

O crime de lenocínio face à Constituição: contributo para as políticas públicas no domínio da prostituição

Maria do Céu da Cunha Rêgo
Jurista

No verão passado, o Tribunal Constitucional, TC, através do Acórdão n.º 421/16, de 13 de julho de 2017, voltou a pronunciar-se sobre a conformidade com a Constituição do artigo 169º n.º 1 do Código Penal, que prevê o crime de lenocínio simples, ou seja, o que pune com pena de prisão de seis meses a cinco anos, quem, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa de prostituição¹.

O tema da prostituição vem sendo debatido na comunicação social e entre organizações não governamentais por todo o país – e no ano em curso de modo particularmente intenso - opondo, em síntese, as posições que defendem que deveria ser regulamentada “como um trabalho como outro qualquer, para que lhe correspondessem reconhecimento social e direitos” e as que defendem que deveria ser abolida “por não ser compatível com a concretização da igualdade entre homens e mulheres” ou “por constituir uma violação de direitos humanos” ou “uma forma de violência contra as mulheres”, ou pelo conjunto destas razões.

Para os eventuais efeitos que este debate venha a ter na ordem jurídica portuguesa, considero decisivo que o Tribunal Constitucional tenha, mais uma vez², entendido que:

- *... as situações de prostituição relativamente às quais existe um aproveitamento económico por terceiros são situações cujo significado é o da exploração da pessoa prostituída³;*
- *Tal perspetiva não resulta de preconceitos morais 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 de ação, situações e atividades cujo “princípio” seja o de que uma pessoa, numa qualquer dimensão (seja a intelectual, seja a física, seja a sexual), possa ser utilizada como puro instrumento ou meio ao serviço de outrem. A isto nos impele, desde logo, o artigo 1.º da Constituição, ao fundamentar o Estado Português na igual dignidade da pessoa humana. E é nesta linha de orientação que Portugal ratificou a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (Lei n.º 23/80, em D.R., I Série, de 26 de*

¹ Processo n.º 959/16.

² S, segundo o acórdão em análise, são as seguintes as referências dos acórdãos do Tribunal Constitucional sobre a matéria: n.ºs 144/2004, 196/2004, 303/2004, 170/2006, 33/2007, 396/2007, 522/2007, 141/2010, 559/2011, 605/2011, 654/2011, 203/2012, 149/2014, 641/2016.

³ Acórdão n.º 421/16, ponto 8, citando o ponto 6 do Acórdão n.º 144/2004.

julho de 1980), bem como, em 1991 a 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).

(...)

Não se concebe, assim, uma mera proteção de sentimentalismos ou de uma ordem moral convencional particular ou mesmo dominante, que não esteja relacionada, intrinsecamente, com os valores da liberdade e da integridade moral das pessoas que se prostituem, valores esses protegidos pelo Direito enquanto aspetos de uma convivência social orientada por deveres de proteção para com pessoas em estado de carência social. A intervenção do Direito Penal neste domínio tem, portanto, um significado diferente de uma mera tutela jurídica de uma perspectiva moral, sem correspondência necessária com valores essenciais do Direito e com as suas finalidades específicas num Estado de Direito. O significado que é assumido pelo legislador penal é, antes, o da proteção da liberdade e de uma “autonomia para a dignidade” das pessoas que se prostituem. Não está, conseqüentemente, em causa qualquer aspeto 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. Na realidade, ainda que se entenda que a prostituição possa ser, num certo sentido, uma expressão da livre disponibilidade da sexualidade individual, o certo é que o aproveitamento económico por terceiros não deixa de poder exprimir já uma interferência, que comporta riscos intoleráveis, dados os contextos sociais da prostituição, na autonomia e liberdade do agente que se prostitui (colocando-o em perigo), 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.⁴

- O entendimento subjacente à lei penal radica, em suma, na proteção por meios penais contra a necessidade de utilizar a sexualidade como modo de subsistência, proteção diretamente fundada no princípio da dignidade da pessoa humana.

Subjacente à jurisprudência do Tribunal, está, portanto, 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.⁵

- A questão que nos ocupa (...) cinge-se (...) em saber se a norma obedece, ou não, ainda a interesses constitucionalmente tutelados. Neste ponto a resposta não pode deixar de ser positiva, em face do que acima se deixou consignado. Trata-se ainda de proteger a liberdade, designadamente a

⁴ Acórdão n.º 421/16, ponto 8, citando o ponto 6 do Acórdão n.º 144/2004.

⁵ *Idem*.

*liberdade sexual, prevenindo-se 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.*⁶

Considero - como cidadã e como jurista que trabalha há muitos anos e em vários contextos pela igualdade substantiva entre mulheres e homens - que os 15 acórdãos que integram a jurisprudência constante⁷ do Tribunal Constitucional sobre a matéria proferidos ao longo de 13 anos oferecem ao poder legislativo o enquadramento necessário e suficiente para, desde já e sem mais, dotar a ordem jurídica portuguesa dos meios de intervenção adequados para a eliminação do sistema de prostituição⁸ no nosso país.

Com efeito e em minha opinião, à luz da jurisprudência referida⁹,

- a) a Constituição admite que *a prostituição do agente que se prostitui*¹⁰ possa ser, num certo sentido, uma expressão da livre disponibilidade da sexualidade individual, (um aspeto de liberdade de consciência que seja tutelado pelo artigo 41.º, n.º 1, pelo que não pode ser proibida¹¹;
- b) a Constituição exige do Estado *a proteção da liberdade e de uma “autonomia para a dignidade” das pessoas que se prostituem*¹², a proteção (...) contra a necessidade de utilizar a sexualidade como modo de subsistência, proteção diretamente fundada no princípio da dignidade da pessoa humana¹³, o cumprimento da sua tarefa fundamental em matéria de promoção da igualdade entre homens e mulheres¹⁴, incluindo o cumprimento das suas obrigações relativamente à *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (Lei n.º 23/80, em D.R., I Série, de 26 de julho de 1980)* – conhecida pelo acrónimo em inglês CEDAW - (e o cumprimento da) *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)*¹⁵.

Decorre, quanto a mim do que antecede, que a prostituição não pode ser regulamentada “como um trabalho (por conta de outrem) como outro qualquer”, uma vez que uma tal regulamentação teria como pressupostos o incumprimento dos indicados deveres de proteção do Estado perante:

⁶ Acórdão n.º 421/16, ponto 8, citando o ponto 6 do Acórdão n.º 144/2004.

⁷ Indicados na nota 2 e concordantes quanto à essência da questão, quer tenham sido produzidos no domínio na redação da norma pertinente do Código Penal conferida pela Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, ou no da anterior, a da Lei n.º 65/98, de 2 de setembro.

⁸ O sistema de prostituição implica sempre, para além da participação de quem se prostitui e de quem paga para esse efeito, a participação de pessoas, entidades ou empresas que, profissionalmente ou com intenção lucrativa, de modo claro ou dissimulado ou encoberto, fomentam, favorecem ou facilitam o exercício por outra pessoa de prostituição.

⁹ A jurisprudência que fundamenta cada uma das conclusões indicadas é transcrita em itálico e situada no texto do Acórdão n.º 421/16, de 13 de julho de 2017, através das notas que se seguem.

¹⁰ Leia-se, em linguagem corrente, “da pessoa que se prostitui”.

¹¹ Cfr. nota 4.

¹² *Idem*.

¹³ Cfr. nota 6.

¹⁴ Constituição, artigo 9º alínea h).

¹⁵ Cfr. nota 4.

1. *situações de prostituição relativamente às quais exist(iria) um aproveitamento económico por terceiros (...) cujo significado (seria) o da exploração da pessoa prostituída¹⁶;*
2. *a exploração e o aproveitamento económico por terceiros (o que) não deixa(ria) de poder exprimir (desde logo) uma interferência na esfera individual, (o) que comporta riscos intoleráveis, dados os contextos sociais da prostituição, na autonomia e liberdade do agente que se prostitui (colocando-o em perigo), na medida em que corresponda à utilização de uma dimensão especificamente íntima do outro não para os fins dele próprio, mas para fins de terceiros¹⁷;*
3. *(o facto de não) proteger a liberdade, designadamente a liberdade sexual, (ao não) preveni(r) 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 lucrativos¹⁸;*
4. *(o facto de) a liberdade de consciência não integra(r) uma dimensão de liberdade de se aproveitar das carências alheias ou de lucrar com a utilização da sexualidade alheia¹⁹;*
5. *o facto de que tal regulamentação teria como efeito colateral muito provável a descriminalização do lenocínio – o que contrariaria os fundamentos da jurisprudência constante do TC sobre a matéria, violaria o artigo 6º da CEDAW²⁰,*

¹⁶ Cfr. nota 3.

¹⁷ Cfr. nota 4.

¹⁸ Cfr. *Idem*.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ O artigo 6º da CEDAW, determina aos Estados Partes que *tomem todas as medidas apropriadas, incluindo disposições legislativas, para suprimir todas as formas de tráfico das mulheres e de exploração da prostituição das mulheres.*

Transcrevem-se, pela sua relevância e para comodidade de consulta, os parágrafos pertinentes da Recomendação Geral CEDAW, nº 19, sobre Violência contra as Mulheres, disponível em:

https://drive.google.com/file/d/1VQVCOV2Vd_aGA8ANNyZHH-JstmPrMQX0mUZtXrz_zT8/view

13. *Os Estados Partes são instados pelo artigo 6º a tomarem medidas para suprimir todas as formas de tráfico de mulheres e de exploração da prostituição das mulheres.*

14. *A pobreza e o desemprego potenciam o tráfico de mulheres. Além das formas de tráfico já estabelecidas, existem novas formas de exploração sexual, tais como o turismo sexual, o recrutamento de trabalhadoras domésticas de países em desenvolvimento para trabalharem em países desenvolvidos, e os casamentos organizados de mulheres de países em desenvolvimento com cidadãos estrangeiros. Estas práticas são incompatíveis com a igualdade de direitos das mulheres e com o respeito pelos seus direitos e dignidade. Além disso, colocam as mulheres em especial risco de sofrerem violência e maus-tratos.*

15. *A pobreza e o desemprego lançam muitas mulheres, incluindo raparigas, na prostituição. As prostitutas são especialmente vulneráveis à violência, pois a sua condição, que pode ser ilegal, conduz à sua marginalização. Precisam de proteção, em condições de igualdade perante a lei, contra a violação e outras formas de violência.*

16. *As guerras, os conflitos armados e a ocupação de territórios levam frequentemente a um aumento da prostituição, do tráfico de mulheres e dos casos de agressão sexual contra mulheres. Estas situações requerem medidas de proteção e medidas punitivas específicas.*

24. *Face a estas observações, o Comité para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres recomenda:*

...

g) *São necessária medidas preventivas e punitivas específicas para eliminar o tráfico e a exploração sexual;*

h) *Os Estados parte devem, nos seus relatórios, descrever a dimensão de todos estes problemas e as medidas, nomeadamente disposições penais e medidas de prevenção e reabilitação, que foram tomadas para proteger as mulheres envolvidas na prostituição ou vítimas de tráfico ou de outras formas de exploração sexual. Devem ainda dar conta da eficácia destas medidas;*

e a Convenção para a Supressão do Tráfico de Pessoas e de Exploração da Prostituição de Outrem, agravaria os estereótipos de género, que o Estado está vinculado a eliminar nos termos do artigo 5º alínea a) também da CEDAW²¹, potenciadores de violência contra as mulheres e o consequente reforço em Portugal de uma fileira comercial legitimada, nacional e multinacional, de aluguer da intimidade de pessoas para a prática de sexo pago, deixando o Estado sem meios proporcionais para prevenir, em geral, a coação e o abuso sexual, bem como a vinda para o país de pessoas traficadas para fins de exploração sexual.

t) *Os Estados Partes devem tomar todas as medidas, legais ou de outra natureza, que sejam necessárias para proteger eficazmente as mulheres contra a violência de género, incluindo, entre outras:*

- *Medidas legais eficazes, incluído sanções penais, medidas civis de reparação e disposições compensatórias que protejam as mulheres contra todas as formas de violência, incluindo, entre outras, situações de violência e agressão no seio da família, agressão sexual e assédio sexual no local de trabalho;*
- *Medidas preventivas, incluindo programas de educação e informação públicos, que visem mudar as atitudes relativas aos papéis e estatuto de homens e mulheres;*
- *Medidas de proteção, incluindo casas abrigo e serviços de aconselhamento, reabilitação e apoio para mulheres vítimas de violência ou que corram esse risco;*

u) *Que os Estados Partes apresentem informação nos seus relatórios relativamente a todas as formas de violência de género, e que tais relatórios incluam todos os dados disponíveis sobre a incidência de cada forma de violência e sobre os seus efeitos nas mulheres que delas são vítimas;*

v) *Que os relatórios dos Estados Partes incluam informação sobre as medidas legais, preventivas e protetivas que tenham sido tomadas para eliminar a violência contra as mulheres e sobre a eficácia de tais medidas.*

Igualmente se indicam os parágrafos pertinentes da Recomendação Geral CEDAW, nº 35, de 2017, sobre a Violência de Género contra as Mulheres, e que atualiza a Recomendação Geral nº 19, sobre Violência contra as Mulheres, e disponível em:

http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/GC/35&Lang=en

3. ... o Comité decidiu comemorar o 25º aniversário da aprovação da Recomendação Geral nº. 19 oferecendo aos Estados Partes orientação adicional para acelerar a eliminação da violência de género contra as mulheres.

8. A presente recomendação geral complementa e atualiza as orientações aos Estados Partes na Recomendação Geral nº 19 e deve ler-se em conjunto com ela.

10. O Comité considera a violência de género contra as mulheres é um dos meios sociais, políticos e económicos fundamentais através dos quais se perpetua quer a posição subordinada das mulheres face aos homens, quer os respetivos papéis estereotipados. Através de toda a sua atividade, o Comité tornou claro que essa violência constitui um grave obstáculo para se atingir a igualdade substantiva entre mulheres e homens e para o gozo pelas mulheres dos seus direitos humanos e liberdades fundamentais, tal como a Convenção os consagra.

12. Nas Recomendações Gerais nºs 28 e 33 o Comité confirmou que a discriminação contra as mulheres estava intrinsecamente ligada a outros fatores que afetam as suas vidas. Na sua doutrina, o Comité sublinhou o facto de que esses fatores incluem ... a prostituição... Consequentemente, uma vez que as mulheres experimentam formas múltiplas e interseccionais de discriminação, o que agrava o respetivo impacto negativo, o Comité reconhece que a violência de género pode afetar algumas mulheres a níveis diversos ou de modos diversos, o que requer respostas jurídicas e políticas adequadas.

²¹ O artigo 5º alínea a) da CEDAW, determina aos Estados Partes que tomem todas as medidas apropriadas para:

a) *Modificar os esquemas e modelos de comportamento sócio-cultural dos homens e das mulheres com vista a alcançar a eliminação dos preconceitos e das práticas costumeiras, ou de qualquer outro tipo, que se fundem na ideia de inferioridade ou de superioridade de um ou de outro sexo ou de um papel estereotipado dos homens e das mulheres;*

Ainda sobre este ponto e pela conexão com o anterior, que entendo relevante, acrescento eu, que o impedimento por parte do Estado em regulamentar a prostituição “como um trabalho como outro qualquer” se funda igualmente:

1. na obrigação, à luz do artigo 9º alíneas b) e h) da Constituição²², que o mesmo Estado tem quer de garantir os direitos e liberdades fundamentais e o respeito pelos princípios do Estado de direito democrático, quer de promover a igualdade entre homens e mulheres, o que é incompatível com a aprovação de normas jurídicas que, face às indicadas tarefas fundamentais do Estado, desprotejam direitos, liberdades e princípios em vez de os garantir, e validem normas sociais de género que agravem - por maioria de razão com riscos sérios de abuso e violência como é o caso da prostituição - a situação existente de desigualdade entre mulheres e homens, contribuindo decisivamente, em razão da matéria, para impedir a igualdade que lhe cabe promover;
2. no facto de, ao arrepio dos fundamentos do acórdão do TC mencionados na alínea b) supra, ser o próprio Estado a colaborar na exploração da pessoa prostituída, através da cobrança de impostos a essa pessoa e a quem com fins lucrativos exercesse mediação para a prostituição da mesma.

Também quanto a mim, decorre das supra indicadas alíneas a) e b) que a prostituição não pode ser regulamentada “como um trabalho (por conta própria) como outro qualquer”, porque essa regulamentação teria como pressupostos o incumprimento dos indicados deveres de proteção do Estado perante:

1. *uma Ordem Jurídica orientada por valores de Justiça e assente na dignidade da pessoa humana (que) não deve ser mobilizada para garantir, enquanto expressão de liberdade de ação, situações e atividades cujo “princípio” seja o de que uma pessoa, numa qualquer dimensão (seja a intelectual, seja a física, seja a sexual), possa ser utilizada como puro instrumento ou meio ao serviço de outrem*²³;
2. o mesmo argumento referido no ponto i) – 5 da alínea b);
3. o facto de, ao arrepio dos fundamentos do acórdão do TC mencionados na alínea b) supra, ser o próprio Estado a colocar-se na posição de ter interesse financeiro na prostituição de uma pessoa, através da cobrança dos impostos inerentes ao exercício de atividade profissional independente.

Finalmente, também em minha opinião à luz da jurisprudência referida, o Estado está constitucionalmente vinculado:

1. a promover a eliminação do sistema de prostituição em Portugal;

²² Artigo 9º - Tarefas fundamentais do Estado

São tarefas fundamentais do Estado:

...

b) Garantir os direitos e liberdades fundamentais e o respeito pelos princípios do Estado de direito democrático;

...

h) Promover a igualdade entre homens e mulheres.

²³ *Ibidem*.

2. a criar condições para que, em Portugal, ninguém tenha necessidade de recorrer ao aluguer do acesso à sua intimidade sexual para fazer face à necessidade de subsistência própria ou de dependentes a cargo;
3. a desenvolver, com todas as valências pertinentes, e a aplicar, com os meios adequados e as parcerias apropriadas, uma estratégia nacional integrada para apoio a pessoas que, em Portugal, pretendam sair da prostituição;
4. a dissuadir qualquer prática estigmatizante ou discriminatória contra pessoas que se prostituem, tendo em conta a indispensabilidade de medidas jurídicas e outras ajustadas ao facto de a prostituição ser, segundo o Comité CEDAW, um fator de discriminação interseccional de quem se prostituí²⁴, designadamente, em matéria de:
 - i. gozo e exercício do seu direito à dignidade pessoal e social;
 - ii. gozo e exercício dos seus direitos de fruição da e apoio à família, designadamente no âmbito das responsabilidades parentais;
 - iii. gozo e exercício do seu direito de acesso ao Serviço Nacional de Saúde;
 - iv. gozo e exercício do seu direito de acesso ao sistema previdencial da segurança social portuguesa, que inclui uma modalidade de seguro social voluntário disponível para qualquer pessoa que não seja trabalhador ou trabalhadora, ou que não exerça atividade profissional²⁵;
5. tendo em conta que *o Código Penal deve constituir o repositório dos valores fundamentais da comunidade*, como sublinha o nº 2 do Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março, que aprovou o Código Penal, e considerando o *artigo 1.º da Constituição, ao fundamentar o Estado Português na igual dignidade da pessoa humana, (...) linha de orientação (em) que Portugal ratificou a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (Lei n.º 23/80, em D.R., I Série, de 26 de julho de 1980), bem como, (...) a 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)²⁶, a:
 - i. utilizar medidas de política criminal suficientemente eficazes para dissuadir adequadamente o lenocínio em todas as suas modalidades e formas, tendo também em conta a respetiva conexão com o tráfico de pessoas para fins de exploração sexual;
 - ii. utilizar medidas de política criminal suficientemente eficazes para dissuadir adequadamente a publicidade à prostituição explícita ou implícita junto de todas as pessoas, entidades ou empresas intervenientes no processo;*
6. tendo em conta a importância de o Estado agir na prevenção e na criação de condições para a eliminação dos estereótipos de género, em conformidade com as obrigações que lhe impõe o artigo 5º alínea a) da CEDAW²⁷, a:

²⁴ Cfr. nota 20.

²⁵ É o que preveem os artigos 1º, 51º nº 2, 53º e 54º da Lei de Bases da Segurança Social, desenvolvidos no Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social, designadamente nos artigos 1º, 10º nº 1 alínea c), 11º nº 2, 18º, 19º, 169º nºs 1 e 3, 171º, 172º nº 1, 173º nºs 1 e 2 e 176º, no Decreto Regulamentar nº 1-A/2011, de 3 de janeiro, designadamente nos artigos 3º nº 3 e 66º nºs 1, e na Portaria nº 66/2011 de 4 de fevereiro, designadamente nos artigos 2º nº 1 e 9º, que, para comodidade de consulta, se anexam e cujo ajustamento, para melhor responderem a esta situação, desde já se sugere.

²⁶ Nota 4.

²⁷ Transcrição na nota 21.

- i. desenvolver um plano global de prevenção, designadamente no domínio da educação sexual quer em meio escolar, quer em meio de saúde, de modo a criar condições para a desmistificação e a rejeição informada e consciente do sistema de prostituição por rapazes e raparigas, e por homens e por mulheres;
- ii. realizar campanhas comunicacionais e motivacionais sobre a matéria ajustadas a diversos públicos, e tendo sempre em conta quer o especial risco de estigmatização das pessoas que se prostituem, quer a “normalização” do tema face à aceitação social dos estereótipos de género, quer a descrença e o conformismo relativamente ao objetivo considerado “utópico” de libertação das sociedades do sistema de prostituição.

Quando precede poderia, designadamente, retomar aspetos pertinentes de projetos apresentados na Assembleia da República em 2012/2013 por diversos partidos e que vieram a ser rejeitados²⁸.

Em conclusão,

o Acórdão n.º 421/16, de 13 de julho de 2017, do Tribunal Constitucional, “ao não julgar inconstitucional a norma constante do artigo 169.º, n.º 1, do CP, na redação da Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro”, ou seja, o crime de lenocínio simples, com fundamento *na proteção da liberdade e de uma “autonomia para a dignidade” das pessoas que se prostituem*²⁹,

veio, em minha opinião, iluminar o caminho do poder legislativo e reforçar a segurança jurídica com que futuras intervenções normativas possam ser desenhadas, promovidas e executadas no domínio do sistema de prostituição em Portugal.

Lisboa, 19 de novembro de 2017

²⁸ Ponto da situação sobre a matéria disponível em:

<http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=37303>.

²⁹ Nota 4.