial do preceito constitucional.

proporcionalidade, sendo ainda necessário que (1) as medidas restritivas não sejam aplicadas de forma discriminatória; (2) devem ser justificadas por exigências imperiosas de interesse público; (3) devem ser adequadas para atingir os fins visados; (4) devem circunscrever-se ao necessário para atingir esses fins <sup>224</sup>.

No respetivo âmbito pessoal ou individual, a liberdade de iniciativa económica constitui, como referido, uma liberdade fundamental análoga aos direitos, liberdades e garantias, aplicando-se, então, o regime material destes nomeadamente o artigo 18.º, nº2, da CRP.

No mais, o Estado e, portanto, o poder legislativo têm o dever geral não só de promover a efetividade da liberdade económica em questão, como lhes compete “evitar *efeitos restritivos excessivos* decorrentes da conformação do sistema, observando, nomeadamente o princípio da proporcionalidade” <sup>225</sup>.

Ora, a proibição do empresário (proxeneta) comercializar a atividade de prestação de serviços sexuais constitui uma restrição jurídico-constitucionalmente relevante já que, através da incriminação, o Estado aniquila totalmente a livre opção pelo exercício dessa atividade económica empresarial.

Essa restrição ou limitação, sob a forma de sanção penal, não é justificada pela existência e salvaguarda de outro valor, direito ou interesse com relevância sequer equiparável à liberdade fundamental em causa ou, pelo menos, apresenta-se como desproporcionada, senão mesmo desnecessária, à tutela de outros valores jurídicos relevantes.

A dignidade da pessoa humana, o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade e a liberdade geral de ação, que nelas se funda, conferem ao cidadão uma posição jurídico-constitucional de não ver restringida

---

<sup>224</sup> Ac TJCE de 31. 03. 1993 (C-19/92, caso *kraus*, nºs 32 e 37) e Ac TJCE de 30. 09. 2003 (C-167/02, caso *Inspire Art*, nº 133).

<sup>225</sup> Jorge Miranda e Rui Medeiros, in *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, Universidade Católica Editora, 2ª edição revista, anotação ao art. 61, pg. 872.

a sua liberdade a não ser quando necessário para a prossecução, por parte do Estado, de outros valores igualmente dignos de proteção jurídica <sup>226</sup>.

A exploração empresarial ou profissional da prostituição voluntária, alicerçada em bases voluntárias e contratuais, situa-se claramente no domínio da liberdade de empresa e de profissão <sup>227</sup>.

## 11. A atividade profissional sexual e o direito à segurança social

O sistema público de segurança social é, além do mais, universal (art. 63º, nº1, da CRP, e art. 6º da Lei de Bases da Segurança Social, aprovada pela Lei nº4/2007, de 16 de janeiro, com a alteração da Lei nº83-A/2013, de 30 de dezembro), no sentido de que deve abranger todas as pessoas, independentemente da sua situação profissional - trabalhadores assalariados, trabalhadores autónomos, etc.

Os direitos sociais, como o direito à proteção da saúde, o direito à habitação, o direito ao trabalho, o direito ao ensino e o direito à segurança social, neste incluído o reconhecimento de um direito a não ser privado arbitrariamente do acesso ou do recebimento de certas prestações e/ou o direito a não ser privado de prestações correspondentes a um mínimo considerado essencial a uma existência condigna, são hoje tidos num Estado de direito como direitos fundamentais por força da sua relevância material enquanto exigências concretizadoras da dignidade da pessoa humana (dimensão social da dignidade) <sup>228</sup>.

---

<sup>226</sup> Jorge Reis Novais, *As restrições aos direitos fundamentais ...*, pg. 732.

<sup>227</sup> Augusto Silva Dias, *Reconhecimento e coisificação ...*, pg. 130.

<sup>228</sup> Daí a generalidade da doutrina reconhecer a indissociabilidade entre a dignidade da pessoa humana e a existência de direitos fundamentais prestacionais.

Nessa perspetiva, Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6ª Ed. , Coimbra, Almedina, 1993, pg. 508, reafirma que “o ‘rendimento mínimo garantido’, as ‘prestações de assistência social básica’, o ‘subsídio de desemprego’ são verdadeiros direitos sociais originariamente derivados da constituição sempre que eles constituam o *standard* mínimo de existência indispensável à fruição de qualquer direito”.

Neste sentido, Júlio Rodrigues Coelho Neto, *Dignidade social...*, vol. 1, pg. 221, deixa vincado que “se os direitos fundamentais baseiam-se na dignidade humana e seu propósito último é de

Nesse sentido compete ao Estado não apenas o dever de respeitar e proteger o acesso a tais bens que os particulares já alcançaram através de meios próprios, tal como o faz com os bens protegidos por direitos de liberdade (dimensão negativa dos direitos sociais no âmbito dos deveres estatais de respeito), como também o dever de realizar as prestações destinadas a promover o acesso efetivo a esses bens económicos, sociais ou culturais a quem não dispõe de recursos próprios para os alcançar (deveres estatais de proteção) <sup>229</sup>.

Reconhecido como direito análogo aos direitos, liberdades e garantias fundamentais do Título II, Parte I, ao direito à segurança social é aplicável o regime geral daqueles, por força do disposto no art. 17º, da CRP, em especial o constante dos art. s 12º e 18º, da Lei Fundamental <sup>230</sup>.

É também um direito integral, ou seja, deve proteger as pessoas em relação a todos os eventos e fatores de risco relevantes (a doença, a velhice, a invalidez, o desemprego, etc – art. 63º, nº3, da CRP <sup>231</sup>), garantindo a todo o cidadão a percepção de uma prestação proveniente do sistema de segurança social que lhe possibilite uma subsistência condigna nessas situações e não apenas o direito a um

---

proteção e promoção do ser humano como ser inerentemente digno, ambos os motivos evidenciam que os direitos prestacionais não podem ser excluídos do catálogo material de direitos fundamentais, pois a total exclusão social, ao retirar a dignidade do excluído, retira dele a própria qualidade de ser humano”.

Da proteção da dignidade da pessoa humana decorrem, enquanto incumbência do Estado, não apenas exigências de omissão de todos os comportamentos atentatórios da dignidade, mas fundamentalmente “a necessidade de prestações estatais que permitam uma existência autodeterminada, sem o que a pessoa, obrigada a viver em condições de penúria extrema, se veria involuntariamente transformada em ‘mero objeto do acontecer estatal’ e, logo, com igual violação do princípio” – cfr. Jorge Reis Novais, *Os princípios estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, 2004, pg. 64.

<sup>229</sup> Jorge Reis Novais, *Direitos Sociais – Teoria jurídico dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*, Coimbra Editora, 2010, pg. 42.

<sup>230</sup> Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, Universidade Católica Editora, 2ª edição revista, anotação ao art. 17º, pg. 145.

<sup>231</sup> Neste direito fundamental de natureza social, todos têm o direito a ver supridas “todas as situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho – princípio da proteção integral do sistema de segurança social.

mínimo de sobrevivência que sempre haveria de se extrair do princípio da dignidade da pessoa humana condensado no art. 1º da CRP (Ac TC nº349/91) <sup>232</sup>.

Deste reconhecimento jurídico-constitucional do acesso individual a bens jusfundamentais sociais resulta uma vinculação e subordinação jurídica dos poderes constituídos, sob pena de inconstitucionalidade, mas sobretudo para os respetivos titulares uma posição de vantagem traduzida normativamente em correspondentes pretensões subjetivas, quer no âmbito da dimensão positiva de prestações de carácter fáctico, quer no âmbito dos direitos negativos, isto é, direitos ou deveres do Estado não interferir ou não afetar negativamente o acesso já concedido ou a que o particular já acede <sup>233</sup>.

Sucedo que o empresário do sexo que explora a prostituição de outrem não pode inscrever, nem o faria sob a espada da sanção penal, o início e exercício dessa atividade perante a administração fiscal e conseqüentemente fazer descontos para a Segurança Social, quer próprios, quer por conta da trabalhadora sexual assalariada.

Isto apesar do comportamento ambíguo do Estado, que mais bem “travestido”, também aproveita pela mão da administração fiscal os impostos e contribuições sociais provenientes da prostituição, mesmo quando se trata do tributo de rendimentos ou atos ilícitos (art. 10º da Lei Geral Tributária), para logo castigar, com a sanção penal, o proxeneta que nela auxilie, a pretexto de considerar a prostituição incompatível com a dignidade da pessoa humana, sem - todavia - a considerar ilícita <sup>234</sup>.

---

<sup>232</sup> Concretamente no que concerne à velhice e invalidez, o art. 63º, nº4, da CRP, consagra o direito ao aproveitamento total do tempo de trabalho, independentemente do setor de atividade em que tiver sido prestado, tido como um direito de estrutura análoga à dos direitos, liberdades e garantias (Ac TC 411/99) beneficiando, assim, do seu regime geral por força do art. 17º da CRP – cfr. Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, Universidade Católica Editora, 2ª edição revista, anotação ao art. 63, pg. 634-5.

<sup>233</sup> Jorge Reis Novais, *Direitos Sociais ...*, pg. 63.

<sup>234</sup> Incongruência que foi exposta no Acórdão do TEDH, no caso *Tremblay c/ França*, de 11. 09. 2007, sobre o pagamento das contribuições sociais decorrentes da atividade de prostituição.

A impossibilidade das prostitutas assalariadas efetuarem descontos enquanto trabalhadoras do sexo e mesmo a inviabilização do recurso ao crédito bancário nomeadamente para habitação, por incapacidade de provar a obtenção de rendimentos, constitui um forte comprometimento do exercício pleno da cidadania <sup>235</sup>.

A exclusão arbitrária dos profissionais do sexo de participarem dos direitos/deveres e prestações sociais baseados no exercício da atividade profissional, a partir da comparticipação das respetivas contribuições (princípio da contributividade), constitui uma restrição injustificada do direito fundamental social previsto no art. 63º da CRP, mormente na vertente da universalidade e integralidade do sistema de segurança social, bem assim do próprio princípio fundamental do Estado de direito (social) obrigado a respeitar, mas também garantir, os direitos sociais de todos os cidadãos (art. 2º, da CRP).

O direito à segurança social é um direito social de natureza positiva cuja realização exige o fornecimento de prestações sociais por parte do Estado, impondo-lhe verdadeiras obrigações de fazer e de prestar (nº2, do art. 63º, da CRP), cujo incumprimento se traduz numa inconstitucionalidade por omissão.

Sendo extensível aos direitos sociais o regime específico dos direitos, liberdades e garantia, por força do disposto no art. 17º, da CRP, a afetação dos direitos sociais, em especial do direito à segurança social, deve ser vista como uma restrição de direito fundamental sujeita aos critérios próprios de controlo da constitucionalidade <sup>236</sup>.

Dentro da liberdade de conformação legislativa, o legislador ordinário pode afetar ou restringir um direito social como o direito à segurança social. Mas, tratando-se da restrição a um direito fundamental deve ser jurisdicionalmente controlada como tal e, portanto, essa lei tem de ter uma justificação *forte* e tem de

---

<sup>235</sup> Alertando para essa realidade sociológica, pela discriminação no acesso ao crédito bancário e à segurança social – cfr. Ana Isabel Sani, *Temas em Vitimologia: Realidades Emergentes na vitimação e respostas sociais*, Coimbra: Almedina, maio 2011, pg. 185.

<sup>236</sup> Jorge Reis Novais, *Direitos Sociais...*, pg. 361-3.

respeitar os princípios estruturantes de Estado de direito, sob pena de inconstitucionalidade <sup>237</sup>.

A dignidade da pessoa humana como parâmetro deontológico da atividade prestacional do Estado, quer sob a forma de proteção do conteúdo essencial dos direitos prestacionais, quer como garantia de um mínimo para uma vida digna, é necessariamente vinculada ao princípio da proporcionalidade <sup>238</sup>.

Uma lei que afete desproporcional, desnecessária ou excessivamente um direito social é inconstitucional, por violação das normas constitucionais e dos princípios estruturantes de Estado de direito, tal como o será uma lei individual e concreta que afete desvantajosamente um direito social, por violação do princípio da igualdade na conceção de dignidade social da pessoa humana.

São os chamados *limites aos limites* dos direitos fundamentais <sup>239</sup>.

Esta exclusão arbitrária do sistema previdencial da segurança social (dito participado, art. s 50º ss, da Lei de Bases da Segurança Social), que inclui a proteção social nas eventualidades de doença, maternidade, paternidade, adoção, desemprego, acidentes de trabalho e doenças profissionais, invalidez, velhice e morte (art. 52º da Lei de Bases da Segurança Social), ainda que a substituição não seja uma atividade ilícita, constitui ainda uma violação do princípio constitucional da igualdade (art. 13º, da CRP e art. 7º da Lei de Bases da Segurança Social).

Com efeito, não se encontra fundamentação material bastante para essa desigualdade em matéria de direito e deveres sociais fundamentais (art. 63º, da CRP), constituindo ainda uma violação do princípio fundamental da dignidade

---

<sup>237</sup> Jorge Reis Novais, *Direitos Sociais...*, pg. 396.

<sup>238</sup> Júlio Rodrigues Coelho Neto, *Dignidade social...*2014, vol. II, pg. 325.

<sup>239</sup> Como sejam o princípio da dignidade da pessoa humana (refletido na garantia do conteúdo essencial ou mínimo constitucionalmente exigível), o princípio da igualdade (refletido na proibição de leis restritivas individuais e concretas), o princípio da proteção da confiança (refletido na proibição da retroatividade das leis restritivas) e o princípio da proibição do excesso e da proteção insuficiente, nas dimensões da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito (refletido na proibição de leis restritivas desnecessárias ou desproporcionais e na garantia do conteúdo essencial).

da pessoa humana a privação absoluta do direito à segurança social por falta de contribuições sociais.

Não obstante a liberdade de conformação político-legislativa, tal não significa que este direito fundamental de natureza social esteja à mercê do legislador infraconstitucional, visto não ser total a sua margem de conformação.

Mais uma vez a moral se cruza no caminho dos direitos fundamentais, com consequências facilmente imagináveis para a degradação da pessoa humana impossibilitada de aceder, como trabalhador(a), ao sistema público de segurança social.

A pretexto de garantir o que entende ser a *otimização da felicidade* e de uma existência digna para si, o Estado retira-lhe o trabalho, os direitos sociais prestacionais e a cidadania, quando tinha o dever de pelo menos não afetar o acesso aos bens já assegurados, através de meios próprios, pelos particulares, caso em que não entra em contas o princípio da *reserva do financeiramente possível* tão caro à realização dos direitos sociais positivos.

Tudo com reflexo imediato na autonomia privada do empresário e trabalhador(a) do sexo, “pois a limitação da liberdade de opção ou liberdade de gestão económica condiciona evidentemente o campo das liberdades jurídicas negociais a ele inerentes”<sup>240</sup>.

Aqui chegados, salta aos olhos que a restrição injustificada do acesso à segurança social no quadro do trabalho sexual constitui uma inconstitucionalidade resultante da violação do princípio da igualdade, enquanto proibição do arbítrio, em manifesta contradição com os objetivos da norma constitucional, por força de uma intenção discriminatória de índole moralista subjacente à incriminação.

Para efetivar os seus deveres de proteção junto dos grupos sociais mais desfavorecidos o Estado privilegia a política criminal e negligencia as suas obrigações no âmbito da segurança social (dimensão positiva dos direitos

---

<sup>240</sup> Ana Prata, *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*, Almedina, pg. 207.

fundamentais) numa concessão diferenciada de prestações a diferentes categorias de prostitutas, sem justificação material relevante para a diferenciação entre a prostituição independente e a subordinada.

Isto apesar de lhe estarem vedadas quaisquer ingerências indevidas na esfera dos bens jurídicos fundamentais (dimensão negativa dos direitos fundamentais), encontrando-se o poder público constitucionalmente vinculado não apenas pela proibição de excesso, mas também pela proibição de insuficiência de proteção social, onde o princípio da proporcionalidade não pode deixar de ser chamado como critério aferidor da legitimidade constitucional desta restrição de um direito fundamental.

Neste plano, e mais uma vez, a exclusão do trabalho sexual subordinado do âmbito do sistema de segurança social previdencial constitui uma restrição de um direito fundamental desproporcionada perante a vantagem de evitar o perigo de lesão da liberdade e autodeterminação sexual fora dos casos da prostituição forçada.

A igual dignidade social entre as pessoas impõe ao Estado o respeito pela liberdade de cada um tomar as decisões sobre o seu destino e garantir-lhe as ações prestacionais necessárias a assegurar a sua capacidade real de ser autónomo, cientes que numa sociedade profundamente desigual, as pessoas não são verdadeiramente livres para optar e buscar seus valores e propósitos <sup>241</sup>.

Ser livre não é fazer o que bem se entender da própria vida, mas sim encontrar condições sociais e materiais para aproveitar ou não oportunidades e alternativas reais disponíveis no contexto das contingências culturais, políticas e económicas inerentes à sua vida em comunidade. Se as circunstâncias jurídicas

---

<sup>241</sup> Sublinhando que não basta o reconhecimento do ser humano como portador de autonomia, sendo necessária também a capacidade de exercício dessa autonomia no contexto social, Júlio Rodrigues Coelho

Neto, *Dignidade social ...*, 2014, vol. II, pg. 404, recorda que a “dignidade social acarreta uma visão de liberdade que exige a disponibilização de meios para que a pessoa seja efetivamente livre e autónoma”.

impedem o indivíduo de desenvolver a capacidade de conseguir os objetivos de vida traçados por si então é o próprio legislador que a vulnerabiliza.

## 12. A desigualdade e a violência de género: o tráfico de pessoas e a prostituição

Na discussão da legitimidade constitucional do crime de lenocínio vem merecendo especial atenção a desigualdade e violência de género centrada na prostituição e no tráfico de pessoas para fins de exploração sexual <sup>242</sup>.

Dada a sua situação geográfica, como porta de entrada marítima na União Europeia e no espaço Schengen com livre circulação de pessoas, Portugal é um eixo privilegiado na rota dos traficantes.

O tráfico de pessoas, sobretudo de mulheres e raparigas, para fins sexuais, é um dos flagelos associados muitas vezes à prostituição. O tráfico diz respeito principalmente à exploração sexual e a prostituição é essencialmente um fenómeno feminizado de dimensão transnacional ou global, já que a maioria das pessoas prostituídas são mulheres e os clientes são homens <sup>243</sup>.

---

<sup>242</sup> Sobre o desfasamento entre o conceito jurídico e a realidade social da violência de género, salientando os efeitos perversos da proteção excessiva do Direito e do Estado, baseada no género – Cfr. Maria Luísa Maqueda Abreu, *La Violência de Género – Entre el concepto jurídico y la realidad social*, Revista Eletrónica de Ciência Penal y Criminología, 2006, in [http://www.cienciaspenales.net/files/2016/09/2violencia\\_genero\\_maqueda.pdf](http://www.cienciaspenales.net/files/2016/09/2violencia_genero_maqueda.pdf): Acedido em 23. 06. 2018.

<sup>243</sup> Relatório de 2014 da Comissão dos Direitos da Mulher e da Igualdade de Género do Parlamento Europeu, “*Exploração sexual e o seu impacto na igualdade de género*”, in [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493040/IPOLFEMM\\_ET\(2014\)493040\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493040/IPOLFEMM_ET(2014)493040_EN.pdf), cujas conclusões foram seguidas pela Resolução do Parlamento Europeu, de 26. 02. 2014, sobre a exploração sexual e a prostituição e o seu impacto na igualdade dos géneros, in JO C 285/78 de 29. 8. 2017.

Ali se reconhece a prostituição e a exploração sexual como temas altamente *genderizados*, com mulheres e meninas, na maioria dos casos, a vender o seu corpo, por coação ou com consentimento, e homens e rapazes a pagar por este serviço».

Conclui-se nesse estudo que, em média, 70% das prostitutas da União são mulheres migrantes, explicando-se que, para além das questões relacionadas com a demanda da prostituição exótica com determinada identidade racial ou étnica, a maior vulnerabilidade das mulheres migrantes por causa da discriminação racial, a ignorância da língua, obstáculos administrativos decorrentes do

As migrações possuem, assim, uma forte questão de gênero <sup>244</sup>.

Nesta abordagem o combate à prostituição significa combater o tráfico de pessoas e a exploração sexual, refletindo estas realidades uma desigualdade de gênero e o resultado da feminização da pobreza.

Os trabalhadores migrantes são aqueles mais expostos aos riscos de exploração sexual resultantes da forma como são recrutados e da precariedade ou irregularidade da sua situação no país de destino.

Contudo, debater o tráfico de seres humanos significa também falar de preconceito e internacionalização do mercado da prostituição, o que exige uma rigorosa diferenciação entre prostituição voluntária e forçada, entre migrantes e vítimas de tráfico, distinções essenciais para o movimento feminista transnacional ou não abolicionista.

Aqui entroncam, todavia, as mais diversas concepções de mulher e trabalho digno quantas vezes baseadas em estereótipos paternalistas e moralistas trazidos pelo discurso do Estado e de alguns movimentos feministas a pretexto da igualdade de gênero.

O feminismo radical ou abolicionista vê a prostituição como exploração e violência contra as mulheres, a que chamam de “*escravas brancas*” no contexto do tráfico de pessoas. Toda a prostituição é vista como uma violação dos direitos humanos ao reduzir a mulher ao *status* de objeto ou mercadoria à disposição do cliente. A prostituta não vende os serviços sexuais, mas o próprio corpo. Trata-se de uma manifestação de poder dos homens sobre as mulheres, sob a imposição da sexualidade masculina que vincula o seu prazer à vitimização, ao dano e exploração da mulher. Este intercâmbio mercantil transforma violentamente a

---

rigor das políticas de migração e a segregação ocupacional são fatores que levam os migrantes a mercados informais, aumentam o risco de pobreza e marginalização, e consequentemente conduzem à prostituição – cfr. ob. cit. , pg. 30.

<sup>244</sup> A feminização das migrações mostra que as mulheres migrantes estão entre as pessoas mais vulneráveis que sofrem de abusos aos direitos humanos, donde a necessidade de tratar o problema do tráfico a partir das perspectivas de gênero e direitos humanos.

personalidade da mulher e destrói nela o sentido do seu valor, o que atenta contra a dignidade das mulheres e constitui uma forma de violência sexual.

Nesta perspectiva abolicionista não há distinção entre prostituição voluntária e prostituição forçada, sendo o consentimento da mulher para a prostituição construído política e socialmente a partir da pobreza, do engano e do abuso sexual. A indústria global do sexo força as mulheres à prostituição, através do poder e controle que os homens exercem sobre suas vidas e seus corpos, posto que elas nunca entram livremente em relações sexuais fora do “amor” ou do desejo sexual autônomo.

Não é possível uma pessoa escolher livremente a prostituição como uma ocupação laboral legítima, já que ninguém, nem mesmo um adulto, poderia dar o seu consentimento genuíno para se prostituir, por haver limites morais ao exercício da autonomia da vontade. Não se concebe, nem sequer se admite prova, que uma mulher no seu juízo perfeito, por muito desesperada que se encontre, possa voluntariamente consentir no exercício da prostituição ou emigrar com esse fim e, se desceu a tão baixa condição, se nela consentiu, então fê-lo como expressão da sua intrínseca vulnerabilidade (presunção de vulnerabilidade ou de falta de vontade)<sup>245</sup>.

Assim, vista a prostituição como forma de exploração sexual, a consequência do discurso abolicionista radical<sup>246</sup> é a negação do direito da mulher a prostituir-se e a penalização do cliente numa cruzada de purificação movida pelos empresários da moral. A prostituição é, por definição, forçada e a mulher

---

<sup>245</sup> Carolina Villacampa Estiarte, *Análisis de las políticas de criminalización de la prostitución, ...*, pg. 24.

<sup>246</sup> Do qual o modelo sueco surge como referência política obrigatória a exportar para os restantes países da Europa, ainda que modernamente acusado de ter fracassado na erradicação da prostituição, empurrando-a das ruas para os interiores numa época em que a exploração sexual se distancia cada vez mais dos bordéis clássicos para dar lugar a uma sexualidade despersonalizada e se vincular à indústria do ócio, do visual, do relaxamento e das diversões, por incremento das tecnologias e das formas de comunicação – cfr. Carolina Villacampa Estiarte, *Análisis de las políticas de criminalización de la prostitución, ...*, pg. 38 e 40, e Maria Luísa Maqueda Abreu, “*El tráfico de personas con fines de explotación sexual*”, 2000, pg. 24 e 26, e da mesma Autora, “*? Que passa con la prostitución de las mujeres ? Algunas reflexiones desde un discurso de los derechos*” e José Maria González del Río, *El ejercicio de la prostitución ...*, pg. 27.

prostituta caracterizada como vítima que deve ser salva dessa forma de violência sexual, dada a sua falsa consciência sobre o que é melhor para si ou a falta de capacidade de agência sobre a sua vida.

Em suma, no ideário abolicionista encontramos entre outras dicotomias a ideia da prostituição como violência de gênero e submissão ao desejo masculino, o sexo pago como ausência de liberdade no exercício da sexualidade, a vitimização da prostituta e desconsideração da sua autonomia, a negação da distinção entre a prostituição livre e forçada, a vinculação da prostituição com o tráfico sexual.

Por tudo isto, a legalização da prostituição significa no feminismo radical uma concessão às violações dos direitos humanos, da dignidade e da autonomia sexual das Mulheres no seu conjunto. A prostituição constitui uma ameaça e desumanização não apenas para a mulher que se prostitui, considerada como vítima independentemente da sua situação social e da opinião que manifeste, mas para toda a sociedade e o gênero feminino como forma discriminatória de legitimar a venda do corpo de qualquer mulher<sup>247</sup>.

O feminismo transnacional ou regulamentarista considera a prostituição como uma opção laboral legítima que uma mulher ou homem podem escolher autónoma, voluntária e conscientemente como profissão, capazes de se autodeterminar sexualmente, mas também negociar e concordar ou, ao invés, opor-se conscientemente às relações de poder no exercício da prostituição. Nesta conceção, a prostituta não vende o corpo, mas antes um serviço sexual livremente negociado nomeadamente quanto à aceitação ou não do cliente, preço, lugar, atos sexuais e proteção.

Neste particular relevante será definir com clareza a *subordinação* empresarial de modo a garantir a maior autonomia e independência da prostituta no exercício da sua atividade profissional por intermédio ou conta alheia, reservando-lhe designadamente a eleição do cliente e o tipo de prestação sexual.

---

<sup>247</sup> Carolina Villacampa Estiarte, *Análisis de las políticas de criminalización de la prostitución, ...*, pg. 24.

A prostituição voluntária não representa em si uma violência contra as mulheres<sup>248</sup>, pelo que a intervenção do legislador deverá centrar-se nas condições sociais e laborais que as mulheres podem encontrar no trabalho sexual.

A defesa dos direitos humanos e da justiça social deve ser feita pelo respeito da liberdade e da autodeterminação da pessoa adulta que voluntariamente se prostitui e pela via da regularização que garanta os direitos sociais e laborais aos profissionais do sexo, assim diminuindo as condições de exploração, violência, coerção e engano na prostituição e no tráfico de pessoas, facilitando a denúncia dessas situações quantas vezes silenciadas pela clandestinidade e informalidade em que se movem.

Neste ponto de vista, uma pessoa poderá consentir em migrar e exercer a prostituição como profissão, mas já não será relevante o consentimento sobre as condições de exploração, coerção e engano encontradas no ambiente de trabalho. Não é a prostituição em si, nem sequer o lucro que justifica a intervenção punitiva, mas as concretas condições do seu exercício (engano, violência, abuso de autoridade ou vulnerabilidade, coerção, exploração) que viciam o consentimento e se apropriam da liberdade de ação e/ou sexual da vítima.

Aliás, a generalidade das mulheres que escolhem migrar para trabalhar no mercado do sexo já o faziam no país de origem, surgindo a imigração como uma continuação lógica de uma carreira de prostituição e não o seu início<sup>249</sup>. Neste

---

<sup>248</sup> Fazer convergir estas realidades seria tão preconceituoso quanto confundir a violência doméstica com o casamento, sem – todavia – alguma vez se ter reclamado a abolição do matrimónio apesar de frequente a violência no seio da vida conjugal.

Do mesmo modo que não é pelo facto da grande maioria dos casos de exploração laboral na Europa ocorrer na agricultura que se reclama a abolição dessa atividade.

Como ninguém reclama o encerramento das casas de alterne apesar de serem uma das formas mais habituais de camuflar o exercício da prostituição por conta alheia.

Posto isto, não é pela razão de determinados delitos ocorrerem com maior preponderância no seio de certas instituições, atividades ou lugares que este(a)s são eliminado(a)s – cfr. Dolores Juliano, *Transformaciones de la prostitución y del trabajo sexual en la era de la emergencia de la industria del sexo*, in *Sistema Penal y perspectiva de género: trabajo sexual u trata de personas*, Granada, 2012, Editorial Comares, pg. 158.

<sup>249</sup> Thaddeus Gregory Blanchette e Ana Paula da Silva, in *O Mito de Maria, Uma Traficada Exemplar ...*, pg. 85.

sentido, numa lógica de criminalização, o abolicionismo nega a autodeterminação das mulheres, assumindo como exploração sexual toda e qualquer forma de exercício da prostituição (voluntária) e como tráfico de pessoas o auxílio à imigração ilegal, sem escutar a vontade, expectativas e percepção daqueles que, embora não tendo as melhores condições de vida e de trabalho, estão longe de se identificarem como vítimas.

Adotar medidas de proteção da vítima contra a sua vontade, quando se trata de uma pessoa adulta e plenamente capaz de decidir sobre a sua vida, é supor que se encontra abolida ou limitada a sua capacidade de autodeterminação e, portanto, os seus interesses devem ser tutelados institucionalmente por cima da sua vontade, ao jeito dos menores e incapazes, o que é claramente infantilizador das mulheres e ofensivo para a dignidade pessoal da vítima que se diz proteger, fomentando ainda mais a desigualdade social e de género à conta do preconceito plantado em torno da prostituição, único fator estigmatizante capaz de o justificar.

Casos existem, naturalmente, em que o processo de vitimização inerente à violência de género ou a problemática económica subjacente aos processos psíquicos de interação entre a vítima e o abusador podem determinar que a vítima veja efetivamente afetada a sua capacidade para adotar uma decisão consciente, livre e inteligente sobre a conveniência de se iniciar ou manter na prostituição vinculada ao agressor.

Mas, já será absolutamente inaceitável, sem admitir prova da concreta situação social e económica da prostituta, impor indiscriminadamente as medidas de proteção contra a vontade declarada da mulher, a partir de simples presunções sociológicas de base empírica, alicerçadas unicamente no comportamento socialmente estigmatizado da prostituição.

De tal modo que alguns investigadores afirmam que se retirarmos a estigmatização que recai sobre o trabalho sexual o problema da prostituição deixa

de existir <sup>250</sup>. Essa é a razão que verdadeiramente suporta a conceitualização degradante do exercício de uma atividade sexual lucrativa livremente contratada, apesar da violência de gênero surgir no discurso dominante como nova ideologia legitimadora do abolicionismo.

A análise sobre a exploração e o tráfico sexual não pode ser feita a partir de uma visão conservadora, unidimensional, social e culturalmente estereotipada <sup>251</sup>, assente no gênero e na opressão das mulheres que entende a prostituição voluntária como uma forma de violência sobre as mulheres num mercado criado e gerido por homens, onde aquelas não têm qualquer autonomia ou poder de ação.

Qualquer política de combate ao tráfico e exploração sexuais, embora lutando contra as diversas formas de opressão das mulheres que se prostituem, deverá evitar submetê-las a processos de estigmatização e exclusão, respeitando a sua opção e os seus direitos humanos de acordo com os diferentes contextos culturais, “sem incorrer num discurso universalista que nos impeça de perceber

---

<sup>250</sup> Gail Petherson, apud Dolores Juliano, *Transformaciones de la prostitución y del trabajo sexual* ..., pg. 158.

<sup>251</sup> Segundo os autores Boaventura de Sousa Santos, Conceição Gomes e Madalena Duarte, *Tráfico sexual de mulheres...*, 87/2009, “quando se fala em direitos humanos das mulheres traficadas, é necessário perceber que essas mulheres são diferentes e provêm de regiões cultural e socialmente diversas, ou seja, há que atender às diferenças culturais, evitando leituras universalizantes. Se é fundamental que o gênero não seja esquecido no tráfico para fins de exploração sexual, é imprescindível que não se caia num essencialismo que entenda as mulheres como categoria homogénea”.

Numa frase do sociólogo Boaventura de Sousa Santos, *Por uma concepção multicultural de direitos humanos*, Lua Nova - Revista de Cultura e Política, nº39, 1997, pg. 122, “(. . .) as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza.”

É necessário que as políticas criminais tenham em conta a multiplicidade de situações vitais e a autonomia das mulheres que decidem dedicar-se ao trabalho sexual como uma opção entre outras no mercado de trabalho – cfr. Agustina Iglesias Skulj, “*Políticas públicas de lucha contra la trata de mujeres em el contexto español: Luces y sombras*”, in *Sistema Penal y perspectiva de género: trabajo sexual u trata de personas*, Granada, 2012, Editorial Comares, pg. 79.

as relações políticas, sociais e culturais que estão por detrás das suas opções, uma vez no país de destino”<sup>252</sup>.

Na atualidade, a prostituição e o trabalho sexual são protagonizados fundamentalmente por mulheres migrantes e/ou estrangeiras, o que vincula ao tratamento da exploração sexual o tema da migração.

O exercício da prostituição nos países de destino emerge do fenómeno da globalização da economia que se depara com uma multiplicidade de leis e políticas sobre a prostituição<sup>253</sup>, a migração e o trabalho migrante, a exigir a adequação da legislação nacional e das práticas jurisdicionais ao papel da vítima nesse contexto.

O tráfico de pessoas, que a espaços se cruza com o lenocínio, não pode atualmente ser dissociado dos fluxos de globalização e migração mundial em que se move, grandemente responsável pelos crescentes níveis de exclusão social e a consequente crise do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais pela insuficiência de proteção no âmbito dos deveres de proteção<sup>254</sup>.

A liberdade de trabalho implica também a liberdade de deslocação e de residência no território nacional e a liberdade de emigração (liberdade de circulação *lato sensu*).

A liberdade de escolha e exercício de trabalho, em articulação com a liberdade de estabelecimento ou de empresa, aponta para o direito de escolher o lugar, no país ou no estrangeiro, de exercício da profissão, assim se

---

<sup>252</sup> Uma atitude progressista nesta área só pode ser, afirmam Boaventura de Sousa Santos, Conceição Gomes e Madalena Duarte, *Tráfico Sexual de mulheres: Representações sobre ilegalidade e vitimação*, Revista Crítica de Ciências Sociais, dezembro 2009, pg. 88, combater os nossos próprios preconceitos e estereótipos, numa “atitude que fortaleça a consciência colectiva destas mulheres e que lhes permita sair da condição de sub-humanidade em que se encontram, mediante a construção da sua cidadania. É este o desafio maior que o tráfico sexual coloca ao direito”.

<sup>253</sup> Cada Estado dispõe de forma diferente acerca da prostituição, em alguns a prostituição é uma profissão regulamentada, em outros é uma prática vedada, ou ainda, como é o caso de Portugal, é tratada como uma conduta lícita, no entanto, a exploração da prostituição é ilegal, tipificada pelo crime de lenocínio.

<sup>254</sup> Ingo Wolfgang Sarlet, *Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*.

compreendendo a liberdade de deslocação e residência no território nacional (art. 44º, nº1, da CRP) e a liberdade de emigração (art. 44º, nº2, da CRP) <sup>255</sup>, direito consagrado no art. 13º, nº1 (liberdade de locomoção e residência) da DUDH.

Sendo a liberdade sexual um bem jurídico plenamente disponível, se a vítima consente na sua deslocação para exercer a prostituição no país de destino, em princípio não existe exploração que ponha em perigo a liberdade sexual ainda que tanto possa afetar os seus direitos laborais, sobretudo quando, como sucede em Portugal, não se encontra regularizada a atividade dos trabalhadores do sexo.

Havendo consentimento de quem presta o trabalho sexual, sem interferência de qualquer circunstância que limite a sua livre autodeterminação, como aconteceria com o abuso da situação de necessidade excepcional da vítima, falta a ofensividade do ilícito para o bem jurídico (dignidade-liberdade sexual).

Mas, sendo assim não existe razão para tratar de forma diferente o crime de lenocínio simples (art. 169º, nº1, do C. Penal) e o crime de tráfico sexual de pessoas (art. 160º, nº1, do C. Penal), não se compreendendo que apenas neste se encontrem tipificados os meios de execução (crime de execução vinculada) <sup>256</sup>.

Daí ser necessário separar as verdadeiras vítimas dos crimes de lenocínio e tráfico sexual de pessoas daquelas que em busca de melhores condições de vida, escolhem, ainda que sob as estruturas materiais desiguais do capitalismo globalizado, a atividade da prostituição como forma de trabalho <sup>257</sup>.

---

<sup>255</sup> Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, Coimbra Editora, 2ª edição, 2010, anotação ao art. 47º, pg. 964 e 968.

<sup>256</sup> Isto porque se entende que apenas existe perigo para a dignidade-liberdade se a vítima tiver sido constrangida ou determinada mediante violência, intimidação ou engano, ou abuso de uma situação de superioridade ou vulnerabilidade para a prestação de serviços sexuais.

É o emprego destes meios que faz com que o consentimento da vítima não exclua em caso algum a ilicitude do facto (art. 160º, nº8, do C. Penal), posto que nestas hipóteses é criada uma situação de domínio que deixa a vítima à disposição do autor e assim em condições propícias para a exploração económica do seu trabalho sexual com violação dos seus direitos fundamentais.

<sup>257</sup> Flávia Inês Schilling e Fernanda Castro Souza Fernandes de Oliveira, *Globalização, prostituição e tráfico de pessoas*.

Assim, na doutrina espanhola, entendem que o tráfico consentido de seres humanos para fins sexuais é um delito sem bem jurídico, por exemplo, F. Muñoz Conde, *Derecho penal – Parte especial*,

Tanto mais que a liberdade de circulação de pessoas constitui um princípio estruturante do Tratado da União Europeia e de acordo com o princípio do tratamento nacional ou da proibição de discriminações em razão da nacionalidade, consagrados em geral no art. 18º e em especial no art. 49º, do T. F. U. E. (redenominado Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia), aplicável por força do art. 8º, nº4, da CRP, todos os cidadãos europeus (art. 20º, nº1, do T. F. U. E. ) se devem considerar titulares das liberdades fundamentais e análogas como sejam a liberdade de profissão/trabalho (art. 47º, nº1, da CRP) e de iniciativa privada/empresa (art. 61º, nº1, da CRP). Não apenas os cidadãos da União Europeia, mas também, por força da equiparação estabelecida no art. 15º, da CRP, todos os cidadãos estrangeiros residentes em Portugal.

Essencial será, como vemos reconhecido nalguns instrumentos internacionais<sup>258</sup>, distinguir a prostituição forçada e a exercida livremente.

O primeiro instrumento internacional que se afastou da visão abolicionista e utilizou expressamente, pela primeira vez, a designação de prostituição forçada

---

Tirant, Valencia, p. 248; Gonzalo Quintero Olivares, *Las normas penales españolas: cuestiones generales*. In: M. Garcia Arán, *Trata de personas y explotación sexual*, p. p. 190; e A. Daunís Rodríguez, *Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma ....* Disponível em: [[www.indret.com](http://www.indret.com)].

Ainda na doutrina espanhola, defendendo a incriminação do lenocínio apenas nos casos de prostituição de menores ou prostituição forçada, aqui incluído o abuso de uma situação de angustiosa necessidade - Gonzalo Quintero Olivares e Ana Isabel Pérez Cepeda, *Las normas penales españolas...*, pg. 183 e 195.

No mesmo sentido José Luis Diez Ripollés, *La protección de la libertad sexual: insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, Barcelona : Bosch, 1985, pg. 171, advogando que as condutas relativas à prostituição apenas deverão ser sancionadas na medida em que suponham um atentado à liberdade sexual da pessoa prostituída, seja porque a determinam contra a sua vontade ao exercício da prostituição ou ao seu exercício em determinadas condições de dependência, seja porque a determinam ao seu exercício quando não possui capacidade de decisão nesse âmbito.

<sup>258</sup> Sobre um panorama histórico das normativas internacionais de combate ao crime de tráfico de pessoas

– cfr. Ariana Bazzano, *Gênero, crime e preconceito*, Interseções, Rio de Janeiro, v. 15 n. 2, p. 417-445, dez. 2013.

foi a *Declaração sobre a Eliminação da Violência contra as Mulheres*, adotada pelas Nações Unidas, através da Resolução 48/104, de 20 de dezembro de 1993 <sup>259</sup>.

Na perspectiva do Protocolo de Palermo <sup>260</sup> relevante para o tráfico de pessoas é o conceito de exploração, o qual está diretamente relacionado com a ideia de trabalho forçado, sendo o consentimento da vítima irrelevante (apenas) nos casos em que foram usados os meios vinculados que tipificam o tráfico <sup>261</sup>.

O Protocolo de Palermo, que contém a primeira definição aceite internacionalmente sobre o tráfico de seres humanos, reconhece a prostituição voluntária e forçada, focalizando nesta última o fenómeno do tráfico em torno da exploração sexual (art. 3º).

O mesmo acontece no art. 4º da Convenção do Conselho da Europa relativa à Luta Contra o Tráfico de Seres Humanos (2005), chamada Convenção de Varsóvia de 16 de maio de 2005 <sup>262</sup>.

---

<sup>259</sup> O seu art. 2º, al. b), introduziu pela primeira vez o termo "prostituição forçada" na definição de violência contra as mulheres.

<sup>260</sup> Convenção de Palermo, com Protocolo Adicional (Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional e o Protocolo Adicional relativo à prevenção, à repressão e à punição do tráfico de pessoas, em particular de mulheres e crianças, aprovados pela Resolução da Assembleia da República nº32/2004, de 2 de abril, e ratificados pelo Decreto do Presidente de República nº19/2004, de 2 de abril).

De acordo com o artigo 3.º a. do Protocolo: 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.

<sup>261</sup> Nos termos do art. 3º do Protocolo de Palermo, é inválido o consentimento que seja proveniente da ameaça ou do uso da força, ou de outras formas de coação, do rapto, da fraude, do abuso de autoridade, da situação de vulnerabilidade, ou ainda, aquele proveniente da entrega ou aceitação de benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tem autoridade sobre outra.

<sup>262</sup> Convenção aprovada pela Resolução da Assembleia da República nº1/2008, in D. R. de 14 de Janeiro de 2008, que entrou em vigor no dia 1 de fevereiro de 2008, cujo art. 4º define o "tráfico de seres humanos", para fins da referida Convenção, como "o recrutamento, transporte, transferência, alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou o uso da força ou outras formas de coação, rapto, fraude, engano, abuso de poder ou de uma posição de vulnerabilidade ou à

Essa definição está presente, inclusive, na Convenção nº29, de 1930, da Organização Internacional do Trabalho (OIT): “todo trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob a ameaça de sanção e para o qual ela não tiver se oferecido espontaneamente”.

Segundo a OIT <sup>263</sup>, a exploração sexual comercial e a prostituição forçada englobam o conceito de trabalho forçado <sup>264</sup>. Vale isto dizer que no caso das pessoas adultas, a prostituição é tida como exploração sexual comercial ou prostituição forçada quando se verificarem as características do trabalho forçado, nomeadamente o cerceamento da liberdade, a servidão por dívida, a retenção de documentos e a ameaça.

Do mesmo modo, a definição de exploração sexual para efeitos de tutela penal deverá aproximar-se da ideia de exploração laboral derivada da imposição de condições abusivas de trabalho <sup>265</sup>, como a falta de remuneração ou abaixo de

---

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 deverá incluir, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos”.

<sup>263</sup> Relatórios Globais sobre Trabalho Forçado de 2002 e 2005 (Vasconcelos e Bolzon, 2008).

<sup>264</sup> Nos termos do art. 2 da Convenção da OIT (Nº29), relativo trabalho forçado ou obrigatório (1930), "o termo trabalho forçado ou obrigatório deverá significar todo trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob a ameaça qualquer penalidade e para o qual a pessoa não se ofereceu voluntariamente". Os seis seguintes elementos caracterizam uma situação de trabalho forçado: a) física ou violência sexual; b) restringir o movimento livre do trabalhador; c) a servidão por dívida / trabalho forçado; d) as deduções dos salários ou recusa em pagar ao trabalhador; e) a retenção dos passaportes e documentos de identidade; f) a ameaça de denúncia às autoridades.

<sup>265</sup> Recordar-se aqui a Reforma do Código Penal Espanhol, cujo sistema jurídico-penal abandonou a criminalização do lenocínio simples em 1995 com a publicação da LO 10/1995, de 23 novembro (BOE nº281 de 24 de novembro), assim se mantendo até hoje na jurisprudência consolidada do Tribunal Supremo, apesar de ter mantido a incriminação da conduta daquele que, abusando de uma situação de superioridade do agente ou de necessidade da vítima, a determina a exercer a prostituição ou manter-se nela.

A Reforma de 1999, com a LO 11/99, de 30 de abril, veio acrescentar o abuso de uma situação de vulnerabilidade da vítima, enquanto a Reforma de 2015, aprovada pelo LO 1/2015, de 30 de março, consolidando os esforços interpretativos da jurisprudência espanhola sobre as alterações da Reforma de 2003, através da LO 11/2003, de 29 de Novembro, no sentido de se exigir um *plus* de lesividade maior que o derivado da mera participação lucrativa na prostituição de outra pessoa, passou a incriminar o comportamento daquele que lucre com a exploração da prostituição de outra

mínimos legais, horários de trabalho prolongados, falta de descanso semanal, imprecisão ou modificação permanente na definição das tarefas ou o trabalho em condições perigosas <sup>266</sup>.

Todos estes instrumentos internacionais, apesar da sua ambiguidade em torno de algumas conceitualizações de modo a acomodar as políticas heterogêneas dos diferentes Estados outorgantes em relação à prostituição, convergem na distinção entre esta e a exploração sexual, entre a migração e o tráfico de pessoas, conceitos centrados nas condições em que são exercidos o comércio e a exploração do trabalho.

Não é a prostituição em si, mas as condições de exploração, engano, coerção, abuso de autoridade ou vulnerabilidade e/ou outros meios ilícitos que ocorrem no trabalho do sexo, como noutras formas de trabalho consentido, que são fundamentais para caracterizar a vítima de tráfico e exploração sexual e, assim,

---

pessoa, ainda que com o consentimento desta, presumindo-se haver exploração quando concorra algumas das seguintes circunstâncias:

a) a vítima se encontre numa situação de vulnerabilidade pessoal ou económica (entendida esta como falta de uma alternativa real e aceitável, senão o exercício da prostituição, como sucede com a mulher migrante com problemas económicos, sem emprego, que se encontra desenraizada familiar e socialmente, desconhecendo o idioma, sem acesso aos recursos institucionais, que assumiu uma dívida importante perante quem trabalha ou aquele que facilitou a sua deslocação, sem poder regressar ao seu país de origem, numa situação de permanência irregular administrativa, com engano inicial sobre as condições de exercício da atividade, privada da liberdade e da respetiva documentação (passaporte) – Cfr. Alberto Daunis Rodríguez, *La nueva criminalización del proxenetismo*, in Revista Penal, n.º 36. - Julio 2015, pg. 114-6, alertando para a necessidade de se provar, caso a caso, que a vítima não tinha outra alternativa, ainda que através do recurso aqueles factos indiciários dessa dependência);

b) que se imponha para o seu exercício condições gravosas, desproporcionadas ou abusivas (centrando a incriminação na exploração laboral da prostituta pelos empresários ou proxenetas e não tanto na sua exploração sexual, que aproveitam a falta de regulamentação da prestação sexual e a desproteção jurídica da prostituta para lhe impor condições de trabalho abusivas: remuneração inadequada ou insuficiente, horário desproporcionado, ausência de dias livres ou de baixa laboral – Cfr. María Luísa Maqueda Abreu, *Hacia una nueva interpretación de los delitos relacionados con la explotación sexual*, Diario La Ley (6430), 2006, pg. 3, e da mesma Autora, *Prostitución...*, pg. 119.

Aqui entroncam situações como a prostituição aquartelada, imposição de multas, condições de insalubridade, restrições da liberdade pessoal, sujeição a vigilância, horários abusivos e retenção de documentação – cfr. Patricia Fernández Olalla, *Delitos relativos a la prostitución y su relación con la trata de seres humanos*”.

<sup>266</sup> María Inés Pacecca, in *Trabajo, explotación laboral, trata de personas: Categorías en cuestión en las trayectorias migratorias*, Rev. Inter. Mob. Hum. , Brasília, Ano XIX, nº 37, 2011, pg. 152.

desvirtuar o seu consentimento <sup>267</sup>. Daí que nem toda a atividade sexual comercial seja exploração sexual.

Concluir-se-á, então, no concernente ao crime de lenocínio pela necessidade de adequação do tipo penal aos preceitos instituídos pelos aludidos instrumentos jurídicos internacionais, tal qual ocorreu no direito interno com o crime de tráfico de seres humanos para fins de exploração sexual, demonstrando, assim, uma real preocupação com o bem jurídico em causa (a liberdade e autodeterminação sexual).

Por tudo isto, não colhe a argumentação trazida pelos recentes acórdãos do Tribunal Constitucional (Ac. TC n. °641/2016, de 21/11 (Fernando Ventura), e Ac. TC n. °178/2018, de 10/04 (Maria Clara Sottomayor)), sobre a legitimação da incriminação do lenocínio simples como antecipação da tutela penal do tráfico de pessoas para exploração sexual, como se neste não estivessem tipificados, aliás, desde a reforma do Código Penal pelo DL n°48/95, de 15 de março, os meios vinculados de execução que traduzem a essencialidade do desvalor da ação e do bem jurídico eminentemente pessoal aqui protegido.

Não se pode acompanhar essa justificação que relaciona o tráfico e a prostituição para obstar à legalização desta e à consagração dos direitos dos trabalhadores do sexo, pois é o legislador penal que consente a migração de pessoas para o exercício da prostituição voluntária <sup>268</sup>, sem ver nisso qualquer problema de desigualdade ou violência de género, mas cuja exploração, uma vez entrado em Portugal, se pretende punir, a jusante, pela via do lenocínio simples.

---

<sup>267</sup> Neste sentido, Kamala Kempadoo, in *“Mudando o debate sobre o tráfico de mulheres”*, cadernos pagu (25), julho-dezembro de 2005, pg. 62. Também assim Giovanna Frisso, *“Especialmente mulheres: reflexões sobre autonomia individual e a caracterização do tráfico como crime organizado internacional”*, 2011, pg. 87, advogando que “a caracterização do tráfico não se dá pela opção por migrar para trabalhar na indústria do sexo, mas nos elementos de fraude e coação que se relacionam à esperança de uma vida melhor”.

<sup>268</sup> A conduta do agente não é punida como crime de tráfico quando a pessoa aceita praticar, em país estrangeiro, a prostituição, de forma livre, consciente e esclarecida, sem qualquer tipo de condicionalismos e constrangimentos impostos pelo agente que a conduz a esse país.

Como não é verdade que a descriminalização do lenocínio e a regulação do trabalho sexual incrementou o tráfico, a exploração sexual ou mesmo a prostituição, como não incrementou o aborto ou o consumo de droga a descriminalização da interrupção voluntária da gravidez ou do consumo de estupefacientes.

Neste sentido a criminalização do lenocínio não pode ser validamente defendida pelo Tribunal Constitucional para controlar o fluxo de pessoas traficadas, sabido que no tráfico a exploração sexual começa quando o migrante chega ao destino.

Se não basta uma prostituta movimentar-se internacionalmente para que o caso seja qualificado como tráfico, tão pouco o trabalho sexual pode ser entendido, sem mais, como exploração sexual.

Nem a tão receada dificuldade probatória entre a prostituição livre e forçada, ou mesmo a complexidade da definição dos instrumentos legais adequados ao combate ao tráfico, obstaculizou à exigência da ação vinculada no crime de tráfico de seres humanos.

Nem se veja no lenocínio simples uma forma de violência contra as mulheres, como arvorou o recente Ac. TC n. °178/2018, de 10/04 (Maria Clara Sottomayor)), como se de um crime de género se tratasse, pois, apenas a “prostituição forçada” (e não também a voluntária) poderá ser entendida como tal <sup>269</sup>.

---

<sup>269</sup> O termo “violência contra as mulheres” foi definido pela citada Declaração sobre a Eliminação da Violência Contra as Mulheres de 1993, como sendo qualquer ato de violência de género que resulte ou possa resultar em dano físico, sexual ou psicológico ou sofrimento para as mulheres, incluindo ameaças de tais atos, coerção ou privação arbitrária de liberdade, quer ocorra em público quer na vida privada (art. 1º).

Também a Convenção do Conselho da Europa sobre a prevenção e combate à violência contra as mulheres e a violência doméstica, adotada em Istambul, a 11 de maio de 2011, define no art. 3º: a) «Violência contra as mulheres» constitui uma violação dos direitos humanos e é uma forma de discriminação contra as mulheres, abrangendo todos os atos de violência de género que resultem, ou possam resultar, em danos ou sofrimentos físicos, sexuais, psicológicos ou económicos para as mulheres, incluindo a ameaça de tais atos, a coação ou a privação arbitrária da liberdade, tanto na vida pública como na vida privada; d) «Violência de género exercida contra as mulheres» abrange toda a violência dirigida contra a mulher por ser mulher ou que afeta desproporcionalmente as

Tão pouco se compreende que no triângulo da exploração sexual, onde existe uma forte interligação do proxeneta, cliente e prostituta <sup>270</sup>, o primeiro seja o único a quem é apontada a sanção penal, a pretexto de facilitar a desigualdade e violência de gênero que os demais materializam.

Não se pode aceitar que a mulher prostituta não possa dispor livremente do seu corpo, como expressão do direito à autonomia individual e da liberdade de ação (art. s 26º, nº1, e 27º, nº1, da CRP) <sup>271</sup>.

Mas, se assim é, como se crê, como argumentar concomitantemente com a instrumentalização e dominação do gênero que voluntariamente se prostitui, sem que isso coloque a descoberto as visões contraditórias do feminismo radical sobre uma realidade social que interessa analisar para além da legalidade vigente.

Alimentando a ilusão do controlo estatal da prostituição, sob a insofismável confusão com a exploração sexual, a criminalização do lenocínio simples mais não serve do que perpetuar a desigualdade entre mulheres e homens, agravando-a numa lógica de ocultação e clandestinidade da prostituição, onde melhor se move a criminalidade organizada <sup>272</sup>, sem condenar as violações de direitos humanos que entretanto ocorrem com os profissionais do sexo durante o seu trabalho

---

mulheres". No âmbito da violência sexual, o seu art. 36.º, impõe a criminalização da conduta de quem intencionalmente praticar consigo ou levar a praticar com terceiro atos de natureza sexual não consentidos, entendido o consentimento "como manifestação da vontade livre da pessoa, avaliado no contexto das circunstâncias envolventes".

<sup>270</sup> Naturalmente que a prostituição funciona como um negócio, no qual os proxenetes agem por forma a garantir ou aumentar os respetivos mercados e os lucros, onde os clientes (compradores de sexo) desempenham um papel decisivo, uma vez que garantem a procura neste mercado.

<sup>271</sup> M. López Precioso, *Debate feminista: teorías, prácticas y realidades, Prostitución y trata*, Serra (coord. ), Tirant lo Blanch, 2007, pg. 91, interrogando se não é o mesmo o domínio que se reivindica sobre o corpo das mulheres em relação à sua liberdade sexual, à sua integridade física e ao seu direito a decidir a maternidade, que o domínio sobre o corpo para que este seja o instrumento que permita o sustento.

<sup>272</sup> Maria Luísa Maqueda Abreu, *Prostitución, ...*, pg. 31, recordando que a proibição do trabalho sexual apenas serve para fortalecer as estruturas organizadas da indústria do sexo e incrementar os seus benefícios, num quadro normativo onde as verdadeiras perdedoras são as mulheres que ficam marcadas no imaginário coletivo sob o signo de uma vitimização extrema que as priva do reconhecimento da sua autonomia e da sua capacidade de agência.

voluntariamente exercido, dissuadindo todo o tipo de denúncia de situações de exploração sexual.

Nesta perspectiva de género, em nome da defesa das Mulheres no seu conjunto sacrificam-se aquelas a quem se nega o reconhecimento da sua liberdade para se prostituir e mesmo emigrar para esse fim, impondo-lhe medidas de proteção, nomeadamente a criminalização, que ninguém reclamou, sob o estigma delas próprias serem responsáveis pela desvalorização do seu género <sup>273</sup>.

No domínio da prostituição voluntária, a incriminação do lenocínio, ao coartar a liberdade e autodeterminação da mulher, o que faz é manter, numa lógica abolicionista, uma tradição que afirma a desigualdade de género, o incremento da vitimização, o estigma social, a discriminação e a clandestinidade própria do espaço de indefesa da suposta vítima, negando à mulher a capacidade de discernimento, autonomia e liberdade no exercício da sexualidade e domínio sobre o próprio corpo, assim atentando de forma discriminatória contra a igualdade e liberdade sexual da mulher em relação ao homem.

Tudo como se na prostituição voluntária não fosse enganador afirmar-se, na perspectiva da violência e desigualdade de género, que os homens atuam de forma livre, autónoma e responsável pelos seus atos, enquanto as mulheres se presumem sociologicamente forçadas, induzidas ou enganadas <sup>274</sup>.

Trata-se de um dogma argumentativo perverso que coloca à evidência que o problema de género associado à prostituição é uma etiqueta puramente quantitativa, dado que a grande maioria da procura é feita pelos homens e a oferta pelas mulheres, mas que desapareceria se aumentasse a demanda da prostituição por parte das mulheres.

---

<sup>273</sup> Maria Luísa Maqueda Abreu, “? *Que passa con la prostitución de las mujeres ? Algunas reflexiones desde un discurso de los derechos*”.

<sup>274</sup> Dolores Juliano, *Transformaciones de la prostitución y del trabajo sexual...*, pg. 160.

### **13. As restrições dos direitos fundamentais e a liberdade de conformação do legislador**

O problema das restrições dos direitos fundamentais interessa ao legislador, mas também aos tribunais sabido que a vinculação aos direitos, liberdades e garantias implica, por um lado, a interpretação, a integração e a aplicação de modo a conferir-lhe a maior efetivação, por outro lado, a não aplicação dos preceitos legais que os violem, por via dos mecanismos de apreciação da inconstitucionalidade (art. 204º, da CRP).

Contudo, ao aferir-se da compatibilidade de uma norma legislativa não deve pôr-se em causa a liberdade de conformação do legislador ou a discricionariedade legislativa.

O intérprete, aplicador ou julgador não deve substituir-se ao legislador, impondo, no caso, a sua ideia de razoável, justo ou oportuno.

Por isso, ainda que o poder judiciário deva zelar pela efetivação dos direitos fundamentais, o seu controlo deve ser de carácter negativo, perguntando-se se a opção do legislador se apresenta intolerável ou inadmissível de uma perspetiva jurídicoconstitucional.

O regime dos direitos, liberdades e garantias aplica-se aos enunciados no título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga (art. 17º, da CRP), o que nos reconduz à distinção entre os direitos, liberdades e garantias do título II, parte I, e os direitos económicos, sociais e culturais do título III, da parte I.

O art. 18º, da CRP, pilar estruturante do Estado de direito democrático, contém os princípios materiais mais relevantes dos direitos, liberdades e garantias, destacando-se: - a aplicação imediata dos preceitos constitucionais (nº1, 1ª parte) <sup>275</sup>;

---

<sup>275</sup> A revelar desde logo a possibilidade de invocação imediata destes direitos, por força da Constituição, ainda que haja falta ou insuficiência de lei regulamentar, o que reduz a margem de liberdade de conformação do legislador ordinário na respetiva regulamentação quando comparada com aquela de que dispõe quando trata de normas constitucionais programáticas.

- a vinculação de todas as entidades públicas (nº1, 2ª parte) <sup>276</sup>;
- a vinculação das entidades privadas (nº1, 3ª parte) <sup>277</sup>;
- a reserva de lei (nº2) <sup>278</sup>;
- o carácter restritivo das restrições (nº2 e 3) expresso na proporcionalidade (nº2, 2ª parte), generalidade e abstração de lei restritiva (nº3, 1ª parte), proibição de lei restritiva retroativa (nº3, 2ª parte) e garantia do conteúdo essencial (nº3, 3ª parte) <sup>279</sup>.

---

Mesmo nos casos em que a Constituição remete para a lei a regulamentação de certo direito ou instituto, usando a expressão “nos termos da lei” ou equivalente, como sucede no art. 61º, nº1, da CRP (iniciativa económica), o legislador não o pode fazer livremente, antes terá de conferir um conteúdo conforme com o sentido objetivo da norma constitucional – cfr. Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, Coimbra Editora, 2ª edição, 2005, anotação ao art. 18º, pg. 152-4.

Na delimitação do âmbito do próprio direito fundamental, questão distinta da restrição do exercício de direitos fundamentais, a liberdade de conformação do legislador terá sempre como limite a garantia de um mínimo de conteúdo útil e constitucionalmente relevante do direito legalmente delimitado.

A questão convoca-nos para o problema das “restrições não expressamente autorizadas pela Constituição”, as quais resultam da necessidade de conjugar ou compatibilizar os direitos fundamentais com outros direitos ou bens constitucionais.

<sup>276</sup> Surgindo à cabeça o Estado em sentido estrito, aqui incluído o legislador (impedindo-o de criar normas incompatíveis com os direitos fundamentais, sob pena de inconstitucionalidade), a administração (obrigando-a a respeitar e dar satisfação aos direitos fundamentais) e os tribunais (obrigando-o a decidir o direito em conformidade com as normas que estabelecem os direitos, liberdades e garantias, no exercício do direito e dever de fiscalização da constitucionalidade das leis, desapplicando-as quando violarem as normas constitucionais – art. 204º, da CRP).

<sup>277</sup> O que nos transporta para a eficácia horizontal dos direitos, liberdades e garantias impondo não apenas ao Estado, mas a todas as entidades privadas o dever de não perturbar ou impedir o exercício dos direitos fundamentais.

<sup>278</sup> A reserva de competência legislativa parlamentar, dado que o art. 165º, nº1, al. b), da CRP, não contém qualquer ressalva, aplica-se a todos os aspetos do regime dos direitos, liberdades e garantias e não apenas às suas restrições legais. Reserva de lei aqui entendida, quer em sentido material, o que significa que os direitos, liberdade e garantias não podem ser restringidos (ou regulados) senão por via de lei e nunca por regulamento, quer em sentido formal, o que traduz que os direitos, liberdades e garantias só podem ser regulados por lei da Assembleia da República ou, nos termos do art. 165º, da CRP, por decreto-lei governamental devidamente autorizado, nos casos em que não está excluída essa delegação (art. 164º, da CRP).

<sup>279</sup> O último pressuposto material da legitimidade das leis restritivas dos direitos fundamentais consiste em não poderem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais. Lembrando que o conteúdo essencial tem de ser procurado na Constituição e não

Os direitos fundamentais não são direitos absolutos. Estão sujeitos a restrições no seu âmbito de proteção <sup>280</sup>.

Contudo, essas restrições não podem ficar à disposição do legislador ou do julgador, sob pena de se verem esvaziadas de sentido.

É evidente a necessidade de limites às restrições dos direitos fundamentais no âmbito da liberdade de conformação do legislador <sup>281</sup>. Servindo os direitos fundamentais à concretização da dignidade da pessoa humana, da autonomia individual e da criação das condições do livre desenvolvimento da personalidade, as restrições que afetam um direito fundamental projetam-se sobre as possibilidades de desenvolvimento da personalidade e da liberdade individual <sup>282</sup>.

Aqui chegados, o problema situa-se no domínio do controlo constitucional das restrições dos direitos fundamentais, sabido que a Constituição, nos seus art. s 18º, nº2 e 3, e 165º, nº1, al. b), lhes estabelece limites de natureza formal, orgânica e material <sup>283</sup>.

Ora, no plano material, o critério decisivo para aferir da legitimidade constitucional das restrições, mesmo quando expressamente autorizadas pela Constituição, é o princípio da proporcionalidade, pressuposto material relevante

---

na lei, Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, Coimbra Editora, 2005, anotação ao art. 18º, pg. 163, esclarece que é a lei que deve ser interpretada de acordo com a Constituição e não o inverso.

<sup>280</sup> Entendidas estas, segundo Jorge Reis Novais, *As restrições aos direitos fundamentais ...*, pg. 157, como qualquer ação ou omissão dos poderes públicos (Legislativo, Administrativo e Judiciário) ou de particulares que afete desvantajosamente o conteúdo de um direito fundamental, reduzindo, eliminando ou dificultando o bem nele protegido e as possibilidades de sua fruição por parte dos titulares reais ou potenciais do direito fundamental, bem como enfraquecendo deveres e obrigações que da necessidade da sua garantia e promoção resultem para o Estado.

<sup>281</sup> Entendida como o espaço de discricionariedade dentro do qual o legislador pode escolher, na ponderação dos princípios e valores constitucionais, o conteúdo das decisões a tomar num espetro de decisões viáveis.

<sup>282</sup> Jorge Reis Novais, *As restrições aos direitos fundamentais ...*, pg. 709.

<sup>283</sup> Os requisitos constitucionalmente exigidos de forma expressa são a reserva de lei parlamentar, o princípio da necessidade ou da indispensabilidade da restrição, a generalidade e a abstração da lei restritiva, a proibição de efeitos retroativos e a garantia do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

para a restrição legítima de direitos, liberdades e garantias, que envolve três vetores<sup>284</sup> :

- *adequação ou idoneidade*, a significar que a restrição deve representar um meio adequado ou idóneo para a prossecução dos fins visados pela lei (salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos). O meio escolhido, ainda que produza uma limitação ou restrição a um direito fundamental, deve ser em geral<sup>285</sup> apto ou idóneo a atingir a promoção de bens, interesses ou valores visada pelo legislador<sup>286</sup>. Se a restrição do direito fundamental não for adequada à produção do resultado almejado, ou seja, não viabilizar a proteção de outro direito fundamental, tal restrição é indevida por ofender o princípio da adequação, não sendo necessário, nesse caso, aferir dos restantes subprincípios;

- *a necessidade ou exigibilidade*, ou seja, entre todas as possíveis medidas aptas a realizar, de forma igualmente eficaz, o fim pretendido, deve ser escolhida a menos agressiva para o titular do direito; só será válida a restrição de um direito quando por meio de uma medida menos gravosa não for possível alcançar o

---

<sup>284</sup> Vetores que devem ser analisados subsidiariamente, de tal modo que o exame da necessidade só é necessário se no caso concreto a medida restritiva se mostrar adequada; a análise da proporcionalidade em sentido estrito, por sua vez, só é imprescindível se a medida restritiva passar o critério da adequação e da necessidade.

<sup>285</sup> Não se trata de comprovar a efetividade prática dessa relação meio-fim, mas antes e só de um juízo de prognose de razoabilidade, de tal modo que o meio escolhido pelo Estado se apresente, em condições normais de vida e no momento em que se leva a cabo a medida, como sendo previsivelmente apto para alcançar o fim de interesse público perseguido.

O controlo da idoneidade da medida restritiva, escreve Jorge Reis Novais, *As restrições aos direitos fundamentais ...*, pg. 736 e 739, “ refere-se exclusivamente à aptidão objetiva ou formal de um meio para realizar um fim e não a qualquer avaliação substancial da bondade intrínseca ou da oportunidade da medida restritiva”, de tal modo que a restrição só será inidónea quando, num juízo “*ex ante*”, de acordo como os conhecimentos empíricos e científicos disponíveis no momento da sua aprovação, se mostre totalmente inapta para, de algum modo, contribuir para alcançar o fim por ela visado.

<sup>286</sup> Lembrando que é requerida apenas uma eficiência mínima, Vitalino Canas, *O princípio da proibição do excesso...*, pg. 613 e 1283, sublinha ainda que este juízo sobre as virtudes e aptidões intrínsecas da norma é formado na base de apreciações empírico-analíticas e técnico-finalísticas próprias de uma racionalidade cognitivo-instrumental e características da ciência, da técnica e da experiência.

mesmo resultado <sup>287</sup>. Numa definição de recorte essencialmente negativo que compara graus de satisfação e de interferência, um meio necessário é aquele cuja alternativa(s) não é consideravelmente menos interferente e/ou não promete intensidade de satisfação aproximadamente igual ou superior <sup>288</sup>;

- *proporcionalidade em sentido estrito ou razoabilidade*, isto é, os meios legais restritivos e os fins obtidos devem situar-se numa “justa medida” ou proporção, seja entre bens, seja entre meios e fins, estando vedadas as medidas legais restritivas desproporcionais, excessivas, em relação aos fins obtidos. Deve-se analisar se os resultados positivos obtidos superam as desvantagens decorrentes da restrição de um ou outro direito “para todos aqueles que são especialmente afetados pelo seu conteúdo”. Numa relação custo-benefício entre o resultado obtido pelo emprego do meio escolhido e a restrição do direito fundamental dele decorrente, exige-se, então, que haja um equilíbrio entre o grau de restrição e o grau de realização do princípio contraposto <sup>289</sup>.

---

<sup>287</sup> Sendo objetivo do princípio da proporcionalidade limitar a atuação do Estado para tutelar os direitos do cidadão, a necessidade implica que se adote a medida que menos limite o direito fundamental, entre as várias adequadas ao fim almejado. De outro modo, ter-se-á como provado que a escolha do Estado foi *desnecessariamente excessiva*.

<sup>288</sup> Visto assim o requisito da necessidade, num critério negativo, cabe ao opositor da norma e não ao legislador o ónus de provar que existe “um meio *menos interferente com intensidade de satisfação igual ou superior* ao adotado pelo legislador, pelo que este é desnecessário” – cfr. Vitalino Canas, *O princípio da proibição do excesso...*, pg. 652-3.

<sup>289</sup> “A importância do fim, obrigatoriamente legítimo, prosseguido pela restrição e a medida da sua realização através do meio escolhido devem estar numa relação razoável, proporcional, adequada à medida e importância dos efeitos danosos produzidos na esfera do titular do direito”, o que, segundo Jorge Reis Novais, *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria, ...*, pg. 280-1, remete para uma ponderação de bens entre os valores em questão.

Numa definição ilustrativa da proporcionalidade, Maria Lúcia Amaral, *A Forma da República...*, pg. 186, refere: “*Não se utilizam canhões para atirar a pardais*: as vantagens (obtidas por todos) através da medida estadual devem ser *proporcionais* às desvantagens que tal medida tenha eventualmente causado a alguns membros da comunidade jurídica, de tal modo que o peso da decisão pública nunca venha a exceder o *quantum* requerido pela prossecução do seu fim”.

Se, nessa “ponderação da intensidade dos efeitos sacrificiais e da intensidade dos efeitos de satisfação dos bens, interesses ou valores em colisão”, se concluir que os encargos ou sacrifícios impostos pela restrição se sobrepõem “de forma desmesurada ou desproporcionada” aos benefícios por ela prosseguidos, vistos uns e outros do ponto de vista jurídico e das suas consequências ou resultados materiais<sup>290</sup>, então, estamos perante um “*excesso na atuação estadual*”<sup>291</sup>.

Do princípio da proporcionalidade decorre a *proibição do excesso* (visando impedir que o Estado, para a efetivação do seu dever de proteção, acabe por afetar de modo desproporcional um direito fundamental através de medidas restritivas do mesmo), mas também a *proibição de insuficiência de proteção* (visa impedir que o Estado deixe de atuar ou tome uma medida insuficiente para proteger de forma adequada um direito constitucional).

Especialmente no caso dos direitos sociais, onde a insuficiência de proteção e promoção causa impacto mais direto e expressivo nos cidadãos, os responsáveis pela efetivação de direitos fundamentais devem observar os critérios da *adequação* (aptidão do meio para a consecução da finalidade almejada), *necessidade* (menor sacrifício do direito restringido) e da *proporcionalidade em sentido estrito* (avaliação da relação custo-benefício entre os meios e os fins), respeitando sempre o núcleo essencial do direito restringido, sem desgarnecer, a pretexto de promover algum direito, a proteção minimamente eficiente de realização e de garantia de outro(s)<sup>292</sup>.

Ora, na ponderação das vantagens e desvantagens da incriminação do lenocínio simples, a opção do legislador não é claramente a menos gravosa para os direitos fundamentais dos sujeitos afetados, atenta a pluralidade e o grau de afetação de todos os sobreditos direitos sacrificados. Numa avaliação onde não

---

<sup>290</sup> Vitalino Canas, *O princípio da proibição do excesso...*, pg. 309 e 949.

<sup>291</sup> Maria Lúcia Amaral, in *A Forma da República, cit.*, p. 189.

<sup>292</sup> Ingo Wolfgang Sarlet, in *Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988*, recordando que no contexto específico dos direitos sociais, a proibição de insuficiência assume particular ênfase no plano da dimensão positiva (prestacional) dos direitos fundamentais.

pode ser desconsiderado o consentimento da suposta vítima <sup>293</sup>, a proibição genérica do lenocínio é desnecessária ao provocar efeitos mais restritivos dos direitos fundamentais e da própria liberdade em geral, sem garantir um acréscimo de eficácia na proteção da liberdade e autodeterminação sexual.

Como não é proporcional, numa relação custo-benefício, o resultado almejado com a incriminação (meio escolhido para acautelar o perigo de lesão do bem jurídico da liberdade e autodeterminação sexual) e as restrições fundamentais dela decorrentes.

A proteção forçada imposta de forma vaga e indeterminada pela incriminação do lenocínio simples acarreta, além da limitação arbitrária, gratuita e desproporcionada dos vários direitos fundamentais, o efeito perverso de arrear ela própria a liberdade e autodeterminação sexual de quem se prostitui de forma livre e esclarecida <sup>294</sup>, assim convertendo o correspondente direito no seu contrário, isto é, num verdadeiro dever do respetivo titular, vinculando-o à preservação do bem jurídico contra a sua vontade, quando é de esperar que os deveres estaduais de proteção sejam bem recebidos por quem deles beneficia <sup>295</sup>.

Para acautelar o risco de lesão de um direito fundamental (liberdade sexual), focado na inviabilização jurídica de um terceiro poder tirar partido da conduta do titular do direito fundamental, o legislador ordinário sacrifica antecipadamente, mas de forma efetiva, vários outros direitos fundamentais, inclusivamente aquele

---

<sup>293</sup> Neste particular não pode deixar de se atender à “sensibilidade subjetiva dos interessados, pois o que, normal e objetivamente, pode ser considerado um meio menos restritivo pode, do ponto de vista do afetado, ser sentido como meio mais gravoso” – cfr. Jorge Reis Novais, *As restrições aos direitos fundamentais ...*, pg. 744.

<sup>294</sup> Figueiredo Dias/Maria João Antunes, *“Da inconstitucionalidade da tipificação do lenocínio como crime de perigo abstrato”*, ...pg. 130.

<sup>295</sup> Jorge Pereira da Silva, *Deveres do Estado de Protecção ...*, pg. 335 e 483, salientando de forma ilustrativa o efeito bumerangue desta proteção forçada de bens jusfundamentais contra os sujeitos protegidos, promovendo a revolta dos direitos fundamentais contra os seus titulares.

da liberdade sexual, o que além de desnecessário e contraditório <sup>296</sup> é também desproporcional e desrazoável <sup>297</sup>.

No mínimo haverá de se aceitar, como concluiu o Ac TC nº134/2020, de 3/03, que no lenocínio simples o sacrifício imposto à liberdade e autodeterminação sexual é equivalente ao benefício obtido, o que seria bastante para reconhecer o desequilíbrio da incriminação ou mesmo a sua desrazoabilidade do ponto de vista de quem a sofre <sup>298</sup>.

Mas, avaliadas, por um lado, todas as desvantagens que a incriminação acarreta para os empresários e trabalhadores do sexo e, por outro lado, os benefícios que dela decorrem desde logo para quem se prostitui, posto que nenhum interesse público se vislumbra, facilmente se chega à conclusão que os sacrifícios sentidos pelos destinatários da proteção da norma excedem, de forma desmesurada ou desproporcionada, os benefícios por si alcançados, num claro excesso de atuação do Estado.

Excesso que ocorre com violação do direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo, o qual é corolário da autonomia individual e da liberdade de ação

---

<sup>296</sup> Na prostituição livre é um contrassenso invocar a necessidade de proteção da liberdade sexual para a reprimir. Se a dignidade é inseparável da liberdade, também não há nada mais degradante do que não ser reconhecido como sujeito capaz de adotar decisões livres, conscientes e responsáveis para a sua vida, mal se compreendendo que essa doutrina geral não valha, sem qualquer preconceito social, nem prejuízo de vulnerabilidade, para o trabalho sexual -Maria Luísa Maqueda Abreu, *Prostitución, ...*, pg. 141-2.

<sup>297</sup> Aceitando-se aqui a relevância da autonomização do critério da razoabilidade, centrado na “apreciação do impacto dos efeitos *negativos* na esfera jurídica do(s) indivíduo(s) afetado(s), com vista a verificar se são toleráveis, independentemente dos efeitos positivos que se produzam”.

Com efeito, “um ato com características gerais e abstratas pode ser adequado, necessário e objetivamente não desproporcional e, todavia, ser desrazoável, por a sua incidência na esfera pessoal de um indivíduo ser inadmissível ou intolerável por razões essencialmente atinentes à sua subjetividade ou ao impacto subjetivo da medida” – cfr. Vitalino Canas, *O princípio da proibição do excesso...*, pg. 1188.

<sup>298</sup> Uma restrição pode ser adequada ou pelo menos não desproporcional e, ainda assim, constituir “uma restrição inadmissível ou intolerável do ponto de vista de quem a sofre e por razões essencialmente atinentes à sua subjetividade”, ao colocar o(s) afetado(s) numa “situação quantitativa ou qualitativamente desrazoável à luz dos ditames da proteção da liberdade e autonomia individual e do relacionamento Estado/cidadão em Estado de Direito- cfr. Jorge Reis Novais, *As restrições aos direitos fundamentais ...*, pg. 766.

(art. s 26º, nº1, e 27º, nº1, da CRP), senão mesmo do direito ao respeito da vida privada que amplamente tem servido ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem para ver protegido no art. 8º, da C. E. D. H. , aquele direito em casos tão diferentes, no domínio das relações sexuais, como o das práticas incestuosas <sup>299</sup>, práticas sadomasoquistas <sup>300</sup> e da discriminação da orientação sexual <sup>301</sup>.

#### 14. A renúncia aos direitos fundamentais e os limites da sua proibição

Da dignidade da pessoa humana e do princípio da autonomia e de autodeterminação individual decorre o poder de o titular dispor do direito fundamental, inclusivamente no sentido de a ele renunciar, quando dessa posição, no quadro da livre conformação da sua vida, espera retirar benefícios que de outra forma não obteria <sup>302</sup>.

---

<sup>299</sup> *Caso Stübing c. Alemanha*, de 12. 04. 2012 acesso em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-110314>.

<sup>300</sup> *Caso K. A. et A. D. c. Belgique*, de 17. 02. 2005, §83 e 84: acesso em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-68354>, neste se reconhecendo que o direito de ter relações sexuais, mesmo com violência, está compreendido no direito a dispor sobre o próprio corpo, como parte integrante da noção de autonomia pessoal, de tal modo que, ressalvadas as razões particularmente sérias do art. 8º §2, da C. E. D. H. , o direito penal não pode intervir no domínio das práticas sexuais consentidas que resultam do livre arbítrio dos indivíduos, sob pena de ingerência dos poderes públicos no domínio da sexualidade.

O referido acórdão do TEDH deixou claro, recorda Jean-Pierre Marguénaud, *Liberté sexuelle et droit de disposer de son corps*, in *Droits, Revue Française de Théorie, de Philosophie et de Cultures Juridiques*, Paris, nº49 (2009), pg. 23, que em nome da autonomia pessoal e do direito à disposição do seu corpo, cada indivíduo pode sujeitar-se às atividades sexuais que bem entender, mesmo quando física ou moralmente prejudiciais ou perigosas para a sua pessoa.

<sup>301</sup> *Caso Smith et Grady c. Royaume-Uni*, 27. 09. 1999, . . . §89; acesso em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58408>, mantendo o TEDH a jurisprudência iniciada com o acórdão *Dudgeon c/ RU* de 22. 10. 1981, ambos contra a discriminação da homossexualidade consentida entre adultos, que passou a compreender a liberdade sexual no âmbito do direito ao respeito da vida privada (art. 8º, nº1, da CEDH).

<sup>302</sup> Jorge Reis Novais, *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*, ..., pg. 235.

A pessoa que renuncia fá-lo porque espera obter um benefício com a conduta renunciativa, benefício esse que considera ser mais valioso do que a preservação do direito fundamental em si mesmo.

E ainda que se traduza numa afetação negativa desse direito fundamental, a renúncia não deixa de ser expressão da realização desse direito, posto que esta inclui, em alguma medida, a possibilidade de se dispor dele nomeadamente no sentido da sua limitação.

A renúncia <sup>303</sup> é também uma forma de exercício do direito fundamental. A realização de um direito fundamental inclui a possibilidade do titular dispor dele *se, quando e como* entender, inclusive no sentido da sua autolimitação enquanto expressão genuína do direito de autodeterminação e livre desenvolvimento da personalidade individual.

Através da renúncia, o indivíduo prossegue também “a realização de fins e interesses próprios que ele considera, no caso concreto, mais relevantes que os fins realizáveis através de um exercício positivo do direito” <sup>304</sup>.

Nesse sentido a renúncia encontra fundamentação jurídica nos próprios direitos fundamentais em especial, ou seja, no conteúdo de autonomia ínsito em cada um dos direitos renunciados <sup>305</sup>.

Mas, a autovinculação e a heterolesão consentida são também expressão do direito ao livre desenvolvimento do indivíduo consagrado no art. 26º, nº1, da CRP <sup>306</sup>.

---

<sup>303</sup> Se um indivíduo dispõe unilateralmente de um direito fundamental, lesando-se a si próprio, tal não se consubstanciará numa renúncia, mas antes uma autolesão ou autocolocação em perigo - condutas autoprejudiciais. Diferentemente, a renúncia pressupõe necessariamente a intervenção ou presença de um terceiro (um particular ou o Estado), perante o qual o renunciante se vincula juridicamente a não invocar um seu direito fundamental.

<sup>304</sup> Jorge Reis Novais, *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*, ..., pg. 235.

<sup>305</sup> Jorge Reis Novais, *Renúncia a direitos fundamentais*, cit. , pp. 285 ss e 299; Benedita Ferreira da Silva Mac Crorie, *Os limites da renúncia* ..., pg. 107.

<sup>306</sup> Neste contexto Luísa Neto, *O Direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo (A relevância da vontade na configuração do seu regime*, Coimbra Editora, 2004, pg. 327, advoga que a “intervenção num âmbito de organização alheio que se produz em virtude do consentimento da

Em síntese, independentemente da específica fundamentação jurídica encontrada para a renúncia, não permitir que quem se prostitui, com plena capacidade de discernimento, de forma livre e esclarecida, possa negociar ou renunciar a direitos fundamentais é violar um dos mais básicos atributos da dignidade da pessoa humana, que é a autonomia da vontade.

O direito penal sexual tem necessariamente como pressuposto o reconhecimento da plena autonomia da livre determinação pessoal em matéria sexual entre adultos e em privado, pois só assim se respeitará o princípio da dignidade da pessoa humana.

Na construção do projeto de vida e preservação da dignidade de cada um, a autonomia e autodeterminação individual deve garantir-lhe a prossecução dos fins e objetivos que o próprio entende serem os melhores para sua vida, quer fazendo uso dos direitos fundamentais, quer renunciando a eles.

Essencial é que essa renúncia seja voluntária e consciente, sem vícios nem constrangimentos, isto é, não implique a anulação da sua razão de ser, que é dizer da própria dignidade da pessoa humana, da autonomia individual ínsita nos vários direitos fundamentais e/ou do livre desenvolvimento da personalidade. O reconhecimento da faculdade de dispor apenas se justifica na medida em que esta seja ainda manifestação dessa mesma dignidade, autonomia ou livre desenvolvimento.

Entre os critérios orientadores da ponderação de interesses conducentes à decisão sobre a validade material de uma renúncia concreta a direitos fundamentais surge primeiramente o princípio da dignidade da pessoa humana que pode figurar como limite absoluto das possibilidades de renúncia a direitos fundamentais, mas simultaneamente como fundamento do próprio poder de disposição desses direitos <sup>307</sup>.

---

pessoa legitimada para o outorgar, supõe uma forma de auto-organização da própria existência garantida pela Constituição através do direito à liberdade de acção enquanto expressão do livre desenvolvimento do indivíduo”.

<sup>307</sup> Restará saber, segundo Jorge Reis Novais, *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*,...pg. 274-5, “a partir de que medida é que o exercício desta liberdade, por redundar em

A dignidade humana, enquanto conteúdo essencial absoluto do direito, nunca pode ser afetada.

Decisivo é aqui saber dos limites ao poder de o particular determinar por si próprio o sentido e conteúdo da sua dignidade <sup>308</sup>, o que nos reconduz à concepção de um núcleo material mínimo de dignidade pessoal que no caso da renúncia deverá ser temperado pelo consentimento do próprio <sup>309</sup>, a coberto da autonomia individual e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade a que aquela se encontra indissociavelmente ligada.

Este núcleo material mínimo de dignidade já não depende da concepção que o próprio tenha sobre a sua dignidade, abrangendo as situações em que a pessoa

---

limitação excessiva, se pode converter em obstáculo que anule ou destrua as condições da futura autodeterminação e do livre desenvolvimento da personalidade”. Esta determinação, acrescenta, só pode ser feita na ponderação de todos os aspetos e circunstâncias relevantes do caso concreto, sem esquecer que o próprio conteúdo da dignidade da pessoa é condicionado pelo consentimento do lesado e pelas suas mundividades e convicções acerca do sentido da sua dignidade – cfr. ob. cit. , pg. 275.

Evidenciando, contudo, a dificuldade de aceitar a dignidade da pessoa humana, desprovida de uma formula ética de reconhecimento universal, por um lado, como fundamento, e por outro lado, como limite à liberdade geral de ação e, assim também, à disponibilidade dos direitos fundamentais por parte dos respetivos titulares – cfr. Jorge Pereira da Silva, *Deveres do Estado de Protecção ...*, pg. 460-1.

Neste sentido, a convocação da dignidade da pessoa humana para ambos os lados da barricada constitui para o Autor a apologia de um verdadeiro paradoxo, uma vez que mobiliza o “fundamento da liberdade para compelir alguém a conformar o seu comportamento com determinações que lhe são alheias e, no limite para *obrigar uma pessoa a viver uma vida digna* – embora não aos seus próprios olhos, mas aos olhos dos outros, porventura da maioria democrática, da maioria moral, ou simplesmente dos detentores do poder instituído” – cfr. ob. cit. pg. 463. No entanto, o Autor não abdica da dignidade da pessoa humana para justificar uma maior exigência na verificação dos pressupostos de validade dos atos de disposição de bens jusfundamentais, quer a existência de uma vontade absolutamente livre, sem dependências ou constrangimentos, e amplamente esclarecida e informada, sem erros ou lacunas – cfr. ob. cit. pg. 465-6.

<sup>308</sup> Jorge Reis Novais, *Renúncia a direitos fundamentais...*, pg. 329, e Benedita Ferreira da Silva Mac Crorie, *Os limites da renúncia ...*, pg. 211 e 272, recordando que não se trata tanto de saber se o titular pode dispor da sua dignidade mas antes de compreender em que medida lhe cabe determinar por si próprio o sentido que pretende atribuir à sua dignidade, ou dito de outro modo, que limites pode o Estado impor a esta autodefinição.

<sup>309</sup> Sendo a dignidade da pessoa humana um conceito dinâmico, determinadas condutas consideradas, à partida, como violadoras da dignidade, poderão deixar de o ser em virtude desse consentimento.

é reduzida à condição de objeto ou de um simples meio, caso em que a renúncia deverá ser considerada irrelevante.

A restrição operada no quadro da renúncia a um direito fundamental tem, por força do art. 18º, nº3, da CRP, de observar a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, o que tende a identificar-se com a garantia do princípio da dignidade da pessoa humana.

Este núcleo essencial será violado quando a pessoa for transformada em coisa à mercê do poder de outrem, passando a ser tratada como um instrumento ou meio de realização de fins alheios e não como um fim autónomo em si. Neste caso, a renúncia a direitos fundamentais, com o consentimento do lesado, viola a dignidade da pessoa “<sup>310</sup>.

Sendo o princípio da proporcionalidade um critério a observar em qualquer restrição de direitos fundamentais, por força do art. 18º, nº2, da CRP <sup>311</sup>, também na sua renúncia funcionará como limite à limitação do poder de disposição individual <sup>312</sup>.

Os limites impostos pelo Estado à validade da renúncia apenas serão legítimos se se apurar a necessidade de garantir outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos que, no caso concreto, se sobreponham ao interesse subjacente à renúncia pelo titular do direito, e apenas na estrita medida dessa necessidade <sup>313</sup>.

---

<sup>310</sup> É o que ocorre quando, atendendo às circunstâncias do caso concreto, o indivíduo “anua na destruição ou anulação das condições da sua autodeterminação futura, ou aceite colocar-se nua situação que iniba a possibilidade de continuar a conformar a sua vida de acordo com planos pessoais livremente concebidos, na medida em que isso signifique uma degradação, sem possibilidades de correção, ainda que voluntária, ao nível de um objeto heteronomamente determinado” – cfr. Jorge Reis Novais, *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*,...pg. 277.

<sup>311</sup> Este nº2, do art. 18º, legitima o legislador, em abstrato, a restringir direitos, liberdades e garantias, aqui incluída a própria liberdade geral de ação daquele que, agindo contra si próprio, opta por condutas autoprejudiciais ou renunciativas, quando tal se mostra necessário para salvaguardar outros interesses constitucionalmente protegidos.

<sup>312</sup> Jorge Pereira da Silva, *Deveres do Estado de Protecção ...*, pg. 484.

<sup>313</sup> Jorge Reis Novais, *Renúncia a direitos fundamentais*, ...pg. 333.

Nesse sentido “a limitação (ou proibição) do poder de renúncia terá de ser idónea, exigível e proporcional relativamente ao interesse protegido pela proibição de renúncia”, havendo de considerar-se na ponderação dos interesses em conflito a vontade e interesse do titular do direito fundamental em aceitar a restrição em causa, “o que diminui, como contrapartida, as exigências que devem ser colocadas à indispensabilidade de realização ou à premência do interesse prosseguido pelo Estado”<sup>314</sup>.

Ainda que o poder de disposição de direitos fundamentais não seja ilimitado, o Estado só tem o dever de proteger a pessoa contra si mesma quando esta não esteja em posição de cuidar de si ou quando estejam em risco as suas possibilidades de “autodeterminação futura”.

Fora desses casos, a ingerência paternalista e autoritária do Estado na proibição da renúncia ao direito fundamental por parte do indivíduo, obrigando-o numa conceção de liberdade vinculada ao exercício do direito, sem o questionar ou deixar fazer as suas opções, constitui uma violação grave do primado da liberdade e conseqüentemente do princípio da disponibilidade dos direitos fundamentais e da sua própria dignidade e autonomia individual.

Acompanhando aqui a lição de Jorge Pereira da Silva<sup>315</sup>, ainda que a debilidade circunstancial de quem se prostitui possa induzir uma intensificação do dever do Estado de a proteger, tal não autoriza que se menospreze a sua qualidade de titular de direitos fundamentais, nem permite ao poder público decidir de modo arbitrário sobre o que é melhor para aquele, desconsiderando em absoluto a sua vontade e impondo-lhe contra si medidas de proteção demasiado gravosas ou não justificadas pela posição de fraqueza.

---

<sup>314</sup> Benedita Ferreira da Silva Mac Crorie, *Os limites da renúncia ...*, pg. 232, e Jorge Reis Novais, *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*,...pg. 280-2, recordando que uma renúncia pode preencher os requisitos da proporcionalidade no momento em que foi constituída, sendo por isso válida, mas por alteração das circunstâncias veio a revelar-se desproporcionada e, como tal, inválida.

<sup>315</sup> Cfr. *Deveres do Estado de Protecção. . .*, pg. 324 e 326.

A salvaguarda de direitos fundamentais como a integridade moral (art. 25º, nº1) e o livre desenvolvimento da personalidade (art. 26º, nº1) sugerem nestes casos o direito a não ser confrontado, contra a sua vontade e na sua esfera privada, por condutas do Estado que representem uma afronta clara às conceções valorativas e morais que cada um pode livremente perfilhar para reger a sua vida.

## 15. A especial vulnerabilidade da vítima

O elemento da “exploração da situação de abandono ou necessidade económica” constituía no lenocínio simples o último reduto do princípio do direito penal do bem jurídico e da necessidade da pena.

Ao eliminar do nº1, do cit. art. 169º, aquele segmento típico, introduzindo no nº2, do mesmo artigo, a qualificativa do aproveitamento da especial vulnerabilidade da vítima, o legislador deixou aberta a possibilidade de subsumir nesta as situações graves de “desamparo” e de “necessidade económica e social”<sup>316</sup>.

O conceito de vulnerabilidade baseado em pobreza tem contribuído para a perceção generalizada das prostitutas como vítimas. Para o Conselho da Europa, a noção de vulnerabilidade deve ser entendida em sentido lato para incluir situações de pobreza e privação económica<sup>317</sup>.

Desse modo, deixou de ser sustentável argumentar com a necessidade de prevenção da exploração de situações de especial carência e de abandono social, como fundamento do lenocínio simples, depois de o legislador ter eliminado

---

<sup>316</sup> No sentido de que este elemento qualificador abarca as situações de abandono, desamparo e de extrema necessidade económica e/ou social – cfr. Mouraz Lopes e Tiago Milheiro, *Crimes Sexuais*, Coimbra Editora, 2015, pg. 116; Augusto Silva Dias, *Reconhecimento e coisificação ...*, pg. 125, n. 36, Anabela Rodrigues e Sónia Fidalgo in *Comentário Conimbricense. . .*, 2012, pg. 811-2; M. Miguez Garcia e J. M. Castela Rio, *Código Penal- Parte geral e especial*, 2014, págs. 711, Euclides Dâmaso Simões, *O crime de Tráfico de Pessoas*, Revista do CEJ II, 2013, pg. 129, Pedro Soares de Albergaria e Pedro Mendes Lima, *O Crime de Lenocinio ...*, pg. 202.

<sup>317</sup> Relatório de 2014 da Comissão dos Direitos da Mulher e da Igualdade de Género do Parlamento Europeu, *“Sexual exploitation and its impact on gender equality”*, pg. 7 e 19.

expressamente essa referência do nº1, do art. 169º e a deixar entrar pelo elemento qualificador da alínea d), do nº2 <sup>318</sup>, esvaziando o sentido e conteúdo do tipo base.

É claro que, aqui chegados, deparamo-nos com as mesmas dificuldades de prova e de interpretação do conteúdo da expressão “*especial vulnerabilidade da vítima*”, sabido que, na livre determinação de cada um sobre a definição dos modos de vida e de trabalho, os constrangimentos económicos e outros estão presentes na prostituição, como na escolha de qualquer outra profissão <sup>319</sup>.

Ainda que a escolha da prostituição possa ter sido induzida por uma situação de necessidade, não se vê que essa motivação seja habitualmente diferente na opção por outras profissões legalmente reconhecidas noutras áreas laborais, sem que por essa razão se questione a legitimidade do seu exercício, por mais perigosas, penosas, mal pagas ou desagradáveis que possam ser <sup>320</sup>.

Ou será que só existe liberdade, como interroga Maqueda Abreu, em relação a possibilidades laborais que representam um elemento de autorrealização pessoal à margem da necessidade de satisfazer as necessidades económicas. Se assim fosse, responde a Autora, não haveria opções livres entre os trabalhos que pudessem optar muitas das mulheres sobretudo nos sectores populares e as emigrantes <sup>321</sup>.

---

<sup>318</sup> Augusto Silva Dias, *Reconhecimento e coisificação ...*, pg. 24.

<sup>319</sup> Em relação às escolhas, Cláudia Fonseca, “*Nem tão exótico assim*”, 2007, afirma: “É verdade que a maioria provavelmente não “escolheu” ser prostituta – da mesma forma que mulheres não “escolhem” ser faxineira, catadora de papel, ou mesmo balconista ou garçonne etc. Não são empregos “glamourosos”, que inspiram grande admiração. A prostituição inspira, pelo contrário, preconceitos constantes e, nesse sentido, as mulheres têm que se esforçar mais do que outras para mostrar que são normais”.

A diferença entre o trabalho sexual e tantas outras atividades é apenas de respeitabilidade social, por estas terem ganho o direito a serem consideradas uma profissão digna, perante o preconceito que considera imoral intercambiar sexo por dinheiro – cfr. Pablo de Lora, *Sexo (Con)sentido: El feminismo ante la encrucijada de la prostitución, ...*, pg. 17.

<sup>320</sup> José Maria González del Río, *El ejercicio de la prostitución ...*, pg. 111 e Maria Luísa Maqueda Abreu, *Prostitución, ...*, pg. 57.

<sup>321</sup> Maria Luísa Maqueda Abreu, *Prostitución, ...*, pg. 52. Neste sentido vão também Anabela Rodrigues e Sónia Fidalgo, in *Comentário Conimbricense. . .*, 2012, pg. 798 s, pois «*de vontade deficiente na decisão não se pode falar logo, só pelo facto de a pessoa estar em situação de abandono ou de necessidade económica*».

Ora, à semelhança de tantas outras profissões, a opção pela prostituição pode ser condicionada por contingências socioeconómicas que impelem o indivíduo a exercê-la, com a diferença que é pior vista e mais bem paga.

Mas não raramente figura como uma escolha consciente de quem prefere desempenhá-la em detrimento de outras atividades mais mal remuneradas <sup>322</sup>.

Essencial é aceitar, sem estereótipos nem preconceitos sociais, que as mulheres devem ser livres para vender a sua disponibilidade sexual enquanto força de trabalho e não deixa de ser juridicamente livre o trabalho que alguém realiza no cumprimento de uma obrigação assumida em razão de necessidades económicas <sup>323</sup>.

Todas as opções e decisões estão mediatizadas ou condicionadas por muitos fatores. Há sempre algo de não espontaneamente querido na decisão de renúncia. As escolhas das pessoas são diferentes e condicionadas por circunstâncias económicas, sociais ou familiares mais ou menos desfavoráveis, mas nem por isso as decisões tomadas deixam de ser realmente livres <sup>324</sup>.

A pessoa que decide exercer a prostituição, por considerá-la a melhor alternativa perante outros trabalhos, ainda mais precários e menos remunerados, opta sob determinadas condições, mas não deixa de decidir de forma livre e consciente.

---

<sup>322</sup> Gisele Mendes de Carvalho, *Delitos relativos à prostituição no Código Penal brasileiro: proteção da dignidade humana ou paternalismo jurídico?* in Revista dos Tribunais Online, 2010, pg. 12; Nilson Tadeu Reis Campos Silva, *Prostituição: a profissão dos excluídos sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana*, in

Antônio C. Baeta Minhoto, (org. ). *Constituição, minorias e inclusão social*, São Paulo: Rideel, 2009, pg. 248.

<sup>323</sup> João Zenha Martins, *Dos Pactos de Limitação...*, pg. 59 e Jorge Leite, *Direito do Trabalho*, vol. 1, 1998, pg. 42.

<sup>324</sup> No entender de Jorge Reis Novais, *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*, ...pg. 253, nem mesmo o facto de um cidadão se encontrar numa situação de pressão, desigualdade ou dependência deve, *a priori*, invalidar a renúncia por falta de carácter voluntário, porque bem pode acontecer que seja exatamente numa situação dessas que a possibilidade de prosseguir autonomamente os seus fins pessoais seja garantida se ele aceitar prescindir de uma posição de direitos fundamentais, da qual resulta, pelo menos na visão do interessado, uma vantagem.

Na situação de miséria, a pessoa privada de condições mínimas de existência não terá verdadeira autonomia nas suas escolhas, pois estas estarão submetidas ao imperativo de satisfação das necessidades básicas. A pobreza extrema afeta a própria capacidade da pessoa de fazer escolhas, pois aquele que tem fome não tem verdadeira opção de não aceitar um dado trabalho por piores que sejam o salário ou as condições da sua realização, não havendo liberdade ao contratar numa situação de “estado de necessidade”<sup>325</sup>.

Aquele que se prostitui por necessidade não pode ser tratado como alguém que se prostitui porque assim realmente quer. O consentimento dado por alguém em situação de especial vulnerabilidade é induzido ou viciado.

A possibilidade real de escolha pressupõe uma alternativa, caso contrário não tem outra opção, exercendo a prostituição porque não tem outra solução<sup>326</sup>.

Uma renúncia só é voluntária quando o cidadão dispõe de alternativas reais de comportamento. Só então a sua auto-vinculação emerge da autonomia individual e, por isso, não necessita de proteção contra a ingerência estatal<sup>327</sup>.

Mas esta ausência de alternativas reais de comportamento “apenas podem excluir a voluntariedade da renúncia quando tenham uma influência tal sobre a livre vontade que se possam equiparar às situações de verdadeira coação, na medida em que a pressão exercida seja equivalente”<sup>328</sup>.

A questão é saber quando essa decisão era a única viável perante as circunstâncias de desigualdade material ou de dependência em que o cidadão se encontra. Que circunstâncias configuram uma situação de *especial*

---

<sup>325</sup> Ana Prata, *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*, Almedina, pg. 77, advogando não haver

liberdade ao contratar por parte daquele que está numa situação de “estado de necessidade”, por não haver alternativas contratuais ou se deparar com a indiscutibilidade dos termos contratuais.

<sup>326</sup> Luís Roberto Barroso, *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2012, pg. 61.

<sup>327</sup> Jorge Reis Novais, *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*, ... pg. 252.

<sup>328</sup> Benedita Ferreira da Silva Mac Crorie, *Os limites da renúncia ...*, pg. 118, n. 446.

*vulnerabilidade*, por intermédio da qual o consentimento não é válido? Que tipo de práticas configura uma situação de aproveitamento?

A dificuldade decorrente do critério da existência de alternativas reais de comportamento é maior se consideradas as situações em que o cidadão se encontre numa posição de vulnerabilidade e, ainda assim, tal não ser motivo para invalidar a renúncia, por haver casos em que a renúncia seja a única via para a prossecução dos “fins pessoais” por parte de quem se encontra precisamente nessa situação <sup>329</sup>.

Pode haver situações em que a renúncia, motivada por necessidades económicas, seja contrapartida de vantagens materiais e, ainda assim, traduzir uma escolha voluntária.

À semelhança da situação de dependência, a vulnerabilidade coloca a pessoa afetada numa posição de inferioridade em relação às demais (que disso se aproveitam para tirar partido), sendo extremamente variáveis os fatores que as podem gerar.

Por posição de vulnerabilidade entende-se qualquer situação apta a constringer a vítima e condicionar a sua capacidade de tomar opções de forma livre e esclarecida <sup>330</sup>, não podendo aqui olvidar-se que o dolo (ainda que eventual) abrange todos os elementos típicos, modalidades de ação, uso dos meios tipificados e vontade de lograr os resultados. Em virtude da situação de debilidade ou de fragilidade natural em que se encontra, transitória ou definitivamente, a vítima tem uma maior dificuldade em garantir o respeito pela integridade dos seus bens jurídicos.

Assim, a expressão especial vulnerabilidade da vítima, transposta inclusivamente para outros tipos legais como o tráfico de pessoas (art. 160º, nº1,

---

<sup>329</sup> Jorge Reis Novais, *Renúncia a direitos fundamentais*, ...pg. 305-6 e Benedita Ferreira da Silva Mac Crorie, *Os limites da renúncia...*, pg. 119.

<sup>330</sup> Daí que o consentimento da vítima especialmente vulnerável (consentimento viciado) seja irrelevante no crime de tráfico (art. 160º, nº8, do C. Penal), como decorre claramente do art. 3º, al. b), do Protocolo Adicional de Palermo (e da Convenção sobre Combate ao Tráfico de Seres Humanos – chamada Convenção de Varsóvia – de 16 de maio de 2005).

al. d)), abrange os casos em que a vítima se encontra numa situação de específica fragilidade determinada pela sua idade, doença, desamparo, abandono, isolamento social, desconhecimento da língua, pessoas atingidas por guerras ou desastres naturais, pessoas desenraizadas, extrema pobreza ou situação económica desfavorável ou simplesmente não ter outra saída (outra escolha real nem aceitável senão submeter-se ao aproveitamento do agente <sup>331</sup>) para sobrevivência pessoal ou familiar, aproveitando-se o agente dessa situação para cometer o crime <sup>332</sup>.

---

<sup>331</sup> Não há escolha na ausência da liberdade de escolher de outra forma. A ideia de aceitabilidade remete para um critério de razoabilidade, pois há alternativas que são humanamente aceitáveis, enquanto outras não o serão (ex. a fome), tendo-o sido a prostituição só por causa dessa vulnerabilidade, sem a qual nunca seria aceite – cfr. Pedro Vaz Patto, *O Crime de Tráfico de Pessoas*, Revista do CEJ, 2008, nº8 (Especial), pg. 185 e 194.

O United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), *Background Paper: An Introduction to Human Trafficking: Vulnerability, Impact and Action*, United Nations New York, 2008, evidenciou que essa vulnerabilidade decorre da circunstância na qual a pessoa não consiga oferecer resposta diversa do consentimento, ou seja, a pessoa se ver submetida a uma situação na qual não pode oferecer resposta diversa da concessão para a exploração das atividades atinentes à prostituição:

<[http://www.ungift.org/doc/knowledgehub/resource-entre/GIFT\\_Intro\\_to\\_Human\\_Trafficking\\_background\\_paper\\_2008.pdf](http://www.ungift.org/doc/knowledgehub/resource-entre/GIFT_Intro_to_Human_Trafficking_background_paper_2008.pdf)>.

<sup>332</sup> Euclides Dâmaso Simões, *O crime de Tráfico de Pessoas, ...*, pg. 128, e Boaventura de Sousa Santos, Conceição Gomes e Madalena Duarte, *Tráfico Sexual de mulheres...*, pg. 84, Pedro Vaz Patto, *O Crime de Tráfico de Pessoas, ...*, pg. 185, recordam que dos trabalhos preparatórios da referida Convenção de Palermo, com Protocolo Adicional, consta o esclarecimento de que por “abuso de uma situação de vulnerabilidade” [expressão que foi acolhida sob proposta da Espanha] deverá entender-se toda a situação em que a pessoa visada não tenha outra escolha real nem aceitável senão a submeter-se ao abuso”.

Idêntica formulação foi consagrada no art. 2º, nº2, da Diretiva 2011/36/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho de 5 de abril de 2011 relativa à prevenção e luta contra o tráfico de seres humanos e à proteção das vítimas (art. 2º, nº2) e encontra-se implícita na citada Convenção do Conselho da Europa relativa à Luta Contra o Tráfico de Seres Humanos (2005), cujo relatório explicativo contém nos parágrafos 83 e 84 uma definição de “abuso de uma posição de vulnerabilidade” como sendo abuso de qualquer situação em que a pessoa envolvida não tem escolha real ou aceitável senão submeter-se. Por isso, pode ser qualquer tipo de vulnerabilidade, seja física, psicológica, emocional, familiar, social ou económica. Este pode ser, por exemplo, uma situação administrativa precária ou ilegal, uma situação de dependência económica ou de saúde frágil. Em suma, são todas as situações de perigo que podem levar um ser humano a aceitar a exploração.

Nesta linha de entendimento alguns Estados, que adotaram o Protocolo Adicional de Palermo, consideram abrangidas pelo conceito de vulnerabilidade situações como a emigração ilegal, doença, estado de gravidez ou deficiência física ou mental (cfr. “*Guia legislativo para a implementação do Protocolo Adicional*”, Centro para a Prevenção Internacional do Crime (ONU), 2003, pg. 25), solução

Nesta vulnerabilidade encontramos ainda o exemplo das prostitutas em situação de falta de oportunidade de trabalho, vítimas de violência doméstica, toxicodependentes, privadas da respetiva documentação, limitadas na sua mobilidade (confinamento da vítima a habitações ou moradias, com saídas controladas, o controle dos seus meios de comunicação (e-mail, telemóvel, etc) e restrições no contacto com outras pessoas, em situação ilegal num país estrangeiro ou longe dos seus familiares <sup>333</sup>.

A ameaça da denúncia perante os serviços de imigração da situação de irregularidade da vítima pode também configurar, perante o medo de ser presa, deportada e ver interrompido o seu projeto migratório, um aproveitamento da especial vulnerabilidade da vítima que nessa situação ilegal se vê forçada a trabalhar, sob condições degradantes e perigosas <sup>334</sup>.

Tido como um meio de violência psíquica apto a colocar a vítima em situação de especial vulnerabilidade, o nº7, do art. 160º, do C. Penal, tipifica a retenção, ocultação, danificação ou destruição de documentos de identificação ou de viagem de pessoa vítima do crime de tráfico de pessoas <sup>335</sup>.

Também a imposição à vítima da obrigatoriedade de trabalhar para pagar uma dívida de montante incerto ou elevado, de aceitar todas as práticas sexuais e clientes, a retenção de pagamentos à vítima ou a realização de pagamentos extremamente reduzidos, a impossibilidade de gestão autónoma dos rendimentos

---

acolhida no considerando 12 da citada Diretiva 2011/36/EU e que o Código Penal Português em vários tipos legais trata como pessoa particularmente indefesa – art. 132º, nº2, al. c) (Homicídio Qualificado), art. 152º, nº1, al. d) (Violência Doméstica), art. 152º-A, nº1 (Maus Tratos).

<sup>333</sup> Paulo Pinto Albuquerque, *Comentário do Código Penal*, 2ª ed., 2010, anot. art. 169º, pg. 528.

<sup>334</sup> A situação irregular no país de destino converte os migrantes num alvo natural de exploração, pois, encontrando-se sem estatuto jurídico e social, sem direitos reconhecidos, ficam à mercê do empregador, quase sempre obrigados a aceitar todo tipo de tarefas, sem condições de trabalho e de vida.

<sup>335</sup> Também a Convenção de Varsóvia, no seu art.20º, impõe a criminalização de atos relacionados com documentos de viagem ou de identificação quando efetuados com o propósito de permitir o tráfico de pessoas.

são alguns dos fatores que podem indiciar a instrumentalização da vítima especialmente vulnerável.

Seja como for, a aferição da situação de especial vulnerabilidade assentará sempre numa avaliação global, à luz das circunstâncias concretas de cada caso, de todas as privações condicionantes ou não da liberdade da vítima, quer no momento da aceitação inicial da prostituição, quer durante a sua permanência nessa atividade <sup>336</sup>, sendo útil a técnica do exemplo-padrão, por referências às demais qualificativas do lenocínio forçado, para caracterizar a gravidade da situação vulnerável.

A verificação ou não verificação de um dos apontados indícios ou exemplos poderá não ser suficiente para preencher ou excluir a qualificativa, como não será bastante para afastar a constatação de alguma liberdade da vítima ou a obtenção de alguma vantagem material ou outra.

Como certo temos, isso sim, que no domínio do crime de lenocínio, à semelhança do crime de tráfico de pessoas, as situações de abandono e/ou especial carência social ou económica vestem o conceito aberto de “*vítima especialmente vulnerável*” constante do atual art. 67.º-A, nº1, al. b), do C. Proc. Penal <sup>337</sup>, cuja definição foi acolhida em termos semelhantes no art. 2.º, al. b), da

---

<sup>336</sup> A prostituição pode ser aceite livremente no início da atividade e só mais tarde passar a verificar-se uma situação de especial vulnerabilidade que afeta ou anula a liberdade de decisão e assim determina a sua permanência.

Como pode acontecer que, embora inicialmente determinada por uma situação relevante de vulnerabilidade, essa circunstância deixou, entretanto, de se verificar, mantendo-se, todavia, livremente no exercício da atividade.

<sup>337</sup> O art. 67.º-A, nº1, al. b), do C. Proc. Penal, introduzido pela Lei n.º 130/2015, de 04 de Setembro (que aprovou o Estatuto da Vítima, transpondo a Diretiva 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012), define: 'Vítima especialmente vulnerável', a vítima cuja especial fragilidade resulte, nomeadamente, da sua idade, do seu estado de saúde ou de deficiência, bem como do facto de o tipo, o grau e a duração da vitimização haver resultado em lesões com consequências graves no seu equilíbrio psicológico ou nas condições da sua integração social" (*sublinhado nosso*).

E acrescenta o nº3, do cit. art. 67º-A, que as vítimas de criminalidade violenta e de criminalidade especialmente violenta são sempre consideradas vítimas especialmente vulneráveis para efeitos do disposto na citada alínea b), do nº1.

Lei nº112/2009, de 16 de setembro (regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica, à proteção e à assistência das suas vítimas).

## 16. Conclusão

O comportamento sexual deverá pertencer à livre disposição do indivíduo e só deverá existir intervenção penal quando determinada ação provocar verdadeiramente uma lesão à liberdade e autodeterminação sexual, essência do bem jurídico protegido nos crimes sexuais, onde a ausência de um consentimento válido e esclarecido da vítima é pressuposto essencial da punição.

Tanto mais que ao direito penal cabe tutelar esse bem jurídico não apenas na sua dimensão negativa (liberdade de não suportar condutas que agridam ou constriam a esfera sexual da pessoa) mas também na sua dimensão positiva (liberdade de interagir sexualmente sem restrições) <sup>338</sup>.

---

<sup>338</sup> Maria do Carmo Silva Dias, *Repercussões da Lei nº59/2007, de 4/09, nos crimes contra a liberdade sexual*, ...pg. 221-2, lembrando que o legislador deve ter o cuidado de não maximizar a tutela do bem jurídico pela via negativa sob pena de acabar por limitar ou restringir de forma excessiva a liberdade sexual na sua dimensão positiva.

No mesmo sentido, Manuel da Costa Andrade, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, ..., pg. 395, afirmando que se não se reclama que o direito penal se comprometa na promoção ativa da liberdade positivamente expressa, “já se espera que ele não se constitua em motivo autónomo do seu sacrifício. O que postula, desde logo, que, à luz dos sentidos próprios do direito penal, deixe de se encarar a expressão positiva da liberdade como um *mal* que, de qualquer forma, tem de tolerar-se. E postula, sobretudo, a concepção necessária para obviar ao perigo da criação, interpretação e aplicação de incriminações que, ao pretenderem maximizar, pela via negativa, a tutela do bem jurídico, acabam por impor limitações ou sacrifícios particularmente drásticos na sua vertente positiva”.

Sendo o lenocínio simples e a prostituição condenáveis ou não no plano moral, a sua punição criminal poderá, ela sim, constituir um atentado contra a autodeterminação sexual por parte de quem se dedica à prostituição. Em nome da proteção da liberdade de quem se prostitui, o Direito Penal acaba por sacrificar essa mesma liberdade. Alertando para esse perigo da intervenção excessiva do Direito Penal – cfr. Fernando Torrão, *A propósito do bem jurídico protegido nos crimes sexuais*, BFDUC, nº71 (1995), pg. 563 e Vera Raposo, *Da Moralidade à liberdade*, ..., pg. 950.

Como refere Figueiredo Dias, *O Direito Penal do bem jurídico*. . . , pg. 39, após a eliminação da exigência de que o favorecimento da prostituição se correlacionava à “exploração de situações de abandono ou de necessidade económica” da vítima, o crime de lenocínio simples passou a afetar mais diretamente o bem jurídico liberdade e a autodeterminação sexual e tornou-se “infiel ao princípio do direito penal do bem jurídico”, deixando de salvaguardar o direito à liberdade sexual.

Estas duas vias de realização do mesmo bem jurídico (liberdade negativa e positiva) têm a mesma dignidade. Ainda que o direito penal, fragmentário por natureza, por regra, criminalize apenas agressões na vertente negativa, tal não significa que a realização positiva da liberdade tenha menos dignidade ético-axiológica <sup>339</sup>.

O exercício positivo da liberdade constitui uma forma normal, senão mesmo a mais relevante expressão irrenunciável de afirmação e realização desse mesmo bem jurídico.

Daí que na técnica comum da criminalização o conteúdo típico da liberdade deva ser desenhado com a contingência de uma precisa área de tutela, sob pena da proibição de uma conduta típica representar um paternalismo intolerável sobre o portador autónomo desse bem jurídico, uma comiseração social que vê na tutela da moralidade pública sexual, na qual se move a incriminação do lenocínio, *o piedoso salvamento da alma que vende o corpo ao sexo*.

A função do direito penal só pode ser a tutela subsidiária de bens jurídicos dotados de *dignidade penal* e no domínio da sexualidade deve promover e garantir a liberdade de expressão sexual, reduzindo ao mínimo toda a sua limitação, o que implica proteger, de forma fragmentária, o bem jurídico pessoal da liberdade e autodeterminação sexual apenas dos ataques mais graves, intoleráveis e perigosos.

Como última *ratio* da política social, a violação de um bem jurídico só justifica a intervenção (subsidiária) do direito penal quando aquela violação for absolutamente substancial para o livre desenvolvimento da personalidade de cada pessoa na comunidade.

A reforma de 98, ao eliminar o segmento da exploração da situação de abandono ou necessidade económica da vítima, afastou da descrição típica a expressão normativa da essência da tutela penal.

---

<sup>339</sup> De forma esclarecedora Manuel da Costa Andrade, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, ..., pg. 497 e 505, recordando que “se A mantém com B práticas sexuais, dá expressão à mesma liberdade que ao recusar fazê-lo com C”.

Com essa eliminação o tipo de crime ficou sem bem jurídico com dignidade penal, *padrão crítico do sistema penal*, numa clara violação do princípio da dignidade penal do bem jurídico – art. 18º, nº2, da C. R. P.).

Assim, passando a tutelar-se o sentimento de pudor e imoralidade sexual, a alteração legislativa suscitou, segundo a quase totalidade da doutrina, a inconstitucionalidade do crime por violação do princípio do direito penal do bem jurídico.

Diferente a jurisprudência do Tribunal Constitucional que desde o acórdão nº144/2004 ainda vê no tipo legal a proteção do bem jurídico da liberdade e autodeterminação sexual e da autonomia para a dignidade da pessoa, a partir de duas premissas:

- a ideia de que a prostituição, quando haja aproveitamento económico de um terceiro, corresponde sem mais a uma exploração sexual que instrumentaliza a vítima (e, portanto, com violação da dignidade da pessoa humana), numa dimensão íntima da sua vida para satisfação de finalidades de terceiros e não da própria;
- a presunção de carência social e económica ligada à prostituição, baseada em estudos empíricos (e não científicos).

Em suma, segundo o Tribunal Constitucional o aproveitamento económico por terceiro constitui uma interferência que *comporta um risco elevado e inaceitável*, dados os contextos sociais da prostituição, de exploração de uma situação de carência e desproteção social, colocando *em perigo a autonomia e liberdade do agente que se prostitui*.

Embora não se exija como elemento do tipo uma concreta relação de exploração da situação de carência e desproteção social, o risco (perigo) dessa exploração constitui a motivação fundamental da incriminação: crime de perigo abstrato. O nº1, do art. 169º, do C. Penal, visto pela Jurisprudência Constitucional, tem implícita uma presunção legal de perigo baseada no

argumento de que, em grande número de casos, as condutas típicas acompanham verdadeiras compressões da liberdade de quem se prostitui.

Aqui chegado, o Tribunal Constitucional convoca o princípio da liberdade do poder legislativo para ancorar a legitimidade da incriminação, acabando por fugir ao cerne do problema levado à fiscalização concreta de inconstitucionalidade:

**I) sem questionar a autenticidade daquelas duas premissas**, quando carece de demonstração o dogma de que a prostituição está sempre associada a situações de extrema pobreza ou carências sociais elevadas e que qualquer comportamento de aproveitamento económico da prostituição comporta uma exploração da necessidade económica ou social da vítima.

Trata-se de uma visão estereotipada, preconceituosa e simplista da prostituição, porquanto:

- essa atividade nem sempre é determinada por uma situação de carência, antes uma escolha livre como modo de vida ou complemento de rendimentos obtidos noutras atividades, porventura socialmente mais bem vistas, mas não tão bem remuneradas e sem flexibilidade de horário. Falha, aqui, a presunção empírica inilidível da carência e desproteção social da prostituta;

- a prostituição de rua é mais perigosa, mais estigmatizante, exposta às agressões, às intempéries e falta de condições higiénicas, ao invés da prostituição exercida com a intermediação de outrem, ainda que com intenção lucrativa, mas que lhe assegura todas essas vantagens (resguardo social, segurança, condições de higiene, etc) e lhe permite beneficiar de estratégias comerciais de angariação de clientes e assim obter mais lucro da prostituição e do alterne habitualmente associado à prostituição das *boîtes*. Não é líquido que a prostituta ficasse numa situação social e económica melhor sem a interação livremente consentida do proxeneta, bem podendo ela própria retirar, de forma consensual, mais vantagens nomeadamente económicas dessa dita exploração que, ainda assim, não traduziria um resultado injusto. Mas, então, falha também a presunção empírica de risco abstrato de exploração sexual da prostituta.

Em suma, não sendo inequívoca, hoje em dia, a vulnerabilidade da pessoa que se prostitui, falta a comprovação empírica da perigosidade abstrata associada à conduta típica.

Generalizar todas as condutas sob o dogma do engano, abuso de necessidade ou especial vulnerabilidade da vítima obsta a que muitos exerçam o trabalho sexual, de forma livre e legítima, como fonte da sua independência económica, da sua dignidade e do desenvolvimento da personalidade, por via do trabalho nomeadamente noutro país, através de agentes intermediários que as auxiliam nesse projeto migratório para exercer uma atividade quantas vezes já antes desenvolvida no país de origem;

**II) sem confrontar aquele princípio com os limites constitucionais próprios das restrições de direitos fundamentais e da liberdade de conformação legislativa, sobretudo com o princípio da proporcionalidade, critério fundamental de proteção do conteúdo essencial de direitos fundamentais contra as restrições injustificadas, questionando:**

- se por via da incriminação existe, em abstrato, um ganho de liberdade ou, antes, não deverá aceitar-se que no lenocínio simples e prostituição voluntária o sacrifício imposto à liberdade e autodeterminação sexual, em abstrato, é equivalente ao benefício obtido, o que seria bastante para reconhecer o desequilíbrio da incriminação ou mesmo a sua desrazoabilidade do ponto de vista de quem a sofre, dado o efeito perverso que a mesma comporta (critério da adequação);

- se para conseguir o ganho de liberdade sexual visado com a incriminação do lenocínio, no contexto da mundividência e sensibilidade da vítima que livremente se prostitui, não existem outras reações sociais e administrativas menos gravosas para o conjunto dos direitos fundamentais afetados do empresário e da prostituta (critério da necessidade); e

- mesmo que não existam, se a prossecução dessa finalidade justifica a manifesta diferença de intensidade e gravidade valorativa de restrição do

conjunto de direitos fundamentais sacrificados para todos os destinatários da norma (*critério da proporcionalidade em sentido estrito*).

Parâmetro fundamental no controlo de inconstitucionalidade, que tem escapado à fiscalização concreta da incriminação, tanto mais que o princípio da proporcionalidade é um critério a observar não apenas em matéria de restrição de direitos fundamentais (art. 18º, nº2, da CRP), mas também sobre os limites à própria renúncia do poder de disposição individual que o Tribunal Constitucional ali pretende ver, sendo ela própria uma forma de exercício do direito fundamental.

Com efeito, também os limites impostos pelo Estado à validade da renúncia apenas serão legítimos: 1) se se apurar a necessidade de garantir outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos que, no caso concreto, se sobreponham ao interesse subjacente à renúncia pelo titular do direito; 2) apenas na estrita medida dessa necessidade;

**III) sem compreender que o crime de lenocínio simples tem mais de ofensivo do que garante da dignidade da pessoa humana que exerce a prostituição voluntária.**

A incriminação do lenocínio simples atenta contra os princípios e valores constitucionais da liberdade sexual e da própria dignidade da pessoa humana, entendida esta:

- como um valor absoluto da pessoa que livremente quer exercer a prostituição e não a de quem não quer que ela a exerça;
- como princípio concretizado nos direitos fundamentais (fonte dos direitos fundamentais e não ele próprio um direito fundamental nem reduzido à condição de bem jurídico);
- de aplicação subsidiária e, portanto, não podendo ser invocado ali onde a invocação do direito fundamental da liberdade sexual seria bastante para acautelar os interesses associados à ideia de dignidade eventualmente afetados pelo lenocínio;

- cujo conteúdo é formado pelo reconhecimento dos direitos fundamentais pelas demais pessoas e pelo Estado. Ser digno é *ter direito a ter direitos* designadamente os direitos fundamentais – *dignidade como empowerment*. Mas ser digno significa também “ser-se igual a todos os outros em capacidade de autonomia, i. é, igual liberdade para fazer as próprias opções de vida. Nem haverá Estado de direito onde a Constituição não assegure a cada pessoa a possibilidade de exercício da sua autonomia e da sua liberdade individual (art. 27º, da CRP), pressuposto mínimo de uma existência digna, na qual “*todos nós somos iguais, na nossa igual capacidade de autonomia e de responsabilidade moral*” – *dignidade como igualdade*.

Respeitar a dignidade significa respeitar a liberdade da vontade individual. Sem prejuízo dos direitos de terceiro, o portador da liberdade sexual, no pleno gozo da sua capacidade de autodeterminação, pode dispor livremente da sua sexualidade quando, como, aonde e com quem quiser, segundo as suas concepções particulares sobre a vida e o mundo, o que é crucial do respeito do próprio e da autonomia sexual, independentemente do grau de consciência ou de compreensão de cada um sobre a sua dignidade.

No combate cego à exploração da prostituição livre, esclarecida e consentida, a grande derrotada é a dignidade da pessoa humana que, assim, vê a sua integridade amputada da liberdade e autonomia sexual baseadas no direito de qualquer pessoa tomar decisões autónomas sobre a sua própria vida e atividade sexual.

Se as relações sexuais são consentidas, ressalvados os casos comprovados de prementes necessidades económicas ou sociais, não é pelo facto de haver um intermediário no negócio a ganhar dinheiro e, por isso, as facilita, que a prostituta sairá daquele espaço de autodeterminação e passa a ser instrumentalizada de forma relevante para efeitos de violação do princípio da dignidade humana (*abuso da concepção de instrumentalização e consequentemente do princípio da dignidade, cuja invocação se mostra preconceituosa*).

Impor a quem se prostitui um dado padrão de comportamento sexual, dizendo-lhe o que deve ambicionar para a sua vida, é que é abusivo. No mínimo, o respeito da dignidade da pessoa (art. 1º da CRP e nos art. s 22º e 26º da D. U. D. H.) pressupõe a formação do mais alargado consenso social em torno do seu conteúdo, no qual se possam rever todas as pessoas e correntes de pensamento num Estado pluralista e laico, à margem de dogmas religiosos, filosóficos ou ideologias particulares. Numa sociedade pluralista, o direito penal sexual há de evitar optar por uma determinada valoração global unitária da sexualidade entre adultos;

**IV) sem ter presente que a incriminação promove mais desigualdade e violência de género** numa cruzada de purificação das Mulheres no seu conjunto, mas sem reconhecer igual capacidade de autonomia e autodeterminação àquela que se prostitui e assim se vê empurrada para a rua, onde a prostituição assume um risco de violência e dominação sexual superior pelo cliente.

Nesta perspetiva de género, em nome da defesa das Mulheres sacrificam-se aquelas a quem se nega o reconhecimento da sua liberdade para se prostituir e mesmo emigrar para esse fim, impondo-lhe medidas de proteção, nomeadamente a criminalização, que ninguém reclamou, sob o estigma delas próprias serem responsáveis pela desvalorização do seu género.

No domínio da prostituição voluntária, a incriminação do lenocínio, ao coartar de forma generalizada a liberdade e autodeterminação da mulher, o que faz é alimentar a desigualdade de género, negando à mulher a capacidade de discernimento, autonomia e liberdade no exercício da sexualidade e domínio sobre o próprio corpo.

Adotar medidas de proteção contra a sua vontade, quando se trata de uma pessoa adulta e capaz de decidir sobre a sua vida, é supor que se encontra destituída da sua capacidade de autodeterminação e, portanto, os seus interesses devem ser tutelados institucionalmente por cima da sua vontade, o que é claramente infantilizador e ofensivo para a dignidade pessoal que se diz proteger, o que fomenta ainda mais a desigualdade social e de género à conta do

preconceito plantado em torno da prostituição, único fator, aliás, estigmatizante, capaz de o justificar.

O custo de não respeitar o consentimento apenas resulta em mais desigualdade e violência a pretexto de a combater. Tudo como se na prostituição voluntária não fosse enganador afirmar-se, na perspectiva da violência e desigualdade de gênero, que os homens atuam sempre de forma livre, autônoma e responsável pelos seus atos, enquanto as mulheres se presumem sociologicamente forçadas, induzidas ou enganadas.

Trata-se de um dogma argumentativo que coloca à evidência que o problema de gênero associado à prostituição é meramente quantitativo pela relação da oferta e da procura. Nem se veja no lenocínio simples uma forma de violência contra as mulheres, como se de um crime de gênero se tratasse, pois, apenas a “prostituição forçada” (e não também a voluntária) poderá ser entendida como tal.

Menos se compreende que no triângulo da exploração sexual, onde existe uma forte interligação do proxeneta, cliente e prostituta, o primeiro seja o único a quem é apontada a sanção penal, a pretexto de facilitar a desigualdade e violência de gênero que os demais materializam.

Se é inconcebível que a mulher prostituta não possa dispor livremente do seu corpo, como expressão do direito à autonomia individual e da liberdade de ação (art. s 26º, nº1, e 27º, nº1, da CRP), tão pouco se poderá argumentar concomitantemente com a instrumentalização e dominação do gênero que voluntariamente se prostitui.

A prostituição voluntária não representa em si uma violência contra as mulheres. Não é a prostituição em si, nem sequer o lucro que justifica a intervenção punitiva, mas as concretas condições do seu exercício que viciam o consentimento e se apropriam da liberdade de ação e/ou sexual da vítima.

Em vez de criminalizar, a intervenção do legislador deveria centrar-se nas condições sociais e laborais que as mulheres podem encontrar no trabalho sexual.

Essencial é distinguir a prostituição exercida livremente e a prostituição forçada, como o fez o Protocolo de Palermo e a Convenção de Varsóvia sobre o Tráfico de Seres Humanos, bem assim regulamentar, na prostituição voluntária, os direitos sociais e laborais dos profissionais do sexo nomeadamente o âmbito da *subordinação* empresarial em torno do conceito de exploração sexual de modo a garantir a maior autonomia e independência da prostituta no exercício da sua atividade profissional por intermédio ou conta alheia.

A criminalização da atividade empresarial ligada à prostituição voluntária o que faz é alimentar ainda mais a violência de género:

- empurrando a mulher para a prostituição de rua, onde o estigma e a violência sexual são maiores; e

- tornando-a mais vulnerável aos abusos e à exploração por parte de terceiros, justamente por falta de regulamentação da atividade (essa margem de risco estaria bem mais acautelada), deixando-a numa situação de desproteção e desigualdade social, não podendo criminalizar-se a conduta do proxeneta sem querer estigmatizar, também como delinquente, a pessoa cuja prostituição ele facilita;

**V) sem compreender que é falaciosa a legitimação da incriminação baseada na antecipação da tutela penal do tráfico de pessoas para exploração sexual:**

- quando, no crime de tráfico de pessoas, o legislador não prescindiu de tipificar os meios vinculados de execução que traduzem a essencialidade do desvalor da ação e do bem jurídico eminentemente pessoal aqui protegido;

- quando, o tipo legal do tráfico abre a porta à migração de pessoas para exploração sexual no exercício da prostituição voluntária, sem ver nisso qualquer problema de desigualdade ou violência de género, para a jusante, uma vez em Portugal, lhes fechar a janela, pela via do crime de lenocínio simples, proibindo essa atividade;

- se não basta uma prostituta movimentar-se internacionalmente para que o caso seja qualificado como tráfico, tão pouco o trabalho sexual pode ser entendido, sem mais, como exploração sexual. Aliás, a generalidade das mulheres que escolhem migrar para trabalhar no mercado do sexo já o faziam no país de origem, surgindo a emigração como uma continuação lógica de uma carreira de prostituição e não o seu início. Mais uma vez se dirá que não é a prostituição em si, mas as condições de exploração, engano, coerção, abuso de autoridade ou vulnerabilidade e/ou outros meios ilícitos que ocorrem no trabalho do sexo, como noutras formas de trabalho consentido, que são fundamentais para caracterizar a vítima de tráfico e exploração sexual e, assim, desvirtuar o seu consentimento. Daí que nem toda a atividade sexual comercial seja exploração sexual;

- quando a dificuldade probatória entre a prostituição livre e forçada não obstaculizou à exigência da ação vinculada no crime de tráfico de seres humanos, seguindo-se a distinção colhida no Protocolo de Palermo e na Convenção de Varsóvia sobre o Tráfico de Seres Humanos.

Por tudo isto, não existe razão para tratar de forma diferente o crime de lenocínio simples (art. 169º, nº1, do C. Penal) e o crime de tráfico sexual de pessoas (art. 160º, nº1, do C. Penal), não se compreendendo que apenas neste se encontrem tipificados os meios de execução (crime de execução vinculada) e, portanto, sem os pânticos morais subjacentes ao lenocínio.

Daí ser necessário separar as verdadeiras vítimas dos crimes de lenocínio e tráfico sexual de pessoas daquelas que, em busca de melhores condições de vida, escolhem a atividade da prostituição como forma de trabalho, sendo a liberdade de circulação de pessoas um princípio estruturante do Tratado da União Europeia;

**VI) sem atentar que os casos de exploração ou aproveitamento por terceiro da especial carência social e/ou económica da vítima estão agora mais bem acautelados, através do elemento qualificador da especial**

**vulnerabilidade** (al. d), nº2, art. 169º) que, aliás, sempre oferecerá a mesma dificuldade probatória e esvazia o sentido e conteúdo do tipo simples.

Contudo, na interpretação da *especial vulnerabilidade da vítima*, o intérprete deverá ter presente que na livre determinação de cada um sobre a definição dos modos de vida e de trabalho, os constrangimentos económicos e outros estão presentes na prostituição, como na escolha de qualquer outra profissão, sem que se questione a legitimidade do seu exercício. Ou será que só existe liberdade em relação a possibilidades laborais à margem da necessidade de satisfazer as necessidades económicas? Se assim fosse não haveria opções livres em muitos dos trabalhos dos sectores populares, sobretudo no contexto da emigração, mas sem que se questione, à conta da necessidade que os move, a legitimidade do seu exercício, por mais perigosos, penosos, mal pagos ou desagradáveis que possam ser.

Ora, à semelhança de tantas outras profissões, a opção pela prostituição pode ser condicionada por contingências socioeconómicas que impelem o indivíduo a exercê-la, com a diferença que é pior vista e mais bem paga. Mas não raramente figura como uma escolha consciente de quem prefere desempenhá-la em detrimento de outras atividades mais precárias e/ou pior remuneradas.

Essencial é aceitar, sem estereótipos nem preconceitos sociais, que as mulheres devem ser livres para vender a sua disponibilidade sexual e não deixa de ser juridicamente livre o trabalho que alguém realiza, sem mais, em razão de necessidades económicas, optando, é certo, sob determinadas condições, mas ainda assim de forma livre e consciente.

A questão é, então, saber quando a opção pela prostituição é a única viável, perante as circunstâncias de desigualdade material ou de dependência, de modo a concluir-se pela ausência de alternativas reais de comportamento que exclua a voluntariedade da renúncia.

A aferição da situação de especial vulnerabilidade assentará sempre numa avaliação global, à luz das circunstâncias de cada caso, de todas as privações condicionantes ou não da liberdade da vítima, quer no momento da aceitação

inicial da prostituição, quer durante a sua permanência nessa atividade, sendo útil a técnica do exemplo-padrão, por referências às demais qualificativas do lenocínio forçado, para caracterizar a gravidade da situação vulnerável.

Tudo isto, numa área onde **o ónus de justificação da legitimação da incriminação pelo legislador e fiscalização pelo julgador era maior**, pelas seguintes razões:

**1- tratando-se de um crime de perigo abstrato, a legitimidade de antecipação da tutela penal baseia-se:**

- na elevada perigosidade da conduta, baseada em dados estatísticos, regras científicas ou regras da experiência consolidadas. Mas, se assim é, não se compreende que a eliminação do segmento da carência e desproteção social e económica tenha sido justificada pela dificuldade de prova quando contraditoriamente se legitima a incriminação numa presunção natural, de base empírica, que associa a prostituição a situação de carência social e económica. A ser verdade esta evidência empírica não se vê qual seria a sua dificuldade de prova. Nem a dificuldade probatória entre a prostituição livre e forçada obstaculizou à exigência da ação vinculada no crime de tráfico de seres humanos. Sendo o domínio da sexualidade aquele onde mais proliferam e se desencontram as concepções ético sociais vigentes, maior exigência se impunha quanto à ligação do perigo a determinadas condutas como forma de justificar a incriminação (*o princípio da máxima garantia de verdade do juízo de perigo*);

- na grande importância do bem jurídico (um “bem jurídico tem que ser uma “realidade de sentido social” cuja ameaça e cuja lesão sejam também jurídica e socialmente perceptíveis): tal exigência falha na incriminação do lenocínio, por mitigação, hoje em dia, da censura social associada à prostituição voluntária. Se a prostituição não é proibida, sendo uma atividade neutra, como justificar que comete um crime quem a facilita e ganha com isso quando a própria prostituta, que nisso consente, entende que beneficia com a intermediação do “proxeneta” ? Como pode ser crime facilitar uma atividade completamente lícita? A penalização de comportamentos no domínio sexual, que nem sempre mostram a evidência da

sua perigosidade, obrigava o legislador a um ónus especial de fundamentação do juízo de perigo; e

- na clara identificação do bem jurídico protegido, o que obrigava a uma descrição típica de forma precisa e minuciosa do conteúdo da liberdade carente de tutela penal;

**2 - por ser aqui mais intensa a afetação de posições subjetivas:** tratando-se de uma interferência mais gravosa em bens, interesses ou valores subjetivados, a intervenção penal tem de ser justificada por fins ponderosos, designadamente de tutela ou de proteção de bens, interesses ou valores especialmente qualificados do ponto de vista constitucional;

**3 - não estando expressamente autorizadas pela constituição as restrições decorrentes da incriminação do lenocínio**, sobre o legislador impendia um ónus maior de justificação da necessidade da restrição (fundamento da restrição) e sobre o julgador um dever mais intenso de controlo da justificação no plano constitucional dessas restrições;

**4 - confrontado com a disposição da liberdade sexual e com o direito à disposição do corpo** por parte de quem se prostitui, quando esse ato não lesa quaisquer bens de terceiro e/ou da comunidade, não se pode argumentar com a defesa da pessoa contra si própria, sem procurar saber – como vem acontecendo com o Tribunal Constitucional - das limitações constitucionais desse poder de disposição/princípios que regem a proibição da renúncia de direito fundamentais. A inadmissibilidade da renúncia traduz-se numa restrição de direitos fundamentais de quem se prostitui e do próprio agente do crime, pelo que só se justificará se for conforme às exigências constitucionais. As restrições aos direitos fundamentais devem limitar-se ao mínimo indispensável para a proteção e satisfação das necessidades básicas da vida humana numa sociedade pluralista, de modo a possibilitar que as pessoas desenvolvam sem intromissões as suas potencialidades, livremente a sua personalidade e autorrealização pessoal;

**5- sendo a regra a liberdade de ação em geral e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade**, as restrições destes direitos fundamentais

(que colidem com a autonomia e liberdade individual) impõem ao legislador e ao julgador um ónus especial de fundamentação, dada a obrigação de não interferir injustificadamente nesse âmbito.

Ademais, não se pode garantir uma dignidade à pessoa humana se não lhe é facultado o **desenvolvimento de sua personalidade de forma livre e autónoma**.

A incriminação do lenocínio simples atenta contra os princípios e valores constitucionais da liberdade sexual e da própria dignidade da pessoa humana já que a sexualidade não pode ser dissociada do livre desenvolvimento da personalidade.

A realização de um direito fundamental inclui a possibilidade do titular dispor dele se, quando e como entender, inclusive no sentido da sua autolimitação enquanto expressão do direito de autodeterminação e livre desenvolvimento da personalidade individual - art. 26º, nº1, da CRP.

Não permitir que quem se prostitui de forma livre e esclarecida, com plena capacidade de discernimento, possa negociar ou renunciar a direitos fundamentais, contanto que essa renúncia seja voluntária e consciente, sem vícios nem constrangimentos, é violar um dos mais básicos atributos da dignidade da pessoa humana: a autonomia da vontade.

O poder de disposição de direitos fundamentais não é ilimitado.

Todavia, o Estado só tem o dever de proteger a pessoa contra si mesma quando esta não esteja em posição de cuidar de si ou quando estejam em risco as suas possibilidades de “autodeterminação futura”.

Fora desses casos, a proibição da renúncia ao direito fundamental representa uma violação grave do primado da liberdade e conseqüentemente do princípio da disponibilidade dos direitos fundamentais e da sua própria dignidade e autonomia individual.

O Estado não pode impor à pessoa um modo de condução da sua vida, concepções ou planos de vida com os quais ele não concorde, por mais valiosas que

sejam para a maioria, o que constituiria uma restrição ao livre desenvolvimento da personalidade e conseqüentemente uma violação do princípio da dignidade da pessoa humana.

A autonomia privada significa justamente a liberdade de escolher uma concepção pessoal de vida.

Ora, a incriminação do lenocínio simples implica para os trabalhadores e empresários da atividade sexual:

- a violação das liberdades especiais de escolha de profissão e de iniciativa económica; e

- uma ofensa ilegítima à livre conformação da sua vida, de acordo com o modo que elegeram e assim da garantia constitucional da autonomia privada, em particular da liberdade contratual, tudo no quadro do direito ao desenvolvimento da personalidade. Mesmo na perspectiva do empresário o crime de lenocínio simples impede o livre exercício dessa atividade empresarial e, nessa medida, representa a proibição de um modo de vida e de realização pessoal e profissional.

Por outro lado, a liberdade de trabalho efetiva-se na possibilidade de escolha entre o trabalho independente (não empresarial), o trabalho subordinado (art. 47º, nº1, da CRP) ou ainda a liberdade de empresa (liberdade de iniciativa ou a gestão de uma atividade empresarial) de cariz individualista (art. 61º, nº1, da CRP) ou social (art. 61º, nº2 e 5, da CRP).

Ora, também **os direitos constitucionais do livre exercício de profissão (art. 47º, nº1, da CRP) e da liberdade económica (art. 61º, da CRP)**, que são também uma irradiação do princípio da dignidade da pessoa humana e do livre desenvolvimento da sua personalidade (art. s 1º e 26º, nº1, da CRP, e art. s 22º e 26º da DUDH), são reflexamente tolhidos aos profissionais do sexo, por via da legislação infraconstitucional penal que persiste na criminalização da pessoa ou empresa que explora a prostituição.

A proibição do lenocínio simples equivale a impedir a prostituta de ser trabalhadora assalariada ou mesmo exercer a prostituição por conta própria com

o auxílio de um terceiro, negando-lhe os direitos fundamentais laborais e sociais associados, em clara violação do seu direito à livre escolha do género de trabalho (art. 47º, nº1, da CRP, art. 23º da DUDH e art. 15º da CDFUE) e consequentemente do seu direito social ao trabalho (art. 58º, nº1, da CRP e art. 6º do PIDESC) e outros direitos laborais a ele associados (art. 59º, da CRP).

A criminalização indiscriminada do lenocínio traduz uma violação da liberdade de escolha e direito a uma profissão por parte do proxeneta (art. 47º, nº1, da CRP) e concomitantemente, pelo lado de quem presta o trabalho sexual, da liberdade de escolha e direito ao trabalho (art. s 47º, nº1, e 58º, nº1, da CRP).

Na medida em que não tem por base a concretização de qualquer ideia de justiça social (interesse geral), a criminalização indiscriminada da exploração empresarial de formas de prostituição voluntária representa também uma violação clara do princípio e direito fundamental da liberdade de iniciativa económica (art. 61º) e especialmente do princípio fundamental, em matéria de organização económico-social, da liberdade de iniciativa e de organização empresarial (art. 80º, al. c), da CRP.

Tanto mais que o Estado de direito democrático se baseia não apenas no “respeito”, mas também “garantia de efetivação” dos direitos e liberdades fundamentais (art. 2º da CRP) entre eles, como referido, a liberdade de profissão/trabalho (art. 47º, nº1, da CRP) e a liberdade de empresa (art. 61º, nº1, da CRP), sabido que uma e outra incluem tanto a escolha da atividade a exercer como o seu exercício.

Afirmar, sem mais, que o direito ao trabalho e a liberdade de iniciativa económica não são os relativos à atividade criminosa, é uma visão simplista do problema de inconstitucionalidade quando está em causa aferir precisamente da legitimidade constitucional da ilicitude dessa atividade.

Argumentar com o Tribunal Constitucional que a restrição imposta pela criminalização do lenocínio à liberdade de exercício de profissão ou de atividade económica (art. 47º, nº1 e 61º, nº1, da CRP) tem por base valores e direitos associados à proteção da autonomia e da dignidade, é não compreender que a

incriminação, fora das circunstâncias que a qualificam, abrangendo toda a atividade empresarial ligada à prostituição, independentemente do tipo de prostituição e da sua relação com a liberdade individual, tem mais de ofensivo dessa mesma autonomia e da dignidade.

O alargamento da incriminação a essa atividade, independentemente de qualquer ingerência na formação da vontade de quem se prostitui, visa exclusivamente punir uma profissão livremente escolhida e exercida e não a corrupção da vontade livre da vítima.

Se é certo que a liberdade profissional/trabalho (art. 47º, nº1, da CRP) e a liberdade de empresa (art. 61º, nº1, da CRP) estão sujeitas, nos termos da Constituição, aos limites legais impostos pelo *interesse geral ou coletivo*, com respeito pelo poder conformador do legislador, o estabelecimento dessas restrições terá de ser feito à luz do art. 18º, nºs 2 e 3, *ex vi* art. 17º, ambos da CRP, e, portanto, também do princípio da proporcionalidade, sempre com respeito de um núcleo essencial.

Também o afastamento dos profissionais do sexo de participarem dos direitos/deveres sociais, a partir das respetivas contribuições, representa uma restrição injustificada do **direito fundamental à segurança social** previsto no art. 63º, nº1, da CRP, mormente na vertente da universalidade e integralidade que o Estado de direito (social) está obrigado a respeitar e proteger (art. 2º, da CRP).

A pretexto de garantir o que entende ser a *otimização da felicidade* e de uma existência digna para si, na atividade empresarial ligada à prostituição o Estado retira o trabalho e a empresa, os direitos sociais prestacionais e a cidadania, quando tinha o dever de pelo menos não afetar o acesso aos bens já assegurados, através de meios próprios, caso em que não entra em contas o princípio da *reserva do financeiramente possível* tão caro à realização dos direitos sociais positivos.

Esta exclusão arbitrária do sistema previdencial da segurança social (dito participado, art. s 50º ss, da Lei de Bases da Segurança Social), ainda que a prostituição não seja uma atividade ilícita, constitui ainda uma violação do princípio constitucional da igualdade (art. 13º, da CRP e art. 7º da Lei de Bases da

Segurança Social), numa concessão diferenciada de prestações a diferentes categorias de prostitutas, sem justificação material relevante para a diferenciação entre a prostituição independente e a subordinada.

Nem existe fundamentação material bastante para essa desigualdade em matéria de direitos e deveres sociais fundamentais (art. 63º, da CRP), constituindo ainda uma violação do princípio da dignidade da pessoa humana a privação absoluta do direito à segurança social por falta de contribuições sociais.

Fora dos casos de prostituição forçada, a exclusão do trabalho sexual subordinado do âmbito do sistema de segurança social previdencial constitui também uma restrição de um direito fundamental desproporcionada perante a vantagem de evitar o perigo de lesão da liberdade e autodeterminação sexual e conseqüentemente em clara violação do princípio constitucional da proporcionalidade à luz do art. 18º, nº2, *ex vi* art. 17º, ambos da CRP.

Posto isto, confrontado o bem jurídico protegido pelo crime de lenocínio simples e todos os direitos, liberdades e garantias fundamentais afrontados, por via dele, em especial o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, na dimensão de liberdade geral de ação (art. 26º, nº1, da CRP), a liberdade de escolha de profissão (art. 47º, nº1, da CRP), o direito à iniciativa económica privada e liberdade de empresa (art. 61º, nº1 e art. 80º, da CRP) e o direito à segurança social (art. 63º, nº1, da CRP), com ofensa do valor supremo e relativizante da dignidade da pessoa humana, conclui-se que:

- a finalidade social visada pela incriminação mais bem acautelada ficaria se regulamentado fosse o trabalho sexual;

- a medida restritiva legalmente imposta pela opção do direito penal constitui a mais forte e limitativa das restrições ao conjunto daqueles direitos fundamentais restringidos, atenta a pluralidade e o grau de afetação de todos eles. A proibição genérica do lenocínio é desnecessária ao provocar efeitos mais restritivos dos direitos fundamentais e da própria liberdade em geral, sem garantir um acréscimo de eficácia na proteção da liberdade e autodeterminação sexual;

- não é proporcional, numa relação custo-benefício, o resultado visado com a incriminação (*meio escolhido para acautelar o perigo de lesão do bem jurídico da liberdade e autodeterminação sexual*) e todas as restrições fundamentais dela decorrentes.

Todos estes direitos fundamentais são afrontados pelo crime de lenocínio, num domínio onde o poder legislativo tinha a sua liberdade de conformação limitada por critérios estritos de mínima intervenção e máxima subsidiariedade.

Vista a afetação global de todos estes direitos fundamentais, a incriminação do lenocínio simples mostra-se desnecessária e manifestamente desproporcional para acautelar o risco de lesão da liberdade e autodeterminação sexual do indivíduo que livremente dispõe desse direito fundamental nomeadamente mediante a sua renúncia <sup>340</sup>.

Em suma, goste-se ou não da prostituição, a incriminação do lenocínio simples representa uma apropriação pública de bens jurídicos jusfundamentais que a pretexto de proteger a vítima contra si própria traz mais dificuldades do que soluções, restando, afinal, a dúvida se em vez de ajudar quem se prostitui, não estará a reação penal a prejudicá-la, impedindo-lhe o acesso à cidadania, à liberdade, à igualdade de direitos, à autodeterminação e autonomia na condução da sua vida.

Trata-se de uma tirania de valores que, em nome da preservação de uma dignidade humana integrante da ordem pública, *numa dada conceção substancial do viver de forma virtuosa, justa e correta*, afronta a normatividade dos mais

---

<sup>340</sup> Não é razoável nem proporcional que no lenocínio simples o legislador ordinário anule totalmente o exercício daqueles elementares direitos fundamentais para acautelar um sentimento geral de pudor e moralidade sexual ou mesmo o perigo abstrato e não fundamentado que se pretende forjar sob a incriminação, cujo bem jurídico tutelado não colhe ressonância social capaz de a justificar. Para acautelar o risco de lesão de um direito fundamental (liberdade sexual), focado na inviabilização jurídica de um terceiro poder tirar partido da conduta do titular do direito fundamental, o legislador sacrifica antecipadamente, mas de forma efetiva, vários outros direitos fundamentais, inclusivamente aquele da liberdade sexual, o que, além de desnecessário, é desproporcional já que todos os sacrifícios sentidos pelos destinatários da norma superam largamente as supostas vantagens alcançadas com a incriminação.

diversos direitos fundamentais, vistos necessariamente como um todo e não numa ótica analítica do seu conteúdo individual.

Tudo como se os demais não soubessem o que é melhor para si, ao contrário de nós, racionais e mais dignos, que o conhecemos a partir da nossa realidade social e, por isso, ainda que neguem essa proteção indesejada, paternalisticamente os constrangemos a comportarem-se condignamente, à luz das nossas concepções do mundo e da vida, privando-os ou reduzindo-lhes a liberdade de escolha sobre o modo de vida que pretendem levar, mesmo que acreditem que através da renúncia pudessem prosseguir de forma mais adequada os seus interesses.

A defesa dos direitos humanos e da justiça social deve ser feita pelo respeito da liberdade e da autodeterminação da pessoa adulta que voluntariamente se prostitui e pela via da regularização que garanta os direitos sociais e laborais aos profissionais do sexo, assim diminuindo as condições de exploração, violência, coerção e engano na prostituição e no tráfico de pessoas, facilitando a denúncia dessas situações quantas vezes silenciadas pela clandestinidade e informalidade em que se movem.

Provavelmente a regulamentação do trabalho sexual tão pouco resolverá todos os problemas associados à prostituição, mas é a solução que globalmente mais protege os direitos de quem se prostitui no atual mercado informal onde os maiores riscos do trabalho sexual são a flexibilidade, precariedade, fragmentação e desregulação.

Crucial é diferenciar a prostituição forçada e voluntária para se poder defender e garantir de forma realista e consequente os direitos de quem exerce uma e outra, com a certeza de que a melhor maneira para combater a violência e a exploração sexual é melhorar a situação social e laboral das prostitutas.

A questão não é ser a favor ou contra, mas antes e só o respeito pela livre opção de cada um (o direito a escolher) e dentro da sua opção assegurar que os seus direitos são garantidos.

A atividade profissional e empresarial da prostituição não pode ser tratada como se fosse uma e a mesma coisa, sujeita à mesma valoração, havendo ou não o consentimento livre da pessoa prostituída.

A relevância da autonomia individual, da autodeterminação e do livre desenvolvimento da personalidade passam desde logo pelo reconhecimento da pessoa como sujeito capaz de definir o sentido da sua própria dignidade e assim decidir de forma livre e autónoma sobre os seus planos e formas de vida.

Em nome de uma conceção de dignidade em que o interessado não se revê, o Estado não pode arrogar-se o poder de defender a dignidade do próprio contra a sua vontade (paternalismo moral), como se o protegesse contra si próprio, contra as representações ou as convicções por si tomadas, de forma livre, esclarecida e consciente, para conduzir e estruturar a sua vida, impedindo-o de renunciar a posições protegidas de direitos fundamentais e transformando o direito à dignidade num *dever de dignidade, numa liberdade vinculada ao exercício do direito*, sem o questionar ou deixar fazer as suas opções, como se a autonomia moral da pessoa não incluisse ela própria o poder do indivíduo se decidir pelo imoral (“*ir para o inferno à sua maneira*”). A relação de cada um com o seu corpo não transforma o direito fundamental à disposição do mesmo numa situação de dever.

Posto isto, no atual contexto normativo esvaziou-se da incriminação prevista no nº1, do cit. art. 169º, qualquer âmbito de proteção jurídico-penal mormente a ligação axiológica à liberdade e autodeterminação sexual, sendo a norma materialmente inconstitucional, por violação do art. 18º, nº2, da CRP, com a consequente nulidade e inaplicabilidade da mesma.

Vista a concretização do princípio do bem jurídico, à luz das diretrizes propostas <sup>341</sup>, mais ajuizado se tornaria, no respeito pelas diferenças e opções

---

<sup>341</sup> Entre elas, sinteticamente, a proposição de que os comportamentos imorais ou reprováveis não fundamentam por si só a lesão de um bem jurídico; a ofensa à dignidade da pessoa humana não é uma lesão de um bem jurídico; a proteção de sentimentos apenas pode corresponder à proteção de um bem jurídico-penal quando pressuponha uma ameaça real; a autolesão consciente e responsável, bem como o auxílio que lhe seja prestado, não põem em causa qualquer bem jurídico – Cfr. Claus Roxin, *O conceito de Bem Jurídico...*, p. 20.

profissionais de cada um, enxergar a inconstitucionalidade material da incriminação.

Numa área onde não existe consenso sobre a dignidade punitiva do lenocínio simples<sup>342</sup>, mais adequada e eficaz do que a sanção penal é a definição clara da exploração sexual e o reconhecimento da prostituição voluntária como uma prática social, legal e regulada do trabalho sexual que estabeleça os direitos e deveres de ordem social e laboral de todos os protagonistas.

Não é mais sustentável hoje, sem falsos pecados, numa hipocrisia social que finge não ver com os olhos fechados, a necessidade da pena suposta pela incriminação do art. 169º, nº1, do C. Penal, a qual deverá considerar-se destituída de valor por infringir o disposto na Constituição e os princípios nela consignados (art. 277º, nº1, da CRP).

---

<sup>342</sup> Maria Fernanda Palma, *Direito Penal do Ambiente – Uma Primeira Abordagem*, pg. 437-8, entre outros elege como critérios legitimadores da tutela penal a necessidade de um amplo consenso sobre a dignidade punitiva e a ineficácia de outros meios para a proteção do bem jurídico.

À margem da vontade das maiorias conjunturais e do poder político, a incriminação de uma conduta exige, segundo a Autora, que a mesma seja “indispensável para promover a defesa de bens jurídicos essenciais (princípio da necessidade), a conduta incriminada deve possuir ressonância ética negativa (princípio da culpa) e a criminalização, sempre resultante de lei formal, deve reunir o consenso da comunidade (princípio da legalidade)” – cfr. Maria Fernanda Palma, in *Conceito material de crime, direitos fundamentais e reforma penal*, pg. 7.

## JURISPRUDÊNCIA

### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

*disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos>*

Ac. TC nº426/91, de 6 de novembro (Sousa Brito) (*crime de perigo abstrato*)

Ac. TC nº288/98, de 17 de abril (Luis Nunes de Almeida) (*interrupção voluntária de gravidez/ livre desenvolvimento da personalidade*)

Ac. TC nº617/06, de 15 de novembro (Fernanda Palma) (*idem*)

Ac. TC nº144/04, de 10 de março (Fernanda Palma) (*não inconstitucionalidade do crime de lenocínio*)

Ac. TC n.º196/04, de 23 de março (Paulo Mota Pinto) (*idem*)

Ac. TC n.º303/04, de 5 de maio (Helena Brito) (*idem*)

Ac. TC n.º170/06, de 6 de março (Vítor Gomes) (*idem*)

Ac. TC n.º396/07, de 10 de julho (Pamplona Oliveira) (*idem*)

Ac. TC n.º522/07, de 18 de outubro (José Borges Soeiro) (*idem*)

Ac. TC n.º591/07, de 5 de dezembro (Mário Torres) (*idem*)

Ac. TC n.º141/10, de 14 de abril (Ana Guerra Martins) (*idem*)

Ac. TC n.º559/11, de 16 de novembro (Maria João Antunes) (*idem*)

Ac. TC n.º605/11, de 5 de dezembro (Ana Guerra Martins) (*idem*)

Ac. TC n.º654/11, de 21 de dezembro (José Cunha Barbosa) (*idem*)

Ac. TC n.º 203/12, de 24 de abril (João Cura Mariano) (*idem*)

Ac. TC n.º 149/14, de 13 de fevereiro (Carlos Fernandes Cadilha) (*idem*)

Ac. TC n.º 641/16, de 21 de novembro (Fernando Ventura) (*idem*)

Ac. TC n.º 421/17, de 13 de julho (Fátima Mata-Mouros) (*idem*)

Ac. TC n.º 694/17, de 18 de outubro (Fernando Ventura) (*idem*)

Ac. TC n.º 90/18, de 20 de fevereiro (Pedro Machete) (*idem*)

Ac. TC n.º 178/18, de 10 de abril (Maria Clara Sottomayor) (*idem*)

Ac. TC n.º 160/2020, de 4 de março (José Teles Pereira) (*idem*)

Ac. TC n.º 134/2020, de 3 de março (Lino Rodrigues Ribeiro)  
(*inconstitucionalidade do crime de lenocínio*)

Ac. TC n.º 349/91, de 3 de julho (Alves Correia) (*princípio da dignidade da  
pessoa humana*)

Ac. TC n.º 635/99, de 23 de novembro (Artur Maurício) (*idem*)

Ac. TC n.º 155/09, de 25 de março (Maria Lúcia Amaral) (*idem*)

Ac. TC n.º 328/94, de 13 de abril (Bravo Serra) (*liberdade profissional*)

Ac. TC n.º 187/01, de 2 de maio (Paulo Mota Pinto) (*liberdade  
profissional/princípio da proporcionalidade*)

Ac. TC n.º 527/95, de 4 de outubro (Vitor Nunes de Almeida) (*princípio da  
proporcionalidade*)

Ac. TC n.º 99/02 (*idem*)

Ac. TC n.º 420/13, de 15/07 (Maria Rangel de Mesquita) (*idem*)

Ac. TC n.º 474/13, de 29/08 (Fernando Ventura) (*idem*)

Ac. TC n.º 846/14, de 3/12 (Maria Lúcia Amaral) (*idem*)

## BIBLIOGRAFIA

ABREU, Maria Luísa Maqueda, *El tráfico de personas con fines de explotación sexual*, 2000, in <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=174827>. Acedido em 23.06.2018.

\_\_\_\_\_, “? *Que passa con la prostitución de las mujeres ? Algunas reflexiones desde un discurso de los derechos*”, in <http://www.olvidos.es/app/webroot/pdf/maqueda.pdf>. Acedido em 23.06.2018.

\_\_\_\_\_, *Hacia una nueva interpretación de los delitos relacionados con la explotación sexual*, *Diario La Ley* (6430), 2006.

\_\_\_\_\_, *La Violência de Género – Entre el concepto jurídico y la realidad social*, *Revista Eletrónica de Ciência Penal y Criminologia*, 2006. Acedido em 23.06.2018, [http://www.cienciaspenales.net/files/2016/09/2violencia\\_genero\\_maqueda.pdf](http://www.cienciaspenales.net/files/2016/09/2violencia_genero_maqueda.pdf).

\_\_\_\_\_, *Prostitución, feminismos y derecho penal*, Editorial Comares, 2009.

ACTAS e Projecto, *Rei dos Livros*, 1993.

ALBERGARIA, Pedro Soares de e Pedro Mendes Lima, *O Crime de Lenocínio entre o Moralismo e o Paternalismo Jurídicos*, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra Editora, ano 22, nº2.

ALBERTO, José Maria, *Dos crimes sexuais: do crime de lenocínio em especial*, 2012.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Crimes de Perigo e Contra a Segurança das Comunicações*, *Jornadas de Direito Criminal – Revisão do Código Penal*, II, 1998.

\_\_\_\_\_, *Comentário do Código Penal*, 2ª ed., 2010, anot. art.169º.

ALMEIDA, Carlota Pizarro de, *O Crime de Lenocínio no Artigo 170º, n.º 1 do Código Penal*. Anotação ao Ac TC n.º 144/2004 (relat. Conselheira Maria Fernanda Palma), in *Jurisprudência Constitucional*, n.º 7, Julho-Setembro, 2005.

ALVES, Sénio Reis, *Crimes Sexuais*, Almedina, 1995.

AMADO, João Leal, *Contrato de trabalho prostitucional ?*, Revista Questões Laborais, Ano IX, 2002, nº20, Coimbra Editora.

AMARAL, Maria Lúcia, *A Forma da República: uma introdução ao estudo do direito constitucional*, Coimbra Editora, 2005.

AMORIM, João Pacheco, *Liberdade de Profissão e Direito ao Trabalho: Contributo para uma distinção entre duas figuras afins*, in Estudos Jurídicos em Homenagem ao Prof. Doutor António Motta Veiga, Coord. António José Moreira, Almedina.

ANDRADE, Manuel da Costa, *O Novo Código Penal e a Moderna Criminologia*, in Jornadas de Direito Criminal”, O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar, CEJ, Lisboa, 1983.

\_\_\_\_, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra Editora, 1991.

ANTUNES, Maria João, *A Dignidade do Homem como Princípio Constitucional*, in Relatório Português da 9ª Conferencia Trilateral Portugal, Espanha, Itália disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

\_\_\_\_, *Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual dos menores*, in *JULGAR*, nº12, 2010.

\_\_\_\_, *A problemática penal e o Tribunal Constitucional*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Gomes Canotilho, vol.1, Coimbra Editora, 2012.

\_\_\_\_, *Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito da Execução das Sanções Privativas da Liberdade e Jurisprudência Constitucional*, *JULGAR*, nº21, Almedina, 2013.

ARÁN, M. Garcia, *Trata de Personas y Explotación Sexual*, Granada, Comares, 2006.

ASCENSÃO, José Oliveira, *A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos*; acessido em 3.02.2018 in

[http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe\\_artigo.aspx?idsc=71981&ida=72386](http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=71981&ida=72386).

BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo, *Anotação, numa perspectiva de direito penal e de criminologia, ao acórdão do STJ de 13.04.2009*, in *Direitos de Personalidade e sua Tutela*, Coord. Manuel da Costa Andrade, Rei dos Livros, 2013, pg.268).

BARROSO, Luís Roberto, *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Editora Fórum, Belo Horizonte, 2012.

BAZZANO, Ariana, *Gênero, crime e preconceito: um panorama histórico das normativas internacionais de combate ao crime de tráfico de pessoas*, *Interseções [Rio de Janeiro]* v. 15 n. 2, dez. 2013, pg. 417-445.

BELEZA, Maria Teresa Pizarro, *A regulação jurídica da sexualidade no código penal: da laicização dos 'bons costumes' à ortodoxia da "liberdade"*, Estudos comemorativos do 150º aniversário do Tribunal da Boa-Hora, Ministério da Justiça, 1995.

\_\_\_\_\_, *Sem sombra do pecado: O repensar dos crimes sexuais na revisão do código penal*, in *Jornadas de Direito Criminal*, CEJ, Lisboa, 1996.

BLANCHETTE, Thaddeus Gregory e Ana Paula da Silva, *O Mito de Maria, Uma Traficada Exemplar: confrontando leituras mitológicas do tráfico com as experiências de migrantes brasileiros, trabalhadores do sexo*, *Rev. Inter. Mob. Hum.*, Brasília, Ano XIX, Nº 37, jul/dez.2011, pg.79-105.

BRANDÃO, Nuno, *A tutela penal especial reforçada da violência doméstica*, *JULGAR* nº12 (especial), 2010.

BUERGO, Blanca Mendoza, *La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto*, *Revista de derecho penal y criminologia*, nº9 (2002).

CAMPOS, Diogo Leite de, *Lições de Direitos da Personalidade*, 2ª ed., 1995, Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

CANAS, Vitalino José Ferreira Prova, *O princípio da proibição do excesso: em especial, na conformação e no controlo de atos legislativos*, Repositório da Universidade de Lisboa, 2016, acedido em 5.05.2018 in <http://repositorio.ul.pt/handle/10451/26307>.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, 7ª edição.

CANOTILHO, Gomes, e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol.1, 4ª ed. revista, 2007, Coimbra Editora.

CARVALHO, Américo A. Taipa de, *Direito Penal, Parte Geral*, U.C.P.Porto, 3ª edição.

\_\_\_\_\_, *Direito Penal, Parte Geral*, II, 2004, U.C.P.Porto.

CARVALHO, Gisele Mendes de, *Delitos relativos à prostituição no Código Penal brasileiro: proteção da dignidade humana ou paternalismo jurídico?* In Revista dos Tribunais Online, 2010,

COELHO, Ana Filipa Fernandes, *Prostituição: A Desconstrução dos seus Anátemas*, Coimbra, 2010.

CONDE, F. Muñoz, *Derecho penal – Parte especial*, Tirant, Valencia.

CORREIA, José Manuel Sérvulo, *Legalidade e Autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coleção Teses, Almedina, 1987.

COSTA, José de Faria, *O Perigo em direito penal* (contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas), Coimbra Editora, 1982.

\_\_\_\_\_, *Direito Penal Especial (Contributo a uma sistematização dos problemas “especiais” da Parte Especial)*, Coimbra Editora, 2004.

\_\_\_\_\_, *Direito Penal*, Imprensa Nacional, 2017.

CRORIE, Benedita Ferreira da Silva Mac, *Os limites da renúncia e direitos fundamentais nas relações entre particulares*, 2011; acesso em 3.04.2018: [https://biblionet.fd.unl.pt/BiblioNET/Upload/PDF/MacCrorie\\_2011\\_Texto.pdf](https://biblionet.fd.unl.pt/BiblioNET/Upload/PDF/MacCrorie_2011_Texto.pdf)

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, *Constituição e Crime – uma perspetiva da criminalidade e da descriminalização*, Universidade Católica Portuguesa, Coimbra Editora, 1995.

DALBORA, José Luis Guzmán, *O Tráfico de Pessoas e o Problema do seu bem jurídico*, RPCC ano 18 nº4, 2008, Coimbra Editora, pg. pg.447-464.

DIAS, Augusto Silva, *Entre Comes e Bebes: Debate de algumas Questões Polémicas no âmbito da Protecção Jurídico-Penal do Consumidor*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 8, Fasc.4º, Coimbra Editora, 1998.

\_\_\_\_\_, *Delicta in se e Delicta mere prohibita: Uma Análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica*”, Coimbra Editora, 2008.

\_\_\_\_\_, *Reconhecimento e coisificação nas sociedades contemporâneas*”, *Liber Amicorum* de José de Sousa e Brito, Coimbra, Almedina, 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal e Estado-de-Direito Material*, in Revista de Direito Penal, nº31, 1981.

\_\_\_\_\_, *Os novos rumos da política criminal e o direito penal do futuro*, Revista da Ordem dos Advogados, 1983.

\_\_\_\_\_, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, Coimbra Editora, 2004.

\_\_\_\_\_, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, 2ª edição, 2007, Coimbra Editora.

\_\_\_\_\_, *O Direito penal do bem jurídico como princípio jurídico-constitucional implícito*, Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 145º, Maio-Junho 2016, nº3998.

DIAS, Jorge de Figueiredo e Maria João Antunes, “*Da inconstitucionalidade da tipificação do lenocínio como crime de perigo abstrato*”, in *Estudos em*

*Homenagem ao Senhor Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro – Vol. I*, Almedina, 2019.

DIAS, Maria do Carmo Silva, *Repercussões da Lei nº59/2007, de 4/09, nos crimes contra a liberdade sexual*, Revista CEJ, 1º Semestre 2008, nº8 Especial.

DUARTE, Jorge Dias, *Crime de lenocínio: unidade ou pluralidade de infrações*, Revista *Sub Judice - Justiça e Sociedade*, 2003, Outubro/Dezembro, n.º 26.

ESTIARTE, Carolina Villacampa, *Análisis de las políticas de criminalización de la prostitución*, in *Sistema Penal y perspectiva de género: trabajo sexual u trata de personas*, Granada, 2012, Editorial Comares, pg.1-44.

FONSECA, Rui Guerra da, *Comentário à Constituição Portuguesa*, II vol., Organização Económica (artigos 80º a 107º), Almedina.

FONSECA, Cláudia, *Nem tão exótico assim; acedido em 7.06.2018 in <http://www.clam.org.br/publique/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=834&sid=43>*.

FONTINHA, Maria Inês, *Para a Compreensão (Social) da Prostituição*, Seara Nova, n.º 1965, Lisboa, 2006.

FRISSE, Giovanna, *Especialmente mulheres: reflexões sobre autonomia individual e a caracterização do tráfico como crime organizado internacional*, in SOUSA, Nair; MIRANDA, Adriana; GORENSTEIN, Fabiana (orgs.). *Desafios e perspectivas para o enfrentamento ao tráfico de pessoas no Brasil*. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Justiça, Coordenação de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, 2011, pg.84 – 104.

GARCIA, M. Miguez e J.M.Castela Rio, *Código Penal- Parte geral e especial*, Almedina, 2014.

GONÇALVES, Maia, *Código Penal Anotado*, 17ª edição.

GRECO, Luís, *Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no Direito Penal*, in *Direito Penal Contemporâneo*. Livro em Homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt. (Coord.) SCHMIDT, Andrei Zenkner. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

JESCHEK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal – Parte Geral*, Editorial Comares, 2002.

JULIANO, Dolores, *Sobre trabajos y degradaciones*, em SOLANA/ACIÉN (ed.), *Los retos de la prostitución. Estigmatización, derechos y respeto*, 2008.

\_\_\_\_\_, *Transformaciones de la prostitución y del trabajo sexual en la era de la emergencia de la industria del sexo*, in *Sistema Penal y perspectiva de género: trabajo sexual u trata de personas*, Granada, 2012, Editorial Comares, pg.157-168.

KEMPADOO, Kamala, *Mudando o debate sobre o tráfico de mulheres*, cadernos pagu (25), julho-dezembro de 2005, pg.55-78.

KRIEGER, Mariana Gusso, *O direito fundamental ao trabalho e sua (estreita) relação com o direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, *Revista Fórum Trabalhista: RFT*, Belo Horizonte: Fórum, ano 1, n. 1, mar./abr. 2012.

LEITE, André Lamas, *Prostituição e lenocínio: “política da avestruz” à portuguesa*, in *www.publico.pt*, 19 de setembro de 2017.

LEITE, Inês Ferreira, *A tutela penal da liberdade sexual*, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 21, 1, Coimbra Editora, 2011.

LOPES, José Mouraz, *Os Crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal*, 4ª edição, Coimbra Editora.

LOPES, José Mouraz e Tiago Milheiro, *Crimes Sexuais*, Coimbra Editora, 2015.

LORA, Pablo de, *Sexo (Con)sentido: El feminismo ante la encrucijada de la prostitución*, *Revista Jueces para la Democracia*, nº87 (novembro 2016), Madrid, pg.17.

MALAFAIA, Joaquim, *A Inconstitucionalidade do nº1 do artigo 169.º no Código Penal*, in *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, ano 19, n.º 1, Coimbra Editora, 2009.

MARGUÉNAUD, Jean-Pierre, *Liberté sexuelle et droit de disposer de son corps*, in *Droits, Revue Française de Théorie, de Philosophie et de Cultures Juridiques*, Paris, nº49, 2009.

MARTINS, João Zenha, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho*, 2016, Almedina.

MEDEIROS, Rui, *A Decisão de Inconstitucionalidade*, Universidade Católica, 1999.

MIR, José Cerezo, *Delitos de peligro abstracto em el âmbito del derecho penal del riesgo*, *Revista de derecho penal y criminologia*, nº10 (2002).

MIRANDA, Felipe Arady, *O direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade*, Ano 2 (2013), nº 10, 11175-11211 / <http://www.idb-fdul.com/> ISSN: 2182-7567, acedido em 3.02.2018.

MIRANDA, Jorge e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Universidade Católica Editora, 2ª edição revista.

\_\_\_\_\_, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, 2ª edição, 2010, Anotação aos artigos 1º a 79º.

\_\_\_\_\_, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo II, Coimbra Editora, 2006.

MIRANDA, Jorge, *A Dignidade da Pessoa Humana e a Unidade Valorativa do Sistema de Direitos Fundamentais*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque*, vol.I, FDUL, 2010.

\_\_\_\_\_, *Manual de Direito Constitucional*, Vol.II, Tomo IV, Coimbra Editora, 2014.

MIRANDA, Jorge e José de Melo Alexandrino, *As Grandes Decisões dos Tribunais Constitucionais Europeus*.

MURPHY, Catherine, *Los derechos de los trabajadores y trabajadoras sexuales son derechos humanos*, 14 agosto 2015, in <https://www.amnesty.org/es/latest/news/2015/08/sex-workers-rights-are-human-rights/>. Acedido em 23.06.2018.

NABAIS, José Casalta, *Algumas reflexões críticas sobre os direitos fundamentais*, in AB VNO AD OMNES – 75 anos da Coimbra Editora, 1998, Coimbra Editora.

NAHRA, Cinara, *A moralidade da prostituição*, in *Mulheres da Vida*, Edições Húmus, 2010.

NATSCHERADTZ, Karl Prelhaz, *O Direito Penal Sexual: conteúdo e limites*, Almedina, Coimbra, 1985.

NETO, Júlio Rodrigues Coelho, *Dignidade social: direitos fundamentais e as fronteiras da atividade prestacional do Estado*, Lisboa, 2014.

NETO, Luísa, *O Direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo (A relevância da vontade na configuração do seu regime)*, Coimbra Editora, 2004

NEVES, Castanheira, *A Revolução e o Direito*, Lisboa, 1976.

NOVAIS, Jorge Reis, *Renúncia aos direitos fundamentais*, in *DJAP*, 1.º Suplemento, Lisboa, 1998.

\_\_\_\_\_, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra Editora, 2003.

\_\_\_\_\_, *Os princípios estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, 2004.

\_\_\_\_\_, *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*, Coimbra Editora, 2006.

\_\_\_\_\_, *Direitos Sociais – Teoria jurídico dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*, Coimbra Editora, 2010.

\_\_\_\_\_, *A Dignidade da Pessoa Humana, Dignidade e Direitos Fundamentais*, vol.I, 2016 Reimpressão.

\_\_\_\_\_, *A Dignidade da Pessoa Humana, Dignidade e Inconstitucionalidade*, vol.II, 2017 Reimpressão.

OLALLA, Patricia Fernández, *Delitos relativos a la prostitución y su relación con la trata de seres humanos*; Acesso em 5.01.2018: [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/P%20Fern%C3%A1ndez%20Olalla.pdf?idFile=8c46efbb-3580-40df-bb61-ffffa614e6c2](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/P%20Fern%C3%A1ndez%20Olalla.pdf?idFile=8c46efbb-3580-40df-bb61-ffffa614e6c2).

OLIVARES, G. Quintero, *Las normas penales españolas: cuestiones generales*. In: M. Garcia Arán, *Trata de personas y explotación sexual*.

OLIVEIRA, Alexandra, *O mundo da prostituição de rua: trajetórias, discursos e práticas*. Um estudo etnográfico, Porto: FPCEUP (Tese de Doutoramento), 2008.

\_\_\_\_\_, *Andar na Vida: Prostituição de rua e Reação Social*, Almedina, 2011.

OLIVEIRA, Fernando António Rodrigues da Silva Coutinho, *Breves considerações a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana*, in <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/68997/2/24817.pdf>, acessido em Abril/2017.

PACECCA, María Inés, *Trabajo, explotación laboral, trata de personas: Categorías en cuestión en las trayectorias migratorias*, Rev. Inter. Mob. Hum., Brasília, Ano XIX, Nº 37, p. 147-174, jul./dez. 2011.

PADOVANI, Tullio, *Diritto Penale*, 4ªed, Milano: Dott. A. Guiffirè Editore, 1998.

PALMA, Maria Fernanda, *Direito Penal, Parte Especial, Crimes contra as Pessoas*, 1983.

\_\_\_\_\_, *Direito Constitucional Penal*, Almedina, Coimbra, 2006.

\_\_\_\_\_, *O argumento criminológico e o princípio da necessidade da pena no juízo de constitucionalidade*, in *JULGAR*, nº29, Almedina, 2016.

\_\_\_\_\_, *Direito Penal do Ambiente – Uma Primeira Abordagem*.

\_\_\_\_\_, *Conceito material de crime, direitos fundamentais e reforma penal*, p. 7, disponível em: [http://www.fd.unl.pt/docentes\\_docs/ma/TQB\\_MA\\_22910.pdf](http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/TQB_MA_22910.pdf)

PATRÍCIO, Rui, *Erro sobre regras legais, regulamentares ou técnicas nos crimes de perigo comum no actual direito português*, AAFDL, 2000.

PATTO, Pedro Vaz, *Direito Penal e Ética Sexual*, Direito e Justiça, FDUCP, vol.XV, tomo II, 2001.

\_\_\_\_\_, *O Crime de Tráfico de Pessoas*, Revista do CEJ, 2008, nº8 (Especial), pg.179-203.

PEIXOTO, João, *Tráfico, Contrabando e imigração irregular - Os novos contornos da imigração brasileira em Portugal*, in *Sociologia, Problemas e Práticas*, n.º 53, 2007.

PEREIRA, Rui Carlos, *O Dolo de Perigo*, Lex, 1995.

\_\_\_\_\_, *Liberdade sexual: a sua tutela na reforma do código penal*, in "Sub *judice*", Lisboa, (11), Janeiro-Junho 1996.

PINTO, Paulo Mota, *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade, in Portugal-Brasil ano 2000 - Tema Direito*, Universidade de Coimbra - Coimbra Editora, Coimbra, 1999.

PRATA, Ana, *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*, Almedina.

PRECIOSO, M. López, *Debate feminista: teorías, prácticas y realidades, Prostitución y trata*, Serra (coord.), Tirant lo Blanch, 2007.

RAMOS, Vasco Moura, *O direito fundamental à iniciativa económica privada (art.61º, nº1, da CRP) - Termos da sua consagração no direito constitucional português*, in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Vol.LXXVII, 2001.

RAPOSO, Vera, *Da Moralidade à liberdade*, in *Liber Discipulorum*, Coimbra Editora, 2003.

RIBEIRO, Manuela, Manuel Carlos Silva, Johanna Schouten, Fernando Bessa Ribeiro e Octávio Sacramento, *Vidas na Raia - Prostituição feminina em regiões de fronteira*, Edições Afrontamento, 2008.

RIPOLLÉS, José Luis Diez, *El derecho ante el sexo, limites, critérios de concreción y contenido del derecho penal sexual*, Barcelona : Bosch, 1981.

\_\_\_\_\_, *La protección de la libertad sexual: insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, Barcelona : Bosch, 1985.

RÍO, José Maria González del, *El ejercicio de la prostitución y el derecho del trabajo*, Granada, 2013, Editorial Comares.

RODRIGUES, Anabela e Sónia Fidalgo, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra Editora, 2ª Edição, 2012.

RODRIGUES, Marta Felino, *As Incriminações de Perigo e o Juízo de Perigo no Crime de Perigo Concreto*, Almedina, 2010.

RODRÍGUEZ, Alberto Daunis, *Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas*, in InDret 1/2010, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, 2010. Acedido em 5.01.2018 in <http://www.indret.com/pdf/693.pdf>.

\_\_\_\_\_, *Cuestiones claves de la prostitución y trata de personas*, in Sistema Penal y perspectiva de género: trabajo sexual u trata de personas, Granada, 2012, Editorial Comares, pg.91-120.

\_\_\_\_\_, *La nueva criminalización del proxenetismo*, in Revista Penal, n.º 36. - Julio 2015.

ROXIN, Claus, *O conceito de Bem Jurídico como Padrão da norma penal posto à prova*, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Trad. Susana Aires de Sousa, Coimbra Editora, 2013.

SACRAMENTO, Octávio e Fernando Bessa Ribeiro, “Mulheres que trabalham, homens que se envolvem: gênero, estratégias e práticas na prostituição abrigada”, in *Mulheres da Vida*, Edições Húmus, 2010.

SAMPAIO, Denis, *A "jurisdificação" da expansão do Direito Penal. Redução da carga probatória do injusto pelo moderno modelo incriminador*, in “Temas criminais : a ciência do direito penal em discussão”, Livraria do Advogado, 2014.

SANI, Ana Isabel, *Temas em Vitimologia: Realidades Emergentes na vítimação e respostas sociais*, Coimbra: Almedina, Maio 2011, ISBN: 978-972-40-4548-1

SANTOS, António Carlos dos / Maria Eduarda Gonçalves/ Maria Manuel Leitão Marques, *Direito Económico*, 5ª ed., Coimbra, 2004.

SANTOS, Boaventura Sousa, Conceição Gomes e Madalena Duarte, *Tráfico sexual de mulheres: Representações sobre ilegalidade e vítimação*, Revista Crítica de Ciências Sociais, 87/2009, Velhos e novos desafios ao direito e à justiça, pg. 69-94. Acedido em 7.06.2018: <https://journals.openedition.org/rccs/1447>

\_\_\_\_\_, *Por uma concepção multicultural de direitos humanos*, Lua Nova - Revista de Cultura e Política, nº39, 1997, pg.105-124.

SARLET, Ingo Wolfgang, *Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*, acessível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15113-15114-1-PB.htm>

\_\_\_\_\_, *Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988*; acedido em 5.01.2018: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo\\_Ingo\\_DF\\_sociais\\_PETROPOLIS\\_final\\_01\\_09\\_08.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf)

SCHILLING, Flávia Inês e Fernanda Castro Souza Fernandes de Oliveira, *Globalização, prostituição e tráfico de pessoas*; acedido em 5.01.2018: <https://casperlibero.edu.br/wp-content/uploads/2015/08/Globaliza%C3%A7%C3%A3o-prostitui%C3%A7%C3%A3o-e-tr%C3%A1fico-de-pessoas.pdf>

SCHÜNEMANN, B., *O direito penal é a última ratio da proteção de bens jurídicos! Sobre os limites invioláveis do direito penal em um estado de direito liberal*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, vol. 53, 2005.

SERRASQUEIRO, Mafalda, “Moral ou dignidade no lenocínio: Um crime à procura de um bem jurídico”, in *A Dignidade da Pessoa Humana na Justiça Constitucional* (Jorge Reis Novais/Tiago Fidalgo de Freitas), Almedina, 2018.

SILVA, Germano Marques da, *Crimes Rodoviários e Pena Acessória e Medidas de Segurança*, Universidade Católica Editora, 1996.

SILVA, Jorge Pereira da, *Deveres do Estado de Protecção de Direitos Fundamentais*, Universidade Católica Editora, 2015.

SILVA, Manuel Carlos, *Prostituição e formas de controlo feminino: trabalho, sexualidade e poder*, in *Mulheres da Vida*, Edições Húmus, 2010.

SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos, *Prostituição: a profissão dos excluídos sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana*, in António C. Baeta Minhoto, (org.). *Constituição, minorias e inclusão social*, São Paulo: Rideel, 2009.

SIMÕES, Euclides Dâmaso, *O crime de Tráfico de Pessoas*, Revista do CEJ II, 2013, pg.119-132.

SKULJ, Agustina Iglesias, “Políticas públicas de lucha contra la trata de mujeres em el contexto español: Luces y sombras”, in *Sistema Penal y perspectiva de género: trabajo sexual u trata de personas*, Granada, 2012, Editorial Comares, pg.61-80.

SOARES, Isabel, *Prostituição: Associação que apoia prostitutas favorável à regulamentação*. Acedido em 6.07.2018 in <https://www.dn.pt/delas/interior/prostituicao-associacao-que-apoia-prostitutas-favoravel-a-regulamentacao-8932109.html>.

SOUSA, Rabindranath Capelo de, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, 1995.

TAVARES, Manuela, *O trabalho sexual em debate*, 23.04.2018, acessido em 5.05.2018, <https://viaesquerda.pt/trabalho-sexual-em-debate/>

\_\_\_\_\_, *Prostituição: Diferentes posicionamentos no movimento feminista*. Disponível em <http://www.umarfeminismos.org/images/stories/pdf/prostituicaomantavares.pdf>. Acessado em 12.06.2018.

TORRÃO, Fernando, *A propósito do bem jurídico protegido nos crimes sexuais*, BFDUC, nº71, 1995.

VAZ, Manuel Afonso, *Direito Económico. A Ordem económica portuguesa*, 3ª ed., Coimbra Editora, 1994.

**Data**  **enia**

REVISTA JURÍDICA DIGITAL  
ISSN 2182-6242

Ano 8 • N.º 11 • dezembro 2020

