

ULP LAW REVIEW

REVISTA DE DIREITO DA UL-P

ULP LAW REVIEW
REVISTA DE DIREITO DA UL-P
BI ANUAL | BI ANNUAL

GUEST ARTICLES
CONTRIBUIÇÕES
DE AUTORES CONVIDADOS

João Pedro Pereira Cardoso

O Dever de Dignidade Humana
No Palácio Rattón

A Inconstitucionalidade Do Crime De Lenocídio



O DEVER DE DIGNIDADE HUMANA NO PALÁCIO RATTON A Inconstitucionalidade Do Crime De Lenocínio¹

JOÃO PEDRO PEREIRA CARDOSO²

[HTTPS://DOI.ORG/10.60543/UL-PLR-RDUL-P.V18I1.10144](https://doi.org/10.60543/ul-plr-rdul-p.v18i1.10144)

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Crime de perigo abstrato; 3. Princípio da proporcionalidade; 4. Direito ao livre desenvolvimento da personalidade; 5. Liberdade de profissão/trabalho e da livre iniciativa económica; 6. Direito à segurança social; 7. Tráfico de seres humanos para exploração sexual; 8. A especial vulnerabilidade da vítima; 9. Conclusão

1. INTRODUÇÃO

O tema da inconstitucionalidade do crime de lenocínio simples, previsto no art.169º, n.º1, do Código Penal³, habitualmente centrado na falta de dignidade jurídico-penal e carência de tutela penal, não pode ser visto sem o correlacionarmos, naturalmente, com a liberdade e auto-determinação sexual, mas, também, com o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e da liberdade em geral, a liberdade escolha do trabalho e exercício da profissão, a liberdade de iniciativa económica e o direito à segurança social.

Guiado pelo critério da proporcionalidade, que delimita a margem de conformação legislativa e serve de parâmetro fundamental na fiscalização concreta da inconstitucionalidade, mesmo quando se trata de aferir dos limites à renúncia aos direitos fundamentais, ao Estado Social de Direito, que se diz pluralista, cabe não apenas respeitar, mas garantir a efetivação de todos aqueles direitos e liberdades fundamentais consagrados na Constituição.

No equilíbrio concatenado de todos estes interesses deverá ser procurada a argumentação criminológica para aferir da necessidade da pena que o juízo de constitucionalidade convoca.

Perguntarão, naturalmente, se em nome da segurança jurídica e da igualdade de tratamento, fará – hoje – algum sentido alimentar a discussão no plano jurisprudencial, depois do Plenário do Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º72/2021, de 27 de janeiro, e mais recentemente no Acórdão n.º881/2024, de 10 de dezembro, ter decidido não julgar inconstitucional a norma incriminatória constante do citado art.169.º, n.º1.

A resposta é afirmativa.

1 Este texto baseia-se na conferência que proferimos no âmbito das Jornadas de Direito e Processo Penal, realizado na Universidade Lusófona – Centro Universitário do Porto no dia 5 de junho de 2024.

2 Juiz Desembargador no Tribunal da Relação do Porto

3 Diploma a que se referem os artigos adiante citados, sem indicação da respetiva origem legal.

Na verdade, dos treze Juízes Conselheiros que atualmente compõem o Tribunal Constitucional, apenas cinco votaram no Plenário no citado Acórdão TC n.º72/2021.

Alterada significativamente a composição do Plenário, depois da prolação do citado Acórdão n.º72/2021, o Acórdão TC n.º218/2023, de 20 de abril (relator Cons. Lino Ribeiro, que votara vencido no Plenário anterior), voltou a pronunciar-se no sentido de julgar inconstitucional a norma incriminatória constante do art.169.º, n.º1, por violação dos art.s 18.º, n.º2, e 27.º, n.º1, da Constituição.

Contudo, o Ministério Público veio interpor novo recurso deste aresto para o Plenário, o qual, reafirmando o sentido da linha motivadora e o juízo firmado pelo Tribunal Constitucional desde 2004, revogou o Acórdão n.º218/2023 e decidiu não julgar inconstitucional a norma incriminatória constante do art.169º, n.º1, do Código Penal, com o vencimento de sete votos contra seis que agora se pronunciaram no sentido de um juízo de inconstitucionalidade.

Portanto, se a tese da não inconstitucionalidade nunca encontrou amparo na doutrina⁴, que quase unanimemente tem defendido a não conformidade da norma com a Constituição, também no Tribunal Constitucional a sua força se encontra, hoje, profundamente mitigada, o bastante para manter a discussão sobre a matéria, já que o efeito processual de estabilização da jurisprudência constitucional se encontra profundamente abalado perante a total divisão do seu Plenário.

Tanto mais que a argumentação criminológica dos subscritores maioritários do juízo de constitucionalidade tem testado vários referentes de legitimação para aconchegar a conformidade da incriminação, colocando a descoberto as incertezas, sem paradoxalmente abdicarem da possibilidade processual de contraprova do perigo que serve de fundamento à incriminação⁵.

Solução que, aliás, vemos seguida por alguma jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça⁶ e acolhida no próprio Acórdão TC n.º144/2004, de 10/03 (o primeiro que julgou não inconstitucional a norma do art.169º, n.º1), já que a sua relatora, Cons. Maria Fernanda Palma, sempre

4 Mais recentemente na obra de Jorge Martins Ribeiro, *Da Lei do Desejo ao Desejo pela Lei*, 2021, AAFDL Editora (tese de doutoramento) e Anabela Rodrigues, “A reforma permanente dos crimes sexuais no ordenamento jurídico-penal português”, in *Reformas penais en la Península Ibérica: A ‘jangada de pedra?’*, 2021, pp. 265-281.

Em sentido contrário, reiterando o juízo de conformidade com a Constituição, Maria Fernanda Palma (Cons. Relatora do Acórdão n.º 144/2004), in “O mito da liberdade das pessoas exploradas sexualmente na Jurisprudência do Tribunal Constitucional e a utilização concetualista e retórica do critério do bem jurídico”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Ano LXII, n.º 1, Tomo 2, 2021, pp.993 e segs.

Coligindo a generalidade da doutrina penalista sobre a matéria, João Pedro Pereira Cardoso, in “O dever de dignidade da pessoa humana: inconstitucionalidade do crime de lenocínio”, in *DataVenía, Revista Jurídica Digital* n.º 11, Ano 2020, pg. 219, disponível em https://www.datavenia.pt/ficheiros/edicao11/datavenia11_p199_391.pdf?fbclid=IwAR3DoxD8F6UTKKV3ZQOzzeoz5VkzcDwug6TdMgvMHSOKwiKyTPRvRVo09I8; acedido em 10.01.2025.

5 Contraprova no caso concreto da falta de carência social como critério de exclusão da tipicidade.

6 Neste sentido alinhou o voto de vencido do Conselheiro Maia Costa no Acórdão STJ de 5.09.2007, www.dgsi.pt.

Também o Acórdão STJ 13.04.2009 (Rodrigues da Costa), proc. 47/07.6PAAMD-P.S1, www.dgsi.pt, defendendo que neste crime o que “confere legitimidade constitucional é a “normal associação entre as condutas que são designadas como lenocínio e a exploração da necessidade económica e social das pessoas que se dedicam à prostituição, fazendo desta um modo de subsistência” e, por isso, deve fazer-se uma interpretação restritiva do tipo “no sentido de exigir a prova adicional do elemento típico implícito da “exploração económica e social” da vítima prostituta – cfr. Acs. do TC n.º 144/2004 e 196/2004.

defendeu a admissibilidade da prova sobre o perigo nos crimes de perigo abstrato⁷.

Trata-se de uma orientação doutrinária que mora paredes meias com a interpretação restritiva⁸ proposta por alguma doutrina, em busca de uma dada dimensão normativa que salve a incriminação da desconformidade constitucional que a enferma desde a sua alteração com a reforma de 1998, aprovada pela Lei n.º 65/98, de 2/09.

Diremos, por fim, tratar-se de um tema sempre atual e mesmo fraturante do ponto de vista sociológico, a despertar diferentes sensibilidades e respostas nos muitos processos que vão correndo nos tribunais, destacando-se o recente acórdão RP de 22.01.2025 (processo: 25/17.7ZRCBR.P1, Desemb. José António Rodrigues da Cunha) que, conferindo exaustivamente as vulnerabilidades da linha de argumentação contrária, declarou materialmente inconstitucional a

norma incriminatória prevista no art.º 169.º, n.º 1, do Código Penal.

Ora, o comportamento sexual deverá pertencer à livre disposição do indivíduo e só deverá existir intervenção penal, fragmentária por natureza, quando determinada ação provocar verdadeira e comprovada lesão à liberdade e autodeterminação sexual.

A essência do bem jurídico aqui protegido é a autonomia para a sexualidade, sendo aspeto nuclear na sua aferição a existência de um consentimento livre e esclarecido, não podendo a tutela penal resvalar para preconceitos sociais e valorações morais em torno daquela.

A tutela penal deve existir apenas nos ataques mais graves, intoleráveis e comprovadamente perigosos para a liberdade e autodeterminação sexual.

7 Maria Fernanda Palma, *Direito Penal, Parte Especial, Crimes contra as Pessoas*, 1983, pg. 104ss; também, assim, in “O mito da liberdade das pessoas exploradas sexualmente...”, pg.1001.

Fiel ao modelo da ofensividade deve o aplicador do direito, segundo Augusto Silva Dias, “Reconhecimento e Coisificação nas Sociedades Contemporâneas – Uma Reflexão sobre os Limites da Intervenção Penal do Estado”, in *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*, Almedina, 2009, pg.125 e 126, renunciar à punibilidade (por falta de tipicidade) nos casos em que se prove a ausência de danosidade social.

8 No sentido da incriminação se aplicar apenas aos casos em que a vítima se encontra numa situação de necessidade económica e social ou se verifique a exploração de uma situação de vulnerabilidade de quem se prostitui, hipóteses em que o tipo legal visa proteger o bem jurídico da liberdade sexual – cfr. Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, 3.ª ed., 2015, p. 673; Inês Ferreira Leite, “A Tutela Penal da Liberdade Sexual”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 21, n.º 1 (2011), p. 82.

Também neste sentido Maria Fernanda Palma, in “O mito da liberdade das pessoas exploradas sexualmente na Jurisprudência do Tribunal Constitucional e a utilização concetualista e retórica do critério do bem jurídico, RFDUL/ LXII, 2021, I, 999, apelando para a necessidade de uma certa objetividade factual do interesse protegido e não meramente uma orientação ideológica abstrata de sentido único.

Contudo, como afirma o acórdão TC 218/2023, “não pode considerar-se que a letra da lei é mais ampla que o seu espírito quando foi o próprio legislador que quis eliminar do texto da lei aquela exigência. Se o fez para proteção de outros bens jurídicos, não o deveria deixar inserido no capítulo dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”.

A exigência de se ver comprovada uma “exploração de uma situação de vulnerabilidade da pessoa que se prostitui não só não consta do n.º 1 do artigo 169.º como foi assumidamente retirada dele pelo legislador e deslocada para a alínea d) do n.º 2 do mesmo preceito – ainda que em termos algo reconfigurados, visto bastar agora que tenha havido aproveitamento (não sendo já necessário que tenha havido exploração) de uma circunstância de especial vulnerabilidade da vítima –, passando portanto a constituir elemento qualificativo de um tipo legal de base que se pretendeu subsistir sem ele”.

Admitir essa interpretação restritiva, prossegue o acórdão TC 218/2023, na linha da jurisprudência defendida pelo Acórdão n.º 134/2020, de 3 de março, é o mesmo que denegar a “intencionalidade normativa imprimida a esse tipo legal de crime pelo legislador, aqui sim em iminente ingerência na sua liberdade de conformação”.

Neste sentido, uma interpretação restritiva faria tábua rasa da alteração legislativa em referência, numa clara ingerência na liberdade de conformação do legislador – cfr. Augusto Silva Dias, “Reconhecimento e Coisificação ...”, pg.124 e ss.

2. CRIME DE PERIGO ABSTRATO

Desde o Acórdão TC n.º144/2004, a jurisprudência do Constitucional vê no tipo legal previsto no citado art.169.º, n.º1, a proteção do bem jurídico da liberdade/autodeterminação sexual e da autonomia para a dignidade da pessoa, a partir de duas premissas:

– a ideia de que a prostituição, quando haja aproveitamento económico de um terceiro, correspondente – sem mais – a uma exploração sexual, que instrumentaliza a vítima e, portanto, com violação da dignidade da pessoa humana, numa dimensão íntima da sua vida, para satisfação de finalidades de terceiros e não da própria;

– a presunção (baseada em estudos empíricos e não científicos) de carência social e económica associada à prostituição.

Segundo o entendimento dominante do Tribunal Constitucional, o aproveitamento económico por terceiro constitui uma interferência que *comporta um risco elevado e inaceitável*, dados os contextos sociais da prostituição, de exploração de uma situação de carência e desproteção social, (Acórdão n.º TC 144/2004), um risco inaceitável de violência de género e tráfico de pessoas para a exploração sexual (Acórdão TC

n.º178/2018), um risco intolerável de “perpetuação de situações de diminuição da liberdade e de sujeição a um poder de facto que, as mais das vezes, escapa a qualquer controlo, visto que se exerce fora de relações formalizadas ou declaradas, as quais, uma vez iniciadas, são difíceis de quebrar ou interromper, tendendo a perpetuar-se enquanto se mantiver a respetiva “utilidade comercial” (Acórdão TC Plenário n.º72/2021) ⁹, “prevenindo-se o perigo de redução da margem de autonomia decisória do agente que se prostitui através da mediação de terceiros que atuam profissionalmente ou com fins lucrativos” (Acórdão TC n.º881/2024) ¹⁰, circunstâncias que colocam em perigo a autonomia, a integridade pessoal, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e a liberdade (artigos 1.º, 25.º, n.º 1 e 26.º, n.º 1) para a sexualidade de quem se prostitui, pelo que afastada fica a violação dos artigos 18.º, n.º 2, e 27.º, n.º 1, todos da CRP.

Embora no art.169.º, n.º1, não se exija como elemento do tipo uma concreta relação de exploração da situação de carência e desproteção social, o risco (perigo) dessa exploração constitui para a posição dominante no Tribunal Constitucional a motivação fundamental da incriminação, assim se perfilando um *crime de perigo duplamente abstrato*.

9 Na expressão do acórdão TC Plenário n.º72/2021: “Com tal proximidade se gera um risco socialmente inaceitável, que não exorbita o âmbito de proteção da norma, nem dele é sequer periférico, porque se trata de um risco conatural ao proxenetismo, cujo empresário – como o de qualquer outro negócio – tende a organizar-se de modo a potenciar o lucro (criando redes ou procurando redes já estabelecidas, que lhe propiciem economias de escala, maximizando o controlo da atividade– insiste-se – fora de mecanismos de controlo efetivo, que pura e simplesmente não existem no nosso país), objetivo ao qual, mais tarde ou mais cedo, dificilmente escapará (o dano d) a vontade e (d) a liberdade das pessoas que se prostituem. Mesmo que a expressão exploração esteja fora do tipo – e, como tal, não seja facto a provar in concreto – o risco da sua materialização é suficientemente forte para conter a norma dentro dos limites da proporcionalidade e, em particular, da necessidade da intervenção penal”. Deste modo, o acórdão TC Plenário n.º72/2021 deslocou o fundamental da argumentação criminológica para o risco associado à falta de supervisão, controlo, favorecimento da atividade de prostituição, independentemente da carência económica da pessoa prostituída ou de um estado de necessidade efetivamente vivido.

10 Reforçando o Acórdão TC n.º881/2024 a base empírica, que a norma em crise se visa combater, segundo a qual existe “um fenómeno nem sempre visível na sociedade e que frequentemente se traduz na exploração das pessoas prostituídas, que prestam um consentimento meramente formal à atividade da prostituição, mas que não vivem em estruturas económico-sociais que lhes permitam tomar decisões em liberdade, quando o sistema não tem instrumentos para distinguir, na prática, a ténue linha que separa o consentimento da pessoa para a prática de atos de prostituição das situações de tráfico e prostituição forçada – aspeto que, aliás, se impõe frisar pela estrita ligação entre a prostituição e o tráfico de pessoas, impondo-se ter também presentes as mudanças ocorridas no fenómeno da prostituição, incluindo, mormente, o recurso às novas tecnologias e ferramentas digitais”.

O n.º 1, do art. 169.º, visto pela Jurisprudência Constitucional, tem implícita uma presunção legal de perigo baseada no argumento de que, em grande número de casos, as condutas típicas acompanham verdadeiras compressões da liberdade de quem se prostitui.

E aqui o Tribunal Constitucional convoca o princípio da liberdade do poder legislativo para ancorar a legitimidade da incriminação.

Mas fá-lo:

1. sem se questionar da autenticidade das suas duas premissas;

2. sem confrontar o princípio da dignidade humana com os limites constitucionais próprios da liberdade de conformação legislativa, sobretudo à luz do princípio da proporcionalidade que é o critério fundamental de proteção do conteúdo essencial de direitos fundamentais contra as restrições injustificadas, tendo presente a pluralidade, a intensidade e a gravidade valorativa do conjunto de direitos fundamentais sacrificados para todos os destinatários da norma;

3. sem compreender que a incriminação do lenocínio simples tem mais de ofensivo do que garante da dignidade da pessoa que exerce a prostituição voluntariamente;

4. promovendo, essa mesma incriminação, a desigualdade e a violência de género, já que não reconhece igual capacidade de autonomia e autodeterminação à prostituta que assim se vê empurrada para a rua, onde a prostituição assume um risco de violência e dominação sexual superior pelo cliente;

5. numa área onde não colhe, como adiante se verá, a argumentação da legitimação da incriminação do lenocínio simples como antecipação da tutela penal do tráfico de pessoas para exploração sexual;

6. fingindo não ver que os casos de exploração ou aproveitamento por terceiro da especial carência social e/ou económica da vítima estão agora acautelados no tipo qualificado da especial vulnerabilidade, previsto na alínea d), n.º 2, art. 169.º.

Tudo isto, numa área onde o ónus de justificação da legitimação da incriminação pelo legislador e fiscalização pelo julgador era maior, por se tratar de um crime de perigo abstrato e conseqüentemente a legitimidade de antecipação da tutela penal há-de basear-se:

I– na elevada perigosidade da conduta, baseada em dados estatísticos, regras científicas ou regras da experiência consolidadas.

Não se compreende que a eliminação do segmento da carência e desproteção social e económica tenha sido justificada pela dificuldade de prova (*passando a punir-se o que se consegue provar por não se conseguir provar o que verdadeiramente se quer punir*), mas, paradoxalmente, legitima-se a incriminação numa presunção natural, de base empírica, que associa a prostituição a uma situação de carência social e económica.

Se assim fosse, não se vê qual seja a dificuldade de prova perante esta evidência empírica. Nem a dificuldade probatória entre a prostituição livre e forçada obstaculizou à exigência da ação vinculada no crime de tráfico de seres humanos.

Sendo o domínio da sexualidade aquele onde mais proliferam e se desencontram as conceções ético sociais vigentes, maior exigência se impunha quanto à ligação do perigo a determinadas condutas como forma de justificar a incriminação (*o princípio da máxima garantia de verdade do juízo de perigo*).

II– na percepção social da grande importância do bem jurídico (sentimento social de desvalor ético jurídico dominante na comunidade).

Se a prostituição não é proibida, como justificar que comete um crime quem a facilita e ganha com isso, quando a própria prostituta, que nisso consente, entende que beneficia com a sua intermediação? A penalização de comportamentos no domínio sexual, que nem sempre mostram a evidência da sua perigosidade, obrigava o legislador a um ónus especial de fundamentação do juízo de perigo; e

III— *na clara identificação do bem jurídico protegido*, o que obriga à descrição precisa e minuciosa do conteúdo típico da liberdade carecida de tutela penal (Acórdão TC n.º 218/2023), sob pena da proibição representar um paternalismo intolerável sobre o indivíduo, baseada na consideração social em torno da prostituição voluntária que se distingue da exploração sexual, esta por definição abuso e dominação de terceiro que tira proveito do ato sexual alheio (trabalho sexual forçado).

O ónus de justificação da legitimação da incriminação deveria ser ainda maior:

— por ser aqui mais intensa a afetação de posições subjetivas, pelo que a intervenção penal tem de ser justificada pela proteção de bens, interesses ou valores especialmente qualificados do ponto de vista constitucional;

— não estando expressamente autorizadas pela Constituição as restrições decorrentes da incriminação do lenocínio simples, maior será o ónus de justificação da necessidade da restrição;

— confrontado com o direito à disposição do corpo por parte de quem se prostitui (liberdade sexual positiva e negativa), quando esse ato não lesa quaisquer bens de terceiro e/ou da comunidade, não se pode argumentar com a defesa da pessoa contra si própria, sem procurar saber das limitações constitucionais desse poder de disposição e dos princípios que regem a proibição da renúncia de direitos fundamentais;

— sendo regra a liberdade geral de ação, ainda que não ilimitada, e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, as restrições destes direitos fundamentais (que colidem com a autonomia e liberdade individual) impunham também ao legislador um ónus especial de fundamentação.

Contudo, no juízo de constitucionalidade dominante no Tribunal Constitucional, falha a autenticidade das suas premissas.

Carece de demonstração a premissa de que a prostituição está sempre associada a situações de extrema pobreza ou carências sociais elevadas e que qualquer comportamento de aproveitamento económico da prostituição comporta uma exploração da necessidade económica ou social da vítima.

Trata-se de uma visão estereotipada, preconceituosa e simplista da prostituição.

Não é líquido que a grande maioria das prostitutas ingresse nessa atividade e sobretudo que nela se mantenha, ultrapassado o sentimento inicial de pudor, para assegurar a sua subsistência, antes passam a ver a prostituição como uma profissão bem remunerada que lhes permite, no contexto das experiências e características pessoais, relativizar os aspetos mais negativos da atividade e moldar o significado da prostituição à dimensão da sua própria vida e da dignidade.

Depois, a prostituição de rua é mais perigosa, mais estigmatizante, exposta às agressões, às intempéries e falta de condições higiénicas, ao invés da prostituição exercida com a intermediação de outrem, ainda que naturalmente com intenção lucrativa, mas que lhe assegura todas essas vantagens e lhe permite beneficiar de estratégias comerciais de angariação de clientes e assim obter mais lucro, habitualmente também associado ao alterne ¹¹.

Não é líquido que a prostituta ficasse numa situação social e económica melhor sem a interação livremente consentida do agente do crime, bem podendo ela própria retirar, de forma consensual, mais vantagens nomeadamente económicas desse aproveitamento que, desse jeito, não traduziria um *resultado injusto*.

11 Em consequência da incriminação, “a afetação negativa do direito fundamental à segurança sempre seria desrazoável: porque não se vê a que direito fundamental poderia esta afetação negativa estar ligada em termos mais próximos do que aqueles em que o direito fundamental à segurança se apresenta ao legislador neste contexto” — cfr. voto vencido do Cons. Rui Guerra da Fonseca no cit. Acórdão n.º 881/2024.

Não é inequívoca a vulnerabilidade da pessoa que se prostitui, nem existe uma comprovação empírica da perigosidade ou risco abstrato de exploração sexual da prostituta.

Englobar todas as condutas sob o denominador comum do engano, abuso de necessidade ou especial vulnerabilidade da vítima impede que muitas mulheres possam exercer o trabalho sexual, de forma livre e legítima, como fonte da sua independência económica, da sua própria dignidade e do desenvolvimento da sua personalidade por via do trabalho, ainda que fomentado, favorecido ou facilitado por terceira pessoa.

Daí que, conforme defendido nos votos de vencido da Cons. Maria João Antunes nos Acórdãos TC n.ºs 396/2007 e 522/2007¹², recuperados pelo citado Acórdão TC n.º218/2023, os argumentos de natureza normativa e/ou empírica apresentados pela jurisprudência dominante do Tribunal Constitucional não escapem à crítica daqueles que constatarem, na configuração atual do tipo legal, a incriminação de mais hipóteses do que aquelas que, à luz daqueles mesmos argumentos, se justificaria que abrangesse.

O âmbito de proteção da norma passou a incluir “um conjunto muito expressivo de condutas que não só não criam um perigo abstrato para esse bem jurídico, como podem até ter envolvido um exercício plenamente legítimo desse bem jurídico por parte de quem se prostitui” (Acórdão TC n.º218/2023), o que evidencia que a incriminação não supera o juízo de proporcionalidade exigido pelo art.18º, n.º2, da C.R.P.

Assim, por linhas enviesadas, o juízo de constitucionalidade conforma-se com a criminalização de hipóteses em que manifestamente não ocorre a associação (empiricamente comprovável) entre o lenocínio e a exploração da

necessidade económica e social das pessoas que se dedicam à prostituição, criminalizando casos em que o lenocínio está ligado apenas a um modo de obter um nível mais satisfatório de rendimento financeiro por parte de quem se prostitui.

3. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A restrição dos direitos e liberdades fundamentais, pela via da criminalização, apenas pode ser justificada em nome de outros direitos ou interesses constitucionalmente consagrados, por força do imperativo da proporcionalidade (art.18º, n.º2, da C.R.P.), do qual o princípio do direito penal do bem jurídico é apenas uma das manifestações possíveis.

Importa saber, então, à luz do princípio da proporcionalidade:

– se por via da incriminação existe em abstrato um ganho de liberdade ou, antes, não deverá aceitar-se que, no lenocínio simples e na prostituição voluntária, o sacrificio imposto à liberdade e autodeterminação sexual em abstrato é equivalente ao benefício obtido, o que seria bastante para reconhecer o desequilíbrio da incriminação ou mesmo a sua desrazoabilidade do ponto de vista de quem a sofre, *dado o efeito perverso que a mesma comporta (critério da adequação)*;

– se para conseguir o ganho de liberdade sexual visado com a incriminação do lenocínio simples, no contexto da mundividência e sensibilidade da vítima que livremente se prostitui, não existem outras reações sociais e administrativas menos gravosas para os direitos fundamentais afetados do empresário e da prostituta (*critério da necessidade*);

– e mesmo que não existam se a prossecução dessa finalidade justifica a manifesta diferença de intensidade

12 Eliminando a exigência típica da “exploração numa situação de abandono ou necessidade”, “o legislador incrimina comportamentos para além dos que ofendem o bem jurídico da liberdade sexual, relativamente aos quais não pode ser afirmada a necessidade de restrição do direito à liberdade, enquanto direito necessariamente implicado na punição (artigos 18º, n.º 2, e 27º, n.ºs 1 e 2, da CRP)”.

e gravidade valorativa de restrição dos diferentes direitos fundamentais afetados (*critério da proporcionalidade em sentido estrito*).

A incriminação do lenocínio simples atenta contra os princípios e valores constitucionais da liberdade sexual e da dignidade humana, entendida esta como:

– valor absoluto do indivíduo e não de terceiros; a dignidade humana que deve ser protegida é a da pessoa que livremente quer exercer a prostituição e não a de quem não quer que ela a exerça. Cabe primeiramente ao indivíduo a configuração e a densificação do conteúdo preciso de expressão da sua dignidade.

– princípio concretizador dos direitos fundamentais (fonte dos direitos fundamentais e não ele próprio um direito fundamental, nem reduzido à condição de bem jurídico) – (Acórdão TC n.º 218/2023);

– de aplicação subsidiária e, portanto, não pode ser invocado ali onde a invocação do direito fundamental da liberdade sexual seria bastante para acautelar os interesses associados à ideia de dignidade eventualmente afetados pelo lenocínio.

O conteúdo da dignidade da pessoa é formado:

– pelo reconhecimento dos direitos fundamentais, pois ser digno é *ter direito a ter direitos* designadamente os direitos fundamentais como o da liberdade, a segurança, a integridade física e moral, postos em causa na prostituição de rua, os quais devem ser respeitados pelas demais pessoas e pelo Estado;

– ser digno significa ser igual a todos os outros em capacidade de autonomia, isto é, igual liberdade para fazer as próprias opções de vida.

No mínimo, o respeito da dignidade da pessoa (art. 1.º da CRP e nos art.s 22.º e 26.º da D.U.D.H.), pressupõe a

formação do mais alargado consenso social em torno do seu conteúdo, à margem de dogmas religiosos, filosóficos ou ideologias particulares.

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

O portador dessa liberdade sexual, no pleno gozo da sua capacidade de autodeterminação, pode dispor livremente da sua sexualidade *quando, como, onde e com quem quiser*, segundo as suas conceções particulares sobre a vida, o que é crucial do respeito do próprio e da autonomia sexual, *independentemente do grau de consciência ou de compreensão de cada um sobre a sua dignidade*.

Tanto mais que ao direito penal cabe tutelar – com a mesma dignidade – a liberdade sexual negativa (liberdade de não suportar condutas que agridam ou constroem a esfera sexual da pessoa) e positiva (liberdade de interagir sexualmente sem restrições).

Fora do aproveitamento da especial vulnerabilidade hoje prevista no n.º 2, do art. 169.º, não é pelo facto de haver um intermediário no negócio a ganhar dinheiro e, por isso, facilitador da prostituição, que a prostituta sai daquele espaço de autodeterminação e passa a ser explorada¹³, instrumentalizada ou coisificada de forma relevante para efeitos de violação do princípio da dignidade humana, quando a pessoa é livre de dispor – como bem entender – da sua liberdade sexual.

Irromper entre quem se prostitui para lhe dizer o que deve ambicionar para a sua vida, impondo-lhe um dado padrão de comportamento sexual, é que é abusivo, é não querer ver a pluralidade de motivações e perceções em que se move a diversidade do trabalho e comércio do sexo.

13 Carlota Pizarro de Almeida, “O crime de lenocínio no artigo 170.º, n.º 1, do Código Penal (Anotação ao Acórdão TC n.º 144/04)”, *Jurisprudência Constitucional* n.º 7 (2005), p. 34.

4. DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE

Não se pode garantir uma dignidade à pessoa se não lhe é facultado o desenvolvimento da sua personalidade de forma livre e autónoma (art.26º da CRP).

O Estado não pode impor à pessoa um modo de condução da sua vida, concepções ou planos de vida com os quais ela não concorda, por mais valiosas que sejam para a maioria, criando, assim, uma pessoa modelo que não seria fruto do seu desenvolvimento, mas resultado da criação de outrem.

Isto sim constitui uma restrição injustificada ao livre desenvolvimento da personalidade e consequentemente uma violação do princípio da dignidade da pessoa humana.

A consagração do direito ao desenvolvimento da personalidade implica que ao legislador não cabe proteger os cidadãos contra si próprios e impor-lhes paradigmas unidimensionais de comportamento digno.

Como exteriorização do *direito ao livre desenvolvimento da personalidade* temos a liberdade geral de ação e nesta a liberdade de atividade, de acordo com a personalidade, o projeto de vida, a vocação e as capacidades pessoais, o que inclui a liberdade de escolha do modo de vida, a liberdade de profissão (o direito ao trabalho), a livre iniciativa económica e a autonomia privada.

Neste sentido, a liberdade profissional (art.47º, nº1, da CRP), à semelhança da liberdade de empresa (art.61º, nº1, da CRP), transportam para o domínio económico e social a concretização do valor do livre desenvolvimento da personalidade (art.26º, nº1, da CRP), tendo como fundamento último a dignidade da pessoa humana (art.1º, da CRP).

A liberdade de trabalho efetiva-se na possibilidade de escolha entre o trabalho independente (não empresarial), o trabalho subordinado (art.47º, nº1, da CRP) ou

ainda a liberdade de empresa (liberdade de iniciativa ou a gestão de uma atividade empresarial) de cariz individualista (art.61º, nº1, da CRP) ou social (art.61º, nº2 e 5, da CRP).

A incriminação do lenocínio simples implica para os trabalhadores e empresários da atividade sexual:

- a violação das liberdades especiais de escolha de profissão e de iniciativa económica; e
- uma ofensa ilegítima à livre conformação da sua vida, de acordo com o modo que elegeram e assim da garantia constitucional da autonomia privada, em particular da liberdade contratual, tudo no quadro do direito ao desenvolvimento da personalidade.

5. LIBERDADE DE PROFISSÃO/TRABALHO E DA LIVRE INICIATIVA ECONÓMICA

Os direitos constitucionais do livre exercício de profissão (art.47º, nº1, da CRP) e da liberdade económica (art.61º, da CRP) são reflexamente tolhidos aos profissionais do sexo, por via da legislação penal que persiste na criminalização da empresa que facilita, fomenta ou favorece a prostituição.

É certo que a liberdade profissional/trabalho (art.47º, nº1, da CRP) e a liberdade de empresa (art.61º, nº1, da CRP) têm restrições legais impostas pelo *interesse geral ou coletivo*.

Mas, ainda que essa liberdade esteja sujeita aos limites traçados pela Constituição e ao poder conformador do legislador, este poder não é ilimitado, pelo que o estabelecimento das restrições terá de ser feito à luz do princípio da proporcionalidade (art.18º, nºs 2 e 3, da C.R.P.).

Em suma, são igualmente válidos para as restrições ao direito ao trabalho e livre iniciativa económica, os requisitos gerais das restrições aos direitos fundamentais (art. 18º *ex vi* art.17º, da CRP).

6. DIREITO À SEGURANÇA SOCIAL

O afastamento dos profissionais do sexo de participarem dos direitos e deveres sociais, a partir das respetivas contribuições sociais, representa uma restrição injustificada do direito fundamental à segurança social previsto no art. 63º, nº1, da CRP, mormente na vertente da universalidade e integralidade que o Estado de direito (social) está obrigado a respeitar e proteger (art. 2º, da CRP).

A pretexto de garantir o que entende ser a otimização da felicidade e de uma existência digna para si, na atividade empresarial ligada à prostituição o Estado retira o trabalho e a empresa, mas também os direitos sociais prestacionais e a cidadania, quando tinha o dever de pelo menos não afetar o acesso aos bens já assegurados, através de meios próprios, caso em que não entra em contas o princípio da reserva do financeiramente possível tão caro à realização dos direitos sociais positivos.

Esta exclusão arbitrária do sistema previdencial da segurança social (dito participado, art. s 50º ss, da Lei de Bases da Segurança Social), ainda que a prostituição não seja uma atividade ilícita, constitui uma violação do princípio da igualdade (art. 13º, da CRP e art. 7º da Lei de Bases da Segurança Social), numa concessão diferenciada, sem justificação material, para a diferenciação entre a prostituição independente e a subordinada.

Não existe fundamentação material bastante para essa desigualdade em matéria de direitos e deveres sociais fundamentais (art. 63º, da CRP), constituindo ainda uma violação do princípio da dignidade da pessoa humana a privação absoluta do direito à segurança social por falta de contribuições sociais pelos trabalhadores e empresários da atividade do sexo.

Fora dos casos de prostituição forçada, a exclusão do trabalho sexual subordinado do âmbito do sistema de segurança social previdencial constitui também uma restrição de um direito fundamental desproporcionada perante a vantagem de evitar o perigo de lesão da liberdade e autodeterminação sexual e consequentemente em clara violação do princípio constitucional da proporcionalidade à luz do art. 18º, nº2, ex vi art. 17º, ambos da CRP.

7. TRÁFICO DE SERES HUMANOS PARA EXPLORAÇÃO SEXUAL

Não colhe a argumentação do Tribunal Constitucional sobre a legitimação da incriminação do lenocínio simples como antecipação da tutela penal do tráfico de pessoas para exploração sexual (Acórdão TC nº178/2018 – *Cons. Maria Clara Sottomayor*, argumentação criminológica agora retomada pelo Plenário no Acórdão nº881/2024 § 16.5.2.¹⁴), como se neste tipo de crime não estivessem tipificados os meios vinculados de execução que traduzem a essencialidade do desvalor da ação e do bem jurídico eminentemente pessoal aqui protegido.

É o legislador penal que consente na migração de pessoas para o exercício da prostituição voluntária, sem ver nisso qualquer problema de desigualdade ou violência de género, mas cuja exploração, uma vez entradas em Portugal, se pretende punir, a jusante, pela via do lenocínio simples.

Se não basta uma prostituta movimentar-se internacionalmente para que o caso seja qualificado como tráfico, tão pouco o trabalho sexual pode ser entendido, sem mais, como exploração sexual.

14 Inclusivamente no quadro das preocupações evidenciadas pela Resolução do Parlamento Europeu, de 14 de setembro de 2023 [P9_TA(2023)0328] [(2022/2139 (INI)) e publicada no JOUE, 22 de março de 2024, C/2024/1767.

Nem a dificuldade probatória entre a prostituição livre e forçada obstaculizou à exigência da ação vinculada no crime de tráfico de seres humanos.

Nem se veja no lenocínio simples uma forma de violência contra as mulheres, como se de um crime de género se tratasse, pois, apenas a “prostituição forçada” (e não também a voluntária) poderá ser entendida como tal.

Tão pouco se compreende que no triângulo da exploração sexual, onde existe uma forte interligação do proxeneta, cliente e prostituta, o primeiro seja o único a quem é apon-tada a sanção penal, a pretexto de facilitar a desigualdade e violência de género que os demais materializam.

Não se pode aceitar que a mulher prostituta não possa dispor livremente do seu corpo, como expressão do direito à autonomia individual e da liberdade de ação (art.s 26º, nº1, e 27º, nº1, da CRP). Mas, se assim é, não se pode argumen-tar simultaneamente com a *instrumentalização e dominação do género que voluntariamente se prostitui*. Tudo como se na pros-tituição voluntária não fosse enganador afirmar-se, na pers-pectiva da violência e desigualdade de género, que os homens atuam de forma livre, autónoma e responsável pelos seus atos, enquanto as mulheres se presumem sociologicamente forçadas, induzidas ou enganadas.

Trata-se de um dogma argumentativo, acolhido no Acórdão TC nº178/2018 (Cons. Maria Clara Sottomayor)¹⁵, que coloca à evidência que o problema de género asso-ciado à prostituição é uma etiqueta puramente quantita-tiva, dado que a grande maioria da procura é feita pelos homens e a oferta pelas mulheres, mas que desapareceria

se aumentasse a demanda da prostituição por parte das mulheres.

8. A ESPECIAL VULNERABILIDADE DA VÍTIMA

O elemento da “*exploração da situação de abandono ou neces-sidade económica*” constituía no lenocínio simples o último reduto do princípio do direito penal do bem jurídico e da necessidade da pena.

Ao eliminar do nº1, do citado art.169º, aquele segmento típico, introduzindo no nº2, do mesmo artigo, a *qualificativa do aproveitamento da especial vulnerabilidade da vítima*, o legislador abriu a possibilidade de subsumir nesta as situações graves de “desamparo” e de “necessidade económica e social”.

Desse modo, deixou de ser sustentável a argumentação da prevenção da exploração de situações de especial carência e de abandono social como fundamento do lenocínio simples.

A dificuldade surge, todavia, na interpretação do conteú-do da qualificativa da *especial vulnerabilidade da vítima*, sabido que, na livre determinação de cada um sobre a definição dos modos de vida e de trabalho, os constrangimentos económi-cos e outros estão presentes na prostituição, como na escolha de qualquer outra profissão.

Perguntar-se-á, então, que circunstâncias configuram uma situação de *especial vulnerabilidade*.

Ainda que a escolha da prostituição possa ter sido indu-zida por uma situação de necessidade económica ou social, não se vê que essa motivação seja diferente da opção habitual

15 Cfr. Acórdão TC 178/2018 (Relatora: Conselheira Maria Clara Sottomayor): “[E]sta norma visa combater um fenómeno invisível na sociedade e que se traduz na exploração das pessoas prostituídas, que prestam um consentimento meramente formal à atividade da prostituição, mas que não vivem em estruturas económico-sociais que lhes permitam tomar decisões em liberdade, por pobreza, desemprego e percursos de vida marcados pela violência e pelo abandono desde uma idade muito jovem. Por outro lado, o fenómeno da prostituição, nos últimos trinta anos, mudou muito, verificando-se uma estrita ligação entre a prostituição e o tráfico de pessoas, o qual atinge dimensões crescentes, inimagináveis há algumas décadas atrás. Verificou-se também que o sistema não tem instrumentos para distinguir, na prática, a ténue linha que separa o consentimento da pessoa para a prática de atos de prostituição das situações de tráfico e prostituição forçada”.

por outras profissões, sem que por essa razão se questione a legitimidade do seu exercício, por mais perigosas, penosas, mal pagas ou desagradáveis que possam ser.

Ou será que só existe liberdade em relação a possibilidades laborais, à margem da necessidade de satisfazer as necessidades económicas?

É que, à semelhança de tantas outras profissões, a opção pela prostituição pode ser condicionada por contingências socioeconómicas que impelem o indivíduo a exercê-la, com a única diferença que é pior vista e mais bem paga. Mas não raramente figura como uma escolha consciente de quem prefere desempenhá-la em detrimento de outras atividades mais precárias e/ou pior remuneradas, ainda que com a intermediação de alguém que lucra com isso.

Essencial é aceitar, sem estereótipos, nem preconceitos sociais, que as mulheres devem ser livres para vender a sua disponibilidade sexual e não deixa de ser juridicamente livre o trabalho que alguém realiza, em razão de necessidades económicas, optando sob determinadas condições, mas não deixa de decidir de forma livre e consciente¹⁶.

Já o consentimento dado por alguém em situação de especial vulnerabilidade é induzido ou viciado. A possibilidade real de escolha pressupõe uma alternativa, caso contrário não

tem outra opção, exercendo a prostituição porque não tem outra solução.

Se nesta hipótese não é tolerável o comportamento do terceiro que vê consentida a exploração da especial vulnerabilidade da vítima, como não o seria, por este facto, o do traficante de pessoas ou de órgão¹⁷, decisivo é saber em que casos “o consentimento não é expressão da autonomia, mas antes de condicionamento, dado que a vontade que traduz não é, afinal, manifestação de liberdade”¹⁸.

Ora, a ausência de uma alternativa real de comportamento apenas pode excluir a voluntariedade da renúncia quando tenham uma influência tal sobre a livre vontade que se possam equiparar às situações de verdadeira coação, na medida em que a pressão exercida seja equivalente.

A questão é saber quando essa decisão era a única viável, perante as circunstâncias de desigualdade material ou de dependência em que o cidadão se encontra.

A aferição da situação de especial vulnerabilidade assentará sempre numa avaliação global, à luz das circunstâncias concretas de cada caso, de todas as privações condicionantes ou não da liberdade da vítima, quer no momento da aceitação inicial da prostituição, quer durante a sua permanência nessa atividade, sendo útil a técnica do exemplo-padrão, por referências às demais qualificativas do lenocínio forçado,

16 Cfr. Anabela Miranda Rodrigues / Sónia Fidalgo, “Artigo 169.º”, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I*, Coimbra Editora, 2.ª ed. (CCCP-I), p. 798 s., para quem «[n]em mesmo a exigência que se fazia na versão do CP de 1995 quanto à verificação do elemento típico “exploração de situações de abandono ou de necessidade económica” justificava [a] incriminação», pois «de vontade deficiente na decisão não se pode falar logo, só pelo facto de a pessoa estar em situação de abandono ou de necessidade económica».

17 Maria Fernanda Palma, in “O mito da liberdade das pessoas exploradas sexualmente...”, pg.999.

18 Inês Godinho, “A Autonomia e a vontade em direito penal: O consentimento como manifestação positiva de liberdade”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, vol.I, 2017, BFDUC, pg.629-634, reconduzindo o cerne do problema ao valor e limites da autonomia pessoal enquanto motivo de renúncia à proteção por parte do titular do bem jurídico ofendido. Ao direito penal também cabe preservar o direito de autodeterminação do titular do bem jurídico ofendido, enquanto autonomia pessoal como expressão e pressuposto de uma vontade livre de impedimentos físicos ou psíquicos na formação daquela (liberdade interna) e de fatores externos que condicionem a liberdade de agir (liberdade externa).

Sobre a correlação da renúncia aos direitos fundamentais e os limites da sua proibição com as restrições dos direitos fundamentais e a liberdade de conformação do legislador – cfr. João Pedro Pereira Cardoso, in “O dever de dignidade da pessoa humana: inconstitucionalidade do crime de lenocínio”, ob. cit., pg.333-348.

para caracterizar a gravidade da situação vulnerável, entendida como situação apta a constranger a vítima, isto é, condicionar a sua capacidade de tomar opções de forma livre e esclarecida.

Reconhece-se, neste caso, como em tantos outros, a dificuldade da solução proposta no plano da prova, mas é a única capaz de evitar, à luz da Constituição, que os tribunais continuem a sancionar, já não é só o que não se consegue provar¹⁹, mas também o que realmente nunca se quis punir (*a livre autonomia para a sexualidade*).

9. CONCLUSÃO

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

- a finalidade social visada pela incriminação ficaria melhor acautelada se regulamentado fosse o trabalho sexual;
- a medida restritiva legalmente imposta pela incriminação constitui a mais forte e limitativa das restrições ao conjunto daqueles direitos fundamentais, atenta a pluralidade e o grau de afetação de todos eles. A proibição genérica do lenocínio é desnecessária ao provocar efeitos mais restritivos dos direitos fundamentais e da própria liberdade em geral, sem garantir um acréscimo de eficácia na proteção da liberdade e autodeterminação sexual;

- não é proporcional, numa relação custo-benefício, o resultado visado com a incriminação (*meio escolhido para acautelar o perigo de lesão do bem jurídico da liberdade e autodeterminação sexual*) e todas as restrições fundamentais dela decorrentes.

Todos estes direitos fundamentais são afrontados pelo crime de lenocínio simples, num domínio onde o poder legislativo tinha a sua liberdade de conformação limitada por critérios estritos de mínima intervenção e máxima subsidiariedade.

Goste-se ou não da prostituição, ainda que facilitada por outrem com carácter profissional ou intenção lucrativa, a incriminação do lenocínio simples representa uma apropriação pública de bens jurídicos jusfundamentais que, a pretexto de proteger a vítima contra si própria, traz mais dificuldades do que soluções.

Afinal, resta saber se em vez de ajudar quem se prostitui, não estará a reação penal a prejudicá-la, impedindo-lhe o acesso à cidadania, à liberdade, à igualdade de direitos, à autodeterminação e autonomia na condução da sua vida.

Trata-se de uma tirania de valores que, em nome da preservação de uma dignidade humana integrante da ordem pública, numa dada conceção substancial do viver de forma virtuosa, justa e correta, afronta a normatividade dos mais diversos direitos fundamentais, vistos necessariamente como um todo e não numa ótica analítica do seu conteúdo individual.

Tudo como se os demais não soubessem o que é melhor para si, ao contrário de nós que somos mais racionais e dignos, o que conhecemos a partir da nossa realidade social e, por isso, ainda que neguem essa proteção indesejada, paternalisticamente os constrangemos a comportarem-se

19 Pedro Soares de Albergaria e Pedro Mendes Lima, in *O Crime de Lenocínio entre o Moralismo e o Paternalismo Jurídicos* in RPCC, Ano 22, nº2, pg. 209.

condignamente, à luz das nossas concepções do mundo e da vida, privando-os ou reduzindo-lhes a liberdade de escolha sobre o modo de vida que pretendem levar, mesmo que acreditem que através da renúncia pudessem prosseguir de forma mais adequada os seus interesses.

A regulamentação do trabalho sexual não resolverá todos os problemas associados à prostituição, mas é a solução que globalmente mais protege os direitos de quem se prostitui no atual mercado informal, onde os maiores riscos do trabalho sexual são a flexibilidade, precariedade, fragmentação e desregulação.

Crucial é diferenciar a prostituição forçada e voluntária para se poder defender e garantir de forma realista e consequente os direitos de quem exerce uma e outra, com a certeza de que a melhor maneira para combater a violência e a exploração sexual é melhorar a situação social e laboral das prostitutas, implementando mecanismos de controle efetivo da atividade do lenocida.

A questão não é ser a favor ou contra, mas antes e só o respeito pela livre opção de cada um (o direito a escolher) e dentro da sua opção assegurar que os seus direitos são garantidos.

Em nome de uma concepção de dignidade em que o interessado não se revê, o Estado não pode arrogar-se o poder de defender a dignidade do próprio contra a sua vontade (paternalismo moral), como se o protegesse contra si próprio, contra as representações ou as convicções por si tomadas, de forma livre, esclarecida e consciente, para conduzir e estruturar a sua vida, impedindo-o de renunciar a posições protegidas de direitos fundamentais e transformando o direito à dignidade num dever de dignidade, numa liberdade vinculada ao exercício do direito, sem o questionar ou deixar fazer as suas opções, como se a autonomia moral da pessoa não incluísse ela própria o poder do indivíduo se decidir pelo imoral (“ir para o inferno à sua maneira”).

Essencial é compreender que a relação de cada um com o seu corpo não transforma o direito fundamental à disposição do mesmo numa situação de dever.

Tanto mais que no juízo de fiscalização concreta da inconstitucionalidade da norma, não se trata de encontrar proteção constitucional para a atividade do agente do crime, sequer saber se a mesma deve ser sujeita a “controlo social”, antes e só indagar se é constitucionalmente legítimo que esse controlo seja feito por via da intervenção penal para proteção de outros direitos e liberdades fundamentais (Acórdão TC n.º 218/2023), quando a prostituta prestou o seu acordo àquela prática, fora do âmbito da qualificativa do aproveitamento da especial vulnerabilidade.

Posto isto, no atual contexto normativo esvaziou-se da incriminação prevista no n.º 1, do cit. art. 169.º, qualquer âmbito de proteção jurídico-penal mormente a ligação axiológica à liberdade e autodeterminação sexual, sendo a norma materialmente inconstitucional, por violação do art. 18.º, n.º 2, da CRP.

Onde não existe consenso sobre a dignidade punitiva do lenocínio simples, mais adequada e eficaz do que a sanção penal é a definição clara da exploração sexual e o reconhecimento da prostituição voluntária como uma prática social, legal e regulada do trabalho sexual que estabeleça os direitos e deveres de ordem social e laboral de todos os protagonistas.

Numa hipocrisia social que finge não ver que o (maior) risco é fomentado pelo lado da procura, ou seja, o cliente, consumidor e pagador do sexo, não é mais sustentável a necessidade da pena suposta pela incriminação do art. 169.º, n.º 1, a qual deverá considerar-se destituída de valor por infringir o disposto na Constituição e os princípios nela consignados (art. 277.º, n.º 1, da CRP).

Data de submissão: janeiro de 2025