



Mafalda Cristina Leitão Alves

O CRIME DE LENOCÍNIO E O CRIME DE TRAFÍCO DE PESSOAS  
PARA FINS DE EXPLORAÇÃO SEXUAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS:  
ARTICULAÇÃO DE PROBLEMÁTICAS

Dissertação de Mestrado com Especialidade em Ciências Jurídico-Forenses,  
sob orientação da Professora Doutora Anabela Miranda Rodrigues,  
apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Janeiro de 2017



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

**FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE  
COIMBRA**



**O crime de Lenocínio e o crime de Trafico de Pessoas para fins  
de exploração sexual no Ordenamento Jurídico Português:  
Articulação de Problemáticas**

Dissertação apresentada à Faculdade de direito Da  
Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de  
Estudos em Direito, na Área de Especialização em  
Ciências Jurídico-Forenses sob orientação da  
Professora Doutora Anabela Miranda Rodrigues

Mafalda Cristina Leitão Alves

Coimbra, Janeiro 2017

# FACULTY OF LAW OF THE UNIVERSITY OF COIMBRA



## **The pimping crime and the human trafficking crime for sexual exploitation in the portuguese legal system: Problem listing**

Dissertation presented to the Faculty of Law of the University of Coimbra on the 2nd Circle of Law Studies, in the area of specialization in Legal-Forensic Sciences, supervised by Professor Anabela Miranda Rodrigues

Mafalda Cristina Leitão Alves

Coimbra, January of 2016



## **Agradecimentos**

A Eles por todo o apoio ao longo do meu percurso académico, sem nunca desistirem ou duvidarem de mim quando eu própria o fiz.

Aos meus pais, irmão e sobrinho por todo o esforço, dedicação e confiança que depositaram em mim, relembrando-me sempre que o importante é ser feliz.

À minha orientadora, Dra. Anabela Miranda Rodrigues, por se ter revelado uma inspiração na defesa dos direitos das minorias.

Ao meu patrono, Doutor Silva Cordeiro e à Doutora Isabel França, pelas discussões muito proveitosas e elucidativas que me permitiram perspectivar o tema de diferentes ópticas.

Ao Doutor António Manuel Arnaut e ao Doutor Nuno Amaro que muito simpaticamente me cederam o seu tempo e material de apoio precioso para chegar a bom porto.

Aos meus amigos que de perto acompanharam este caminho e me deram a força necessária para prosseguir.

## **Resumo**

O estudo que iremos apresentar discorre sobre os seguintes crimes: lenocínio (art. 169.º n.º 1 e 2) e crime de tráfico de pessoas. Para a análise de qualquer conduta é importante uma primeira abordagem (parte I) acerca do conceito material e dos bens jurídicos jurídico-penais.

Na Parte II analisaremos o crime de lenocínio (simples e qualificado) em Portugal percorrendo o seu percurso histórico e fazendo algumas considerações pertinentes sobre os elementos e características do mesmo.

Ainda no que concerne a esta conduta criminosa, iremos explicar, no mesmo sentido da doutrina portuguesa, acerca da inexistência de um qualquer bem jurídico digno de protecção penal no crime previsto e punido no art. 169º n.º1 do CP, a sua conseqüente inconstitucionalidade e o tratamento dado pela jurisprudência nacional.

Posteriormente, na parte III procederemos a análise do crime de tráfico de pessoas, em especial, para fins de exploração sexual (resenha histórica, criação de legislação específicas e elementos e características)

Por fim, na parte IV relacionaremos os vários crimes em análise entre si e estes com o fenómeno da prostituição interligando, assim, o crime de tráfico de pessoas com a prostituição voluntária, a prostituição voluntária mas em condições análogas à da exploração sexual e conseqüente concurso de crimes (lenocínio qualificado e tráfico de pessoas para fins de exploração sexual) e, ainda, a descriminalização do lenocínio simples e a regulamentação da prostituição em Portugal.

**Palavras-chave:** crime de lenocínio; descriminalização; inconstitucionalidade; crime de tráfico de pessoas; prostituição.

## **Abstract**

The study we will present is about the follow crimes: pimping (art. 169.º n.º 1 and 2), Portuguese Penal Code) and people trafficking. For the analysis of any conduct it's important to make a first approach (section I) about the material concept and of criminal law's legal goods.

In section II we will analyze the crime of pimping (simple and qualified) in Portugal going through its history and making some considerations about the elements and characteristics of it.

Still as far as this criminal conduct is concerned, we will explain, in the same direction of Portuguese doctrine, about the inexistence of any legal good, worthy of criminal law protection in the crime predicated and punished by national jurisprudence.

Subsequently, in section III, we will analyze the crime of person trafficking, especially for purposes of sexual exploitation (historical review, creation of specific legislation and elements and characteristics).

Finally, in section IV we will relate the various crimes under analysis to each other and the latter with the phenomenon of prostitution, this in interconnecting the crime of person trafficking with voluntary prostitution, voluntary prostitution but under similar conditions to that of sexual exploitation and consequent (qualification and person trafficking for purpose of sexual exploitation), as well as the decriminalization of simple pimping and the regulation of prostitution in Portugal.

**Keywords:** Pimping Crime; decriminalization; unconstitutionality; crime of person trafficking; prostitution

## **Lista de siglas e abreviaturas**

Ac. – Acórdão

Art. – Artigo

Cap. – Capítulo

Cfr. – Conforme

CP – Código Penal

CPP – Código Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

DL – Decreto-Lei

N.º – Número

N.ºs – Números

OPC's – Órgãos de Polícia Criminal

Pág. – Página

Págs. – Páginas

PJ – Polícia Judiciária

PNPCTSH – Plano Nacional de Prevenção Contra o Tráfico de Seres Humanos

Rev. – Revista

SEF – Serviço de Estrangeiros e Fronteiras

SS. – Seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

TSH – Tráfico de Seres Humanos

UE – União Europeia

Vol. – Volume

## ÍNDICE

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	6
<b>PARTE I – DIREITO PENAL - GENERALIDADES</b> .....	7
1. O conceito material de crime e de bem jurídico e a legitimidade do Direito Penal.....	7
<b>PARTE II – O CRIME DE LENOCÍNIO</b> .....	10
1. Análise cronológica do Crime de Lenocínio em Portugal.....	10
2.Elementos e características do crime.....	13
2.1 Lenocínio simples (art. 169.º n.º 1 do CP) .....	13
2.3 Considerações gerais .....	17
2.4. A inexistência de bem jurídico no crime de lenocínio previsto e punido no art. 169º, nº 1, do Código Penal.....	19
2.5. A inconstitucionalidade do lenocínio simples .....	22
2.6. O tratamento jurisprudencial da questão .....	27
<b>PARTE III – O CRIME DE TRÁFICO DE PESSOAS (EM ESPECIAL) PARA FINS DE EXPLORAÇÃO SEXUAL</b> .....	29
1. Resenha histórica portuguesa .....	29
2. A Criação de Legislação Específica .....	32
3. Elementos e características do crime de tráfico de pessoas em sentido estrito.....	35
<b>PARTE IV – CRIME DE TRÁFICO DE PESSOAS PARA FINS DE EXPLORAÇÃO SEXUAL, O CRIME DE LENOCÍNIO E A PROSTITUIÇÃO: ARTICULAÇÃO DE PROBLEMÁTICAS</b> .....	43
1. O crime de tráfico de pessoas e a prostituição voluntária, a prostituição voluntária mas em condições análogas à da exploração sexual e a prostituição forçada .....	43
2. Concurso de crimes: lenocínio qualificado e tráfico de pessoas para fins de exploração sexual.....	48
3. A descriminalização do lenocínio simples e a regulamentação da prostituição em Portugal.....	50
<b>CONCLUSÃO</b> .....	56
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	59
<b>REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS</b> .....	62

## INTRODUÇÃO

O Direito Penal, como ramo do sistema jurídico português, está em constante mudança pois, encontra-se inserido numa sociedade também ela bastante diversa e em simultânea renovação. Como tal, é necessário que exista uma conexão entre a colectividade e o Direito das Penas na medida em que será este último a dar resposta aos problemas concretos merecedores de uma tutela penal. Devido a tal mutação, aquilo que temos como certo hoje, poderá não o ser amanhã, tal como, aquilo que era tutelado ontem pode já não o ser hoje.

O crime de lenocínio simples tem vindo a ser alvo de sucessivos textos reveladores da inexistência de tutela de um qualquer bem jurídico merecedor de tutela penal, e consequente inconstitucionalidade da conduta criminosa, bem como, a sua descriminalização. Neste sentido é necessário, num primeiro momento, perceber qual é o conceito material de crime, o de bem jurídico revelador de uma especial protecção e a sua relação íntima com a função do Direito Penal.

A par do crime de lenocínio simples, temos o crime de lenocínio qualificado que no que toca aos seus meios coactivos típicos em muito se assemelha com o crime de tráfico de pessoas para fins de exploração sexual. Como tal, existem casos reais que tanto se podem integrar no âmbito de um crime como do outro e nesse aspecto é importante a análise de situações de prostituição forçada ou de prostituição voluntária mas exercida em condições indignas de um ser humano e, ainda, de prostituição voluntária. Em relação a este último ponto parece-nos oportuno perceber até que ponto a regulamentação da prostituição, seja em qualquer um dos seus “moldes” (quer por “conta própria”, quer sob a alçada de terceiro), e a descriminalização do lenocínio protegem efectivamente o bem jurídico que se pretende tutelar através da incriminação prevista no art. 169.º n.º1 do CP.

## PARTE I – DIREITO PENAL - GENERALIDADES

### 1. O conceito material de crime e de bem jurídico e a legitimidade do Direito Penal

Ao longo dos anos vários autores deram o seu contributo para alcançar o verdadeiro conceito material, que é o mesmo que dizer, conteúdo de um crime<sup>1</sup>.

Acerca desta questão debruçar-nos-emos apenas sobre a perspectiva entre nós adoptada: teleológica-funcional e racional<sup>2</sup>.

De acordo com FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE<sup>3</sup>, o conteúdo do crime deve ser auferido mediante uma perspectiva teleológica-funcional e racional. O crime consiste numa violação de um ou mais bens jurídico-penais e são estes que se apresentam como limite à intervenção penal, pois esta só deve ocorrer quando necessária a defesa de certos e determinados bens jurídicos merecedores de dignidade penal.

Neste sentido, a intervenção penal apenas terá lugar quando mais nenhum outro ramo do direito se mostre suficientemente capaz de dar resposta ao ilícito em questão. O que vale por dizer que a função do Direito Penal “radica na protecção das condições indispensáveis da vida comunitária (e, neste sentido, a sua função é em verdade subsidiária, fragmentária e, hoc sensu, “acessória”), cumpre seleccionar, dentre os comportamentos em geral ilícitos, aqueles que, de uma perspectiva teleológica, representam um ilícito geral digno de uma sanção de natureza criminal. Esta tarefa de selecção ou eleição não pode ser levada a cabo sem uma valoração ético-social do comportamento”.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Assim, foram aparecendo variadas teses neste sentido. Para um estudo mais aprofundado sobre este tema cfr. a monografia de Ana Patrícia Silva Teixeira: *O bem jurídico tutelado pelo art. 169º número 1 do Código Penal Português*, Coimbra, 2009.

<sup>2</sup> “De **funcional**, na medida em que se reconheceu definitivamente que o conceito material de crime não podia ser deduzido das ideias vigentes *a se* em qualquer ordem extra-jurídica e extra-penal, mas tinha de ser encontrado no horizonte de compreensão imposto ou permitido pela própria função que ao direito penal se adscresse no sistema jurídico-social. De **racional** na medida em que o conceito material de crime vem assim resultar da função do direito penal de **tutela subsidiária (ou de *ultima ratio*) de bens jurídicos**. FIGUEIREDO DIAS / COSTA ANDRADE, *Direito Penal – Questões fundamentais, A doutrina geral do crime (Lições ao 3º ano da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)*, Coimbra, 1996, pág. 52.

<sup>3</sup> *Direito Penal – Questões fundamentais, A doutrina geral do crime (Lições ao 3º ano da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)*, Coimbra, 1996.

<sup>4</sup> Cfr. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de / COSTA ANDRADE, Manuel da, *Direito Penal – Questões fundamentais, A doutrina geral do crime (Lições ao 3º ano da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)*, Coimbra, 1996, págs. 20-21.

Para percebermos se estamos ou não no domínio que requer preocupação e tutela do Direito Penal devemos, antes de mais, debruçar-nos sobre a conduta criminal e suas consequências ao nível da pena e das medidas de segurança. Sendo o Direito Penal, um direito de *ultima ratio* inserido num Estado de Direito material, este tem como função a tutela subsidiária de bens jurídicos.

Para ROXIN, o bem jurídico são “circunstâncias concretas ou finalidades úteis para o indivíduo e o seu desenvolvimento no sistema social global estruturado na base dessa concepção dos fins ou para o funcionamento do sistema.”<sup>5</sup> Nas palavras de FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, os bens jurídicos são a “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.”<sup>6</sup> Trata-se de um conceito mutável, não acabado, aberto à mudança social e aos progressos do conhecimento científico, que tem de ser posto à prova na Parte Especial.

As noções de bem jurídico apontam todas elas para uma noção de essencialidade na vida do homem em comunidade, assumindo as suas dimensões individual e social, pelo que a determinação dos bens jurídicos não poderá deixar de ser feita pelo contexto histórico-social-cultural de cada comunidade. Apesar de não ser um conceito estabilizado, a sua referência político-criminal só pode derivar da Lei Fundamental, dos princípios de Estado de Direito baseado na liberdade do indivíduo, razão última da tutela penal.

Embora seja necessária essa ligação, não é o facto da Lei Fundamental prever determinado bem jurídico, que determina uma protecção do mesmo a nível penal, já por seu turno, se o Direito Penal decide proteger determinado bem jurídico este tem de imperativamente se encontrar estabelecido na CRP. Só através da ordem axiológica jurídico-constitucional *os bens do sistema social se transformam e concretizam em bens jurídicos dignos de tutela penal*, tal como defende o art. 18º, n.º 2 da CRP.

Assim, a intervenção do Direito Penal apenas será legítima se contribuir para a preservação das condições irrenunciáveis para que cada indivíduo inserido numa

---

<sup>5</sup> ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Parte Geral, Vol. I*, trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Editorial Civitas, Madrid, 1997, pág. 56

<sup>6</sup> “De **funcional**, na medida em que se reconheceu definitivamente que o conceito material de crime não podia se deduzido das ideias vigentes *a se* em qualquer ordem extra-jurídica e extra-penal, mas tinha de ser encontrado no horizonte de compreensão imposto ou permitido pela própria função que ao direito penal se adscresse no sistema jurídico-social. De **racional** na medida em que o conceito material de crime vem assim resultar da função do direito penal de **tutela subsidiária (ou de ultima ratio) de bens jurídicos**. FIGUEIREDO DIAS / COSTA ANDRADE, *Direito Penal – Questões fundamentais, A doutrina geral do crime (Lições ao 3º ano da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)*, Coimbra, 1996, pág. 53

comunidade possa de forma plena desenvolver a sua personalidade (art. 26 n.º 1 da CRP). Através da pena e das medidas de segurança há uma restrição dos Direitos Liberdades e Garantias que é permitida à luz da CRP quando valores mais altos de levantam. Este princípio tem por base o princípio da igualdade (art. 13.º n.º 2 da CRP<sup>7</sup>), na medida em que, de modo imperativo determina que não são permitidos tipos legais que protejam um qualquer sentimento de moral e de pudor ou uma ideologia.

Podemos concluir que o conceito material de crime é composto pela noção de bem jurídico e pela necessidade de tutela penal (art. 18.º, n.º 2 da CRP e art. 40, n.º 1 do CP), sempre com a ideia presente que tal restrição aos Direitos Liberdades e Garantias são na medida do estritamente necessário e indispensável à livre realização da personalidade de cada um na comunidade.

---

<sup>7</sup> 2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual.

## **PARTE II – O CRIME DE LENOCÍNIO**

### **1. Análise cronológica do Crime de Lenocínio em Portugal**

Ao longo da história do Direito Penal português fomos assistindo a várias modificações do crime de lenocínio.

Inicialmente, os códigos de 1852 e de 1886 continham os chamados “crimes contra a honestidade” (capítulo IV), designação dada aos crimes sexuais onde se incluíam o lenocínio (arts. 405º e 406º), o concubinato, a bigamia, o incesto, o adultério, entre outros.

Analisando o código de 1852 verificamos que, com o reconhecimento de vítimas tanto do sexo feminino como do sexo masculino relativamente ao crime de lenocínio, o objecto desta punição ampliou-se.

No que diz respeito ao Código de 1982, este despenalizou a prática da prostituição e o crime de lenocínio (simples e qualificado) encontrava-se plasmado no Cap. I -“Dos crimes contra os fundamentos ético-sociais da vida social”, do Tít. III -“Dos crimes contra valores e interesses da vida em sociedade” nos arts. 215º e 216º, respectivamente. Verificamos aqui uma mudança no bem jurídico protegido que deixa de ser “os bons costumes” passando a proteger a “moral social sexual”, como se encontrava expresso no tipo legal “prática de actos contrários ao pudor ou à moralidade sexual”.

Com a reforma operada em 1995, há um ponto de ruptura e viragem ao nível da política criminal no nosso país, especialmente no que concerne aos crimes de natureza sexual, trazendo fortes contributos para a determinação do conteúdo material do conceito de crime e para a função primária do Direito Penal. No preâmbulo do DL 48/95 de 15 de Março verifica-se uma mudança ao nível da função do Direito Penal, ligada ao conceito material de crime no âmbito dos crimes sexuais, ao proceder à deslocação do artigo em causa do capítulo “Dos crimes contra valores e interesses da sociedade” para o título “Dos crimes contra as pessoas”, onde constituem um capítulo autónomo “Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”. Denotamos neste preâmbulo uma substituição da concepção moralista (“sentimentos gerais de moralidade”) pelos valores da liberdade e autodeterminação sexuais, que estão intrinsecamente ligados à concepção de ser humano.

Sendo o bem jurídico protegido com tal criminalização presente no art. 170º (à data) a liberdade sexual das pessoas, tal comportamento só devia ter conotação criminosa caso o agente ao facilitar, favorecer e/ou fomentar o exercício da prostituição,

profissionalmente ou com intenção lucrativa, se estivesse ao mesmo tempo a explorar uma situação de abandono ou necessidade económica. No entanto, parte da doutrina não considerava que tal exigência impunha uma intervenção do Direito Penal, na medida em que, e citando ANABELA MIRANDA RODRIGUES e SÓNIA FIDALGO<sup>8</sup> “não se diga que a verificação destas situações coloca logo sem mais a pessoa - sem haver alguma “pressão” sobre esta – numa situação de dependência que a priva de poder decidir-se livremente pela via da prostituição ou da prática de actos sexuais de relevo. (...) de vontade deficiente na decisão não se pode falar logo, pelo facto de a pessoa estar em situação de abandono ou de necessidade económica.”.

Na mesma linha, FIGUEIREDO DIAS (in Actas 1993, 258) afirma que se trata de “um problema social e de polícia” o qual não deve ter por parte do Direito Penal qualquer tipo de intervenção, dado que, se concretizam em situações de “miséria e de exclusão social”.

Podemos concluir que os moldes em que foi traçado o tipo legal não se coadunaram com o descrito no preâmbulo do DL 48/95 dado que persistiu a ideia subjacente à redacção anterior da defesa de uma moralidade sexual social, aliada a sentimentos de (falso) pudor.

Após a eliminação no tipo legal da expressão “situação de abandono ou de necessidade económica”, o legislador acabou por suprimir o único vínculo que poderia fazer a ligação entre a incriminação e a defesa do bem jurídico liberdade de expressão sexual.

A alteração ao Código Penal ocorrida em 1998 voltou a alargar o âmbito de aplicação relativamente ao lenocínio simples, agora plasmado no artigo 170º, nº 1<sup>9</sup>. Este alargamento deveu-se ao facto de o legislador ter eliminado a exigência de exploração de uma situação de abandono ou de necessidade da vítima como elemento tipo do crime.

Posteriormente, em 2001, com a Lei nº 99/2001, de 25 de Agosto, o tipo qualificado (art. 170º, nº 2 do CP) foi alargado.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> In *Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, 2ª Edição, pág. 798.

<sup>9</sup> 1. 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 é punido com pena de prisão de 6 meses a 5 anos.

<sup>10</sup> 2. Se o agente usar de violência, ameaça grave, ardil, manobra fraudulenta, de abuso de autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, económica ou de trabalho, ou se aproveitar de incapacidade psíquica da vítima ou de qualquer outra situação de especial vulnerabilidade, é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.

Em 2007 (Lei 59/2007) ocorreu uma nova reforma ao nível penal, na qual foi extinta do tipo legal a expressão “prática de actos sexuais de relevo”<sup>11</sup> que levou a um alargamento do âmbito de aplicação. O crime de lenocínio passou a estar então disposto no art. 169º do CP.

---

<sup>11</sup> Após a análise do tipo legal podemos concluir que, na verdade, não houve uma verdadeira alteração, visto que, o conceito de prostituição é “um conceito abrangente que, em interpretação declarativa lata pode abarcar tudo o que é imoral, indecente ou degradante, portanto também os actos sexuais de revelo praticados ilicitamente”. Cfr. RODRIGUES, Anabela Miranda e FIDALGO, Sónia in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, 2ª Edição, pág. 801).

## 2.Elementos e características do crime

### 2.1 Lenocínio simples (art. 169.º n.º 1 do CP<sup>12</sup>)

O crime de lenocínio simples consiste no facto de alguém, com intenção lucrativa ou de modo profissional, facilitar, favorecer ou fomentar outrem à prática da prostituição.

O tipo objectivo de ilícito é composto pelo agente e a vítima. O agente da prática do crime, segundo BELEZA DOS SANTOS<sup>13</sup>, corresponde a um “intermediário”, na medida em que fomenta, facilita e favorece a prática da prostituição, com o objectivo de atender às vontades e interesses de terceiros que procuram de alguma forma o prazer sexual<sup>14</sup>. Qualquer indivíduo pode configurar a figura do agente dado que a lei apenas exige que esta pessoa actue “profissionalmente ou com intenção lucrativa”.

Relativamente à vítima, esta também pode ser qualquer pessoa, quer do sexo masculino, quer do sexo feminino mas terá de preencher o requisito da maioridade (18 anos).

No que concerne aos elementos do ilícito típico objectivo estes consistem na conduta típica que leva à distinção entre lenocínio principal e lenocínio acessório e o facto de o agente exercer aquela conduta típica se modo profissional ou com intenção lucrativa.

A conduta típica do agente, actualmente, baseia-se no fomento, no favorecimento ou facilitação do exercício por outra pessoa da prostituição. Aquando da divisão de conceitos “fomentar, favorecer ou facilitar”, deparamo-nos com a destrição entre lenocínio principal e lenocínio acessório. No que diz respeito ao lenocínio principal consiste no fomento da actividade de prostituição, ao passo que, o lenocínio acessório concerne no favorecimento ou na facilitação de tal exercício.

Entendemos com “fomentar” que se baseia num incentivo à prática da prostituição, em “determiná-la (quando ainda é inexistente), agravá-la (quando já existe) ou mantê-la (evitar que enfraqueça ou termine quando ainda está em curso)” (LEAL HENRIQUES /

---

<sup>12</sup> 1 - Quem, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa de prostituição é punido com pena de prisão de seis meses a cinco anos.

<sup>13</sup> Cfr. RODRIGUES, Anabela Miranda e FIDALGO, Sónia in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, 2ª Edição, pág. 803.

<sup>14</sup> “... o agente “não corrompe, não auxilia, não excita, não agrava ou mantém a prostituição ou corrupção alheias para única satisfação de um prazer sexual próprio, mas para a dos outros (...)”...” (RODRIGUES, Anabela Miranda / FIDALGO, SÓNIA in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, 2ª Edição, págs. 803-804).

SIMAS SANTOS, Código Penal Anotado II 2000 427)<sup>15</sup>. No que toca às expressões “favorecer” ou “facilitar” significam “auxiliar” ou “apoiar”, colocar meios à disposição de outrem. Podemos concluir que, em nenhuma das situações, o agente coopera de forma directa com a formação da vontade da pessoa que se prostitui, ou seja, no lenocínio principal é o agente “colabora no processo de decisão” e no lenocínio acessório, o agente “auxilia no processo de execução (REIS ALVES, *Crimes Sexuais*, 108”<sup>16</sup>.

No entanto, parece não haver aqui uma verdadeira distinção entre lenocínio principal e lenocínio acessório pois, em ambos os casos, o agente apenas colabora no encaminhamento da vítima para a prostituição mas não determina a sua vontade para a prática dos actos em que consistem tal exercício, não existe qualquer tipo de coacção.

Relativamente ao elemento modo profissional ou a intenção lucrativa com que é exercido o fomento, o favorecimento e a facilitação do exercício da prostituição por terceiro, o importante é perceber qual é a substância desta ideia de profissionalidade, bem como, de intenção lucrativa. No que concerne à primeira, esta prende-se com a ideia de habitualidade, de que o agente exerce tal actividade com regularidade e que esta configura o seu principal modo de vida, alcançando o agente ganhos efectivos. Em relação à segunda, esta consubstancia-se numa actividade mais esporádica ou singular, em que os ganhos são os possíveis.

No que concerne à (existência de uma) tutela de um determinado bem jurídico no tipo legal em apreço, este será objecto de estudo mais a frente.

---

<sup>15</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda e FIDALGO, Sónia in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, 2ª Edição, pág. 806.

<sup>16</sup> Idem

## 2.2 Lenocínio qualificado (art. 169.º n.º 2 do CP<sup>17</sup>)

Do que foi exposto supra, relativamente ao agente e à vítima, a mesma lógica é adoptada neste tipo legal.

Ao nível da conduta típica encontramos os mesmos componentes, ou seja, o agente facilita, fomenta ou favorece a prática da prostituição de terceiros, de modo profissional ou com intenção lucrativa, com a ressalva de que para tal faz uso das circunstâncias modificativas agravantes, nomeadamente, a violência<sup>18</sup>, ameaça grave<sup>19</sup> (al. a)), ardil e manobra fraudulenta<sup>20</sup> (al. b)), abuso de autoridade resultante de uma relação familiar, de tutela ou curatela, ou de dependência hierárquica, económica ou de trabalho<sup>21</sup> (al. c)), aproveitamento da incapacidade psíquica<sup>22</sup> ou de situação de especial vulnerabilidade da vítima<sup>23</sup> (al. d)). “Em causa estão actuações (a utilização de meios) que, por diferentes

---

<sup>17</sup> 2 - Se o agente cometer o crime previsto no número anterior: a) Por meio de violência ou ameaça grave; b) Através de ardil ou manobra fraudulenta; c) Com abuso de autoridade resultante de uma relação familiar, de tutela ou curatela, ou de dependência hierárquica, económica ou de trabalho; ou d) Aproveitando-se de incapacidade psíquica ou de situação de especial vulnerabilidade da vítima; é punido com pena de prisão de um a oito anos.

<sup>18</sup> Para o meio típico coactivo “violência” devemos socorrer-nos do art. 163º do Código Penal que contempla a violência como uso da força física.

<sup>19</sup> Relativamente ao conceito de “ameaça grave” esta consubstancia-se numa “manifestação do propósito de causar um mal ou um perigo se a pessoa ameaçada não consentir no acto sexual.” Onde “a medida ou a intensidade da ameaça” é que a qualifica como grave. (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, 2ª Edição, pág. 727).

<sup>20</sup> Quanto ao “ardil ou manobra fraudulenta” estamos perante situações em que a vítima tem uma representação da realidade que não se compagina com a realidade efectiva, ou seja, provocam o erro na mesma.

<sup>21</sup> No que concerne aos conceitos de “abuso de autoridade resultante de uma relação familiar, de tutela ou curatela, ou de dependência hierárquica, económica ou de trabalho” “é necessário que o autor exerça autoridade de facto sobre a vítima que a coloque relativamente a ele numa relação de dependência; como é ainda indispensável que esta dependência assuma origem familiar ou análoga (...), hierárquica (...), económica (...) ou de trabalho (...). Indispensável é ainda, por outro lado, que o agente abuse da autoridade que lhe é conferida por aquela relação” (FIGUEIREDO DIAS, JORGE DE, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, 2ª Edição, pág. 740).

<sup>22</sup> “Quanto ao conceito de incapacidade psíquica, parece dever considerar-se que ela significa e implica que a vítima tenha uma incapacidade ou uma capacidade diminuída para avaliar o sentido e as consequências da “proposta” que lhe é feita (mutatis mutandis, talvez se possa dizer que esta “incapacidade psíquica” se reconduz, ou pelo menos, é análoga à inimputabilidade ou imputabilidade diminuída, a que se referem os nºs 1 e 2 do art. 20º). (TAIPA DE CARVALHO, Américo *Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, 2ª Edição, pág. 680.)

<sup>23</sup> Por fim, temos o conceito de “situação de especial vulnerabilidade da vítima” que, apesar da dificuldade de perceber que situações podem se enquadrar neste contexto, TAIPA DE CARVALHO defende que a vulnerabilidade presente nas alíneas d) e c) são diferentes. A alínea d) do artigo em questão, nas palavras do autor, é uma vulnerabilidade relativa e, aqui, o crime é específico, ao passo que, a vulnerabilidade subentendida na alínea c), já se apresenta como uma vulnerabilidade absoluta e o crime é um crime comum. O conceito de “situação de especial vulnerabilidade” deve ser interpretado “no sentido em que a vítima não tem “outra alternativa possível” – ideia evocada nos trabalhos preparatórios da Convenção de Palermo e retomada na Decisão-Quadro, de 19 de Julho de 2002 (relativa ao tráfico de seres humanos) – senão submeter-se ao exercício da prostituição. Podem assim configurar-se como crime de lenocínio qualificado

formas embora, todas têm como efeito privar a pessoa da capacidade de livremente e de forma esclarecida optar por dedicar-se à prostituição.”<sup>24</sup>

O bem jurídico tutelado pela incriminação, agora sim, é a liberdade de autodeterminação sexual da pessoa, dado que a sua decisão é constrangida por qualquer um dos meios elencando no tipo legal. Este é um bem individual e merecedor de tutela penal. O uso dos meios típicos coactivos por parte do agente que fomenta, facilita ou favorece a prática da prostituição por outrem, faz com que a vontade da pessoa não seja livre e consentida pois são justamente esses meios que conduzem a pessoa a dedicar-se a tal prática.

---

situações de desamparo social, como os casos em que a pessoa, por exemplo em situação de pobreza extrema e sem possibilidade de prover ao seu sustento e da sua família que dela depende, consente dedicar-se à prostituição” RODRIGUES, Anabela Miranda e FIDALGO, Sónia, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, 2ª Edição, págs. 811-812.

<sup>24</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda / FIDALGO, Sónia, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pág. 810.

### 2.3 Considerações gerais

O crime de lenocínio (simples ou qualificado) é um crime de resultado pois, só existe uma concreta efectividade do mesmo quando, a par da verificação dos elementos tipo, a pessoa realmente dedicar-se a via da prostituição, não sendo necessária a prática de uma panóplia de actos sexuais de relevo bastando-se apenas com um acto isolado, com a devida contrapartida, geralmente monetária. No entanto, e como aponta o art. 23º, n.º1<sup>25</sup> do CP, a tentativa do crime de lenocínio é também ela punível, tendo como ponto de referência a moldura penal do crime consumado (nº 2).

As incriminações em apreço exigem a presença do dolo<sup>26</sup> no que concerne à globalidade dos elementos do tipo objectivo do tipo legal, no entanto, não é necessário que este seja um dolo específico, ou seja, “não era necessário que o agente actuasse *com fim de desmoralizar* para que se cometesse o crime previsto”<sup>27</sup>. O essencial não é perceber se aquela actuação é para proveito próprio ou de terceiro(s), mas sim, que ninguém incentiva outra pessoa à prática da prostituição sem ter efectiva consciência de que o está a fazer, ou seja, estamos no âmbito do dolo necessário (quem representa a prática do crime como consequência necessária da sua conduta, art. 14º n.2 do CP).

Relativamente ao crime de lenocínio qualificado, muitas vezes podemos estar perante um concurso aparente ou um concurso efectivo.

No que concerne ao crime de lenocínio qualificado e aos crimes de coacção sexual e violação pode existir um concurso aparente, na medida em que, quando o agente fomenta, facilita ou favorece o exercício da prostituição recorrendo aos meios qualificadores do nº 2 do art. 169º está a levar outrem à prática de actos sexuais de relevo.

---

<sup>25</sup>1 - Salvo disposição em contrário, a tentativa só é punível se ao crime consumado respectivo corresponder pena superior a 3 anos de prisão.

<sup>26</sup> A regra geral é a de que o Direito Penal exige o dolo, enquanto a punibilidade da conduta negligente constitui uma excepção (artigo 13.º CP).

O dolo como elemento subjectivo geral do tipo de ilícito doloso consiste no conhecimento e a vontade de realização dos elementos objectivos do tipo (artigo 14.º CP), ou seja, o dolo tem de existir no momento do facto.

O dolo é composto pelo elemento cognitivo e pelo elemento volitivo. No que concerne ao primeiro, em poucas palavras, este abrange a totalidade dos elementos objectivos do tipo (além de outros elementos que, não sendo descritos como elementos do tipo, mas fundamentam a pena e a sua medida). Relativamente ao segundo elemento consiste na decisão dirigida à realização da conduta típica e a execução dessa decisão, visando atingir o resultado nos crimes de resultado (dolo directo ou intenção).

<sup>27</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda / FIDALGO, Sónia, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, 2ª Edição, pág. 804.

Quanto ao crime de lenocínio qualificado e ao crime de tráfico de pessoas para fins de exploração sexual podemos estar perante um concurso efectivo<sup>28</sup>.

No que diz respeito às consequências jurídicas, em termos de pena principal, esta consubstancia-se numa pena de prisão que pode ir de 6 meses a 5 anos no caso de se tratar de lenocínio simples, e, relativamente ao lenocínio qualificado a moldura penal encontra-se estabelecida entre 1 a 5 anos.

Após a Revisão de 2007, a responsabilidade penal relativamente ao crime de lenocínio foi alargada às pessoas colectivas (art. 11º, n.º 2 do CP).

---

<sup>28</sup> Para uma melhor abordagem do tema remeto para o ponto 2 da Parte IV.

## **2.4. A inexistência de bem jurídico no crime de lenocínio previsto e punido no art. 169º, nº 1, do Código Penal**

Como já foi exposto supra, o Direito Penal é um direito de *ultima ratio* e, como tal, a sua intervenção apenas se justifica quando se “verificam lesões insuportáveis das condições comunitárias essenciais de livre desenvolvimento e realização de personalidade de cada homem.”<sup>29</sup> Esta intervenção consubstancia-se na tutela de determinados bens jurídicos, ou seja, na “preservação das condições indispensáveis da mais livre realização possível da personalidade de cada homem na comunidade”<sup>30</sup>

Assim, e nas palavras de ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “Nega-se, por isso, a possibilidade de o direito penal intervir em nome de uma qualquer moral social, ao serviço de finalidades transcendentais.”<sup>31</sup>

Seguindo o raciocínio exposto supra, relativamente ao bem jurídico e à necessidade da pena, é ilegítima uma intervenção do Direito Penal que se baseie na defesa de bens jurídicos não individualizáveis, por mais imorais que sejam. Nem sempre um sentimento geral, ou tido como geral, da sociedade constitui algo que careça de uma intervenção penal.

Deslocando agora o mesmo raciocínio para o campo dos crimes sexuais devemos questionar se existe de facto um bem jurídico tutelado na incriminação presente no art. 169º, nº 1 do CP. A verdade, e seguindo o pensamento dominante na doutrina, este trata-se de um crime sem vítima, na medida em que, se não existe qualquer tipo de pressão ou coacção, pois o exercício da prostituição é de execução livre. Então podemos concluir que não existe uma lesão efectiva de um bem jurídico, mesmo na equação do bem jurídico “liberdade sexual”. A pessoa que decide se prostituir é um indivíduo inserido numa comunidade e como tal tem direito, tal como os demais, à sua liberdade sexual. O contrário sucede no nº 2 do mesmo artigo em que os meios utilizados revelam uma afronta a essa liberdade, daí ser legítima tal criminalização.

Assim, partindo do entendimento “de só considerar legítima a incriminação de condutas do foro sexual se e na medida em que atentem contra um específico bem jurídico eminentemente pessoal – leva a que o direito penal só deva intervir em dois grupos de

---

<sup>29</sup> FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português Parte Geral II: As consequências Jurídicas do Crime*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, reimpressão, pág. 65

<sup>30</sup> FIGUEIREDO DIAS / COSTA ANDRADE, *Direito Penal – Questões fundamentais, A doutrina geral do crime* (Lições ao 3º ano da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), pág. 63, 1996.

<sup>31</sup> “O sistema punitivo português”, *Rev. Sub Judice, Justiça e Sociedade*, N. 11, Janeiro/Junho 1996, pag. 27 e ss

casos: quando está em causa o desenvolvimento sexual de menores (...) ou quando em relação a adultos se utilize a violência, ameaça grave, se provoque o erro ou se aproveite do seu estado de pessoa “indefesa” (a justificar agora a punição dos artigos 163.º, 164.º, 165.º, 166.º, 169º-2). Tudo o mais – a incriminação do lenocínio prevista no art. 169º-1, pelo que agora interessa – é proteger bens jurídicos transpersonalistas de étimo moralista por via do direito penal – o que se tem hoje por ilegítimo -, aproximando-nos perigosamente de um direito penal de fachada.”<sup>32</sup>

Podemos assim concluir que o direito penal não tem qualquer tipo de legitimidade para intervir quando se tratem de comportamentos sexuais realizados entre adultos, em privado e de modo consentido.

Posto isto, ao analisarmos o art. 169º n.º 1 do CP podemos perceber que o mesmo não se compadece com nenhuma destas situações, pelo que, estamos a usar indevidamente o Direito Penal ao fazer com que o mesmo se tutele bens jurídicos transpessoais de carácter moral<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda / FIDALGO, Sónia, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, 2ª Edição, págs. 797-798.

<sup>33</sup> Seguindo de perto FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE in *Direito Penal – Questões fundamentais, A doutrina geral do crime* (Lições ao 3º ano da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), págs. 49-50, *À passagem do Estado de direito formal ao Estado de Direito material correspondeu à introdução no conceito material de crime de um ponto de vista moral (ético)-social que leva a ver na “essência” daquele a violação de deveres morais-sociais elementares.*

*Deve reconhecer-se que esta concepção corresponde, para além do mais, a uma atitude enraizada no espírito da maioria dos leigos, para quem o direito penal constituiria a tradução, no mundo terreno, das noções de pecado e de castigo que valem na ordem religiosa.*

*E deve reconhecer-se, para além disto, que uma tal concepção tem capacidade para se arvorar, pelo menos em princípio e teoricamente, em padrão crítico de um ordenamento jurídico-penal positivo constituído ou a constituir.*

*Mas por mais que uma tal concepção se encontre enraizada na opinião pública (e constituía, às vezes de forma escandalosa, a forma escolhida pelos políticos – e também por alguns magistrados menos conscientes da sua função e dos limites da sua legitimação – para mostrarem publicamente o seu amor à virtude e a sua repugnância pelo vício), ela deve merecer, no plano da ordem jurídica estadual e, em particular, da ordem jurídico-penal, a mais veemente contestação.*

*Não é função do direito penal nem primária, nem secundária tutelar a virtude ou a moral: trate-se da moral estadualmente imposta, da moral dominante, ou da moral específica de um qualquer grupo social. Para isso não está o direito penal – como ordem terrena que tem de respeitar a liberdade de consciência de cada um (cf. O próprio art. 41º da CRP) e só pode valer como uma “triste necessidade num mundo de seres imperfeitos que são os homens” – de modo algum legitimado.*

*Nem, por outro lado, os instrumentos de que se serve para a sua actuação – as penas e as medidas de segurança – se revelam adequadas para fazer valer no corpo social as normas da virtude e da moralidade. Nem, ainda por outro lado, para aplicação de um direito com tal sentido se encontram legitimados os magistrados e os tribunais, por isso que instâncias legitimadas para castigo do pecado e da imoralidade só podem ser, respectivamente, a divindade e a consciência individual.*

*Uma concepção deste teor é pois, além de tudo mais, absolutamente inadequada à estrutura e às exigências (mesmo ou sobretudo, às exigências éticas) das sociedades democráticas e pluralistas dos nossos dias.*

“... O Estado só deve tomar de cada pessoa o mínimo dos seus direitos e liberdades quando se revele indispensável ao funcionamento sem entraves da comunidade. A ela conduz, por outro lado a regra do estado de direito democrático segundo o qual o Estado só deve intervir nos direitos e liberdades fundamentais na medida em que isso torne imprescindível ao asseguramento dos direitos e liberdades fundamentais dos outros.”<sup>34</sup>

Neste sentido temos o artigo 18º n. 2 da CRP que estipula que “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.” e o artigo 40,º n.º 1 do CP.

Logo, “A norma do artigo 169.º n.º 1, do CP, é uma norma sem bem jurídico tutelado, punindo-se a imoralidade ou o exercício duma profissão imoral, que não a prostituição, deixando-se de punir a violação da liberdade e autodeterminação sexual da pessoal que, quando consentida, inexistente.”<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> FIGUEIREDO DIAS / COSTA ANDRADE *Direito Penal – Questões fundamentais, A doutrina geral do crime* (Lições ao 3º ano da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), 1996, pág.63-64.

<sup>35</sup> MAFÁIA, Joaquim, “A inconstitucionalidade do n.º 1 do artigo 169.º no Código Penal”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 19, N.º 1, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pág. 47.

## 2.5. A inconstitucionalidade do lenocínio simples

Antes de demais considerações irei discorrer sobre alguns preceitos que se assumem com relevância na temática em análise: Estado de Direito e Estado Democrático. Estes preceitos encontram-se contemplados no art. 2º da CRP e apresentam-se indissociáveis um do outro, na medida em que *O Estado de direito é democrático e só sendo-o é que é Estado de direito; O Estado democrático é Estado de direito e só sendo-o é que é democrático. Há uma democracia de Estado-de-direito, há um Estado-de-direito de democracia*

*Na sua vertente de Estado de direito, o princípio do Estado de direito democrático, mais do que constitutivo de preceitos jurídicos, é sobretudo conglobador e integrador de um amplo conjunto de regras e princípios dispersos pelo texto constitucional, que densificam a ideia de sujeição do poder a princípios e regras jurídicas, garantindo aos cidadãos liberdade, igualdade e segurança<sup>36</sup>, como a protecção dos DLG (art. 24º e ss da CRP) e o respectivo regime de protecção (art. 18º da CRP), entre outros.*

Ou seja, o princípio do Estado de Direito Democrático assegura aos cidadãos o respeito pelos DLG através do Direito Penal mas o mesmo é tido como limite. Por outras palavras, a ordem axiológica jurídico-constitucional, por um lado impulsiona uma intervenção por parte do Direito Penal e, por outro lado, restringe tal intervenção em nome dos Direitos Liberdades e Garantias. Este é o ramo do direito que define e regula as relações existentes na comunidade e impõe consequências para a liberdade e para o património dos cidadãos através das penas e das medidas de segurança.

Citando mais uma vez FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, *Por tudo isto tanto a doutrina do crime, como a dos efeitos jurídicos assumem uma estreitíssima conexão com o **direito constitucional** e com a **teoria do Estado**. Conexão esta reforçada ainda por uma dupla circunstância: pelo facto, por um lado, de os instrumentos sancionatórios específicos do direito penal – as penas e as medidas de segurança – representarem, pela sua própria natureza, negações ou fortíssimas limitações de direitos fundamentais das pessoas; e pelo de, por outro lado, se verificar a necessidade*

---

<sup>36</sup> GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, in *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, 4ª Edição revista, págs. 204-205.

*de uma relação de mútua referência entre a ordem axiológica jurídico-constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos que ao direito penal cumpre tutelar (CRP, art. 18º, 2).*

*Decerto, a esfera de actuação pessoal do cidadão – a sua autonomia, auto-realização ou autopoiese – constitui como veremos, a muitos títulos, (...) um limite à intervenção penal do Estado.<sup>37</sup> A política criminal de um país reflecte o tipo de regime vigente nesse Estado. Partindo desta perspectiva podemos afirmar que “uma Política Criminal que se queira válida para o presente e futuro próximo e para um Estado de Direito material, de cariz social e democrático, deve exigir do direito penal que só intervenha com os seus instrumentos próprios de actuação ali, onde se verifiquem lesões insuportáveis das condições comunitárias essenciais de livre realização e desenvolvimento da personalidade de cada homem”<sup>38</sup>*

Prosseguindo a leitura do art. 2º da CRP encontramos o conceito de pluralismo merecedor agora de uma análise da nossa parte.

Segundo GOMES CANOTILHO, *o pluralismo é uma realidade: sociedade heterogénea de classes e fracções de classes, grupos sociais, económicos, diversidades culturais e ideológicas.<sup>39</sup>*

No que concerne aos crimes sexuais, actualmente assistimos a um pluralismo ético-social que não se coaduna com esta ideia de moralidade impressa no art. 169º, n. 1 do CP. No âmbito das sociedades que se dizem democráticas há que ter a sensibilidade para perceber que, embora determinados comportamentos choquem com concepções mais morais ou religiosas, é necessário que os mesmos constituam uma lesão efectiva de um bem jurídico que requeira intervenção por parte do direito penal.

Os instrumentos do direito criminal não devem ser usadas para prescrever ou proibir o comportamento sexual “certo” ou “errado”. O Estado de Direito Português no qual estamos inseridos é pluralista e, como tal, os diferentes grupos sociais não têm um sistema de valores uniforme e, por isso, não têm um código moral sexual uniforme. Sendo a sociedade tão diferente e plurima não é possível estabelecer algo consensual no que concerne à moral sexual, devendo pois este ser um juízo individual. O Estado deve limitar-se a penalizar somente aquelas acções que de um modo efectivo ofendam terceiros.

---

<sup>37</sup> In *Direito Penal – Questões fundamentais, A doutrina geral do crime* (Lições ao 3º ano da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), 1996, págs. 17-18.

<sup>38</sup> “Os Novos rumos da Política Criminal e o Direito Penal Português do Futuro”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 43, 1983, pág. 5 ss

<sup>39</sup> In *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, 1998, 1ª Edição, pag 1257.

O Direito Penal está condenado ao fracasso se tentar, através das autoridades judiciais que são por natureza imperfeitas, impor exclusivamente regras morais.

Na linha de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA<sup>40</sup>, uma concepção pluralista do Estado implica que a liberdade de consciência disposta no art. 41º da CRP, consista “essencialmente na liberdade de opção, de convicções e de valores, ou seja, a faculdade de escolher os próprios padrões de valoração ética ou moral da conduta própria ou alheia”.

O artigo da Lei Fundamental em questão reconhece três direitos, nomeadamente, a liberdade de consciência, a liberdade religiosa e a liberdade de culto. Para o caso, importa agora a liberdade de consciência.

*A liberdade de consciência integra a esfera nuclear dos direitos pessoais, não podendo ser sacrificada nem sequer em caso de estado de sítio (cfr. Art. 19º-6). O bem jurídico protegido pela liberdade de consciência é a convicção ética e a autónoma responsabilidade reivindicada por qualquer indivíduo para justificar o seu comportamento.*

*A “decisão segundo a consciência” aponta para uma decisão típica de razão prática, mas alicerçada em critérios éticos autonomamente pessoais.*

*A liberdade de consciência abrange a liberdade de formação das próprias convicções (fórum internum). Assume particular relevo nos regimes totalitários e ganha dimensões práticas nos casos de agressão à instância eticamente intrínseca da pessoa (doutrinação estatal, lavagens ao cérebro, hipnoses, narcoanálises).*

*Em segundo lugar, a liberdade de consciência engloba no seu âmbito normativo a exteriorização da decisão de consciência (forumexternum), através de modos de expressão orais, escritos ou artísticos. Em terceiro lugar, compreende a liberdade de agir (por acção ou omissão) segundo a consciência, embora aqui se coloquem relevantes questões sobre os limites e a recognoscibilidade do agir segundo a consciência.*

*A liberdade de consciência é um direito constitucionalmente garantido sem restrições, sendo aqui particularmente difíceis tarefas metódicas de concordância prática, de ponderação ou de balanço entre bens.*

*Pela sua própria natureza de liberdade individual de convicções – instância autónoma da pessoa – dificilmente suporta qualquer ideia de “limite imanente” e exige*

---

<sup>40</sup> In *Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, 4ª Edição Revista, pág. 609.

*sempre uma análise cuidada quanto ao estabelecimento de restrições heterónomas. Estas restrições devem, de qualquer modo, deixar aberta uma alternativa materialmente compatível com a liberdade de consciência (cfr. art. 19º-6).*<sup>41</sup>

Assim, a realidade com que nos é apresentada o crime de lenocínio do art. 169.º n.º 1 do CP, na qual é considerado crime o simples facilitar, favorecer ou fomentar o exercício da prostituição, profissionalmente ou com intenção lucrativa, relação onde o consentimento existe, é consciente e voluntário, não havendo, por isso, recurso a qualquer tipo de meio coactivo que condicione a vontade livre da pessoa que decide se prostituir, não respeita o que está constitucionalmente consagrado pela CRP, pois todo o indivíduo tem o direito a estabelecer o que é para si moralmente “aceitável” ou “acertado”. Trata-se da formação de convicções ou valores feita de um para um acerca da conduta de terceiros e da sua própria conduta. Como tal, podemos e devemos questionar-nos sobre a incriminação do código penal em apreço. E mais, já é sabido e mais que debatido no texto apresentado, que não é a defesa de bens jurídicos transpessoais a função do direito penal e que entre este último e a Constituição tem de existir uma relação de reciprocidade mas sem nunca esquecer a hierarquia legalmente exigida.

Por tudo o que foi exposto até aqui podemos concluir que incriminação contida no artigo artigo 169.º n.º 1 do Código Penal é ferida de inconstitucionalidade, na medida em que *a concepção da função do direito penal como pura tutela de bens jurídicos tem fundamento constitucional no artigo 18.º, n.º 2, da CRP. Daqui resulta que uma norma incriminadora na base da qual não seja susceptível de se divisar um bem jurídico claramente definido é nula, por dever ser considerada **materialmente inconstitucional** e como tal declarada pelo Tribunal Constitucional*<sup>42</sup>. O direito penal deve tutelar bens jurídicos e não imoralidades e, no que concerne aos crimes sexuais apenas deve intervir quando tais comportamentos ponham em causa o livre desenvolvimento sexual de um menor ou, tendo sido adoptados entre adultos, haja o recurso a meios coactivos não possibilitando um consentimento livre, consciente e voluntário.

Relativamente ao art. 26º da CRP, também este é ferido pela existência do crime de lenocínio, dado que, a sexualidade é algo intrínseco ao ser humano e uma não-livre

---

<sup>41</sup> GOMES CANOTILHO/ VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, 4ª Edição revista, págs. 609-610.

<sup>42</sup> FIGUEIREDO DIAS / COSTA ANDRADE, *Direito Penal – Questões fundamentais, A doutrina geral do crime (Lições ao 3º ano da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)*, 1996, pág. 66.

disposição da sua liberdade sexual conduz a que o livre desenvolvimento da personalidade de cada um seja também ele corrompido.

Por outro lado, tal incriminação viola também o direito plasmado no artigo 41.º da Constituição da República Portuguesa “liberdade de consciência” na medida em que, como já foi dito, o tipo legal tutela um “sentimento geral de moralidade sexual” e a Lei Fundamental dispõe que cada pessoa, inserida num Estado de Direito, tem direito à sua liberdade de consciência, a decidir o que para si, carece ou não de reprovação moral. De criar as suas convicções sobre determinada conduta (própria ou de terceiros). Uma determinada pessoa pode ter como sua convicção obtida de modo individual, tal como defende a CRP, que quer viver e financiar-se através da prostituição mas que para isso necessita do auxílio de outra pessoa, alguém já inserido na rede que a pode ajudar nessa sua vontade. Vontade essa em nada coagida e que em nada prejudica terceiros fora da relação estabelecida entre prostituta/o – cliente – fomentador/facilitador/favorecedor.

Em última análise podemos entender que o princípio da dignidade da pessoa humana, presente no art. 1.º da Lei Fundamental é também ele lesado pelo art. 169.º n.º1 na medida em que tal artigo discrimina quem opta por aquele determinado estilo de vida e porque muitas vezes, devido à existência do mesmo, a realidade que é a prostituição acaba por ser praticada em condições ofensivas dessa dignidade<sup>43</sup>.

---

<sup>43</sup> Relativamente a este ponto pareceu-me consideravelmente oportuno aborda-lo com mais precisão no ponto 3. Da Parte IV

## 2.6. O tratamento jurisprudencial da questão

Apesar de, a nível jurisprudencial, o crime de lenocínio simples ter vindo a ser alvo de sucessivos recursos para o Tribunal Constitucional para que seja apurada a sua inconstitucionalidade o tipo legal mantém-se intacto<sup>44</sup>.

A título de exemplo, no Acórdão 141/2010, o TC determina que “ a incriminação do lenocínio não configura uma violação do princípio da subsidiariedade do Direito Penal ou sequer de qualquer um dos direitos fundamentais”, nomeadamente o livre desenvolvimento da personalidade sexual (art. 26º CRP), a liberdade de expressão através da sexualidade (art. 37º CRP), a liberdade de consciência (art. 41º CRP) ou a liberdade de escolha de profissão (art. 47º CRP).

Socorrendo-me dos vários acórdão irei expor os argumentos da decisão pela inconstitucionalidade do art. 169.º n.º 1 do CP do Tribunal Constitucional.

Em primeiro lugar (só por uma questão de explanação e não porque vigore algum tipo de hierarquia) o TC avança o seu entendimento no sentido de que a realidade subjacente ao crime de lenocínio configura um aproveitamento de terceiro que se concretiza num tipo de exploração da pessoa que se prostitui.<sup>45</sup>

Em seguida, “o aproveitamento económico por terceiros da prostituição não deixa de poder eximir já uma interferência, que comporta riscos intoleráveis, dados os contextos sociais da prostituição, na autonomia e liberdade de quem se prostitui (colocando-o em perigo), na medida em que corresponda à utilização de uma dimensão especificamente íntima do outro não para fins dele próprio mas para os fins de terceiro. E chama-se à liça a escravatura que é um crime previsto e punido por lei, para salientar que da mesma sorte que a escravatura e a sua condição impõe que o escravo se veja a si próprio como alguém que é possuído ou a quem falta autonomia.”<sup>46 47</sup>

---

<sup>44</sup> Cfr. Ac. 144/2004, 196/2004, 303/2004, 170/2006, 396/2007, 522/2007, 591/2007 e 141/2010, disponíveis em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

<sup>45</sup> “subjacente à norma do artigo 170º, nº 1, está inevitavelmente uma perspectiva 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” – Ac. n.º 144/04

<sup>46</sup> Relativamente a este ponto, o TC determina que “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 acção, situações e actividades 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.”

Por fim, o TC conclui afirmando que a jurisprudência se mantém fiel às anteriores elações acerca do crime de lenocínio e que este, “mesmo nos casos em que se verifique plena liberdade na formação da vontade do/a prostituto/a, não é inconstitucional, por visar proteger bens jurídicos fundamentais que encontram consagração na Constituição Portuguesa.”

---

Relativamente ao artigo 41º da CRP sobre a liberdade de consciência, o TC vem pronunciar-se pela não relação entre este direito e a condição da pessoa que se prostitui, na medida em que “não integra uma dimensão de liberdade de se aproveitar das carências alheias ou de lucrar com a utilização da sexualidade alheia.”

No que toca à liberdade de expressão através da sexualidade, o tribunal entende que, a existência de um terceiro na relação de prostituição que irá ter vantagens económicas com a actividade de quem se prostitui é, por si só, uma ingerência nessa mesma liberdade e autonomia. Neste ponto é feita ainda uma comparação com os crimes de auxílio ao suicídio (artigo 135º do Código Penal) e de divulgação de pornografia infantil [artigo 172º, nº 3, alínea e), do Código Penal], dado que, não é consentimento da pessoa-vítima que vai fazer com que o terceiro não seja alvo de um processo-crime, pois, “relativamente ao relacionamento com os outros há deveres de respeito que ultrapassam o mero não interferir com a sua autonomia, há deveres de respeito e de solidariedade que derivam do princípio da dignidade da pessoa humana.” No que concerne à liberdade de escolha de profissão, o Tribunal entendeu que o facto deste direito ser vedado neste tipo de situações, em nada viola a Constituição dado que essa mesma escolha tem como limites valores e direitos intrinsecamente ligados à tutela da autonomia e da dignidade do ser humano (art. 47º, nº 1 e 61º, nº 1 da CRP). No entanto, acrescenta ainda que, nada impede o entendimento do Tribunal de Justiça das Comunidades segundo o qual a prostituição pode ser vista como uma actividade económica autónoma (Sentença de 20 de Novembro de 2001, Processo nº 268/99).

<sup>47</sup> Cfr. MALAFAIA, Joaquim, “A inconstitucionalidade do n.º 1 do artigo 169.º no Código Penal” *Rev. Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 19, n.º 1, Coimbra Editora, 2009, pág. 50

## PARTE III – O CRIME DE TRÁFICO DE PESSOAS (EM ESPECIAL) PARA FINS DE EXPLORAÇÃO SEXUAL

### 1. Resenha histórica portuguesa

Antes da exposição cronológica do crime em análise, importa a sua definição. O crime de tráfico de seres humanos encontra-se previsto no art. 160.º do CP<sup>48</sup> consiste no *recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou ao uso da força ou a outras formas de coacção, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou de uma situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa com autoridade sobre outra, para fins de exploração. A exploração deverá incluir, pelo menos, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, a escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a extracção de órgãos* (art. 4º da Convenção do Conselho da Europa sobre a Luta contra o Tráfico de Seres Humanos<sup>49</sup>).

Inicialmente, encontrava-se plasmado no Código Penal de 1982 no art.º 217, nº 1, do CP, sob a epígrafe “tráfico de pessoas<sup>50</sup>”. Este tipo legal estava intrinsecamente ligado a uma exploração sexual atentatória dos bons costumes na medida em que, se concretizava mediante a deslocação da vítima do país de origem para o país de destino havendo, por

---

<sup>48</sup> “1 - Quem oferecer, entregar, recrutar, aliciar, aceitar, transportar, alojar ou acolher pessoa para fins de exploração, incluindo a exploração sexual, a exploração do trabalho, a mendicidade, a escravidão, a extracção de órgãos ou a exploração de outras actividades criminosas:

- a) Por meio de violência, rapto ou ameaça grave;
  - b) Através de ardil ou manobra fraudulenta;
  - c) Com abuso de autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, económica, de trabalho ou familiar;
  - d) Aproveitando-se de incapacidade psíquica ou de situação de especial vulnerabilidade da vítima; ou
  - e) Mediante a obtenção do consentimento da pessoa que tem o controlo sobre a vítima;
- é punido com pena de prisão de três a dez anos.”

<sup>49</sup> A par deste diploma encontramos outros onde podemos encontrar a definição de tráfico de seres humanos, nomeadamente, na Convenção contra a criminalidade organizada transnacional, no Protocolo Adicional relativo à preservação, à repressão e à punição do tráfico de pessoas, em especial de mulheres e crianças (ambos ao nível das Nações Unidas) e na Decisão-Quadro relativa à luta contra o tráfico de seres humanos (no âmbito da União Europeia, tal como a Convenção contra o tráfico de seres humanos do conselho da europa).

<sup>50</sup> “1 - Quem realizar tráfico de pessoas, aliciando, seduzindo ou desviando alguma, mesmo com o seu consentimento, para a prática, em outro país, da prostituição ou de actos contrários ao pudor ou à moralidade sexual, será punido com prisão de 2 a 8 anos e multa até 200 dias.”

isso, a necessidade do factor internacional<sup>51</sup> e que tal deslocação tivesse como finalidade o exercício da prostituição, de actos contrários ao pudor ou à moralidade sexual. É importante a análise da sistematização deste crime que se encontrava no Título III “Dos crimes contra valores e interesses da vida em sociedade”, no Capítulo I “Dos crimes contra os fundamentos ético-sociais da vida social”, Secção II “Dos crimes sexuais” e, como tal, podemos perceber o carácter moralista agregado ao tipo legal, bem como, a preocupação com a sociedade e com tudo o que ela moralmente condenava, ou seja, o que não fosse “politicamente correcto” ou fosse reprovável à maioria dos olhos.

Posteriormente, com a reforma operada em 1995, há uma modificação na disposição do código devido à ampliação do âmbito do crime de tráfico de pessoas também para o tráfico com fins de exploração laboral e de extracção de órgãos. O tipo legal em análise passa a estar disposto no art. 160º do CP e assistimos à deslocação dos crimes sexuais do capítulo dos crimes contra valores e interesses da vida em sociedade para o Título “Dos crimes contra as pessoas”, sob a epígrafe “Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”. Desta mudança sistemática podemos reter que o tipo legal passou a proteger um bem jurídico individual, a liberdade de determinação sexual.<sup>52</sup> O elemento típico do crime necessidade de “exploração de uma situação de abandono ou de necessidade da vítima” foi subtraído com esta alteração devido às dificuldades probatórias daí decorrentes, o que levou a um alargamento da incriminação. No entanto, os elementos coactivos do tipo legal tinham necessariamente que estabelecer uma conexão com o fim destinado ao tráfico. Logo, o crime estaria apenas consumado com a prática da prostituição pela pessoa objecto do mesmo.

Em 2001, o tipo legal passou a integrar novas fases do tráfico mantendo, ainda, a ligação com a prostituição e, no que concerne, aos elementos típicos foram acrescentados mais dois<sup>53</sup> o que veio facilitar o trabalho dos OPC’s e demais instâncias envolvidas, na busca da verdade. Nem sempre é uma tarefa fácil dado que, a vítima após ter sido múltiplas vezes coagida (coacções essas que, frequentemente, atingem familiares) não vai acreditar

---

<sup>51</sup> Do preenchimento daquele requisito “factor internacional” resultava necessariamente a exclusão do tráfico de pessoas a nível nacional. Só após 2007 com a ratificação e posterior transposição para o ordenamento português do Protocolo de Palermo é que tal exigência foi subtraída.

<sup>52</sup> Todavia, tal incriminação deveria anteceder o crime de escravidão, pois nos dias de hoje, a verificação de tráfico de pessoas constitui uma prática de quase-escravidão. Outra observação, em relação ainda à sistematização de ambos os crimes, estes deveriam constar no fim do capítulo, dado que, o legislador adoptou uma escala de gravidade ascendente no que toca aos crimes contra a liberdade pessoal.

<sup>53</sup> “Abuso de autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, económica ou de trabalho” e o aproveitamento de uma “qualquer situação de especial vulnerabilidade da vítima”.

ou colaborar com tais entidades. *O medo da retirada forçada do país e da prisão, devido à condição irregular, (em que muitas se encontram) pode levar a vítima a criar “mecanismos de autodefesa, seja através do desligamento de realidade, perda de memória ou algum comportamento de risco; vergonha da situação/experiência que foi vivenciada e, portanto, não fala sobre sentimentos e experiências”*<sup>54</sup>.

Posteriormente, em 2007, ocorreu uma alteração na sistematização do código penal remetendo-o para o art. 160.º que o colocou nos crimes contra a liberdade pessoal e contra a liberdade de decisão e de acção.

“Com esta incriminação não se trata de proteger a liberdade como valor transcendente, mas sim como valor “existencial”, no sentido de liberdade co-natural à vida da pessoa em sociedade. Ao proteger-se a liberdade, o que está em causa é abranger na configuração típica situações que afectem aquela liberdade de decisão e de acção, exercendo coacção sobre a pessoa.”<sup>55</sup>

Há, novamente, um alargamento quer das fases do tráfico, quer dos meios típicos de coacção e os fins para que o mesmo se destina abrange agora a exploração laboral e a extracção de órgãos.

---

<sup>54</sup> GEBRIM, Luciana Maibashi / ZACKSESKI, Cristina, “O Problema do Consentimento no Tráfico Internacional de Pessoas para Fins de Exploração Sexual”, *Rev. Brasileira De Ciências Criminais*, Ano 24, Vol. 119, Março-Abril / 2016, pág. 70.

<sup>55</sup> Cfr. RODRIGUES, Anabela Miranda “A incriminação do tráfico de pessoas no contexto da política criminal” in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Volume III, Coimbra Editora, 2010, pág. 581.

## **2. A Criação de Legislação Específica**

Todos os anos nos são apresentados números que rondam as dezenas de milhares de pessoas, geralmente mulheres e crianças, vítimas de tráfico.

Tráfico de Seres Humanos é um flagelo transfronteiriço que os países procuram prevenir e combater, reforçando o conhecimento do fenómeno, desenvolvendo acções pedagógicas juntos dos diferentes intervenientes, protegendo e assistindo as vítimas, bem como, sancionando os agentes do tráfico.

Assim, a nível internacional, o tráfico de seres humanos impulsionou uma série de diplomas de combate a este fenómeno, nomeadamente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e Plano Mundial Da Acção Contra a Criminalidade Organizada Transnacional (Resolução das Nações Unidas nº 49/159, de 23/12/1994).

Também a Organização das Nações Unidas adoptou a Convenção Internacional sobre a Supressão do Tráfico de Pessoas e da exploração de outrem (Resolução 317 (IV), da Assembleia-Geral das Nações Unidas, de 02/12/1949) e, ainda, Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra a criminalidade organizada relativo à prevenção, à repressão e à punição do tráfico de pessoas, em especial de mulheres e crianças, mais conhecido por Protocolo de Palermo de 2000, que foi aprovado no nosso país através da Resolução nº32/2004.

Da parte da Organização Internacional do Trabalho existe também uma resposta ao crime de tráfico de pessoas, nomeadamente, na Convenção nº29 sobre trabalho forçado (28/06/1930), na Convenção nº 105 sobre a eliminação do trabalho forçado (21/06/1957) e, por fim, na Convenção nº143 (24/6/1975).

A nível europeu temos a Decisão-Quadro do Conselho da Europa relativa ao tráfico de seres humanos, de 19/07/2002 e a Convenção do Conselho da Europa sobre a Luta contra o Tráfico de Seres Humanos (Conselho de Varsóvia, adoptada em 16 de Maio de 2005 – aprovada em Portugal pela Resolução da Assembleia da República nº 1/2008, de 14 de Janeiro).

Reter também o art. 5.º n.º3 da Carta dos Direitos Fundamentais, o qual proíbe, de forma exímia, o tráfico de pessoas por violar o princípio da dignidade da pessoa.

Após a análise dos referidos diplomas, o facto de, a inclusão de todas as fases que consubstanciam o crime de tráfico de pessoas, o alargamentos dos meios coactivos, dos

fins a que esse tráfico se propõe, bem como, a ampliação do crime ao utilizador dos serviços em causa, leva-nos a concluir que há por parte da política criminal internacional uma intenção de definição não restrita do tipo legal, no sentido de uma ampla incriminação.

A nível nacional, Portugal adoptou três planos, o I Plano Nacional de Prevenção e Combate ao Tráfico de Seres Humanos (PNPCTSH) (2007- 2010), o IIPNPCTSH (2011-2013) e o IIIPNPCTSH (2014-2017)<sup>56</sup>.

No âmbito do Ministério da Administração Interna foi criado pelo DL n°229/2008 de 27 de Novembro o Observatório do Tráfico de Seres Humanos, tendo como objectivos a recolha, o tratamento e a análise de dados sobre o TSH.

No âmbito do CPP, o tipo legal passou a integrar a criminalidade organizada e, como tal, passaram a ser permitidas buscas entre as 21h e as 7h (art. 174° e 177°, n°2, al. a), do CPP) bem como, escutas de conversas ou dos meios de comunicação (art. 187°, n°1 e 189° do CPP) e, ainda, alargamento dos prazos da prisão preventiva (art. 215°, n°2 e 3 do CPP).

Relativamente à responsabilidade das pessoas colectivas e a o alargamento da incriminação do utilizador dos serviços ou órgão (dependendo do conhecimento do fato por parte deste) passaram a estar plasmadas nos art.º 11°, n°2 e 160°, n°5, do CP.

Por fim, estas alterações legislativas debruçaram-se sobre a vítima e a necessidade de maior protecção da mesma e, nessa medida, foi abolida a publicidade ao nível do processo e pretendeu-se preservar a identidade da vítima (art. 87°, n°3 e 88°, n°2, al. c), do CPP; art. 1°, n°1 al. a), 4°, n°1 al. a) e 5°, da Lei n° 38/2009, de 20/07).

A investigação do crime de tráfico de seres humanos é da competência do SEF (DL n° 252/2000, de 16/10 e da PJ (art.7°, n°4, al. c) da Lei 48/2008 de 27/08 e 49/2008 de 27/08)

A par destes diplomas legais respeitantes ao tráfico de pessoas, podemos apontar outros instrumentos normativos, nomeadamente, a Lei de Protecção de Testemunhas (Lei n° 93/99, de 14/07 e seu regulamento o DL n° 190/2003; o Regime Jurídico das Vítimas de Crimes Violentos - DL n° 423/91, de 30/10 – que dispõe que a vítima de crime violento

---

<sup>56</sup>Estes planos tinham cinco áreas estratégicas (que se concretizam em 53 medidas) que constituem o objecto de trabalho, nomeadamente Prevenir, Sensibilizar, Conhecer e Investigar; Educar, Formar e Qualificar; Proteger, Intervir e Capacitar; Investigar criminalmente; Cooperar.  
Para uma análise mais pormenorizada dos planos cfr. Decreto do Presidente da República n° 127/2013.

poderão, em certas situações, beneficiar de uma indemnização estatal pelos lesões que que foi alvo.

Relativamente ao art. 109º, da Lei nº 23/2007, de 04/07, este consagra que mediante a colaboração das vítimas de tráfico de seres humanos com as autoridades competentes e, as mesmas, manifestem vontade em suprimir o tráfico de pessoas ou o auxílio à imigração ilegal, entre outros factores, é possível que estas vítimas venham a ter a autorização de residência<sup>57</sup> desde que tal também se configure importante para a investigação e procedimentos criminais.

A Lei nº 23/2007 estabelece uma sucessão de direitos da vítima de tráfico de seres humanos, designadamente, a sua subsistência, tal como, o tratamento médico urgente e adequado estão agora assegurados. Assistência psicológica, jurídica e, ainda, ao nível da linguagem e da comunicação. A segurança e protecção estão também garantidas, bem como, o acesso a programas oficiais pré-existentes que visam melhorar as aptidões do furo profissional das vítimas ou a prepararem o seu regresso ao país de origem.

No que concerne ao controlo e ao modo de processamento dos dados no crime em análise foi criado o Regime do Registo Único e Focal Point's, juntos dos Órgãos de Polícia Criminal.

---

<sup>57</sup> Esta tem o prazo de um ano e renova-se por igual período. Só é deferida após um determinado prazo denominado de “prazo de reflexão” (art. 111, nº 1, da Lei nº 23/2007, de 04/07) que é visto como o tempo necessário para que a vítima, por um lado, se desligue totalmente e procure recuperar da influência dos agentes do crime, e, por outro, se informe o suficiente e o necessário sobre quais as consequências da sua colaboração com as autoridades competentes. Segundo o nº 2 do artigo enunciado, este determina que “ O prazo de reflexão referido no número anterior tem uma duração mínima de 30 dias e máxima de 60 dias, contados a partir do momento em que as autoridades competentes solicitam a colaboração, do momento em que a pessoa interessada manifesta a sua vontade de colaborar com as autoridades encarregadas da investigação ou do momento em que a pessoa em causa é sinalizada como vítima de tráfico de pessoas nos termos da legislação especial aplicável”. No entanto, esta autorização pode ser cancelada caso a vítima reate ligações com o(s) agente(s) do crime, sem que para tal tenha sofrido qualquer meio de a forçasse a tal, ou seja, por sua vontade; as autoridades considerassem que a colaboração da vítima não era verdadeira ou a sua queixa fosse infundada; ou, no caso de a mesma deixar de cooperar.

### 3. Elementos e características do crime de tráfico de pessoas em sentido estrito

Iniciaremos este percurso pelo bem jurídico protegido pela incriminação do tráfico de pessoas. Este é, como se pode deduzir logicamente pela sua inserção no código, a liberdade pessoal mas agora não numa acepção sexual, mas sim, de acção e decisão. Por consequente, qualquer conduta criminosa que fira a liberdade de cada ser humano, viola também o bem jurídico dignidade da pessoa humana. O crime de tráfico de pessoas afecta o epicentro da dignidade da pessoa humana dado que o transporte da vítima é feito sobre um prisma de pessoa-objecto de exploração sexual ou laboral. “Podemos dizer que é uma “qualificada” violação dessa liberdade pessoal que está em causa. É “qualificada” porque afecta de modo particular a dignidade da pessoa humana, reduzida a *objecto* ou *instrumento* (*meio* e não *fim* em si mesmo, à luz da tão famosa visão Kantiana). O próprio conceito de “tráfico” de pessoas evoca este sentido de “mercantilização” dessas pessoas, reduzidas a objecto, quando lhes é inerente (também segundo a visão Kantiana) uma *dignidade*, e nunca, como em relação às coisas, um *preço*.”<sup>58</sup>. Este crime apresenta vários tipos ao longo do artigo 160º do CP. Nos seus números 1 e 2 encontra-se positivado o tráfico em sentido estrito, no número 4 o tráfico para a adopção, “a utilização dos serviços” ou órgãos da vítima (nº 5) e ainda a ocultação ou danificação dos documentos de identificação da vítima (nº 6). Apesar dos diferentes graus de gravidade relativamente a estes comportamentos, todos eles configuram uma prática colaborativa ou comparticipada no tráfico de pessoas e todos eles ferem os bens jurídicos em apreço.

O crime de tráfico de pessoas pode ser cometido por toda e qualquer indivíduo sendo, por isso, um crime comum. A sua conduta típica consubstancia-se ou numa acção (“oferecer, entregar, aliciar, aceitar, transportar, alojar ou acolher” pessoa para fim de exploração sexual) ou numa omissão (quando alguém tem sobre si o dever jurídico de garante (art. 10º/2) relativamente a sujeito objecto da oferta, entrega, aliciamento, aceitação, transporte, alojamento ou acolhimento. Nos casos em que terceiro, excluído de qualquer dever de garante, pudesse, sem que para isso pusesse em causa a sua vida ou integridade física de forma grave, impedir a consumação do crime, não responde pelo crime de tráfico de pessoas mas sim pelo crime de omissão de auxílio (art. 200º/1).

---

<sup>58</sup> PATTO, Vaz Pedro, “O crime de Tráfico de Pessoas no Código Penal Revisto”, *Rev. do CEJ*, 1º semestre/2008, págs. 182.

Relativamente ao crime de tráfico de menor de 18 anos, este é um crime de execução livre, dado que o nº do art. 160º usa a expressão “por qualquer meio” da qual devemos depreender que não é necessário o preenchimento de qualquer de um dos meios tipificados no número 1 relativamente ao tráfico de adultos, que faz deste, um tipo legal de crime de execução vinculada, pois todas as acções anteriormente descritas têm de surgir de um dos meios enunciados<sup>59</sup>.

No que diz respeito à alínea a) do art. 160º/1 do CP, esta menciona a violência, o rapto e a ameaça grave como meios utilizados para a concretização do crime de tráfico de maiores de idade. Assim, devemos entender por violência tanto a física como a psicológica (art.154º/1 CP), relativamente à noção de rapto, esta é nos dada pelo art. 161º do CP<sup>60</sup>. Por fim, no que toca à ameaça grave devemos ter como ponto de partida o art. 153º mas este meio não tem que coincidir necessariamente com a definição de ameaça que aí nos é fornecida, cingindo-se à “ameaça com mal importante” (art. 154º/1).

A alínea b) do art. 160º/1 do CP refere o ardil ou manobra fraudulenta como meios a serem considerados para o crime em questão, ou seja, o sujeito leva a pessoa a acreditar em algo que não corresponde à verdade, a vítima cai em erro relativamente ao fim e/ou resultados da acção de entrega, de transporte, de acolhimento, etc. Podemos deduzir assim, que não basta o engano ou a falta de cognição acerca das consequências da dita acção, salvo se sobre o sujeito incidir um dever jurídico de garante sobre a pessoa que está em erro ou desconhece as vicissitudes da acção pois é dever de tal sujeito elucidar a pessoa sobre a situação em causa, pois caso não o faça, o omissor incorre no crime de tráfico de pessoas (art. 10º/2 CP). Mais uma vez aqui vemos também a figura do terceiro conhecedor do erro e não esclarecedor do mesmo a ser punido mas desta vez pelo crime de omissão de auxílio (art. 200º/1 CP).

Relativamente, à alínea c) do artigo em análise, esta dispõe como meios o abuso de autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, económica, de trabalho

---

<sup>59</sup> “a) Por meio de violência, rapto ou ameaça grave;

b) Através de ardil ou manobra fraudulenta;

c) Com abuso de autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, económica, de trabalho ou familiar;

d) Aproveitando-se de incapacidade psíquica ou de situação de especial vulnerabilidade da vítima; ou

e) Mediante a obtenção do consentimento da pessoa que tem controlo sobre a vítima”.

<sup>60</sup> “quem, por meio de violência, ameaça ou astúcia, raptar uma pessoa com a intenção de:

a) submeter a vítima a extorsão;

b) cometer crime contra a liberdade e autodeterminação sexual da vítima;

c) obter resgate ou recompensa ou;

d) constranger a autoridade pública ou um terceiro a uma acção ou omissão, ou suportar uma actividade”.

ou familiar. Temos de ter em atenção que esta relação de dependência tem de ser acompanhada por um constrangimento ou coacção ao nível psicológico capaz ou passível de interpelar a vítima a subjugar-se ao arbítrio do agente, sem esquecer a análise necessária das características mentais e psíquicas dos sujeitos da relação ou o grau desta subordinação.

A vulnerabilidade aqui presente é relativa por se referir ao agente e aparecer nas diversas relações de dependência (este crime é um crime específico pois é cometido por um agente determinado no seio de uma relação de dependência determinada com uma vítima também ela determinada).

A alínea d) fala-nos do aproveitamento da “incapacidade psíquica ou de situação de especial vulnerabilidade da vítima”, ou seja, a vítima tem de sofrer de uma incapacidade ou de uma capacidade diminuída que não lhe permita discernir correctamente o valor da proposta que lhe é feita (incapacidade psíquica) que pode ser equiparada à inimputabilidade ou imputabilidade diminuída do art. 20º/1 e 2 do CP ou, por outro lado, encontrar-se numa situação de especial vulnerabilidade.

No que concerne à vulnerabilidade aqui presente, esta trata-se de uma vulnerabilidade absoluta pois resulta da situação em que a pessoa se encontra e, devido a essa situação, pode ser alvo do aproveitamento de outrem (o crime cometido por esta via é um crime comum).

A definição do conceito de “especial vulnerabilidade” é muito difícil de obter mas também é de uma enorme importância pois a barreira que separa o crime de tráfico de pessoas (art. 160º d) ) dos crimes de lenocínio qualificado (art. 169º n.º2 d) 2º parte e art.175º n.º2 ambos do CP) ou de auxílio à imigração é muito ténue. Para facilitar o trabalho de quem interpreta e de quem aplica a lei, o legislador poderia ter utilizado da técnica de enumeração exemplificativo ou dos exemplos-padrão. A verdade é que não o fez.

PEDRO VAZ PATTO relativamente ao conceito de situação de especial vulnerabilidade afirma que “a ideia evocada nos trabalhos preparatórios do Protocolo de Palermo e retomada na Decisão-Quadro do Conselho de 19 de Julho de 2002, que se verifica uma situação de vulnerabilidade quando à pessoa em questão não lhe resta uma

“alternativa real e aceitável” senão submeter-se ao que lhe é proposto.”<sup>61</sup>. Posto isto, avança uma série de motivos que na sua óptica podem levar a quem as pessoas consintam “alternativas que não são humanamente aceitáveis” como a expulsão do país, a pobreza extrema, a sobrevivência pessoal ou familiar.

O autor acrescenta ainda que “o critério das condições objectivas em que é exercida a prostituição ou actos análogos ou o trabalho” é extremamente relevante para a determinação da situação de especial vulnerabilidade.

O critério apresentado por PEDRO VAZ PATTO é de facto importante, no entanto, a sua utilidade esgota-se após a determinação da circunstância de “aproveitamento da especial vulnerabilidade”, dado que, para a consumação do crime de tráfico de pessoas basta a intenção de explorar outrem laboral ou sexualmente ou com o intuito de extracção de órgãos. Noutra linha doutrinal surge-nos PINTO DE ALBUQUERQUE.<sup>62</sup>

Por fim, na alínea e) temos a “obtenção do consentimento da pessoa que tem controlo sobre a vítima” que, à partida, poderá ser feita de qualquer maneira. Tal controlo tem de ser efectivo e derivar de um fundamento legal ou meramente fáctico.

Pela análise das alíneas, podemos concluir que são situações de pobreza, marginalização, exclusão social e económica, desigualdades sociais e de oportunidade, as

---

<sup>61</sup> Cfr. “O crime de Tráfico de Pessoas no Código Penal Revisto”, *Rev. do CEJ*, 1º semestre/2008, págs. 183-199.

<sup>62</sup> O autor defende que “A “especial vulnerabilidade da vítima” só inclui a vulnerabilidade em razão da idade, deficiência, doença ou gravidez, por identidade de razão com o artigo 155º, nº1, al. b), o artigo 158º, nº2, al. e), e até com o artigo 218º, nº2, al. c)” in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, 2ª Edição.

TAIPA DE CARVALHO está totalmente em desacordo com a lógica apresentada, na medida em que, não vislumbra qualquer “identidade de razão” entre a situação de especial vulnerabilidade prevista para os crimes de sequestro ou de coacção e a prevista para o crime de tráfico de seres humanos e apresenta as suas razões. “Desde logo, porque ao contrário dos crimes de coacção e de sequestro que pressupõem o não consentimento da vítima, o crime de tráfico de pessoas em que seja utilizado o aproveitamento da especial vulnerabilidade da vítima pressupões (ou no mínimo é compatível com) o consentimento da vítima (embora este seja irrelevante). Acresce que, no crime de tráfico de pessoas, a idade da vítima (ser menor de 18 anos) não pode considerar-se subjacente, ou seja, não pode considerar-se como uma concretização de especial vulnerabilidade, pois que a idade (isto é, menor de 18 anos) é considerada *per se* como elemento do tipo de crime de tráfico de menores (nº 2), crime este que, diferentemente do tráfico de adultos (nº 1), é de execução livre. Observe-se que, quando o nº 3, que se refere ao tráfico de menores, diz que, se o agente utilizar algum dos meios previstos no nº 1, a pena será agravada, não está obviamente, e a pensar no facto de a vítima ser menor (pois os números 2 e 3 referem-se exclusivamente a menores), embora possa referir-se à circunstância de o menor (para além de menor) se encontrar numa situação de especial vulnerabilidade.

(...)

Pode haver circunstâncias que nada têm a ver com a deficiência (física), a doença e a gravidez, mas que configuram situações de especial vulnerabilidade; do mesmo modo que a verificação dessas circunstâncias não significa *per se* uma situação de “especial vulnerabilidade”, para efeitos do crime de tráfico de pessoas (ou mesmo do crime de lenocínio qualificado – art. 169º-2 d)).”

assimetrias entre países e regiões, bem como, crises políticas e humanitárias, algumas das causas apontadas para este flagelo.

No que diz respeito ainda ao tipo objectivo do ilícito, o consentimento<sup>63</sup> da vítima de tráfico de pessoas é completamente irrelevante, mesmo quando o objecto do tráfico é um adulto, desde que se verifiquem as circunstâncias do art. 160º n.º 1 do CP, tal como dispõe o art. 1º n.º 2 da Decisão-Quadro da UE e o art 4º al. b) da Convenção de Varsóvia do Conselho da Europa.

O tipo legal em consideração, exige o elemento subjectivo “fins de exploração” quer seja sexual, laboral ou extracção de órgãos, ou seja, é necessário que o autor do crime ofereça, entregue, alicie, aceite, transporte, aloje ou acolha determinada pessoa com o fim de esta vir a ser (ou tendo o conhecimento de) explorada por uma daquelas vias. Assim, não basta o dolo eventual mas sim o dolo directo ou o dolo necessário, na medida em que, exige-se que o agente aja com objectivo de exploração da vítima ou que pelo menos tenha o conhecimento que o seu destino será esse. Relativamente a este ponto, algumas considerações doutrinárias<sup>64</sup>.

No que concerne aos “fins de exploração” apenas nos iremos debruçar sobre o conceito de “exploração sexual” dado que o meu estudo é focalizado no crime de tráfico de pessoas para fins de exploração sexual.

As condições da exploração sexual têm de se concretizar numa coisificação da pessoa objecto do tráfico, esta é subjugada ao explorador.

---

<sup>63</sup> Mesmo nos casos em que existe um “aproveitamento de situação de especial vulnerabilidade” (sob a interpretação de que a pessoa objecto de tráfico não vislumbre “outra alternativa real e aceitável” senão integrar uma rede de tráfico - como podemos entender através da análise dos trabalhos preparatórios do Protocolo de Palermo e na Decisão-Quadro) o consentimento da vítima é irrelevante pois mesmo que esta consinta no tráfico e no fim para o qual se destina (ou desconhecendo este último) ou no país de destino ser privada de procurar trabalho, comunicar com amigos e/ou familiares, serem lhes retirados os documentos (violação da liberdade de decisão e de acção da vítima) é aquela “situação de especial vulnerabilidade” que leva a vítima, de forma coagida, a aceitar ser deslocada.

Assim, uma interpretação não restrita deste elemento leva a um alargamento da incriminação.

<sup>64</sup> PINTO DE ALBUQUERQUE (posição não partilhada por TAIPA DE CARVALHO) num primeiro momento faz referência à existência de cinco tipos legais distintos no artigo em análise, no entanto, quando aborda a temática do dolo, acaba por tratar todos de igual modo. “O tipo subjectivo admite qualquer forma de dolo, salvo no tocante à conduta ardilosa ou fraudulenta, que é incompatível com o dolo eventual.”. Os argumentos apresentados pelo autor são de todo descabidos pois afirma que o pessoa que retira os documentos da vítima “deve ter conhecimento de que eles são documentos de identificação ou viagem e de que a pessoa é vítima de tráfico”, e que “para ser punido pelo artigo ao usar os serviços de uma prostituta o cliente tem de conhecer que ela é vítima de tráfico de pessoas”.

Também PEDRO VAZ PATTO, não acolhendo aprovação por parte de TAIPA DE CARVALHO, defende que no tipo legal disposto no nº 5 do art. 160º do CP basta o dolo eventual e, por maioria de razão, bastará também relativamente aos outros tipos legais presentes no artigo.

Podemos fazer uma distinção de situações de exploração sexual, por um lado, aquelas situações comparáveis a “trabalho forçado” onde há o recurso aos meios elencados no n° 1 do art. 160° (ameaça, violência, abuso da sua dependência económica ou aproveitamento da sua incapacidade psíquica ou diminuição da capacidade psíquica). Por outro lado, temos aquelas situações em que embora não se verifiquem qualquer um dos meios, devido à situação de especial vulnerabilidade em que a vítima se encontra, esta fica submetida a condições manifestamente indignas para o ser humano através da prática da prostituição.

O crime de tráfico de pessoas é um crime de intenção na forma de crime de resultado. Não encontramos qualquer homogeneidade entre o tipo subjectivo e o tipo objectivo do crime de tráfico de pessoas pois o primeiro basta-se com a intenção porém o segundo apenas se concretiza numa acção posterior do agente do crime. Ou seja, o resultado pretendido pelo tipo subjectivo não integra o objectivo.

Assim, o tipo legal em apreço considera-se consumado quando à conduta típica e aos meios coactivos é aditada a intenção.

Pela leitura do tipo legal, depreendemos que a tentativa também ela é punível pois a moldura penal é de três a dez anos de prisão e, segundo o art. 23°, n° 1 do CP, “salvo disposição em contrário, a tentativa só é punível se ao crime consumado respectivo corresponder pena superior a 3 anos de prisão.”

Relativamente à comparticipação, normalmente, o crime de tráfico de seres humanos é praticado no seio de uma organização criminosa, no entanto, pode ser praticado por um conjunto de pessoas, entre quais é inexistente uma relação duradoura e ajustada. Quando não existe qualquer tipo de associação, pode verificar-se uma situação de comparticipação, sendo aplicados aos agentes os arts. 26° e 27° do CP (autoria e cumplicidade).

A moldura penal do crime de tráfico de pessoas (adultos e menores) tem como limite mínimo 3 anos e limite máximo 10 anos de prisão. O art. 11° n.º2 al. b) prevê a responsabilização de pessoas colectivos ou equiparadas pelo crime de tráfico de menores.

Relativamente ao concurso, este corresponde a duas condutas que o agente do tráfico pode ter, daí o crime de tráfico de pessoas pode ter como designação “crime de dupla acção”. Assim, por um lado, temos a acção típica que corresponde à oferta, à entrega, ao aliciamento, ao transporte, ao alojamento ou ao acolhimento com o intuito de a

pessoa objecto do tráfico vir a ser sujeita à exploração sexual, laboral ou à extracção de órgãos e, por outro, temos a acção extra-típica que consiste numa efectiva sujeição da vítima de tráfico à exploração sexual, laboral, etc.

Posto isto importa distinguir duas situações que levantam certas questões no que diz respeito ao concurso. Por um lado, temos os casos em que para além de o agente traficar a vítima pretende também explorá-la sexualmente. E, por outro lado, temos aquelas situações em que o agente do tráfico sabe que numa fase posterior a pessoa objecto do tráfico será explorada sexualmente por terceiro mas acaba por ser ele próprio a adoptar tal conduta. Na segunda hipótese existe de facto um concurso efectivo em que o autor responde pelos crimes de tráfico de pessoas, crime de lenocínio qualificado (pois não existe uma dupla valoração da mesma circunstância), crime de ofensas à integridade física grave, ou, eventualmente, de escravidão.

Em relação à primeira situação exposta as controvérsias apresentam-se acrescidas. Uma parte da doutrina defende que o crime de tráfico de pessoas é um “crime-meio”, ou seja, é um crime instrumental relativamente ao “crime-fim”. Por isso, defendem que o agente responder apenas pelo “crime-fim” que será o crime de lenocínio qualificado, de ofensas à integridade física grave ou até mesmo de escravidão.

Para este sector doutrinal tal situação não se verificaria se o “crime-meio” tivesse uma moldura penal mais severa e, a ser assim, seria dentro desse moldura que o juiz iria determinar a pena pois caso contrário constituiria um “absurdo político-criminal – eis a chamada consunção impura<sup>65</sup>” (“TAIPA DE CARVALHO, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, TOMO I, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, 2ª Edição, pág. 688). No seio deste pensamento afirmam existir um concurso aparente pois o agente responde por um único crime.

No entanto, outras vozes na doutrina defendem que estamos perante um concurso efectivo, em que o autor responde tanto pelo crime de tráfico de pessoas como pelo crime de lenocínio ou de ofensas à integridade física<sup>66</sup>.

---

<sup>65</sup> A consunção impura leva a que o agente seja punido pelo “crime-meio” quando a moldura penal deste é mais elevada do que o “crime-fim” não é político-criminalmente satisfatória. TAIPA DE CARVALHO sugere uma agravação para o crime de tráfico de pessoal (crime intencional) quando existe uma efectiva consumação do mesmo.

<sup>66</sup> Melhor abordagem a cerca deste assunto no ponto 2. da Parte IV da presente dissertação.

TAIPA DE CARVALHO é apologista deste segundo entendimento, dado que, no que concerne ao crime de rapto em que a vítima é também violada, o agente responde pelos dois crimes. Logo, por analogia devemos aplicar o mesmo raciocínio.

## PARTE IV – CRIME DE TRÁFICO DE PESSOAS PARA FINS DE EXPLORAÇÃO SEXUAL, O CRIME DE LENOCÍNIO E A PROSTITUIÇÃO: ARTICULAÇÃO DE PROBLEMÁTICAS

### 1. O crime de tráfico de pessoas e a prostituição voluntária, a prostituição voluntária mas em condições análogas à da exploração sexual e a prostituição forçada

*O tráfico de pessoas envolve uma verdadeira forma de escravidão contemporânea, que está muito além do mero comércio de seres humanos ou do tráfico de pessoas para ingresso ilegal em outro país, porquanto o abuso e a degradação da dignidade humana que envolve implica em converter o ser humano em verdadeira mercadoria de troca, coisificando as pessoas e, principalmente, as mulheres e as crianças, maiores vítimas do tráfico, que perdem a autonomia característica dos seres humanos para definir os seus próprios caminhos e meios de vida, ficando reduzidas à condição de escravas.*<sup>67</sup>

O tráfico de pessoas pode se manifestar de variadas formas, entre elas, a exploração sexual.

A pessoa objecto do tráfico para fins de exploração sexual, especialmente, para prostituição forçada pode apresentar semelhanças em termos de vulnerabilidade social relativamente à pessoa que opta por se prostituir livremente, quando desenvolve essa actividade no seio de condições desumanas e indignas.

Esta distinção é de extrema importância pois revela tanto a necessidade de regulamentação da prostituição como a descriminalização do lenocínio simples, para evitar fenómenos deste tipo.

Posto isto, iremos discorrer sobre os vários fenómenos, ou seja, a prostituição voluntária mas em condições análogas à da exploração sexual, a prostituição forçada (e a prostituição voluntária)<sup>68</sup> socorrendo-nos dos casos reais apresentados na *Revista Brasileira De Ciências Criminais* “O Problema do Consentimento no Tráfico Internacional de Pessoas para Fins de Exploração Sexual”, Ano 24, Vol. 119, Março-Abril / 2016.

---

<sup>67</sup> BORGES, Paulo César Corrêa, *Tráfico de Pessoas para Exploração Sexual: Prostituição e Trabalho Sexual Escravo*, in <http://docplayer.com.br/15651645-Trafico-de-pessoas-para-exploracao-sexual-prostituicao-e-trabalho-sexual-escravo.html>, págs. 17-18

<sup>68</sup> A descrição de tal situação não se integra nos fenómenos que poderiam ser evitados com a sua regulamentação, por não apresentar traços que o justifiquem, mas porque nos parece coerente e propositado tal explicação.

Posto isto, passarei a transcrever as passagens que considero pertinente das entrevistas realizadas às mulheres, protagonistas de cada caso.

O primeiro caso apresentado espelha uma situação de prostituição voluntária e denomina-se por “Caso S”. O país de origem do tráfico é o Brasil, estudante, 34 anos, “garota de programa” e stripper.

*Já fiz de tudo um pouco.*

(...)

*Na prostituição, até hoje, eu somo 10 anos. Porém, desses 10 anos, eu só trabalhei 3 anos e meio. Eu paro, volto, paro, volto... (...) Eu quero me aposentar antes dos 60. Gosto de me vestir bem, de comer bem, mas procuro economizar o máximo possível!*

(...)

*Por meio de “colegas da noite”, ficou sabendo da possibilidade de trabalhar como prostituta no exterior. De forma livre e consciente, procurou saber o que precisava para inserir-se no esquema, pois queria ganhar dinheiro e conhecer outros países. Viajou com um contrato previamente assinado para “trabalhar” por três meses e ganhar US\$ 18.000,00. Deste total, cerca de três a quatro mil dólares seriam descontados para cobrir gastos com a passagem, alimentação e estadia.*

(...)

*É justo porque, para assinar o contracto, tem que estar com a passagem na mão, para poder marcar a data. E para você pagar do seu bolso, você tem?*

(...)

*Eu sabia exactamente o que estava indo fazer... prostituição, que eu também faço aqui. (...)*

*Não relata qualquer tipo de regime análogo à escravidão, alegando que era livre para sair, passear, desde que, no horário acertado, estivesse de volta...*

(...)

*O nosso trabalho é de 22h às 4h. É tipo um horário padrão!*

(...)

*Demonstra autodeterminação e participação ativa no processo migratório: “Já rodei muito, já viajei muito, conheço esse Brasil quase todo! Depois saí. Fui para fora trabalhando com prostituição. Eu já fui ao Japão, em Tóquio especificamente; na Espanha, em Madrid; em Milão, na Itália (...)*

(...)

*Considera normal a condição de trabalho no exterior, não se sentindo explorada, tampouco enganada (...) Tem um contrato... Se você não cumpre a sua parte, não pode exigir que a outra cumpra a dela. Apartamento à disposição (...) ou você fica no local ou você aluga por conta própria (...).*

Relativamente à prostituição voluntária mas em condições análogas às da exploração sexual temos o “Caso R.O” em que a protagonista é de origem brasileira, com três filhos, baixa escolaridade, companheiro preso e “vivia em um bairro modesto”.

*Foi convidada por uma amiga para trabalhar como prostituta na Argentina. A amiga tinha contato com aliciador, o qual providenciou o transporte de R. O. (...) e esta foi recebida por uma mulher de alcunha “Turca”, responsável pela casa noturna Wiskeria Serena.*

*(...) À noite, trabalhava na casa noturna, enquanto houvesse clientes, qualquer que fosse a hora. Durante o dia, ela e outras nove meninas que viviam na casa, tinham que cuidar de toda a limpeza e manutenção, fazendo serviços pesados, como tirar água do poço e cortar lenha, além de fazer a comida. A alimentação, remédios e outros “gêneros de primeira necessidade” eram descontados da metade do pagamento devido às prostitutas.*

*As dez meninas dormiam em apenas dois dormitórios, sendo o local sujo e distante do comércio local. Não podiam ir além do quintal da casa. Quando as normas da “casa” eram infringidas, as mulheres apanhavam do dono do local.*

Por fim, temos o “Caso Maria Bonita” relativo à prostituição forçada, o país de destino escolhido foi Espanha e a vítima é oriundo do Brasil, tem 23 anos, não completou o ensino médio, tem três filhos e é solteira.

*Foi convidada pela prima Janaína, que era casada com um espanhol e vivia na Espanha, para trabalhar como atendente numa boate naquele país. A prima lhe auxiliou a tirar o passaporte, dando-lhe dinheiro para arrumar o cabelo, comprar roupa e mala, a ser descontado posteriormente do seu salário pelo dono da boate.*

(...)

*após ter seu passaporte retirado pela gerente da boate, descobriu que estava presa numa casa de prostituição, sem documento, sem opção. Caso não trabalhasse para pagar*

a dívida da passagem e os gastos do clube, seus filhos no Brasil arcaíam com as consequências.

*Diante da situação de constrangimento, intimidação e ameaça, Maria Bonita passou a fazer uso de comprimidos para relaxar durante o trabalho e acabou se viciando naquelas “bolinhas”, até chegar a um ponto em que não se sentia mais uma mulher, mas um objecto que dava prazer para os clientes que consumiam. Seu universo restringia-se ao espaço da boate e aos quartos onde atendia os clientes.*

(...)

*A polícia espanhola realizou uma redada (batida) no clube e flagrou um tipo de exploração de mulheres. Maria Bonita e outras estrangeiras em situação irregular foram levadas para a delegacia de polícia, onde, em vez de serem tratadas como vítimas em situação de vulnerabilidade, receberam o tratamento de imigrantes em situação irregular e foram deportadas do país.*

Após a exposição dos casos pretendidos e na linha da Revista Brasileira já mencionada irei fazer uma reflexão acerca dos mesmos. Sem esquecer que tais fenómenos acontecem também em território português.<sup>69</sup>

As situações descritas são geradoras de conflitos a nível internacional. O entendimento tradicional baseava-se na ideia de que uma mulher não poderia livremente decidir prostitui-se pois haveria sempre algo exterior a constranger essa decisão<sup>70</sup>.

No entanto, é num contexto europeu, na segunda metade do século XX, que se iniciou a defesa do trabalho sexual, quer numa visão de sustento, quer numa óptica de muito dinheiro em pouco tempo, que as mulheres têm como opção de vida<sup>71</sup>.

O entendimento internacional deve ser no sentido de que não é a prática da prostituição em si que revela qualquer tipo de exploração sexual mas sim as condições em que a mesma é concretizada<sup>72</sup>.

---

<sup>69</sup> Neste sentido conferir os documentários “Chegamos por semana aos 1500 euros” da TVI in <http://www.tvi24.iol.pt/sociedade/ultimas-noticias/chegamos-por-semana-aos-1500-euros-Reportagem-da-TVI-24> e “Bar de alterne “A Casa da mãe kikas” da SIC in <https://www.youtube.com/watch?v=7py7ZAb6McM>

<sup>70</sup> Ideas abolicionistas - Coalitions Against the Trafficking in Women (CATW)

<sup>71</sup> “perspectiva transnacional, de direitos humanos ou justiça social, defendida, entre outros, pela *Global Alliance Against trafficking in Women (GAATW)*.” GEBRIM, Luciana Maibashi / ZACKSESKI, Cristina, “O Problema do Consentimento no Tráfico Internacional de Pessoas para Fins de Exploração Sexual”, *Rev. Brasileira De Ciências Criminais*, Ano 24, Vol. 119, Março-Abril / 2016, pág. 64.

<sup>72</sup> No mesmo sentido temos o entendimento consagrado pelas Nações Unidas que passou a conceber o tráfico “não como escravização de mulheres, mas como comércio e exploração do trabalho em

PEDRO VAZ PATTO elenca uma série de exemplos de situações de exploração, nomeadamente “obrigação da aceitação de todo o tipo de práticas sexuais; a imposição da aceitação de qualquer cliente ou de relações sexuais não protegidas, a obrigação da prática de um número mínimo de relações sexuais, independentemente do estado de saúde.”<sup>73</sup>

Podemos encontrar alguns destes exemplos no caso R.O., pois apesar de esta já se dedicar à prostituição no Brasil e ser da sua cognição a semelhança dos serviços na Argentina, R. O. deparou-se com condições degradantes (como é relatado relativamente aos dormitórios), a sua liberdade de deslocação era de todo diminuída, a sua autonomia era violada quer nos horários, quer na quantidade de clientes por noite, a acrescentar, o pagamento de uma dívida irrisória e as ofensas à integridade física.

Tanto no caso de R.O. como no caso de S., ambas consentiram que a sua saída do país fosse facilitada ou favorecida por um terceiro. No entanto, ao olharmos para R.O. e para a sua vida até em tão, conseguimos facilmente perceber que foi a sua “situação de especial vulnerabilidade” que a levou a aceitar a proposta da amiga. Ou seja, apesar do seu consentimento este é irrelevante pois ela consentiu na deslocação e na prática da prostituição mas em condições dignas de um ser humano. Como tal, reconhecemos que tanto no caso de prostituição forçada como no caso de prostituição voluntária mas em condições análogas à de exploração, estamos perante os crimes de tráfico de pessoas para fins de exploração sexual e de lenocínio qualificado (art. 169.º n.º 2 do CP). Esta observação é importante na medida em que pode, por parte das entidades competentes, haver uma melhor resposta para os casos de tráfico de seres humanos, na medida em que, tais pessoas devem ser tratadas como vítimas de tráfico de pessoas e não como imigrantes ilegais que acarreta consigo uma incriminação, represálias e conseqüente deportação.

“Assim, poder-se-á alcançar não só uma investigação criminal mais efectiva, como também mais humana e restauradora, harmonizando a atuação dos órgãos policiais com o sistema internacional de protecção de direitos humanos.”<sup>74</sup>

---

condições de coação e força”. GEBRIM, Luciana Maibashi / ZACKSESKI, Cristina, *Rev. Brasileira De Ciências Criminais* “O Problema do Consentimento no Tráfico Internacional de Pessoas para Fins de Exploração Sexual”, Ano 24, Vol. 119, Março-Abril / 2016, pág. 65.

<sup>73</sup> “O crime de Tráfico de Pessoas no Código Penal Revisto”, *Rev. do CEJ*, 1º semestre/2008, pág. 184 ss.

<sup>74</sup> GEBRIM, Luciana Maibashi / ZACKSESKI, Cristina, *Rev. Brasileira De Ciências Criminais* “O Problema do Consentimento no Tráfico Internacional de Pessoas para Fins de Exploração Sexual”, Ano 24, Vol. 119, Março-Abril / 2016, pág. 72.

## 2. Concurso de crimes: lenocínio qualificado e tráfico de pessoas para fins de exploração sexual

Por tudo o que já foi dito a cerca do crime de tráfico de pessoas para fins sexuais e o crime de lenocínio qualificado e recordando os casos *Maria Bonita e R.O.*, depreendemos que por vezes estamos perante situações que configuram os dois crimes.

O importante agora é perceber se estamos perante um concurso efectivo<sup>75</sup> (art. 77.º n.º 1, 1ª parte do Código Penal) ou aparente<sup>76</sup>.

Na mesma linha de ANABELA RODRIGUES estamos aptos a concordar com a tese de concurso efectivo, na medida em que, apesar de em ambos os crimes o bem jurídico tutelado ser a liberdade pessoal, esta assume significados díspares. No que concerne ao crime de tráfico de pessoas, a dimensão da liberdade pessoal tutelada é a liberdade de decisão e de acção e, no que diz respeito, ao crime de lenocínio qualificado, o bem jurídico merecedor de tutela é a liberdade (autodeterminação) sexual.

Por outro lado, “a conduta do agente (um mesmo agente!) é plurímo: a deslocação, sob coacção (típica) dessa pessoa e o favorecimento da prostituição sob coacção (típica) dessa pessoa”<sup>77</sup>.

Assim, após a análise dos factos na sua globalidade e da personalidade do agente, o juiz chega a uma pena única conjunta (art. 77º do CP), sem olvidar “que este critério “especial” de medida da pena introduza a necessária adequação da pena ao caso concreto.”<sup>78</sup>

Podemos concluir que, ao contrário do que é defendido pela jurisprudência (Ac. Tribunal da Relação do Porto nº 1480/07.9PCSNT.G1.P1, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)), o

---

<sup>75</sup> De acordo com MARIA JOÃO ANTUNES “exige-se por um lado que o agente tenha cometido efectivamente mais do que um tipo de crime ou que com a sua conduta tenha preenchido mais do que uma vez o mesmo tipo de crime (art. 30º do CP), e por outro lado que a prática dos crimes tenha tido lugar antes do trânsito em julgado da condenação por qualquer deles”. Cfr. ANTUNES, Maria João, *Consequências Jurídicas do Crime*, 1ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pág. 55.

<sup>76</sup> “No concurso aparente há um freixe de normas legais em convergência, em concordância, de tal modo que em consequência de uma conexão entre elas, a aplicação de uma norma importa a exclusão de aplicação de outra, na observância das regras da especialidade, da consumpção, da subsidiariedade, do facto ulterior não punível, pois os diversos crimes podem mostrar-se conexos por essas diversificadas relações entre si. Cfr. Ac. STJ 22-9-2004, disponível em [www.pgdlisboa.pt](http://www.pgdlisboa.pt)

<sup>77</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda, “A incriminação do tráfico de pessoas no contexto da política criminal”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Volume III, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pág. 584.

<sup>78</sup> *Idem*, pág. 584.

“grau de instrumentalização da vítima” não pode ser usado como critério diferenciador dos crimes de lenocínio qualificado e tráfico de pessoas para fins de exploração sexual. “A coação que representa a situação de vulnerabilidade em que a vítima se encontra terá de existir sempre, em qualquer dos casos, podendo ser maior ou menor, mas tal não interessando ao tipo de crime cometido.”<sup>79</sup>

O que revela aqui para que possamos distinguir os dois crimes é perceber qual a faceta do bem jurídico liberdade pessoal é lesada com a conduta criminosa.

---

<sup>79</sup> *Idem*, pág. 584.

### **3. A descriminalização do lenocínio simples e a regulamentação da prostituição em Portugal**

A prostituição consiste, em termos muito básicos, na troca de favores sexuais por uma retribuição monetária livre de vícios e consciente.

Em Portugal, até fins dos anos 20, a prostituição era permitida, existiam bordéis legais e era imposta à prostituta a obrigação de se apresentar semanalmente ao médico da esquadra de polícia mais próxima para realizar exames médicos. A prostituta tinha um “boletim de sanidade”. No entanto, Salazar tornou ilegais os bordéis e a actividade de prostituta.

Actualmente, a actividade de quem se prostitui não consiste numa ilegalidade mas também não é legal, sendo crime quem facilita, fomenta ou favorece outrem à prática da prostituição, profissionalmente ou com intenção de retirar benefícios.

A prostituição é algo que existe desde os primórdios e continuará a existir porque continua a existir a procura de tais serviços ou porque existirão sempre pessoas que, por gosto ou necessidade, se dedicam a tal actividade. Como tal não devemos ignorar o elefante no meio da sala.

Contemporaneamente existem juventudes partidárias associadas a partidos<sup>80</sup> que têm desenvolvido propostas em relação à regulamentação da prostituição. Assim, “a JS tem defendido que a regulamentação da prostituição trará esta actividade, desde logo, para dentro do quadro da legalidade e da economia formal, de forma que “as condições de segurança e salubridade e os direitos sociais a quem, no exercício da sua liberdade sexual, pratica essa actividade. O modelo da regulamentação deve obedecer a parâmetros que garantam a liberdade e autodeterminação sexuais dos praticantes da actividade. Assim, deve continuar a ser garantida a ausência de exploração de quem se prostitui e deve continuar o combate ao tráfico de seres humanos.

(...)

Existem, no nosso entendimento, cinco grandes argumentos a favor da regulamentação da prostituição enquanto trabalho sexual. Por um lado, trata-se de uma questão de liberdade individual dos trabalhadores do sexo, por outro, importa reconhecer que trabalho sexual é trabalho. A estas duas dimensões acresce que, com a regulamentação, são introduzidos mecanismos de prevenção da criminalidade associada e protecção social

---

<sup>80</sup> Neste sentido temos Juventude Socialista e a Juventude Social Democrática.

dos trabalhadores do sexo. Finalmente, a estas quatro linhas argumentativas junta-se uma outra, que traduz uma preocupação com a saúde pública.”<sup>81</sup>

Assim, não conseguimos entender que tendo o legislador descriminalizado a prostituição e não tenha previsto, ou permitido, a existência das chamadas “casas de alterne” ou bordéis e assim descriminalizado o lenocínio do art. 169.º n.º 1 do CP.

Nas palavras do ANTÓNIO MANUEL ARNAUT “Não pretendemos pensar que o legislador quisesse criar a figura da prostituta-empresária em nome individual com estabelecimento numa qualquer borda da estrada e o técnico de contas (vulgo chulo) a fiscalizar a sua actividade escondido por detrás de uma qualquer árvore. A salubridade e higiene seriam, então, asseguradas por uma garrafa de água e um lenço de papel...”<sup>82</sup>

Posto isto, a nível nacional, tanto regulamentação da prostituição como a descriminalização do lenocínio simples traria vantagens para quem decide livre e conscientemente se dedicar a tal prática, desde já porque, num contexto de casa de alterne poderiam estar sob a protecção de terceiros, nomeadamente, os seguranças que poderiam intervir quando algum cliente tivesse algum tipo de comportamento agressivo para com a/o prostituta/o. Entre estes profissionais do sexo e esse terceiro poderia existir uma relação laboral que se concretizasse num contracto de trabalho ou algo semelhante, no qual estariam estipulados tanto o horário, como o salário que, por sua vez, lhes permitiria arrendar uma casa ou um quarto no estabelecimento em causa. A marginalidade para que são remetidas também teria fim pois muitas vezes é necessário mudar a lei para que as mentalidades mudem e se desprendam de sentimentos de falso pudor e plástica moral. Já o terceiro veria a sua situação descriminalizada, podendo de modo legítimo oferecer os serviços que até então são prestados na clandestinidade, sem qualquer tipo de controlo, valendo o livre arbítrio do mesmo. Para a sociedade, a questão mais iminente é a da saúde pública pois o não controlo de quem se dedica à prostituição pode despoletar uma epidemia regional. Assim, mediante um acompanhamento médico e a realização de exames este factor poderia ser controlado. No que concerne à parte financeira, a/o prostituto seria parte activa no sistema de finanças português através dos descontos, podendo contribuir para o enriquecimento nacional.

---

<sup>81</sup> In <http://juventudesocialista.pt/juventudesocialista/wp-content/uploads/2016/05/Mo%C3%A7%C3%A3o-Sectorial-Regulamentar-a-prostitui%C3%A7%C3%A3o-Uma-quest%C3%A3o-de-dignidade-1.pdf>

<sup>82</sup> Processo n.º 215/01.4TACRB cedido para consulta pelo Doutor ANTÓNIO MANUEL ARNAUT.

A jurisprudência portuguesa, como outrora foi demonstrado, afirma que a presença desse terceiro, como configura o crime de lenocínio simples, retira a autonomia e liberdade da pessoa. No entanto, podemos e devemos questionar-nos se a tal aclamada autonomia que aos olhos do legislador se vê reprimida com a ingerência de um terceiro na realidade que confira a prostituição, não estará antes a ser subtraída pela incriminação. Vejamos. Se a pessoa mediante uma decisão livre e consciente decide que quer o auxílio de um terceiro no desenvolvimento da sua actividade de subsistência, que se baseia na troca de serviços sexuais mediante uma retribuição monetária, porque vem o direito penal limitar essa autonomia quando não é legítima a sua intervenção por se tratar de uma relação consentida entre adultos, em privado.

Muitas vezes, os apologistas da incriminação do lenocínio apelam ao factor felicidade, colocando a pergunta “Será que as/os prostitutas/os são felizes com a actividade que desenvolvem?”. Tal questão demonstra uma escassez extrema de argumentos, pois ninguém questiona todos os profissionais, dos mais variados ramos se são felizes com a profissão que têm ou se se sentem realizados pessoal e profissionalmente. Por maioria de razão porque devemos questionar-nos quando a actividade desenvolvida consubstancia-se na prostituição?

Com a exposição supra pretendemos que a compreensão adoptada seja, justamente, a de que pela falta de regulamentação da prostituição aliada ao facto de, o crime de lenocínio presente no art. 169º/1 do CP configurar uma incriminação, levarem a situações de exploração sexual, em que a dignidade da pessoa humana seja verdadeiramente afectada e não, como a jurisprudência portuguesa tenta fazer parecer, que é devido ao facto de um terceiro fomentar, facilitar ou favorecer, sem nunca intervir na criação da vontade (livre e consciente) de quem se prostitui, ao manobrar este conceito.

Posto isto, faremos algumas considerações sobre o princípio da dignidade da pessoa<sup>83 84</sup> humana constitucionalmente consagrado.

A dignidade humana é um dos pilares do nosso Estado de Direito Democrático, bem como, seu limite e fundamento, pelo que o Estado terá de “assentar em dois

---

<sup>83</sup> A Declaração Universal dos Direitos do Homem no seu preâmbulo determina que “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo;”.

<sup>84</sup> Para um estudo mais aprofundado sobre a história do conceito de dignidade da pessoa humana e por todas as fases que passou até o conhecermos hoje como princípio jurídico-constitucionalmente consagrado, consultar JORGE REIS NOVAIS in *A Dignidade da Pessoa Humana, Volume I Dignidade e Direitos Fundamentais*, Almedina, Coimbra, 2015.

pressupostos ou precondições: (1) primeiro está a pessoa humana e depois a organização política; (2) a pessoa é sujeito e não objecto, e fim e não meio de relações jurídico-sociais.”<sup>85</sup>

Mais do que um princípio jurídico-limitador, a dignidade humana é razão dos direitos fundamentais (como à liberdade que abarca consigo a liberdade sexual) e dá vida ao princípio da igualdade que coíbe qualquer tipo de distinção entre a dignidade de cada um, “os deficientes”, “os criminosos”, “os desviantes”, têm a mesma dignidade da chamada “pessoal normal”.<sup>86</sup> “Ideia de igual dignidade, de igualdade jurídica entre pessoas, de direitos fundamentais iguais para todos -, com a conseqüente erradicação dos privilégios, bem como da proibição de qualquer forma de estigmatização ou de discriminação da pessoa individualmente considerada, fosse a discriminação justificada nas características e atributos pessoas, fosse fundamentada na pertença a um grupo, a uma classe, a uma ideologia, a um sexo, a uma religião, a uma raça ou a uma étnia.”<sup>87</sup>

A dignidade deve então ser entendida como “dimensão intrínseca do ser humano, a dignidade como dimensão aberta carecedora de prestações, a dignidade como expressão do reconhecimento recíproco”<sup>88</sup>.

Nos trabalhos desenvolvidos por GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA<sup>89</sup> dispõe que o princípio da dignidade da pessoa humana “justifica a imposição de *deveres públicos e comunitários* (republicanos) de defesa da vida e integridade do ser humano contra práticas eugénicas de selecção de pessoas, transformação do corpo ou de partes do corpo em fonte de lucro...”.<sup>90</sup> Parece ser este o entendimento em que se sustenta a jurisprudência portuguesa ao entender que a prática do lenocínio configura uma violação à dignidade da pessoa humana. No entanto, *a dignidade da pessoa humana é culturalmente condicionada. Não deriva de uma lei natural ou de um direito natural, mas de sucessivas*

---

<sup>85</sup> GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, in *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, 4ª Edição Revista, pág. 198.

<sup>86</sup> *Idem* pág. 199

<sup>87</sup> REIS NOVAIS, JORGE in *A Dignidade da Pessoa Humana, Volume I Dignidade e Direitos Fundamentais*, Almedina, Coimbra, 2015, pág. 53. edição

<sup>88</sup> GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, in *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, 4ª Edição Revista, pág. 199.

<sup>89</sup> *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

<sup>90</sup> GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, in *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, 4ª Edição Revista, pág. 200.

*conquistas históricas que encontram raízes em vários momentos, tais como na doutrina cristã, no iluminismo, no kantismo e nas reações ao nazismo.*<sup>91</sup>

Neste sentido, o Direito é já sabido que é algo em constante modificação pois todos os dias na comunidade surgem novos problemas e compete ao Direito dar resposta dos mesmos, como tal, parece-nos que o sentido do conceito de dignidade da pessoa humana é mutante, ou seja, sofre alterações necessárias para responder a momentos de repressão e de totalitarismos. Como tal, não devemos ter este conceito como estante mas sim pronto a suprimir as necessidades hoje presentes.

Por outro lado, parece estranho este entendimento, visto que, a prostituição não é criminalizada e, em grosso modo, corresponde à “transformação do corpo ou de partes do corpo em fonte de lucro”.

Pelo que foi até agora exposto cremos que as pessoas que se pretende proteger com a incriminação do lenocínio são as mesmas que, por parte da lei, são colocadas no limiar da dignidade da pessoa humana, pois, sejamos realistas, a prostituição, em qualquer um dos seus “moldes” (seja por “conta própria” ou sob a alçada de terceiro”) vai sempre existir e com a regulamentação/descriminalização da mesma não haveria (agora sim) uma violação da dignidade da pessoa humana.

A ideia do ser humano como fim em si mesmo, expressa por KANT, não parece visível aquando presente no artigo 169.º/2, dado que, a dignidade da pessoa humana não pode ser ferida pelas escolhas pessoais, “íntimas, nucleares e constitucionalmente protegidas da pessoa como o (...) plano de vida que se escolhe.”<sup>92</sup> Assim, ocorre a violação da dignidade da pessoa e quando a pessoa, de forma livre, consentida e consciente, decide se prostituir através do auxílio de terceiro.<sup>93</sup>

Esta também não pode ser ofendida devido à pessoa “pertencer” a um grupo considerado “desviante” do padrão social. A questão é que com a censura o lenocínio simples estão a discriminar todo o sujeito que opta por tal conduta, remetendo-o para as condições (em que tais actos sexuais são praticados) degradantes e indignas de um ser humano, como já foi exposto supra nos casos R.O e S.

---

<sup>91</sup> VAZ E REIS, “Dignidade da pessoa humana”, *Revista Jurídica Cesumar*, v. 7, n. 1, jan./jun. 2007, págs. 182-183 in <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/522/380> . No mesmo sentido, JORGE REIS NOVAIS “A dignidade da pessoa humana” Volume I, Almedina, Coimbra, 2015.

<sup>92</sup> REIS NOVAIS, Jorge, *A Dignidade da Pessoa Humana, Volume II Dignidade e Inconstitucionalidade*, 2016, Almedina, Coimbra, pág. 135.

<sup>93</sup> Art. 1º

Por outro lado, a dignidade da pessoa humana é tida como fundamento de direitos fundamentais, na medida em que apenas a qualidade de se ser humano possibilita a regalia de ser detentor de direitos fundamentais. A liberdade é um dos direitos constitucionalmente consagrados e pode se dividir em vários tipos, entre eles a liberdade sexual (e a liberdade de consciência<sup>94</sup>).

"A liberdade sexual, entendida como aquela parte da liberdade referida ao exercício da própria sexualidade e, de certo modo, a disposição do próprio corpo, aparece como bem jurídico merecedor de uma proteção específica, não sendo suficiente para abranger toda sua dimensão a proteção genérica concedida à liberdade geral."<sup>95</sup>

Assim, como pode algo que nasceu da dignidade da pessoa humana, valor presente na Lei Fundamental, ser violado através do direito penal. "A sexualidade é um dos mais relevantes domínios da vida dos indivíduos e possibilita-lhes a realização plena como ser humano."<sup>96</sup>

Por muito difícil que seja para determinadas mentalidade equacionarem a possibilidade de uma pessoa, sem recurso a qualquer meio coactivo ou não se encontrando numa situação de especial vulnerabilidade, recorrer à prostituição como modo de vida, seja ou não sob a alçada de outrem, porque, como já foi exposto supra tem várias vantagens, justamente para a pessoa que se julga estar a proteger com a incriminação.

Podemos então concluir que, um dos argumentos lançados pela jurisprudência "dignidade da pessoa humana" por ter um lado tão absolutista na medida em que "arruma para canto" qualquer questão na qual exista a mínima dúvida de violação da mesma. A verdade é que como podemos concluir pelo pensamento exposto o legislador continua a violar o que pretende proteger.

---

<sup>94</sup> Neste sentido, relembrar as disposições já feitas acerca do artigo 41º da CRP.

<sup>95</sup> MUROZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho Penal parte especial*, 15. Ed., Valência, Editora tirant Lo Blanch, 2004, pág. 206 *apud* <http://shogumbr.jusbrasil.com.br/artigos/294098047/da-liberdade-sexual-e-dignidade-sexual>

<sup>96</sup> LÚCIA RAPOSO, VERA "Da moralidade à liberdade: o bem jurídico tutelado pela criminalidade sexual", *Separata de: Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, 2003, Coimbra Editora, pág. 933.

## CONCLUSÃO

Por tudo o que for exposto com a dissertação desenvolvida estamos aptos a responder às questões colocadas na introdução.

O crime consiste numa violação de um ou mais bens jurídico-penais e, como tal, é função do Direito Penal tutelar esses mesmos bens jurídicos, ou seja, dentro da panóplia de ilícitos existentes cumpre ao direito penal seleccionar, através de uma perspectiva teleológica-funcional e racional, aqueles que são dignos de uma resposta penal.

Tais bens jurídicos (individualizáveis) são tidos como elementos fundamentais e irrenunciáveis para que cada individuo inserido numa comunidade possa de forma plena desenvolver a sua personalidade (art. 26.º n.º 1 da CRP). Sendo o individuo, o ponto nuclear da questão, rapidamente percebemos que a função do Direito Penal em nada se compadece com a tutela de um qualquer tipo de moralidade ou pudor.

Assim, podemos concluir que tem de existir uma relação de reciprocidade entre o Direito Penal e a Lei Fundamental, na medida em que, determinado bem jurídico só é merecedor de protecção penal se estiver positivado na CRP, pois, apenas ela, no seu art. 18.º n.º 2 a par da existência de um bem jurídico digno de tutela penal legítima a restrição de Direitos Liberdades e Garantias dos cidadãos.

No que concerne em particular aos crimes sexuais, o direito penal não tem qualquer tipo de legitimidade na sua intervenção quando se trata de um comportamento desempenhado por maiores de idade, em que o seu consentimento em nada é corrompido e desde que o realizem em particular.

Assim, o crime de lenocínio simples é um crime sem bem jurídico, na medida em que a prática subjacente ao crime de lenocínio não carece de tutela penal, dado que é algo que é realizado entre adultos, em privado e com o consentimento obtido de forma consciente e livre dos intervenientes. Como tal, conseguimos depreender que tal incriminação viola o disposto no art. 18.º n.º 2 da CRP e o art. 40.º n.º 1 do CP.

Não existindo um bem jurídico, podemos perceber que o crime de lenocínio previsto no art. 169.º n.º 1 do CP é inconstitucional, pois para além de violar o art. 18.º n.º 2 da CRP, viola também o art. 41º do mesmo diploma, relativo á liberdade de consciência”. Esta consiste na liberdade de opção, de convicções e de valores, ou seja, a faculdade de escolher os próprios padrões de valoração ética ou moral da conduta própria ou alheia e o legislador ao proceder a tal incriminação está a limitar um direito consagrado

constitucionalmente em prol do vazio. A liberdade de agir inerente a este direito é completamente aniquilada com a opção do legislador, pois, consoante os padrões pessoais de ética e moral da pessoa que se prostitui sob a alçada de terceiro, tal conduta pode não representar qualquer tipo de ofensa e, de facto, não constitui, pelo menos, no plano do direito penal.

A par deste dois preceitos encontramos o art. 26º da CRP, também este é ferido pela existência do crime de lenocínio, dado que, a sexualidade é algo intrínseco ao ser humano e uma não-livre disposição da sua liberdade sexual leva a que o livre desenvolvimento da personalidade de cada um seja também ele corrompido.

Em última análise, podemos entender que o princípio da dignidade da pessoa humana, presente no art. 1.º da Lei Fundamental é também ele lesado pelo art. 169.º n.º1 na medida em que, cada ser humano é fim em si mesmo e todos são beneficiados de uma igual dignidade, como dispõe o art. 13.º n.ºs 1 e 2 da CRP, tal artigo discrimina quem opta por aquele determinado estilo de vida. Por outro lado devido à existência do tipo legal em apreço, a realidade que é a prostituição acaba por ser praticada em condições ofensivas dessa dignidade, apesar das vantagens evidentes que a descriminalização do lenocínio e a regulamentação da prostituição voluntária poderiam trazer consigo.

Relativamente ao crime de lenocínio qualificado, este é igual em termos de conduta típica ao lenocínio simples, com a ressalva de que, aqui temos a presença de meios coactivos típicos. Aqui percebemos que há efectivamente a lesão de um bem jurídico “liberdade de autodeterminação sexual da pessoa”, pois, apesar de não serem práticas que ponham em causa o desenvolvimento sexual de menores e não serem efectuadas em público, a formação da vontade é em tudo manipulada devido à intervenção do terceiro ou devido à situação de vulnerabilidade com que a vítima se depara.

Ao compararmos este tipo legal com o crime de tráfico de pessoas para fins de exploração sexuais percebemos que os meios coactivos dos artigos são os mesmos, o que leva a que determinadas situações, como a prostituição forçada ou a prostituição voluntária mas praticada em condições degradantes para qualquer ser humano, caibam nos âmbitos de ambos os crimes. Por isso, podemos defender a existência de um concurso efectivo relativamente a ambos os crimes. Tais situações enunciadas configuram uma afronta à dignidade da pessoa humana e não a prática exposta no crime de lenocínio, como a jurisprudência defende.

Para além do legislador ignorar o elefante, aprisionou-o numa jaula e deitou a chave  
fora.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

(n.d.). Retrieved 2016, from <http://www.otsh.mai.gov.pt/>

D. (2012, July 18). Retrieved October, 2016, from <https://www.youtube.com/watch?v=7py7ZAb6McM> Reportagem Especial da SIC

Correia, P. C., Borges (Ed.). (n.d.). *TRÁFICO DE PESSOAS PARA EXPLORAÇÃO SEXUAL: PROSTITUIÇÃO E TRABALHO SEXUAL ESCRAVO*. Cultura Acadêmica Editora. doi:<http://docplayer.com.br/15651645-Trafico-de-pessoas-para-exploracao-sexual-prostituicao-e-trabalho-sexual-escravo.html>

Costa, C. (2011, July 15). Chegamos por semana aos 1500 euros. Retrieved October, 2016, from <http://www.tvi24.iol.pt/sociedade/ultimas-noticias/chegamos-por-semana-aos-1500-euros> Reportagem da TVI 24

Figueiredo , J. D., Dias (Ed.). (2012). *Comentário Conimbricense do Código Penal* (2ª ed., Vol. I). Coimbra: Coimbra Editora.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de / COSTA ANDRADE, Manuel da, *Direito Penal – Questões fundamentais, A doutrina geral do crime (Lições ao 3º ano da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)*, Coimbra, 1996

Gebirim, L. B., & Zackseski, C. (2016, March & april). O Problema do Consentimento no Tráfico Internacional de Pessoas para Fins de Exploração Sexual [Review]. *Rev. Brasileira De Ciências Criminais* , 119(24).

Gomes, J. J., Canotilho. (1998). *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* (1ª ed.). Coimbra: Almedina.

Gomes, J. J., Canotilho, & Moreira, V. M. (2007). *Constituição da República Portuguesa Anotada* (4ª revista ed., Vol. I). Coimbra: Coimbra Editora.

Machado, C. F., Sampaio. (2016). Da liberdade sexual e dignidade sexual. Retrieved January, 2017, from <http://shogumbr.jusbrasil.com.br/artigos/294098047/daliberdade-sexual-e-dignidade-sexual>

Malafaia, J. (2009). Inconstitucionalidade do n.º 1 do artigo 169.º no Código Penal [Review]. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 19* (N.º 1), Coimbra Editora.

Miranda, A. M., Rodrigues. (2016, March & april). O Problema do Consentimento no Tráfico Internacional de Pessoas para Fins de Exploração Sexual [Review]. *Revista Brasileira De Ciências Criminais*, Vol. 119 (Ano 24).

Miranda, A. M., Rodrigues. O sistema punitivo português [Review]. (1996, Jan. - jun.). *Rev. Sub Judice, Justiça e Sociedade*, (11).

Miranda, A. M. Rodrigues. “A incriminação do tráfico de pessoas no contexto da política criminal”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Volume III, Coimbra Editora, 2010

Patto, P. V. (2008). O crime de Tráfico de Pessoas no Código Penal Revisto [Review]. *Rev. Cej*.  
1º semestre

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal, Parte Geral* (Vol. I). Madrid: Editorial Civitas.  
trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal

Silva, A. P., Teixeira. (2009). *O bem jurídico tutelado pelo art. 169º número 1 do Código Penal Português* (Unpublished doctoral dissertation). Coimbra.

Vaz, L., & Reis, C. (n.d.). Dignidade da pessoa humana [Review]. (2007, Jan. – Jun.). *junRevista Jurídica Cesumar*. Retrieved November, 2016, from <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/522/380>

XXI CONGRESSO NACIONAL DO PARTIDO SOCIALISTA MOÇÃO SETORIAL REGULAMENTAR A PROSTITUIÇÃO – UMA QUESTÃO DE DIGNIDADE. (n.d.). Retrieved November, 2016, from <http://juventudesocialista.pt/juventudesocialista/wp->

[content/uploads/2016/05/Mo%C3%A7%C3%A3o-Sectorial-Regulamentar-a-prostitui%C3%A7%C3%A3o-Uma-quest%C3%A3o-de-dignidade-1.pdf](#)

## **REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS**

Ac. 144/2004 – [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)

Ac. 196/2004 – [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)

Ac. 303/2004 – [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)

Ac. 170/2006 – [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)

Ac. 396/2007 – [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)

Ac. 522/2007 – [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)

Ac. 591/2007 – [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)

Ac. 141/2010 – [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)

Ac. STJ 22-9-2004 – [www.pgdlisboa.pt](http://www.pgdlisboa.pt)

Ac. 1480/07.9PCSNT.G1.P1, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)