

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A PROSTITUIÇÃO NOS DIAS ATUAIS: UMA ANÁLISE DOS CRIMES DE
LENOCÍNIO SOB A ÓTICA DO DIREITO PENAL MÍNIMO**

Thalía Ramos dos Santos

Presidente Prudente/SP
2018

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE.**

CURSO DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A PROSTITUIÇÃO NOS DIAS ATUAIS: UMA ANÁLISE DOS CRIMES DE
LENOCÍNIO SOB A ÓTICA DO DIREITO PENAL MINIMO.**

Thalía Ramos dos Santos

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Marcus Vinicius Feltrim Aquotti.

Presidente Prudente/SP
2018

**A PROSTITUIÇÃO NOS DIAS ATUAIS: UMA ANÁLISE DOS CRIMES DE
LENOCÍNIO SOB A ÓTICA DO DIREITO PENAL MÍNIMO.**

Monografia aprovada como requisito
parcial para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

Banca Examinadora

Marcus Vinicius Feltrim Aquotti
Orientador

Larissa Aparecida Costa
Examinadora

Jurandir José dos Santos
Examinador

Presidente Prudente, 09 de novembro de 2018.

Sem sonhos, a vida não tem brilho. Sem metas, os sonhos não têm alicerces. Sem Prioridades, os sonhos não se tornam reais. Sonhe, trace metas, estabeleça prioridades e corra riscos para executar seus sonhos. Melhor é errar por tentar do que errar por se omitir! – Augusto Cury

DEDICATORIA

Dedico este trabalho aos meus pais, Francisca de Andrade Ramos e Pedro Francisco dos Santos, e as minhas irmãs Maria Eduarda e Núbia Fernanda, que nunca mediram esforços para que eu pudesse chegar onde estou, sempre me apoiando nos momentos de fraqueza e desânimo. Dedico a eles, que são o meu porto seguro, que sempre serão motivos para todo meu esforço e dedicação.

Por fim, dedico este trabalho, bem como toda a minha jornada acadêmica às minhas amigas Aline Yukaren Nakamura e Gabriela Maria Tovani que infelizmente não puderam estar aqui comigo para vibrarmos mais essa conquista, entretanto, sei que ao lado de Deus, elas estão felizes por eu ter chegado onde eu cheguei. Esta é uma forma de agradecer toda a dedicação e apoio que me deram enquanto estiveram aqui comigo, serei eternamente grata.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por fazer possível a realização dos meus sonhos, por não me abandonar nas minhas maiores fraquezas, me dando saúde e forças para superar todas as minhas dificuldades.

Aos meus pais, por todo amor, incentivo e apoio incondicional.

Aos meus queridos mestres, que sempre se dedicaram ao ensinar e compartilhar seus conhecimentos.

Agradeço de maneira especial ao meu professor e orientador Marcus Vinicius Feltrim Aquotti, por todo o suporte dado nesta jornada, sempre transmitindo seus conhecimentos, e usando de todos os meios possíveis para que este trabalho pudesse acontecer.

Ao meu namorado Lucas Paes da Costa, por sempre estar ao meu lado, dando total apoio durante minha jornada acadêmica, doando seu tempo para me prestar todo o auxílio que foi necessário. Agradeço por estar comigo nos momentos mais difíceis, e por nunca me deixar desistir em meio às tribulações.

Ao meu grupo de amigas, o “Grupinho Teratológico”, que foram essenciais no meu desenvolvimento, sempre me deram todo o apoio e nunca deixaram de acreditar no meu potencial.

A minha amiga Gabriela Alonge, por desde o início do curso estar ao meu lado, compartilhando todas alegrias, sonhos e conquistas. Por me apoiar nos momentos mais difíceis, sempre acreditando que eu poderia ser muito mais, é extremamente gratificante compartilhar essas vitórias com você.

E a todos que de forma direta ou indireta, fizeram parte da minha formação, serei eternamente grata.

RESUMO

Pretende-se nesta obra, abordar aspectos históricos, atuais e sociais a respeito prostituição a fim de possibilitar uma análise dos crimes de lenocínio aplicando-se a visão do Direito Penal mínimo ou Direito Penal do equilíbrio, o qual é o estudo de uma atuação menos intervencionista do Estado, quanto à legislação penal, usando como base princípios fundadores do Direito Penal Mínimo. A prostituição, com o passar dos anos passou por um processo de aceitação bastante delicado, todavia, atualmente a coletividade demonstrou uma maior aceitação na prática desse ofício. Nesse contexto, é necessário entender que conforme ocorre as mudanças, existe a necessidade de adequação legislativa dos tipos penais que punem o lenocínio, pautando-se no novo contexto social, a fim de evitar que a aplicação da norma se torne inviável, pois que o aplicador do direito tem a prerrogativa de afastar uma norma se entender que sua aplicação não se mostra mais necessária, declarando-a atípica. Vamos entender ao longo deste trabalho que o Brasil se abstém em regularizar a prostituição, todavia criminaliza as condutas acessórias, demonstrando notável incoerência nessa tipificação. Para resolver tal problema, a saída não seria necessariamente tornar o lenocínio uma conduta atípica, pelo contrário, esse tipo de prática deve sim ter punição, principalmente nos casos onde há uma violação dos direitos daqueles que exercem o meretrício. Desta forma, a finalidade desta obra é demonstrar que a intervenção estatal, penalmente dita, antes de ser colocada em prática deve passar por uma rigorosa análise de necessidade, observando os anseios da sociedade.

Palavras-chave: Prostituição. Norma Penal. Adequação. Intervenção. Lenocínio.

ABSTRACT

The purpose of this work is to approach historical, current and social aspects of prostitution, in order to allow an analysis on the crimes of pimping by applying the Minimum Criminal Law, or Criminal Law of Balance, which is the study of less interventionist State actions. Over the years, prostitution has gone through a rather delicate process of acceptance, however, nowadays the collectivity has shown a greater acceptance of this practice. In this context, it is necessary to understand that, with the changes, there is a need for legislative adaptation of the penal types that punishes pimping, based on the new social context, in order to avoid that the application of the regulation becomes impracticable, due to that the applicator of the law has the prerogative to depart from the regulation if it is understood that its application is no longer required, declaring it to be atypical. We will understand throughout this work that Brazil refrains from regularizing the prostitution, however it criminalizes appendant conduct, demonstrating a notorious inconsistency in this classification. To solve this problem, the exit would not necessarily make pimping an atypical behavior, on the contrary, this sort of practice should be punished, especially in cases where there is a violation of the rights of those who engage in prostitution. In this way, the intent of this work is to demonstrate that State intervention, criminally speaking, before being put into practice, must go by a strict analysis of necessity, noticing the yearnings of society.

Keyword: Prostitution. Criminal law. Adequacy. Intervention. Littering.

LISTA DE FIGURAS

FIGURA 1 – Legalidade da prostituição no mundo	19
---	-----------

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 PROSTITUIÇÃO	13
2.1 A PROSTITUIÇÃO NO MUNDO	18
3 DIREITO PENAL MINIMO	22
3.1 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO PENAL MÍNIMO	25
3.1.1 Princípio da intervenção mínima	26
3.1.2 Princípio da proporcionalidade	30
3.1.3 Princípio da adequação social da conduta	32
3.1.4 Princípio da insignificância	34
3.1.5 Princípio da lesividade	38
3.1.6 Princípio da transcendentalidade ou alteridade	40
4 DOS CRIMES DE LENOCÍNIO	43
4.1 MEDIAÇÃO PARA SERVIR A LASCÍVIA DE OUTREM	44
4.2 FAVORECIMENTO DA PROSTITUIÇÃO OU OUTRA FORMA DE EXPLORAÇÃO SEXUAL.	47
4.3 CASA DE PROSTITUIÇÃO	51
4.4 RUFIANISMO	55
5 CRIMES DE LENOCINIO SOB A ÓTICA DO DIREITO PENAL MÍNIMO	58
6 CONCLUSÃO	68
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	70
ANEXO A- DECISÃO PROFERIDA PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO.	77

1 INTRODUÇÃO

Tendo-se dificuldades de se estabelecer quando poderia ter surgido à prostituição, pesquisadores apontam que possivelmente a prostituição é uma das mais antigas profissões do mundo, existindo desde as primeiras civilizações.

Ao redor da prostituição está presente uma grande camada de preconceitos pautados na imoralidade, de modo que as condutas que atuam apenas como coadjuvantes são criminalizadas mesmo que a prostituição não seja.

O presente trabalho abordou os crimes de favorecimento à prostituição e sua forma radicalizada, e com toda certeza, extremamente generalizada de ser aplicada, buscando como objetivo a intervenção mínima do Direito Penal em condutas que não ferem nenhum bem juridicamente relevante. Com o decorrer dos anos, as ideias e convicções do ser humano mudam, e com isso vem à necessidade de uma nova adequação legislativa, a fim de tornar viável a aplicação da norma.

É papel do Estado tutelar e resguardar os bens e direitos de cada um que dele faz parte, no entanto, é necessário que este não tome uma posição muito intervencionista nas relações individuais. O fato de a prostituição ser vista como algo indecoroso, não justifica a criminalização de certas condutas, somente a imoralidade não é justificativa para que o Estado exerça o *jus puniendi*.

O Direito Penal é denominado com a *ultima ratio* devido seu caráter subsidiário e fragmentário, devendo ser aplicado somente na falha dos outros mecanismos disponibilizados pelo Direito. Dessa forma, a intervenção moderada está direcionada ao campo legislativo, a criação das normas deverá ser pautada na medida em que um bem juridicamente relevante é gravemente violado, não devendo criar normas arbitrárias, pautadas apenas na imoralidade, uma vez que é plenamente possível que o aplicador do direito afaste a aplicação da norma se este entender que está é atípica.

Tal situação ocorre no campo dos crimes de lenocínio, as normas descritas nos *caputs* dos artigos não atingem sua finalidade, sendo elas pautadas na imoralidade, e partindo na premissa que o Direito Penal é um mecanismo severo, a sua aplicação deverá se abster nas situações em que realmente há um dano ao bem jurídico e não porque a conduta ofende a moral e os bons costumes. Desse modo, se os delitos de lenocínio, são condutas acessórias a prostituição, sendo assim, eles

devem acompanhar a situação social atual da prostituição, devendo também se adequar ao verdadeiro papel do Direito Penal.

Utilizando o método hipotético-dedutivo de pesquisa, buscando compreender a realidade social, e os significados atribuídos a tal problema social, como é vista a prostituição. Utilizando como base principal, a pesquisa em livros, internet, revistas e em documentos públicos, a finalidade deste trabalho é mostrar que os crimes de lenocínio devem ter uma intervenção mínima estatal nas questões que não causam lesão e muito menos perigo a sociedade, cabendo ao Estado investigar, processar e punir os casos em que houver lesão grave ou quando o perigo for evidente, pois temos que ter em mente que a prostituição e suas atividades acessórias sempre existiram e dificilmente deixarão de existir, no entanto é necessário procurar uma forma sensata de lidar com o assunto, utilizando o Direito Penal da maneira adequada.

2 PROSTITUIÇÃO

Conhecida como uma das mais antigas profissões, a prostituição – ainda que não tivesse essa denominação - fazia parte do meio social de vários povos e culturas. Conforme relata os estudos feitos por Marlene Rodrigues (2013, p. 40) “O comércio do próprio corpo para prestação de serviços sexuais é antiquíssima, tendo-se até dificuldade de precisar quando foi o exato momento em que ela surgiu na sociedade”.

A questão sexual é um assunto bastante intrigante entre os historiadores e dificilmente serão encontradas pesquisas que demonstrem de maneira precisa onde teria realmente se originado a prostituição. Dentro dessa perspectiva, Guilherme de Souza Nucci (2014, s.p), se atreveu a delinear uma linha do tempo que pudesse explicar a origem da prostituição, mostrando que essa prática está presente desde as primeiras civilizações:

O momento histórico registrou a comum prostituição ao redor dos templos, o que se tornou claro em vários documentos da Babilônia, Frígia, Fenícia, Síria, Lídia Chipre, Egito, Israel e Grécia. (...) a Lei da Assíria- dentre outras- determinava o modo pelo qual deveria a prostituta andar pelas ruas: com a cabeça descoberta como sinal da sua vocação.

Nesse sentido, é possível encontrar registros da prostituição em diversas civilizações, além das citadas pelo autor, documentos encontrados em outras regiões, como na antiga mesopotâmia, comprova que, no mundo antigo, o sexo era visto sem pudores, sendo o tratamento não diferente para as mulheres prostitutas ou não. Nessa perspectiva Nickie Roberts (1992, p. 22-23), relata que o termo “prostituta” teria surgido no Oriente Médio há aproximadamente 2000 a.C, essas mulheres eram chamadas de prostitutas sagradas, sendo religiosamente respeitadas.

No início dos tempos, até mesmo antes do homem entender que também tinham parte na reprodução dos seres humanos, na época em que não haviam sociedades patriarcais, onde a maioria das figuras sagradas eram mulheres e quando o sexo antes do casamento não era condenado, principalmente no meio religioso e sim visto como uma forma de elevação do espírito, as prostitutas eram vistas como deusas, as quais faziam relações sexuais com outras pessoas como uma forma de conexão espiritual e não como uma forma de ganhar dinheiro. Essas

mulheres eram denominadas como sacerdotisas e metodizavam cultos sexuais em sociedades nômades, onde todos participavam (FARLEY, 1998, s.p).

Muitos historiadores que se atreveram ao estudo da prostituição, procurando saber como funcionava a “venda” do corpo para serviços sexuais desde seu início, constataram que, na época, os serviços não eram prestados por dinheiro, na verdade o sexo era uma forma de elevar ao divino. De acordo com a historiadora Melissa Farley (1998, s.p), a grande diferença daquela época para os dias atuais é que nas sociedades matriarcais as prostitutas sagradas não recebiam dinheiro pela prática dos atos sexuais. Então a partir do momento que o dinheiro entrou em cena, houve um desequilíbrio de poder, antes havia pouca noção de dinheiro ou talvez nenhuma e o sexo era visto como uma forma de ligação com os fiéis, esse era o papel das sacerdotisas. Com o passar dos anos, chegou a um momento em que não havia somente deusas, agora existia também os deuses, com outros ensinamentos e uma visão diferente das coisas. É nesse instante que elas são colocadas em um plano inferior, tendo sua sexualidade controlada, dando o início a sociedade patriarcal.

Pesquisas feitas a fim de entender o estilo de vida dos povos, mostram que as sociedades tinham forma diferentes de lidar com a prostituição. Em relação aos gregos, Rainer Gonçalves (20XX, s.p) mostra que na Grécia, havia uma espécie de cadeia hierárquica em relação às prostitutas, elas não poderiam passar de meras escravas, a maioria delas possuíam dotes artísticos, e eram livres para transitar entre a elite. Já em Roma, a prostituição era regulamentada, ou seja, a prostituição era uma atividade reconhecida, tanto que as meretrizes pagavam impostos por cima de seus lucros. Cada local tinha uma forma diferente de tratar questões ligadas à prostituição, o que não se distância dos dias de hoje, veremos posteriormente que cada país tem sua forma de regulamentar essa atividade, isso depende muito da cultura de cada local.

Analisando os preceitos da prostituição, levando em conta a sua essência e finalidade, é normal que a religião fosse contra essa prática, uma vez que é totalmente diferente daquilo que a igreja cristã prega. Nesse contexto, é possível encontrar na Bíblia Sagrada diversas passagens que relatam o que a igreja pensa do ofício, demonstrando o descontentamento com a prostituição e advertindo sobre o envolvimento com mulheres ou homens que sobrevivem deste meio. A prostituição era uma prática comum nos tempos em que as histórias bíblicas eram relatadas,

tanto que há diversas narrativas que condenam tanto as prostitutas quanto quem se envolve com elas. Em relação às advertências impostas pela bíblia, no livro de Tessalonicenses 4:3-5 que diz “A vontade de Deus, é que viviam consagrados a ele, que se afastem da libertinagem, que cada um saiba usar o próprio corpo na santidade e no respeito, sem deixar-se arrastar-se por paixões libidinosas [...]”, deixando claro que se o objetivo dos homens é a busca pela santidade, a prostituição é um dos caminhos a serem evitados, pois é uma prática que macula a imagem da relação sexual e promove a violência e a escravatura. As escrituras também mostram o quão à família e o casamento devem ser protegidos, pois estes são considerados sagrados pela religião, conforme dito no livro de Hebreus 13:4 onde narra que “Que todos respeitem o matrimônio e não desonrem o leito nupcial, pois Deus julgará os libertinos e adúlteros”.

Dessa forma, é visível a mudança dos hábitos, costumes e entendimentos com o passar dos anos, a prostituta, que no início dos tempos era vistas como deusas respeitadas que serviam como “pontes” para elevar ao divino, passaram a ser vistas como escórias da sociedade, sendo deixadas de lado, sem qualquer apoio.

Entre 1870 a 1920, no estado de São Paulo, acontecia um grande crescimento industrial. A cidade de Campinas era um grande centro cafeeiro e a cidade de Santos se transformava em uma das maiores zonas portuárias do país, nesses locais havia um grande fluxo de importação e exportação, e conforme a mão de obra crescia o número de imigrantes também. Conforme explica Evaristo de Moraes (1921, p. 158/160), a grande indústria “tende a destruir os freios e elos familiares”, ou seja, com o baixo salário que as mulheres recebiam, elas buscavam a prostituição como uma forma de complementar a renda, ou muitas vezes para aquelas que eram desempregadas, o dinheiro proveniente da prostituição era sua única renda. No mesmo sentido Waldir de Abreu (1968, p. 17) assevera que “A imensa maioria das meretrizes provém das camadas mais pobres quer do campo, quer dos centros urbanos e das profissões mais modesta”. Dessa forma, a maioria das mulheres que sobreviviam do meretrício se prestavam a esse tipo de atividade com o intuito de fugir da miséria.

Conforme o tempo passava, as mulheres que se envolviam com a prostituição eram cada vez mais jovens, nesse contexto, Evaristo Moraes (1925, s.p) entendia que a prostituição era precoce para as mulheres, assim como a

criminalidade era para os homens, uma vez que o índice de prostitutas é maior que o de prostitutos, bem como o de criminosos é maior que o de criminosas.

A prostituição, no Brasil, chegou a ser criminalizada de formas, foram vários os motivos encontrados para a tentativa de colocar as meretrizes atrás das grades, na tentativa de acabar de vez com uma atividade que era vista como algo desagradável. A primeira hipótese de criminalização foi pautada no fato do ato ser imoral e colocava em risco a vida social das pessoas, não era agradável para as pessoas saírem na rua e acabarem esbarrando com um “ponto” de meretrizes. Outros fatores foram usados para defender a tese de que as prostitutas deveriam ser consideradas criminosas, como por exemplo, a proliferação de doenças sexualmente transmissíveis, nesta ocasião houve uma repressão da medicina que atribuiu o surto de sífilis as prostitutas, essa era uma forma de punir os “escândalos” promovidos pelas prostitutas, é uma forma para tentar justificar a criminalização da prostituição, muitos defenderam até a criação de uma polícia sanitária para fazer apreensões de prostitutas.

Ao tratar os crimes de lenocínio o autor Victor Eduardo Gonçalves (2011, p. 548) ao versar sobre os objetos jurídicos tutelado de cada um dos artigos do rol dos crimes, expões que finalidade da tipificação dos atos como crime é “Evitar a prostituição e os riscos à saúde pública que decorrem de tal atividade, bem como às próprias vítimas que se expõem ao contágio de doenças e outros perigos que decorrem de tal mister”. Existiram outras tentativas para a criminalização da prostituição, suas justificativas se baseavam em muitos julgarem a prática como um atentado ao pudor, pois muitas profissionais exploravam o trabalho de forma “escandalosa”, ou muito explícita e os criminalistas buscavam justificar a criminalização pautada no artigo 282 do código penal, que punia aqueles que “ofendem os bons costumes com exhibições impudicas, atos ou gestos obscenos, atentatórios ao pudor, praticados em lugar público” ou enquadrá-las no crime de vagabundagem, dessa forma, se a prostituta cometesse algum ato que escandalizasse o público, ela deveria ser presa.

No entanto, para Evaristo Morais (1921, p. 236/237) a prostituição não poderia ser equiparada a vagabundagem, tendo em vista que este se trata de um crime unilateral, já a prostituição é algo bilateral, pois de um lado está aquele que oferta seu corpo em troca de dinheiro, e do outro está aquele que paga para ter satisfação sexual, sendo assim verificamos que a prostituição é uma espécie de

trabalho, observando que há uma prestação de serviços. Naquela época não se podia chamar a prostituição de trabalho, pois se assim fosse, era uma forma de descriminalizá-la, por isso que Evaristo Morais a chamava de indústria do prazer.

Esses são alguns dos vários motivos que buscaram tipificar a prostituição somente pelo fato da prática não ser vista com bons olhos, aparentemente, o único motivo para prender uma prostituta é o pensamento de que seria um absurdo a troca do sexo por dinheiro, deixando de lado as questões sociais que levaram a mulher ou o homem a entrar neste meio. Afastando o pensamento moralista, é necessário um pensamento mais humano, questionando se caso a prostituição fosse realmente criminalizada, qual seria o fim das prostitutas? Pois com toda a certeza boa parte delas deixaria de realizar tal ofício, qual seria o próximo passo do Estado para prestar amparo a essas mulheres e homens que não teriam mais como sobreviver. Pensar que elas imediatamente conseguiriam um novo emprego seria burrice, pois, em um mundo moralista que vivemos, ninguém daria um emprego para uma ex-prostituta. Dessa forma, o profissional estaria destinado à miséria, sendo assim, com toda a certeza a criminalização não seria um caminho que deve ser seguido, uma vez que diversos fatores estariam envolvidos, inclusive o bem estar do profissional e o mínimo de recursos possíveis para a sobrevivência.

Com o passar dos anos, há um grande ciclo de mudanças, o modo de avaliação de certas situações devem ser renovados à medida que evoluímos. Se tratando do assunto em questão neste trabalho, foi possível constatar que um dos principais motivos que pode justificar que algumas pessoas optem pelo meretrício, é uma tentativa de fugir das condições de risco que a falta de dinheiro pode ocasionar. Passado alguns anos, estamos no século XXI, onde tudo é mais prático e tecnológico, no entanto a repressão do passado infelizmente ainda persiste, deixando de escanteios os valores e princípios que realmente importam.

Não é difícil encontrar alguém que repudia essa profissão, tal repressão se dá porque é mal vista, ou que aquele que exerce o meretrício não é capaz de procurar um trabalho digno. Todavia é importante afastar esses fatores internos como o “caráter” e “moral” no momento de medirmos os valores constitucionais, talvez estiver a par com a moral e os bons costumes não é tão importante quanto o direito de ter o mínimo para a sobrevivência em meio a sociedade capitalista. É necessário desconstruir essa visão da imoralidade e olhar os fatos sob um prisma mais humano, o fato é a prostituição sempre existiu e

gostando ou não, também é uma forma que foi encontrada para a sobrevivência. Além disso, deve ser observada também a realidade em que os brasileiros vivem muitas pessoas não possuem as mesmas oportunidades que as outras. Possivelmente, uma grande maioria daqueles que exercem o meretrício, se pudessem mudar de vida e ter um outro tipo de trabalho, com certeza não estariam ali, mas é necessário concordar ainda há muitos preconceitos, as pessoas não possuem o mesmo tipo de apoio, obrigando alguns a recorrer a outros meios.

2.1 A prostituição no Mundo

De acordo com o site Tribuna PR (2012, s.p), no ano de 2012 cerca de 42 milhões de pessoas que exerciam a prostituição. Desse valor, 75% (setenta e cinco por cento) são mulheres com idade entre 13 e 25 anos de idade, bem como 90% estão ligadas a cafetões. Essa quantidade parte da análise da situação em 24 países do mundo, dentre França, EUA, Índia, China e México.

Os estados, dentro da sua própria soberania, devem regular as situações que podem trazer riscos aos direitos de seus cidadãos. No tocante a prostituição, nada é diferente, cada país deve ter sua forma de legislar a situação. Todos os estados possuem diferentes formas de lidar com a atividade, podendo ou não ter leis específicas. Alguns países adotam o proibicionismo, assim como a França, Suécia e outros países, que além de punir aquele que se prostitui, pune também quem paga pelo sexo, bem como aqueles que prestam algum tipo de auxílio a fim de facilitar a prática dessa atividade; outros optam pelo regulamentarismo tal como muitos países da Europa que legalizaram e regulamentaram seu exercício, como a Nova Zelândia que criou normas para regular a prostituição, por exemplo: a não permissão de que menores de 18 anos exerçam a prostituição, além disso, esses profissionais são vistos como autônomos ou empresários.

Há países que adotam o abolicionismo, como no caso da Bélgica, que legalizou a prostituição e os bordéis, dando direitos trabalhistas incluindo carteira assinada, plano de saúde e aposentadoria, entretanto, não regulam a prática da prostituição. Existe uma quarta situação que é a adotada pelo Brasil sendo ela uma postura parcialmente criminalizada, onde o foco é a detenção daqueles que facilitam a prostituição, no entanto em relação à prostituição o ato de se prostituir é totalmente livre, por mais que seja um avanço a prostituição como um ato lícito, o

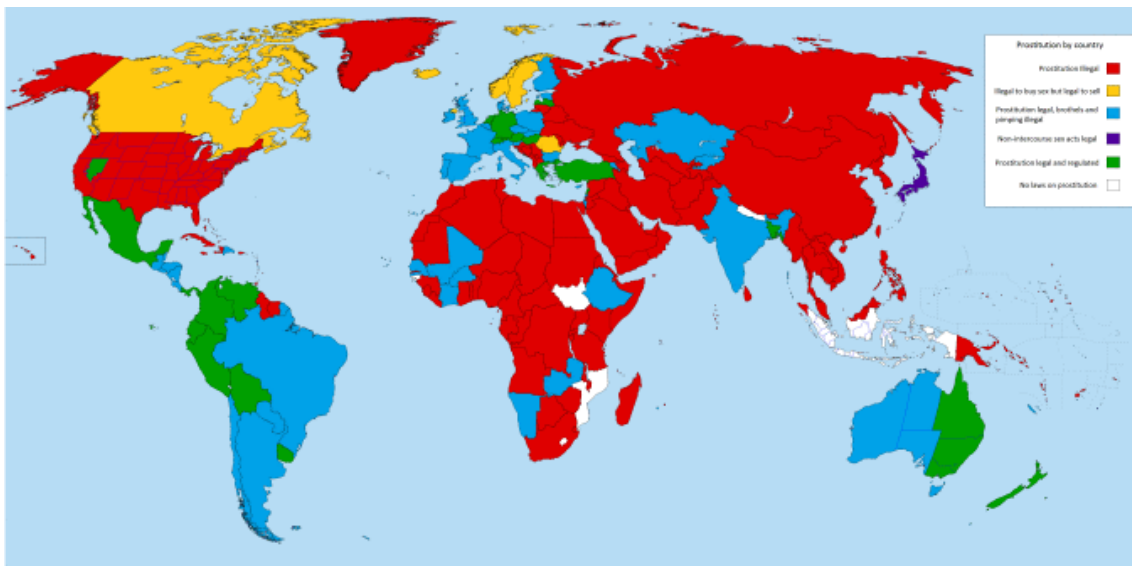
Brasil ainda está atrás de muitos países, pois aqueles que exercem o meretrício ainda não gozam de direitos trabalhistas, bem como nenhuma proteção do governo a fim de garantir o mínimo de segurança.

Levando em conta essas informações, podemos ver que há uma grande incoerência, tendo em vista que prostituição em si não é crime, porque as condutas acessórias seriam? É algo que traz controvérsia nos estudos sobre o assunto, duvidando até mesmo se a aplicação das normas a respeito ao favorecimento à prostituição são mesmo necessárias.

Há pouco tempo finalmente à prostituição foi catalogada no Cadastro Brasileiro de Ocupações (CBO), todavia, ainda não é possível para aquele que exerça o meretrício gozar de todos os direitos e proteções dadas ao trabalhador que possui vínculo empregatício, mas lentamente estamos avançando a caminho de um progresso.

De acordo com o mapa publicado no ano de 2017, pelo site Dialogo Pela Liberdade (2017, s.p), existem pelo menos seis maneiras de regulamentar a prostituição em todo o mundo.

FIGURA 1- Legalidade da prostituição do mundo.



Fonte: <https://dialogospelaliberdade.com/2017/07/14/legalidade-da-prostituicao-no-mundo/>

Dessa forma, de acordo com o mapa, nos países em vermelhos a prostituição é tida como ilegal; em amarelo, é legal a venda da prestação de serviços sexuais, no entanto, é ilegal compra-los; em azul, demonstra os locais em que a

prostituição em si é legal, no entanto os bordeis são ilegais, como ocorre no Brasil; na cor roxa, onde figura somente o Japão, é legal as relações sexuais somente se não houver conjunção carnal; na cor verde, correspondem aos países em que a prostituição é legal e regulamentada; e por fim os países correspondentes à cor Branca são aqueles em que não há qualquer tipo de legislação a respeito da prostituição.

Em maio de 2017, segundo o site Euronews (2017. s.p), entrou em vigor na cidade de Amsterdã, um novo modelo de negocio para a prostituição. Durante o ano de 2013, foi estudada a viabilidade da criação de estabelecimentos direcionados a prestação de serviços sexuais, de modo que tais locais eram administrados pelos profissionais do sexo. Tal projeto resultou na criação do “My Red Light”, que possibilita que as prostitutas trabalhem livre de pressões daqueles que intermediavam a prestação de tais serviços. Dentro desse modelo de negocio, todos os direitos relativos à rotina de trabalho, preços e férias são determinados pelas próprias profissionais. O projeto idealizado permitia participação de profissionais do sexo maiores de 21 anos, independente do gênero, ainda que mais de 90% (noventa por cento) dos profissionais do sexo sejam mulheres.

Há uma diferença entre o novo sistema adotado pela política Holandesa e o antigo, pois o antigo sistema não criminalizava a prostituição exercida de maneira voluntaria, por maiores de idade, todavia, os bordeis somente foram descriminalizados no ano de 2009. No entanto, para trabalhar nas vitrines, as prostitutas eram obrigadas a ter registro na junta comercial. No “My Red Light,” quem controla o arrendamento das vitrines são os próprios profissionais, e o dinheiro arrecadado com a renda, são para a melhoria das condições de serviços dos próprios profissionais.

No Brasil, no ano de 2013, o ex-deputado federal Jean Wyllys protocolou o projeto de lei nº 4211/2012, que visava à regulamentação da prostituição, batizada como projeto de lei Gabriela Leite. O projeto de lei considerava como profissional do sexo, maiores de 18 anos, plenamente capazes de suas funções físicas e psíquicas, que prestam serviços sexuais em troca de dinheiro de maneira totalmente voluntaria, dessa forma, continuaria sendo crime a prestação de serviços sexuais por menores, incapazes ou aqueles que estão prestando tais serviços contra sua vontade, por meio de violência ou grave ameaça. O principal objetivo da regulamentação da prostituição é reduzir os riscos que esses

profissionais enfrentam para poder exercer suas atividades. Aqueles que exercem o meretrício passariam a ter direitos previdenciários, bem como o auxílio da justiça como uma forma de assegurar a remuneração pelos seus serviços. O projeto de lei propõe uma relação de trabalho entre esses profissionais, de modo que estas não teriam que acatar ordens de um superior, entretanto, não teriam carteira assinada, nem os benefícios que a acompanham.

Os principais argumentos a favor da aprovação deste projeto de lei é a inclusão social, bem como diminuir a marginalização deste grupo que é vítima de preconceito social. Consequentemente é uma forma fazer com que o Estado fiscalize as prestações desses serviços, evitando a violência que já causou a morte de muitos desses profissionais, além disso, é uma forma de controlar a proliferação de Doenças Sexualmente Transmissíveis. Todavia, do mesmo modo que existem argumentos a favor, também existem argumentos contrários à regulamentação da prostituição, dentre eles está à legalização das atividades exercidas pelos cafetões e profissionais do sexo, de modo que haveria com toda certeza uma reforma no rol dos crimes de lenocínio, alegam também que o Projeto de Lei vai acabar inflando o comércio sexual, utilizando as prostitutas para faturar grandes quantias, sem necessariamente criar políticas públicas para garantir a integridade dessas mulheres. Embora tal projeto seja benéfico ao trabalho das prostitutas, este não foi aprovado, de modo que no Brasil ainda não existe legislação que regule tal pratica.

Nesse panorama, é visível que do mesmo modo que há argumentos favoráveis, há também aqueles que são contrários, pois são muitas questões que exigem discussão, pois há aqueles que digam que a regulamentação da prostituição poderia aumentar o índice de trafico humano, conforme pesquisa realizada pela revista científica "World Development", entretanto, é visível que a regulamentação traria apoio para as pessoas que exercem tal ofício, de maneira que estas teriam onde buscar amparo legal quando tiverem seus direitos violados, pelo menos essa seria a principal intenção da legislação. Além dos países citados anteriormente, outros como a Austrália, Alemanha e Grécia, possuem a prostituição já regulamentada, dando a essas pessoas direitos e garantias, para a prestação de seus serviços.

3 DIREITO PENAL MINIMO

A Constituição Federal traz em seu escopo uma serie de direitos e garantias fundamentais, os quais devem ser resguardados pelo Estado, tal postura exige a criação de mecanismos para que seja possível tal tarefa, dessa forma, é possível verificar uma intrínseca relação entre a Constituição Federal e o Código Penal, uma vez que o segundo deve seguir os parâmetros idealizados no primeiro.

Neste sentido, Janaina Conceição Paschoal (2003, p. 55), entende:

Uma das possíveis formas de relacionar o Direito Penal e a Constituição é tomando esta como limite negativo daquele. Importa dizer que toda criminalização que não desrespeite frontalmente o texto constitucional será admitida, ainda que o valor (ou bem) tutelado não esteja albergado na minalização que a Constituição tenha reconhecido a dignidade do bem a ser protegido pelo Direito Penal. Ou seja, para os partidários da limitação negativa, o Estado pode tipificar condutas atentatórias a valores que não tenham sido reconhecidos pela Constituição, desde que tal criminalização não fira os valores constitucionais.

A autora demonstra uma limitação negativa entre o Código Penal e a Constituição Federal, no sentido de que o legislador é livre na criação de condutas, sendo limitado ao teor da lei maior, não podendo criar normas que contrariam a carta constitucional.

Nesse mesmo panorama, Nilo Batista (1990, p. 90) afirma que:

Em qualquer caso, o bem jurídico não pode formalmente opor-se à disciplina que o texto constitucional, explicita ou implicitamente, defere ao aspecto da relação social questionada, funcionando a Constituição particularmente como um controle negativo (um aspecto valorado negativamente pela Constituição não pode ser erigido bem jurídico pelo legislador).

Olhando dessa perspectiva negativa do Direito Penal frente à Constituição Federal, mesmo que os bens jurídicos não estejam descritos na constituição, a criação de normas é livre, bastando que esta não se oponha ao texto constitucional. Paralelo a este entendimento, há a teoria que coloca a Constituição como um limite positivo ao direito penal. Por esse conceito, o legislador só pode utilizar a tutela penal para a proteção de bens reconhecidos pela Constituição, ou seja, para que seja admitida uma intervenção do Estado, basta que a proteção do bem jurídico esteja prevista na Constituição Federal, não entrando em conflito com a

mesma. Dentro dessa limitação positiva do Direito Penal, Janaina Paschoal (2003, p. 59-60) identifica duas subdivisões, quais sejam a do Direito Penal enquanto ao potencial espelho dos textos constitucionais e a do Direito Penal enquanto instrumento de tutela de direitos fundamentais, se comparadas com a teoria negativa, as subdivisões tentam limitar ainda mais o exercício do poder estatal, quanto à punição de condutas.

Assim sendo, Janaina Paschoal (2003, p. 60-67), a respeito da teoria do Direito penal como potencial espelho da constituição:

Dizer que o Direito Penal constitui um potencial espelho da Constituição significa que todo e qualquer bem ou valor alçado ao nível constitucional pode ser objeto de proteção penal, independentemente de sua natureza ou lugar que ocupe na escala de valores constitucionais. Assim, independentemente das relevâncias de um determinado valor dentro da ordem constitucional, para os adeptos da teoria do espelho, a conduta ofensiva a referido bem pode ser criminalizada.

A respeito da teoria do Direito Penal como instrumento de tutela a direitos fundamentais, a doutrinadora explica:

Dentro da concepção de que a Constituição funciona como um limite positivo ao Direito Penal, existem doutrinadores que defendem não bastar estar albergado pela ordem constitucional para que determinado bem seja digno de tutela penal, fazendo-se necessário que, tal ocorre com a liberdade, o bem a ser penalmente protegido tenha também natureza de direito fundamental.

De tal forma, não basta que exista uma relação entre o bem e a constituição federal, há uma necessidade de que a tutela daquele bem seja relevante, sendo analisado a luz dos princípios contidos na constituição. Seja o limite positivo ou negativo, ambos objetivam a limitação do poder punitivo do Estado.

Em meio a estudos com essa perspectiva, que se criam teorias que possam justificar uma atuação menos intervencionista do Estado, a fim de impor limites na atuação estatal nos interesses pessoais. Nesse sentido que surgiu o estudo da do Direito Penal mínimo.

A teoria do Direito Penal mínimo tem seu escopo formado principalmente nos princípios da intervenção mínima do Estado, proporcionalidade e insignificância, dessa forma, o minimalismo penal seria um meio termo entre o abolicionismo e o Direito Penal Máximo, por isso é chamado também de

abolicionismo moderado, seria uma posição nem tão ausente, mas também nem tão extremo intervencionista do Estado.

Isso quer dizer que a lei penal deve ser aplicada nos casos em que realmente for necessário o amparo de um bem jurídico. Essa regra serve tanto para o legislador que é aquele que faz a lei quanto para o judiciário que se faz aplicá-la, ou seja, assim como o legislativo deve tomar cuidado em regular condutas que mesmo não aceitas, não ferem nenhum direito. O judiciário também deve tomar cuidado ao aplicar a lei em casos em que não há nenhum bem jurídico violado, mas a lei pede a aplicação por questões morais e etc. Por este motivo que Rogério Greco (2011, p. 20-30) chama essa teoria de Direito Penal do equilíbrio, pois trabalha com a ideia de proteção de bem jurídicos relevantes, isso porque o Direito Penal é um mal necessário, muitas vezes a privação da liberdade é o único meio de sanar o problema e essa privação acaba causando muitas consequências dentro e fora da esfera jurídica em que o individuo é envolvido, Sendo assim, só poderia ser utilizado quando realmente for necessário.

Sobre essa afirmação, Paulo Queiroz (1999, s.p) expõe:

Dizer que a intervenção do Direito Penal é mínima significa dizer que o Direito Penal deve ser a ultima ratio, limitando e orientando o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta somente se justifica se constituir um meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. O Direito Penal somente deve atuar quando os demais ramos do Direito forem insuficientes para proteger os bens jurídicos em conflito.

O Direito Penal mínimo em si é uma corrente doutrinária, que diz que o Direito Penal só deve privar a liberdade nos casos em que traz um risco social efetivo. Consiste na descriminalização de certas condutas não muito importantes, possivelmente tais condutas existam para que o Estado tenha um jeito de controlar a sociedade, entretanto este não é seu papel, a teoria do Direito Penal mínimo entende que o Estado não existe somente para controlar as condutas dos cidadãos, e sim para criar regras que indiquem o direito pertencente a cada um e dar a assistência necessária para evitar que esses direitos entrem em conflito.

Tais condutas irrelevantes só servem para abarrotar o judiciário e superlotar o sistema penitenciário, pois as pessoas seriam presas e processadas por crimes que possivelmente a reclusão não seria necessária e talvez eles não deveriam nem ser amparados pelo Direito Penal necessariamente. O artigo 5º da

Constituição Federal traz os bens jurídicos que são tutelados, para o Direito Penal mínimo, o Direito Penal não está em sintonia com a Constituição Federal, esta que é a norma maior e norteia todas as outras infraconstitucionais. A teoria minimalista do Direito Penal, está atrelada ao princípio da insignificância ao qual alude que o Direito Penal não pode se preocupar com condutas incapazes de lesar o bem jurídico ou se lesando, não provocando tanta repercussão.

Mesmo sem uma previsão legal específica, já é possível encontrar julgados com a aplicação do referido tema, ao ensejo, confira o julgamento do *Habeas Corpus* nº 107638, pela ministra Carmem Lúcia:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PENAL. CRIME MILITAR. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. RECONHECIMENTO NA INSTÂNCIA CASTRENSE. POSSIBILIDADE. DIREITO PENAL. ULTIMA RATIO. CONDOTA MANIFESTAMENTE ATÍPICA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. ORDEM CONCEDIDA. CRIME MILITAR

1. **A existência de um Estado Democrático de Direito passa, necessariamente, por uma busca constante de um Direito Penal mínimo, fragmentário, subsidiário, capaz de intervir apenas e tão-somente naquelas situações em que outros ramos do direito não foram aptos a propiciar a pacificação social.**

2. O fato típico, primeiro elemento estruturador do crime, não se aperfeiçoa com uma tipicidade meramente formal, consubstanciada na perfeita correspondência entre o fato e a norma, sendo imprescindível a constatação de que ocorrera lesão significativa ao bem jurídico penalmente protegido. [...] (HC 107638 PE , Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 13/09/2011, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-187 DIVULG 28-09-2011 PUBLIC 29-09-2011.) (grifo nosso)

O Direito Penal mínimo entende que alguns crimes não precisam ser tipificados, pois o judiciário se preocuparia em investigar e julgar casos que não precisavam ser criminalizados, tomando o que poderia gastar com situações verdadeiramente pertinentes. São as situações que ferem um direito fundamental do cidadão que realmente merecem a atenção tanto do legislativo ao criar leis quanto do judiciário ao aplicá-las.

3.1 Princípios Fundamentais do Direito Penal Mínimo

Princípios são valores fundamentais que inspiram a criação e aplicação do Direito Penal e de muitos outros ramos do direito. É necessário ter em mente que na maioria das vezes eles serão anteriores a norma jurídica, ou seja, eles inauguram a ordem jurídica. Existem princípios que já foram positivados pelo ordenamento

jurídico, entretanto também existem alguns que não estão previstos, por exemplo, o princípio da reserva legal que já está consolidado e o princípio da insignificância que não é positivado, mas ambos são amplamente aplicados em casos concretos.

Depois do conhecido neoconstitucionalismo os princípios passam a ter força normativa no ordenamento. Sabemos que até pouco tempo tanto o direito material quanto o processual eram regidos por regras e agora após este fenômeno passam a ser regidos também por princípios, os quais servem de diretrizes e também para potencializar a aplicação da norma. Diante de tal fato, Rogério Greco (2011, p. 62) entende:

Sejam os princípios expressos ou implícitos, positivados ou não, entende-se, contemporaneamente, o seu caráter normativo como norma com alto nível de generalidade e informadoras de todo o ordenamento jurídico, com capacidade, inclusive, de verificar a validade das normas que lhe devem obediência.

Diante disso, é importante saber que os princípios tem o papel de orientar o legislador e o aplicador do direito, no sentido de limitar o poder punitivo do Estado. Neste sentido, podemos observar que as normas que regem o sistema jurídico são também pautadas em princípios, mesmo que não positivados, e a quem lhe é devido obediência, pois são criados em benefício da sociedade, onde o Estado mediante autoria de crime tem o dever de punir, mas esse dever apresenta limites. Assim como as regras, e as teorias que surgem para estruturar a aplicação da norma, o Direito Penal do equilíbrio é norteado por muitos princípios, dentre eles alguns são de extrema importância para o entendimento desta teoria, como veremos a seguir.

3.1.1 Princípio da intervenção mínima

Entrando em uma análise histórica, o princípio da intervenção mínima teve sua origem na França, no ano de 1789 com a declaração universal do homem e do cidadão, que no seu artigo 8º fez constar que a lei só deve prever penas em situações que são estritamente necessárias. A intervenção mínima em análise atual relata que o Direito Penal só pode ser utilizado nas hipóteses que são realmente necessárias, sendo reservado para os casos em que realmente for imprescindível, devido a sua severidade.

Existem alguns princípios que vão merecer nossa maior atenção ao tratar do Direito Penal mínimo, assim como o princípio da intervenção mínima, que segundo Rogério Greco (2011, p. 75) é o coração do Direito Penal do equilíbrio, uma vez que o direito mínimo seria o Direito Penal reservado para os casos em que sua atuação se mostra insubstituível.

Ao doutrinar sobre os princípios constitucionais da intervenção mínima, Luiz Luisi (2003, p. 39) preconiza:

[...] que só se legitima a criminalização de um fato se a mesma constitui meio necessário para a proteção de um determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção se revelam suficientes para tutela desse bem, a criminalização é incorreta. Somente se a sanção penal for instrumento indispensável de proteção jurídica é que a mesma se legitima.

Deste modo, nos casos em que o bem pode ser tutelado por outros ramos do direito, não haverá a atuação do Direito Penal, e o mesmo deverá ser resguardado para as hipóteses em que for necessário seu desempenho. É interessante salientar a relação que há entre o princípio da intervenção mínima e o princípio da reserva legal, haja vista que a intervenção mínima serve como reforço ao princípio da reserva legal, estando eles extremamente interligados.

Para que seja possível entendermos essa ligação é necessário fazer um breve retorno à origem da reserva legal, que foi um marco histórico para a sociedade, preconizando que só poderiam haver punições que fossem previamente tipificadas em lei. É importante frisar que na época em que foi idealizada a reserva legal a finalidade deste princípio fazia todo o sentido para a época, todavia, nos dias atuais, esse princípio, sozinho, tornou-se fraco, haja vista que existem situações que não merecem ser tipificadas, pelo fato de que não há bem jurídico relevante que tenha a necessidade de ser resguardados pelo Direito Penal. Por isso que o princípio da intervenção mínima serve como um reforço para a reserva legal, pois se existem casos que não é necessária à intervenção do Estado, não haverá motivos para criação de tipo penal correspondente.

A doutrina entende que o princípio da intervenção mínima possui dois destinatários, sendo o primeiro o legislador e o segundo o aplicador do direito. Quando se trata da aplicação do princípio ao legislador, a intervenção mínima serve para evitar que ele crie crimes e comine penas quando não se faz necessário. Já quanto ao aplicador do direito, o princípio aduz que mesmo que o legislador tenha

criado um crime e cominado uma pena, não é necessário que a tipificação seja aplicada em todos os casos concretos, pois mesmo que aquele ato seja tipificado, muitas vezes isso ocorreu de forma errônea e equivocada. Muitas vezes a norma tenha sido criada de forma correta, todavia, a sua aplicação dependerá do caso concreto, não podendo ser aplicada de forma desenfreada. Por este motivo, o princípio da intervenção mínima ainda é subdividido em outros dois subtópicos, sendo eles o da fragmentariedade que é ligada ao legislador e subsidiariedade ligada ao aplicador.

O princípio da fragmentariedade, também chamado de caráter fragmentário do Direito Penal, considera o Direito Penal o último grau de proteção do bem jurídico, Isso quer dizer que o Direito Penal só está legitimado a agir quando o bem jurídico não puder ser protegido pelos demais ramos do direito. Com base nisso, é indispensável ter em mente que nem tudo que é ilícito também é ilícito penal, por outro lado vamos perceber que todos os ilícitos penais, vão ser ilícito perante os demais ramos do direito. Por este motivo que o princípio da fragmentariedade se manifesta no plano abstrato, sendo destinado ao legislador, pois no momento de criar um crime e cominar uma pena o legislador terá que fazer um juízo de valor, para saber se criminalizar aquele ato se faz realmente necessário, uma vez que o Direito Penal deverá se preocupar com ofensas realmente graves. Nesse cenário, esse princípio retira do resguardo do Direito Penal, os bens passíveis de proteção de outros ramos do direito, é uma forma de reduzir a intervenção do Estado, devendo ser reivindicado somente nas situações em que os demais ramos não forem suficientes. Este princípio divide a competência na tutela dos bens jurídicos entre os diversos ramos do direito, a fragmentariedade serve para reduzir o raio de abrangência do Direito Penal, possibilitando uma menor intervenção do Direito Penal. Por sua vez, a “fragmentariedade às avencas”, seria a fragmentariedade ao contrario, onde uma conduta que era criminosa pode deixar de ser antijurídica em razão da evolução da sociedade. Por exemplo, o adultério, tendo em vista que a sociedade hoje em dia não precisa mais deste crime, é claro que ele é ilícito, mas ele é resolvido pelo Direito Civil ressaltando novamente que nem tudo que é ilícito também é ilícito penal.

Como foi dito, a intervenção mínima além da fragmentariedade tem uma vertente voltada também para a subsidiariedade, que significa que o Direito Penal de acordo com Nelson Hungria (1983, s.p) é um soldado de reserva, ou seja,

ele deve ser reivindicado quando não couber mais intervenção de nenhuma das outras áreas do direito. Isso ocorre porque o princípio da subsidiariedade se manifesta no plano concreto, por este fato que este é um sub-princípio dirigido aos operadores do direito.

Nesse sentido, a 12^o Vara da Justiça Federal de Brasília, assevera:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PEDIDO DE ARQUIVAMENTO DE PEÇAS DE INFORMAÇÃO. DISCORDÂNCIA DO JUIZ. ENVIO DOS AUTOS AO PROCURADOR-GERAL. DETERMINAÇÃO DA CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO EM MATÉRIA CRIMINAL (POR DELEGAÇÃO DO PGR) DE INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL. INQUÉRITO POLICIAL DERIVADO DE ELEMENTOS DE INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO. RECONHECIMENTO DE AUSÊNCIA DE ILICITUDE NA ESFERA CIVIL. **PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE.** CARÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ILEGALIDADE. RECONHECIMENTO. 1. No âmbito de disciplina do art. 28 do Código de Processo Penal, não há reconhecer, estritamente, apenas as duas únicas previsões de ratificação do arquivamento ou o oferecimento de denúncia. Nada obsta que o Parquet, dadas as peculiaridades do caso concreto, determine o envio/retorno dos autos à Polícia para a complementação das investigações a fim de melhor estabelecer a sua opinio delicti. Na espécie, contudo, havia peculiaridades que tornaram inapropriada a medida. 2. **O Direito Penal deve ser encarado de acordo com a principiologia constitucional. Dentre os princípios constitucionais implícitos figura o da subsidiariedade, por meio do qual a intervenção penal somente é admissível quando os demais ramos do direito não conseguem bem equacionar os conflitos sociais.** In casu, tendo em vista o pronunciamento definitivo do Ministério Público Federal, não se apurando sequer improbidade administrativa por parte do paciente, arquivando-se o inquérito civil público, tem-se que, ab initio, não se justificava a instauração do inquérito policial. 3. Ordem concedida para trancar o inquérito policial federal 1403/2009-4 (2008.34.00.023870-0 - 12.^a Vara Federal de Brasília/DF) (Grifo nosso)

Como já mencionado anteriormente, não é porque o legislador criou o tipo penal incriminador e cominou a ele uma pena que o Direito Penal vai ser aplicado de forma desenfreada, isso significa que, pelo fato do Direito Penal por ser mais rigoroso, só deverá ser aplicado quando for realmente necessário, pois quando o problema prático puder ser resolvido por outro ramo do direito, não caberá à intervenção penal.

Dessa forma, sobre a fragmentariedade e a subsidiariedade, Luiz Luisi (2003, p. 40) entende que:

Tem-se entendido, ainda, que o Direito Penal deve ser a *ratio* extrema, um remédio ultimo, cuja presença só se legitima quando os demais ramos do direito se revelam incapazes de dar a devida tutela a bens de relevância para a própria existência do homem e da sociedade. O Direito Penal, pois, teria uma fisionomia subsidiária, e sua intervenção só se justifica no dizer de F. Munhoz Conde “quando fracassam as demais maneiras protetoras do bem jurídico predispostas por outros ramos do direito.

Sendo assim, é por este motivo que a intervenção mínima busca colocar freios nas partes responsáveis pelos atos mais importantes da norma, que é sua criação e aplicação, evitando a utilização do Direito Penal quando não for primordial, além de evitar que o legislador tipifique condutas que não necessitam da intervenção penal.

3.1.2 Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade decorre da inevitabilidade de punir com maior ou menor grau determinados crimes, ou seja, parte da necessidade do Estado de ponderar a sua atuação na criação e aplicação das normas, dando um equilíbrio na relação entre os direitos individuais com os interesses da sociedade, trata-se de um equilíbrio entre a punição excessiva e a sua ausência. Diante disso, é importante sabermos a finalidade de tal princípio, e com uma ótima definição tem-se o renomado autor Alexandre Magno Fernandes Moreira apud Rede de Ensino Luiz Flavio Gomes (2011, s.p), idealizando que o princípio da proporcionalidade:

Decorrente dos princípios da finalidade, da legalidade e do devido processo legal substantivo, a razoabilidade ou proporcionalidade exige do agente público que, ao realizar atos discricionários, utilize prudência, sensatez e bom senso, evitando condutas absurdas bizarras e incoerentes.

Dessa forma, a proporcionalidade não só existe para evitar que ocorra abuso do Estado ao restringir os direitos e garantias de cada cidadão, mas também para que ele não seja totalmente ausente ao regular às relações. Por este motivo que a doutrina divide o princípio da proporcionalidade em garantismo positivo e negativo.

Adentrando no âmbito histórico deste princípio veremos que a proporcionalidade não é um assunto recente. Na antiguidade já havia doutrinadores que abordavam o assunto, assim como Cesare Beccaria, que foi um dos primeiros a idealizar uma doutrina sobre a ideia de proporcionalidade entre o delito praticado e a pena cominada ao mesmo. Todavia, segundo Greco (2011, p. 111), um marco legislativo importante na ideia da proporcionalidade seria o código de Hamurabi, por ter sido o primeiro a trazer uma regra inicial que tinha como escopo a proporcionalidade com a frase “*olho por olho, dente por dente*”, com isso se determina que não seja permitida uma pena que fosse desproporcional ao crime cometido, pois isso carregaria uma sensação de injustiça. No ordenamento jurídico brasileiro, mesmo não estando expresso na Constituição Federal, existem dispositivos que demonstram a existência do princípio da proporcionalidade, por exemplo, o artigo 37 combinado com o artigo 5º, inciso II, ambos na Constituição Federal.

Como já foi dito anteriormente o princípio da proporcionalidade trabalha com duas vertentes, se baseando no garantismo positivo e negativo. O garantismo negativo se respalda na proibição do excesso, enquanto o positivo a proibição da proteção deficiente, e veremos que o Estado a respeito da proporção, traz equilíbrio na relação entre Estado e cidadão, não podendo criar leis a ponto de ser abusivo nas relações pessoais, mas também não podendo ser totalmente ausente a ponto de deixar de legislar sobre situações que deveriam ser regradas.

A proibição do excesso busca evitar que o legislativo, vá além do necessário, afetando direitos fundamentais. Pode-se usar como exemplo uma situação fática em que um sujeito que pratique o furto de uma bicicleta e, ao ser sentenciado fosse condenado sob pena idêntica ao crime de homicídio pelo fato de ter sido esta a pena atribuída em abstrato pelo legislador. Claramente estaríamos diante de uma enorme desproporção entre a conduta e a pena cominada, causando uma situação extremamente abusiva do Estado perante o cidadão.

Por outro lado, a proteção deficiente consiste na falta de amparo a um direito fundamental. Dessa forma, uma lei que não dá ao direito, o resguardo que lhe é cabido deve ser declarada inconstitucional, pois ela não tutela aquele bem, de acordo com o estabelecido na carta magna. Com isso, se por um lado a proporcionalidade não permite que o Estado seja excessivo ao legislar sobre um direito, ele também não pode consentir que um direito fundamental fique

desprotegido por falta de lei que o resguarde. Desta maneira, André Estefam (2010, p. 125-126) entende que “a proibição deficiente consiste em não se permitir uma deficiência na prestação legislativa, de modo a desproteger bens jurídicos fundamentais”.

A proibição do excesso se torna a vertente mais proveitosa para explicar a aplicação da proporcionalidade aos crimes de lenocínio, pois o garantismo negativo se dirige tanto ao legislativo quanto ao judiciário, procurando diante da esfera penal proteger o direito de liberdade do ser humano contra um excesso do *jus puniendi*, evitando a punição em situações desnecessárias. Fernanda Mambrini (2015, s.p) entende que só seria possível a restrição de direitos fundamentais através dos princípios se houvesse um posicionamento constitucional.

A respeito disso, Robert Alexy apud Mambrini (2015, s.p), afirma que:

Da natureza principiológica das normas de direitos fundamentais decorriam não apenas a restrição e a restringibilidade dos direitos fundamentais em face dos princípios colidentes, mas também que sua restrição e sua restringibilidade têm limites.

Com isso, diante das situações que ocorrem no dia a dia da sociedade existem casos que a regulamentação é imprescindível, entretanto as penas devem ser necessárias e eficientes para a prevenção do crime. Por este motivo que deve haver a proporcionalidade no momento da criação da norma, de modo que o Direito Penal deve regular bens jurídicos importantes, pois é uma área subsidiária do direito pelo fato de ser repressivo, então não é necessário que ele seja mais do que lhe é devido podendo causar muitas dores de cabeça ao Estado. Porém vale ressaltar que ao tomar uma posição para evitar o excesso de proibição, ele não pode ser deficiente quanto à proteção dos direitos fundamentais.

3.1.3 Princípio da adequação social da conduta

A adequação social da conduta é um princípio desenvolvido por Hans Welzel, onde ensina que quando estamos diante de uma conduta em que há uma aceitação social, este seria um motivo para afastar a materialidade desse ato, tornando-o um fato atípico, ou seja, são condutas que são socialmente aceitas e não afrontam o sentimento de justiça.

De acordo com seu idealizador (Walzel,1993, p. 66):

Na função dos tipos de apresentar o 'modelo' de conduta proibida se põe de manifesto que as formas de condutas selecionadas por eles têm, por uma parte, um caráter social, quer dizer, estão referidas à vida social, mas, por outra parte, são precisamente inadequadas a uma vida social ordenada. Nos tipos se faz patente a natureza social e ao mesmo tempo histórica do Direito Penal: assinalam as formas de conduta que se apartam gravemente das ordenações históricas da vida social.

Isto repercute na compreensão e interpretação dos tipos, que por influencia da doutrina da ação causal eram demasiado restritas, enquanto se via a essência do tipo em lesões causais dos bens jurídicos.

Com isso, se o papel do legislador é selecionar as condutas que são importantes a ser reguladas para que seja possível o convívio em sociedade, dessa forma ele estará impedido de criar tipos penais que incriminam atos que são aceitos pela sociedade. A finalidade da lei é evitar que crimes sejam cometidos tipificando condutas relevantes, havendo a tipificação de uma conduta comum na sociedade, o Estado apenas estará submetendo a sociedade ao cometimento contínuo de crimes, uma vez que ela não mudaria seu comportamento pelo simples fato de que a legislador não tomou a cautela necessária para diferenciar condutas que são aceitas daquelas que não são.

É importante frisar a diferença, entre este princípio da adequação social e o princípio da insignificância, sabendo que o segundo se trata também de condutas que não são importantes para o Direito Penal e que não são socialmente aceitas.

A doutrina traz diversos exemplos de condutas que não causam esse sentimento de injustiça nas pessoas, como no caso das mães que furam as orelhas de suas filhas, diante de tal situação estaríamos diante de um crime de lesão corporal, entretanto é uma conduta que a sociedade aceita normalmente, ou seja, são costumes que fazem parte de uma determinada cultura. Todavia vale dizer que mesmo sendo condutas corriqueiras, elas não tem o poder de revogar uma lei, conforme os dizeres do artigo 2º da LIND, somente uma lei pode revogar outra lei. Entretanto, existem condutas que mesmo tendo aceitação social, elas continuam sendo típicas. Por exemplo, a venda de CDs e DVDs piratas, que já foi alvo de discussão diversas vezes no tribunal resultando na edição da sumula 502, que pacificou a tipicidade da conduta mesmo que boa parte do meio social não veja o vendedor destes produtos como um criminoso, é possível perceber que os tribunais

no que tange a certas condutas, não são tão receptivos quanto ao princípio da adequação social.

Sendo assim, o princípio da adequação social abre oportunidade para que o legislador possa legislar sem ultrapassar a barreira da tipicidade, tendo como obrigação verificar se a conduta é realmente inadequada. Com isso, do mesmo modo que o princípio busca evitar a criação de crimes a partir de condutas socialmente aceitas, busca também de modo reverso a revogação de condutas que não são mais reprováveis servindo como instrumento de análise de condutas típicas.

3.1.4 Princípio da insignificância

O princípio da insignificância também chamado também de “criminalidade da bagatela” se originou no direito romano, onde ele surge a partir da frase “*De minimis non curat praetor*”, que significa que o *praetor* não deve se importar com aquilo que é irrelevante.

No início, este princípio era restrito ao campo do Direito Civil se tratando do direito de propriedade, isso porque este era o carro chefe da legislação romana. No entanto chegou um momento, na década de 70, no qual a insignificância foi adaptada no campo do Direito Penal, momento que os doutrinadores se tornaram pacíficos no pensamento de que o Direito Penal não deve se ocupar de condutas insignificantes e incapazes de lesar um bem jurídico.

Este princípio está intimamente ligado com outros princípios como o da intervenção mínima, lesividade e adequação social. Quando ultrapassadas os limites colocados por estes princípios, abre ao legislador a oportunidade para a criação de leis, com isso, a lei não poderá invadir a vida privada do indivíduo, na mesma vertente, o Estado só será acionado quando houver uma lesão a um bem importante gerando uma repercussão geral. Dessa forma, ao cria-las, deverá o legislador colocar em prática a visão minimalista do Direito Penal, sabendo que deve tutelados os bens mais importantes que podem sofrer ataques mais danosos. Isso quer dizer que mesmo que o ato esteja tipificado, quando o bem jurídico não sofre uma lesão, não há justificativa para a intervenção do Direito Penal, se isso fosse possível estaríamos diante de um Direito Penal Maximo, sendo uma legislação extremamente invasiva, devendo o interprete do direito ao analisar uma situação deve enquadrá-la em um raciocínio minimalista do direito.

Nesse sentido, a decisão da segunda turma do STJ, sobre decisão proferida no HC 97048:

E M E N T A: PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGITIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - DELITO DE FURTO - "RES FURTIVA" NO VALOR (ÍNFIMO) DE R\$ 87,00 (EQUIVALENTE A 18,7% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) - DOCTRINA - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - PEDIDO DEFERIDO. O FATO INSIGNIFICANTE, PORQUE DESTITUÍDO DE TIPICIDADE PENAL, NÃO LEGITIMA A ADOÇÃO, CONTRA O AGENTE, DE MEDIDAS DE PERSECUÇÃO PENAL. - O fato insignificante, por constituir evento destituído de tipicidade material, não assume relevo de natureza jurídico-penal, mostrando-se insuscetível, por isso mesmo, de medidas de persecução penal por parte do Estado. Precedentes. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: "DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR". - O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano impregnado de significativa lesividade. - O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. **O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. - O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. - Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. - A aplicação do princípio da insignificância, por excluir a própria tipicidade material da conduta atribuída ao agente, importa, necessariamente, na absolvição penal do réu (CPP, art. 386, III), eis que o fato insignificante, por ser atípico, não se reveste de relevo jurídico-penal. Precedentes. (HC 97048, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 14/04/2009, DJe-118 DIVULG 25-06-2009 PUBLIC 26-06-2009 EMENT VOL-02366-03 PP-00520 (Grifo nosso)**

A insignificância serve como um instrumento de interpretação para que o aplicador analise o caso em concreto verificando se há mesmo um bem jurídico que sofreu um dano relevante ou está risco de dano. Observando que o princípio da

insignificância decorre do funcionalismo penal, a sua base se encontra nas questões de política criminal, adaptando a letra da lei e aplica-la de acordo com os valores sociais, ou seja, é quando a sociedade necessita que aquela lei seja aplicada. Então o princípio da insignificância serve para uma aplicação restritiva da legislação penal, já que o tipo penal tem um alcance muito amplo, assim evitando a banalização, pois a insignificância restringe a aplicação do tipo penal.

Sobre o princípio, é possível ver muitos julgados fazendo jus a sua aplicação, assim como o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. Quando ínfima a quantidade da droga apreendida, agregada às circunstâncias que envolvem a conduta, resta presumido que o fato não tem repercussão na seara penal. No caso não ocorreu efetiva lesão à bem jurídico tutelado, enquadrando-se o fato no princípio da insignificância. NEGARAM PROVIMENTO. (Recurso Crime Nº 71001465376, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Alberto Delgado Neto, Julgado em 26/11/2007)
(TJ-RS - RC: 71001465376 RS, Relator: Alberto Delgado Neto, Data de Julgamento: 26/11/2007, Turma Recursal Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 29/11/2007)

A vista disso, como já foi mencionado anteriormente no princípio da intervenção mínima e proporcionalidade, o Direito Penal é considerado repressivo e serve para evitar que aquela conduta volte acontecer. No entanto só se justifica a sua aplicação nas situações em que há efetiva lesão ao bem jurídico.

Considera-se que no momento em que o legislador, no campo abstrato, decidiu que aquele bem jurídico poderia sofrer lesões e era necessária a criação de uma norma que o protegesse, posteriormente caberia o aplicador do direito, no campo concreto, fazer uma análise sobre a efetividade deste dano mostrando-se necessária ou não a intervenção penal. Vale aludir, que mesmo que a aplicação do princípio da insignificância seja obrigatória em alguns casos, não são em todos que permitem este raciocínio, Rogério Greco (2011, p. 100) menciona como exemplo, o caso do homicídio em que não há como se aplicar este princípio, mesmo que em seu argumento, o autor do crime diga que aquela vítima “não vale nada”, não é possível a insignificância nestes casos, uma vez que bem jurídico que é a vida, sofreu um grave dano.

Existem outros fatos que normalmente se amoldam a lei penal, como furto, consumo de drogas e etc. Podemos imaginar ainda que, uma pessoa entre em uma loja, e subtraia um objeto que custe R\$ 1,00, trazendo esta situação para o

imenso rol de crimes do nosso ordenamento, tal conduta seria tipificada como furto com a aplicação do artigo 155 do Código Penal, todavia, sobre a visão penal esta conduta tipificaria um crime e o autor com toda certeza seria processado, mas o raciocínio que deve ser feito, é se realmente esse ato foi capaz de lesar um bem jurídico de alguém, com toda certeza, nesta situação, a resposta será não, então neste caso aplica-se a insignificância, pois não é uma situação que necessita de amparo jurídico.

Por este motivo que este princípio é considerado por doutrinadores uma causa supralegal, tendo em vista que ele afasta a tipicidade da conduta, mas não traz previsão no ordenamento jurídico. A tipicidade é a soma da tipicidade formal com a tipicidade conglobante. Sendo a tipicidade formal o chamado juízo de adequação do fato a norma penal, dessa forma vai ser avaliado se o fato praticado na vida real se amolda no modelo de crime previsto na lei penal. A tipicidade conglobante se trata da lesão ou o perigo de lesão ao bem jurídico, não bastando o fato se encaixar na norma, ele tem que ser capaz de provocar um dano.

O princípio da insignificância é uma causa de exclusão da tipicidade, pois muitas vezes o fato apresenta a tipicidade formal, mas lhe falta a tipicidade material. O princípio da insignificância traz requisitos para sua existência, sendo ele objetivos e subjetivos, os objetivos são aqueles que dizem respeito a um fato e requisitos subjetivos são aqueles que dizem respeito a um agente. Os objetivos são compostos por quatro requisitos, sendo a mínima ofensividade da conduta, ausência de periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica. Os requisitos são bem próximos um do outro, entretanto o Supremo Tribunal Federal nunca disse qual o significado e nem a diferença e entre cada um desses requisitos.

Os requisitos subjetivos como já foi dito, são ligados ao agente e a vítima, para o Supremo o princípio da insignificância depende da análise das condições pessoais do agente. Com o agente reincidente, com maus antecedentes, com reiteração criminosa, o supremo entende que o agente não pode ser beneficiado pelo princípio da insignificância porque são sujeitos que insistem em violar a lei penal. Já o Superior Tribunal de Justiça entende que mesmo que a pessoa seja reincidente e possua maus antecedentes, como a insignificância torna o fato atípico, e a análise da tipicidade deve anteceder a análise da reincidência e maus antecedentes. Quanto à reiteração criminosa, os dois órgãos são pacíficos no

pensamento de que não há como aplicar a insignificância nesses casos, pois não pode ser agraciado aquele que faz da prática criminosa seu estilo de vida.

Por isso é necessário saber que o princípio da insignificância muito antes de ser um princípio é um instrumento de política criminal, pois a lei é criada de forma abrangente para ter flexibilidade seja possível a sua aplicação entre um caso e o outro. Dessa forma o princípio da insignificância visa não permitir a aplicação tão aberta como descreve a lei, restringindo-a. Pois a lei deve ser aplicada de acordo com os anseios da sociedade, de modo que se a lei penal foi criada para a proteção dos bens jurídicos importantes para que seja possível conviver em sociedade, é impossível fazer um raciocínio imediato que logo a frente levará o aplicador a uma contradição lógica pelo fato determinada conduta “parecer” ofensiva ao bem jurídico, devendo levar em conta que ao analisar a relevância do bem jurídico, isso deve ser observado sob a perspectiva da vítima e não tão somente daquele que aplica a lei.

3.1.5 Princípio da lesividade

Pelo princípio da lesividade idealizado pela frase “*nullum crimen sine iniuria*” (Não há crime sem ofensa ao bem jurídico), salienta a ideia de que não é possível haver crimes nos casos em que não houve um bem jurídico lesado. Ou seja, não há possibilidade de ser classificado como uma conduta criminosa um ato que não houve dano ou não expôs a perigo um bem juridicamente relevante. Leandro Vilela Brambila (2010, s.p), em análise sobre o princípio em tela afirma:

Tal princípio, em suma, determina que o Direito Penal deverá punir o crime se a conduta lesionar ou expor a lesão um bem jurídico penalmente tutelado, haja vista, não ser função do Direito Penal moderno condenar e punir um comportamento visto pela sociedade como imoral ou impuro, como ocorria em diversas regiões na Europa medieval que sancionava o homossexualismo e a prática da prostituição, por exemplo.

Dessa forma, só seria possível existir crime quando a conduta lesa ou no mínimo oferece perigo de lesão ao bem jurídico. Toda vez que se fala em lesão, é necessário ter em mente que existem crimes que podem provocar um efetivo dano ao bem jurídico e crimes que podem oferecer apenas o perigo de dano ao bem, sendo assim uma conduta só pode se tornar um crime válido se houver lesão ou no mínimo o perigo para o bem jurídico.

Sabe-se que bem jurídicos são os valores ou interesses relevantes para a manutenção e o desenvolvimento do indivíduo e da coletividade, é a tutela desses bens que justificam a atuação no Direito Penal. Só que nem todo bem jurídico necessariamente vai se tratar de um bem jurídico penal, apenas aqueles que são mais importantes que vão receber este amparo, nem todo valor que interessa para um todo, também vai interessar para fins penais. No entanto, a dúvida que não quer calar, qual seria o método para a escolha de quais bens jurídicos vão ser acolhidos pelo Direito Penal?

Esta resposta estará fundamentada na teoria constitucionalista do Direito Penal. Desenvolvida na Alemanha, essa teoria anuncia que é a Constituição Federal a responsável por identificar quais são os bens jurídicos que vão receber a tutela penal. Como exemplo a doutrina usa o crime de homicídio, e o porquê ele é uma conduta que sofre reprovação penal. Este ato é crime não só porque está previsto no código penal e sim porque na constituição, de forma mais precisa no artigo 5º *caput*, a vida é um direito assegurado a todas as pessoas. Sendo assim, só seria possível criminalizar uma conduta se houver proteção de um dos valores previstos na constituição.

Vale também ressaltar, que não teria como falar em princípio da lesividade sem mencionar o princípio da exclusiva proteção do bem jurídico. Este princípio determina que a missão do Direito Penal consiste exclusivamente na proteção de bens jurídicos previstos na Constituição Federal, não se destinando a proteger concepções políticas, morais, éticas ou filosóficas, sendo seu papel é o amparo aos bens jurídicos e nada mais.

A doutrina menciona também a espiritualização de bens jurídicos, também chamada de liquefação ou desmaterialização de bens jurídicos, onde relata que no início quando o Direito Penal quando foi criado, a preocupação era apenas o dano a bens jurídicos individuais. Entretanto, com o passar do tempo o Direito Penal passou a ter além do papel repressivo, uma posição preventiva se preocupando também com o perigo de dano ao bem jurídico e não só com o dano efetivo. Com isso fica caracterizada uma antecipação da tutela penal, ou seja, o Direito Penal não fica mais de braços cruzados esperando o dano acontecer para só depois agir, ele age de maneira preventiva. Por exemplo, a incriminação do porte ilegal de arma de fogo, já que ninguém porta uma arma simplesmente para mostra-la a sociedade. Diante disso o Direito Penal busca intervir para prevenir que ocorra um possível

crime. Quando o Direito Penal parou de esperar o dano para punir o perigo pensando nos direitos difusos e coletivos, ocorre a liquefação do Direito Penal.

Ainda assim, deve-se deixar claro que este não é o princípio basilar para a criação dos tipos penais, uma vez que sua criação deverá passar pelo crivo da intervenção mínima, análise do bem jurídico a ser protegido e a posição da sociedade sobre o comportamento a ser desautorizado, sob ameaça de sanção. Sendo assim o princípio da lesividade serviria também como uma direção ao legislador, onde somente as condutas que sofram um dano que possui relevância possa ter amparo do Direito Penal.

3.1.6 Princípio da transcendentalidade ou alteridade

Idealizado por Claus Roxin, o princípio da transcendentalidade ou alteridade, como também é apontado, se trata de uma forma de limitar o poder punitivo do Estado, ou seja, seria uma espécie de limite colocado para que o Estado não intervenha na vida pessoal do cidadão. Em sua essência significa a impossibilidade de punir condutas que não afetem o direito alheio, ou seja, são as condutas exclusivamente internas, incapazes de causar um mal a terceiros, afetando apenas aquele que a pratica.

Conforme assevera Fernando Capez (2012, p. 32), “o fato típico pressupõe um comportamento (humano) que ultrapasse a esfera individual do autor e seja capaz de atingir o interesse do outro. Assim, ninguém pode ser punido por haver feito mal a si mesmo”. Neste sentido, o direito penal não pode tratar de condutas que não ultrapassem os limites individuais do agente, o direito penal só deve atuar sobre condutas que afetem bem jurídicos de terceiros, ou seja, que saia da esfera individual de uma determinada pessoa causando prejuízo também a terceiros, se não houver essa lesão, não há porque promover a atuação do *jus puniendi* estatal. A título de exemplo podemos imaginar alguém que faz ameaças contra outra pessoa apenas no pensamento, tal ato não fere a tranquilidade psicológica daquele que está sendo ameaçado, tendo em vista que tal ato não fora exteriorizado, aquele que estaria em “perigo” não sabe de nada, então não causa um abalo psicológico, sendo assim não fere direitos de terceiros.

A grosso modo, aquele que faz mal a si mesmo não cabe a incriminação, bem como condutas meramente censuráveis incapazes de causar um

dano a outra pessoa. Há quem diga que o crime previsto no artigo 28 da lei de drogas, no qual se trata de posse de drogas para consumo pessoal se trata de um tipo penal indiferente, pois, a luz do princípio da alteridade o uso de drogas para consumo traz um mal apenas para aquele que faz uso do entorpecente.

Destarte, não faz sentido punir aquele que pratica um ato que fere apenas os próprios direitos pertencentes a sua esfera individual. Nesse sentido conforme ensina Roxin, citado por Nilo Batista (2009, p. 91):

Só pode ser castigado aquele comportamento que lesione direitos de outras pessoas e que não é simplesmente um comportamento pecaminoso ou imoral; (...) o direito penal só pode assegurar a ordem pacífica externa da sociedade, e além desse limite nem está legitimado nem é adequado para a educação moral dos cidadãos.

Observando, o conceito e objetivo do princípio da transcendentalidade, percebe-se que esta é uma teoria que anda lado a lado com o princípio da lesividade. Pelo princípio da lesividade – conforme dito anteriormente- o Estado possui o poder de punir os atos juridicamente reprováveis, no entanto, ao criar tipos penais e cominar suas devidas penas, nasce uma limitação, de modo que para ser justificada a punição aquela ação quando praticada deve causar um dano a um bem jurídico relevante. Paralelo a isso, vem o princípio da alteridade que serve para completar este conceito, desse modo, a ação deve causar dano a um bem jurídico, mas esse dano não pode ficar apenas na esfera da personalidade, devendo transcender e afetar o bem jurídico de outrem. Justifica-se que, enquanto o dano afeta apenas aquele que pratica o tipo penal, não cabe intervenção, uma vez que cada um sabe o que fazer da sua vida, cada pessoa desde que tenha completo discernimento sabe quais vão ser as consequências de seus atos. Sendo exatamente por isso que não se pune aquele que se suicida, uma vez que ele sabe que a consequência do seu ato é a possível morte, ninguém responde pela morte daquele que se matou – desde que não tenha instigado, auxiliado ou induzido tal ato- isso porque o ato daquele que se matou não afetou terceiros, somente a ele.

Nesta mesma linha de raciocínio, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (anexo- A), traz uma posição a respeito da alteridade, em uma análise multilateral da finalidade do referido princípio, bem como de outros, em um caso do crime de porte de drogas para o consumo pessoal. Dessa forma, o tribunal entende que o direito penal deve intervir quando há uma lesão a um

bem jurídico relevante – atendendo o princípio da lesividade- contudo essa lesão deve ultrapassar a linha da pessoalidade e adentrar a esfera de outrem, conforme já anteriormente dito. Com isso, a respeito do crime descrito no artigo 28 da lei de drogas, o consumo de drogas afeta apenas aquele que está usando o entorpecente, não afetando o direito de terceiros, essa reflexão busca justificar a intervenção mínima do estado nas relações pessoais.

Com base no exposto, embora não registrado expressamente na lei maior, o princípio da alteridade atuando como limitador do poder estatal tem como um de seus objetivos garantir o direito a liberdade, à vida, igualdade presentes na carta de direitos (artigo 5º da CF), e com isso limitar os arbítrios excessivos do estado.

4 DOS CRIMES DE LENOCÍNIO

Lenocínio, Rufianismo, Proxenetismo ou cafetinagem são todas as denominações usadas para se referir àqueles que, de alguma forma, facilitam a prática da prostituição, ou seja, tornam o desempenho dos serviços sexuais mais fáceis para a prostituta ou que de alguma forma tiram proveito dessa profissão.

De acordo com Nelson Hungria (1983, p. 257-258), este delito vem sendo repreendido desde os tempos mais remotos, onde haviam penas extremamente severas para os agentes da prostituição. Em Roma, por exemplo, a pena cominada alcançava desde os exploradores que obtinham a prática da prostituição como algo profissional, até os maridos que tiravam algum tipo de proveito de esposas, e/ou que não repudiasse a conduta adúltera de sua parceira. Em Atenas a penalidade era bem mais ríspida, penalizando os envolvidos com a pena de morte. Na idade média, o lenocínio esteve presente em várias regras elaboradas por imperadores, na tradição romanística, o conceito de lenocínio foi reformulado para se referir à conduta que deveria obter finalidade de lucro, bem como habitualidade. No entanto, passado os anos, a habitualidade prevista como um requisito para a configuração do lenocínio sofreu variações de acordo com as codificações, algumas legislações previam apenas a habitualidade para a configuração do delito, outras exigiam que, além da habitualidade, também houvesse a intenção de lucro, sendo os dois requisitos juntos entendidos como agravantes especiais.

No Brasil, desde a época colonial, o lenocínio já sofria grande repressão, entretanto, no código penal de 1830 tal delito não tinha previsão, sendo inserido apenas no Código Penal de 1890. O código Penal de 1940 tratou do lenocínio num sentido lato, ou seja, num sentido que pudesse abranger de um modo bastante genérico, todos os aproveitadores da prostituição, dessa forma, todos os crimes previstos nos artigos tinham como objeto a exploração da dignidade sexual. Segundo Nelson Hungria (1983, p. 261-264), o meretrício no Brasil era praticado em locais totalmente reservados, longe dos grandes centros, no entanto, com a intenção de extirpar a prostituição, as prostitutas foram expulsas desses locais, causando um efeito reverso, o qual causou diversas consequências, como o aumento do mercado carnal, estupro, adultério e propagação de doenças.

Neste cenário apresentado pelo autor, em vez de criar mecanismos sociais que pudessem prestar auxílio a essas mulheres, o legislador preferiu criminalizar condutas que pudessem de alguma forma, prestar auxílio em vez de cessar com o comércio sexual. As condutas criminalizadas são denominadas de lenocínio e, de acordo com Cleber Masson (2011, p. 92), pode ser uma figura principal ou acessória. É visto como principal o delito descrito no artigo 227 do Código Penal, mediação para servir a lascívia de outrem. Por seu turno, os demais crimes previstos ingressam no rol do lenocínio acessório. Os crimes de lenocínio, não necessariamente precisam ter fim lucrativo, no entanto normalmente isso ocorre, assim, quando o sujeito ativo age com essa finalidade, o lenocínio será denominado lenocínio mercenário ou questuário

Por fim, é importante ressaltar a localização de tais crimes no ordenamento jurídico, de modo que os crimes de lenocínio estão expostos no título VI, capítulo V, intitulado “Do lenocínio e do tráfico de pessoas para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual”. Em 2005, a lei 11.106 alterou de maneira profunda este título, dando inclusive, uma nova nomenclatura ao capítulo V, onde a justificativa é a mudança dos costumes diante do meio social em que vivemos, uma vez que a antiga redação remetia a realidade do ano em que o Código Penal foi criado em 1940. Uma grande mudança decorre da maneira como se encara a liberdade sexual das pessoas, não fazendo qualquer distinção, comparando inclusive o homem e a mulher no que se refere à proteção de seus costumes, dessa forma, o tráfico de mulheres, passou a englobar tanto homens quanto mulheres.

4.1 Mediação para Servir a Lascívia de Outrem

A criminalização está elencada no artigo 227, ao qual pune aquele que de alguma forma faz “Mediação para servir a Lascívia de outrem”, porém, como se trata do primeiro crime elencado no capítulo V do título XI do Código Penal, doutrinadores como Cleber Masson (2011, p. 94) chamam-no de lenocínio principal, tal delito descreve a seguinte ação:

Art. 227 - Induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem:

Pena - reclusão, de um a três anos.

§ 1º Se a vítima é maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos, ou se o agente é seu ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro, irmão, tutor ou curador ou pessoa a quem esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda:

Pena - reclusão, de dois a cinco anos.

§ 2º - Se o crime é cometido com emprego de violência, grave ameaça ou fraude:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, além da pena correspondente à violência. § 3º - Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa.

O *caput* do delito de mediação para servir a lascívia de outrem pune o ato daquele que sem emprego de qualquer tipo de violência, induz alguém a satisfazer a lascívia de um terceiro, sendo assim, o sujeito ativo é um intermediário para que a vítima satisfaça a lascívia de outrem. Neste cenário, Vitor Eduardo Rios Gonçalves (2011, p. 546), assevera:

Nota-se que, na conduta criminosa em análise, a vítima não é forçada ao ato sexual. Ela é convencida a entregar-se a terceiro ou satisfazer sua lascívia de outra forma qualquer, de modo que eventual relação sexual é consentida. Existem necessariamente três pessoas envolvidas: aquele que induz, a pessoa que é induzida e o terceiro beneficiário do ato sexual. Somente o primeiro responde pelo delito por ter incentivado a vítima a satisfazer a lascívia do terceiro. Este último não comete crime algum. Se, todavia, o agente convence a vítima a satisfazer a lascívia de terceiro, mas, ao chegar no local, esta desiste do ato e o terceiro emprega violência ou grave ameaça para obrigá-la, este responde por crime de estupro.

Essa tipificação seria uma forma de disciplinar a vida sexual das pessoas de acordo com a moral e os bons costumes, embora a prostituição não seja crime. Por se tratar de um crime comum, qualquer pessoa pode praticar este delito, não há qualquer característica específica. Contudo, se este for ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro, ou pessoa que deveria ter dever de cuidado com a vítima, caracterizará a qualificadora prevista no parágrafo primeiro do mencionado artigo. Quanto ao sujeito passivo, não se pede qualquer qualificação especial para este, devendo atenção à primeira parte do parágrafo primeiro do artigo, ao qual cita as vítimas maiores de 14 anos e menores de 18, de modo que se a vítima for menor de 14 anos, o sujeito ativo será punido nos termos do artigo 218 do Código Penal. Ainda sobre o sujeito passivo, a respeito das “pessoas já corrompidas”, alguns doutrinadores, como Fernando Capez (2012, p. 102), entendem que se trata de crime impossível quando no polo passivo, estiver

pessoas já atuantes na prostituição, ou aquelas já corrompidas, tendo em vista que não há necessidade de induzir ou persuadir aquele para satisfazer a lascívia de outrem.

O verbo do tipo é “induzir”, ou seja, o sujeito passivo é convencido, incentivado a servir a lascívia, mas é importante ressaltar que a satisfação deverá ser de um terceiro e não do próprio sujeito ativo, a terceira pessoa deverá sempre ser certa e determinada, caso seja um grupo de pessoa indeterminadas, não será configurado o crime previsto no artigo 227 e sim o do artigo 228 do Código Penal. O crime prevê o dolo genérico, onde o a pessoa tem a vontade livre e consciente de intermediar a satisfação da lascívia, não exigindo habitualidade. O artigo que tipifica a conduta elenca, em seu parágrafo primeiro, três qualificadoras do tipo penal, que dizem respeito idade da vítima e a qualidade do sujeito ativo, de modo que a primeira qualificadora se refere à idade reduzida da vítima, sendo ela maior de 14 e menor de 18 anos, onde essas condições ostentadas pelo sujeito ativo serão comprovadas por meio de documentos, tendo em vista que se relacionam com o estado civil das pessoas, sendo totalmente compatível com a regra descrita no artigo 155 do Código de Processo Penal. A segunda qualificadora descrita no parágrafo trata da situação em que há uma ligação de confiança entre o sujeito ativo e o passivo, sendo ela rompida pelo criminoso, é uma forma de evitar o lenocínio familiar. Por fim a terceira e última qualificadora é justificada nas hipóteses de que a vítima estiver sob cuidados do criminoso, seja prestando auxílio escolar tratamento ou guarda, sendo importante frisar que o sujeito ativo sob essa condição, de acordo com o artigo 92, inciso II do Código Penal, havendo condenação transitada em julgado, acarretará a incapacidade para o exercício do poder familiar, bem como a perda da tutela ou da curatela, tal situação ocorre em todos os delitos descrito neste capítulo do Código Penal.

O parágrafo segundo qualifica as situações em que, na indução, não foi utilizado apenas o convencimento e sim a violência, grave ameaça ou fraude. Nessa situação o legislador prevê a aplicação da regra do concurso material com a pena correspondente a violência. O parágrafo terceiro prevê o lenocínio questuário, no caput do tipo, não importa a finalidade de lucro, mas caso exista essa finalidade, a pena privativa de liberdade do *caput* ou dos parágrafos serão acrescidas da pena de multa. O artigo 234-A traz causas de aumento de pena, nas

situações em que a ação do agente resulta em gravidez ou transmissão de doença venérea.

É necessária uma análise entre os delitos de mediação para servir a lascívia de outrem e o rufianismo, uma vez que ambos demonstram pontos em comum. O primeiro ponto em comum, é que ambos os crimes são modalidade de lenocínio questuário, prevendo o desejo do sujeito ativo em alcançar vantagem econômica com a prestação sexual de terceiros, além disso, o primeiro delito segundo Cleber Masson (2011, p. 100), se trata de um lenocínio principal, quando por sua vez, a segunda modalidade é um lenocínio acessório. Embora existam tais semelhanças, os delitos não se confundem, uma vez que no rufianismo há uma exploração da pessoa prostituída, como também não exige habitualidade, pois o autor dos fatos tira proveito da prostituição alheia. Em contrario senso, o delito de mediação para servir a lascívia de outrem, a vítima exerce a prostituição, a consumação do crime é instantânea no momento em que o agente intermédia a satisfação da lascívia de outrem.

Ademais, o referido delito, assim como todos os outros que serão posteriormente tratados, há uma classificação doutrinária. De acordo com Cleber Masson (2011, p. 98), o delito descrito no artigo 227, é um crime simples, de modo que ofende apenas um bem jurídico. É comum, pois como já foi dito anteriormente, pois, em regra, pode figurar no polo de sujeito ativo, qualquer pessoa, sem qualquer requisito. É um delito que não exige um meio específico para sua execução, podendo ser praticado por uma única pessoa ou por varias.

4.2 Favorecimento da Prostituição ou Outra Forma de Exploração Sexual.

O segundo crime elencado no capítulo V do Código Penal, criminaliza a conduta daquele que de alguma forma favorece a prostituição ou qualquer outro meio de exploração sexual.

Sendo assim, o artigo descreve, que comete o referido delito aquele que:

Art. 228. Induzir ou atrair alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilitá-la, impedir ou dificultar que alguém a abandone:
Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 1º Se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos.

§ 2º - Se o crime é cometido com emprego de violência, grave ameaça ou fraude:

Pena - reclusão, de quatro a dez anos, além da pena correspondente à violência.

§ 3º - Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa.

Nessa cenário, Victor Gonçalves (2010, p. 42) assevera que a finalidade do legislador é evitar a prostituição e os meios de exploração sexual, sendo uma forma de disciplinar a vida sexual em conformidade da moral e aos bons costumes e, com tal ação, evitar também as consequências danosas dessas atividades, como a proliferação de doenças sexuais, abandono dos estudos e etc.

Tal delito pune o agente que convence alguém a se prostituir, dessa forma, a vítima é aquela que ainda não presta serviços sexuais, no entanto, ao ser convencido por alguém decide ganhar a vida prestando tais serviços. Não basta apenas o convencimento, o agente deverá também colaborar para exercício do ofício ou tomar providencias para evitar que a vítima abandone o trabalho. Esta transgressão pode ter como sujeito ativo qualquer pessoa, não há uma qualificação especial para o criminoso, do mesmo modo, tendo em visto que é um crime comum, no entanto, se o agente é ascendente, descendente, padrasto, madrasta, irmão ou irmã, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima ou se alguma forma assume uma obrigação de cuidado com a vitima, recairá sobre a qualificadora presente no parágrafo 1º do artigo 228. O sujeito passivo, podendo ser qualquer pessoa, independente de qualquer qualificação especial, devendo ter idade superior a 18 anos, tendo em vista que, se a vítima for menor de 18, ou que por doença mental ou qualquer enfermidade não tenha discernimento para a prática de tal ato, incidirá o crime descrito no artigo 218-B do Código Penal de favorecimento a prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável. Há na doutrina,

discussão a respeito da poder ou não, figurar como vítima desse crime, pessoas já prostituídas, sobre essa questão, entende Claber Masson (2011, p. 105) doutrina:

Para Guilherme de Souza Nucci, a **pessoa já prostituída** não pode ser considerada vítima do delito. Em suas palavras:

(...) deve-se afastar a possibilidade de considerar sujeito passivo a pessoa já prostituída, por total atipicidade. Como punir, por exemplo, aquele que induz (dá ideia) alguém a prostituição se essa pessoa já está prostituída? A “disciplinada vida sexual”, objeto jurídico do tipo penal, está nitidamente comprometida nessa hipótese, de forma que não se vê razão lógica para a punição do agente.

Com o devido respeito, não comungamos deste entendimento, por uma simples razão. O art. 228, *caput*, do Código Penal contempla os núcleos “impedir” e “dificultar”, ou seja, a pessoa já se encontra no exercício da prostituição, mas o agente obsta ou coloca obstáculos pra seu abandono. É evidente, entretanto, a impossibilidade de induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou facilitar suas praticas em relação a quem já se dedica com habitualidade ao comércio sexual.

Na análise do tipo penal, observa-se a existência de quatro verbos, sendo eles induzir, atrair, impedir ou dificultar. O primeiro está relacionado a instigar ou persuadir a vítima a se entregar a prática da prostituição. O segundo possui quase o mesmo sentido de induzir, de modo que o autor se encontra no local em que a prostituição ocorre, atraindo o sujeito passivo para esse ambiente. Por outro lado, a conduta de facilitar remete aquele que propicia condições para a pessoa já prostituída manter-se nessas condições, se enquadrando nessa conduta aquele agente que instala a prostituta, lhe arranjando clientes e etc. Por fim, no que cabe a ação de impedir de abandonar a prostituição, a vítima que já atua em meio à prostituição e deseja sair deste meio, no entanto é persuadida a permanecer por melhores condições para o exercício do seu trabalho.

Para a configuração deste delito, há necessidade de habitualidade na prostituição, tenha fins lucrativos ou não. Embora a concepção vulgar que temos de prostituição, sendo a atividade em que uma pessoa presta serviços sexuais em troca de dinheiro, à doutrina considera por prostituição, o entregar-se com habitualidade na prestação de serviços sexuais, mesmo que sem a finalidade lucrativa. A consumação deste crime, para as três primeiras figuras típicas, se dá no momento em que a vítima passa a se portar como prostituta ou prostituto, independentemente de ter mantido qualquer relação sexual com algum cliente. Quanto ao verbo impedir de abandonar, vai haver a consumação no primeiro momento em que a pessoa deseja abandonar a prostituição, mas não consegue em razão da atitude do sujeito

ativo. A respeito do rol de qualificadoras, Alessandra Greco e João Daniel Rassi (2010, p. 159), o tipo penal descrito no artigo 228 supre as omissões do artigo anterior, pois este amplia o rol de pessoas que merecem punição.

As figuras qualificadoras presentes no artigo são relacionadas ao sujeito ativo, de modo que o parágrafo primeiro do referido artigo, traz a seguinte hipótese:

Art. 228. § 1º- Se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância:
Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos.

As circunstâncias previstas no parágrafo, podem ser comprovadas por meio de documentos, pois segundo Cleber Masson (2011, p. 108), dizem respeito ao estado civil das pessoas, aplicando a regra contida no artigo 155, §1º do Código de processo penal, que diz “Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil”. Presume-se que nesta situação, há uma relação de confiança, pois o sujeito ativo tem dever de cuidado com o sujeito passivo.

A segunda circunstância qualificadora descrita no parágrafo segundo, qualifica aquele que: “Se o crime é cometido com emprego de violência, grave ameaça ou fraude: Pena - reclusão, de quatro a dez anos, além da pena correspondente à violência”. Diante da ação descrita, a lei descreve uma situação em que necessariamente haverá concurso material obrigatório, uma vez que a lei descreve a um delito que se origina da violência, de modo que inclusive deverá ser somada a pena correspondente à violência sofrida pela vítima. Os meios de execução fazem com que o objetivo do sujeito ativo seja alcançado com mais facilidade, causando maiores danos a vítima. O parágrafo terceiro, trata das situações em que há o proxenetismo lucrativo, onde o sujeito ativo age como a intenção de lucro.

Quanto à classificação doutrinária, Cleber Masson (2011, p.107), trata o crime de favorecimento a prostituição ou outra forma de exploração sexual como um delito simples, pois ofende um único bem jurídico, comum pois pode ser praticado por qualquer pessoa, sem qualquer qualificação especial. Trata-se de um crime causal, pois consuma-se com a produção de um resultado naturalístico, de

modo que deve haver o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual pela vítima. Este delito é aberto, pois admite qualquer forma de execução, podendo ser instantâneo ou permanente. Por fim, em regra é um crime comissivo, unissubjetivo, unilateral ou de concurso eventual, podendo ser cometido por uma única pessoa, bem como também pode ser cometido por várias, além disso, há a possibilidade da conduta ser fracionada em outros atos.

4.3 Casa de Prostituição

O terceiro delito trazido no rol dos crimes de lenocínio e do tráfico de pessoa para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual é o descrito no artigo 229, ao qual elenca o seguinte delito:

Art. 229. Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente:
Pena - reclusão, de dois a cinco anos, e multa.

As casas de prostituição, também chamadas de bordéis, casas de tolerância, lupanares, são os locais, imóveis, onde se explora a prostituição. Neste crime, já uma dupla objetividade jurídica, onde por um lado, se protege a liberdade sexual frente a moral e os bons costumes, e por outro lado a organização da família, onde os atos sexuais deverão ser mantidos dentro do seio familiar. O sujeito ativo é aquele que mantém a casa de prostituição ou local destinado a encontros com fins libidinosos, se a casa é mantida para terceiros, estes também serão sujeitos ativos do crime. É importante frisar que a manutenção de prostíbulo individual não configura o crime, bem como também não figura como sujeito ativo o simples empregado do estabelecimento, que não tem nenhuma intermediação com a atividade da prostituição. Na situação em que uma pessoa aluga uma residência para esta finalidade, este não pratica o delito de manter casa de prostituição, uma vez que não mantém casa para si ou terceiro. Configura no polo de sujeito passivo as prostitutas ou prostitutos, ou aquele que se entrega a prática lasciva. Pode configurar também no polo passivo a sociedade como um coletivo, uma vez que a finalidade do legislador é a preservação da moral e dos bons costumes. O núcleo do tipo indica habitualidade, devendo ficar comprovado que a casa de prostituição

funciona reiteradamente, neste panorama, Cleber Massom (2011, p. 111), assevera:

O núcleo do tipo é “**manter**”, ou seja, sustentar ou conservar estabelecimento em que ocorra exploração sexual. O verbo utilizado indica **habitualidade**, razão pela qual a caracterização do delito reclama a reiteração de atos evidenciadores da estabilidade do comportamento ilícito, ou seja, do estilo de vida contrário à lei adotado pelo sujeito. A habitualidade pode ser comprovada por qualquer meio (testemunhas, confissão, filmagens etc), **não exigindo a instauração de sindicância prévia** pela administração pública, pela Polícia ou pelo Poder Público Judiciário.

Já segundo Alessandra Greco e João Rassi (2010, p.159) “pode ser demonstrada por meio de notificações ou providencias policiais prévias, que possam resultar em flagrante”. Dessa forma, é possível verificar que a comprovação da habitualidade pode se dar de varias maneiras, não havendo qualquer dificuldade para tal. A prova da habitualidade é indispensável para a configuração do delito, dessa maneira, por ser um crime habitual este se consuma com a efetiva manutenção do estabelecimento, demonstrando a reiteração dos atos que possam indicar a finalidade destinada ao imóvel.

É importante ressaltar o conceito de casa de prostituição, dessa forma, entende-se por casa de prostituição, o local destinado a comércio sexual, ou seja, para que se caracterize como casa de prostituição, é necessário que haja locais para a prática do ato sexual com o fim econômico, e que aquele estabelecimento funcione unicamente e exclusivamente com essa finalidade, tendo em vista, que um conceito abrangente abarcaria locais legalmente aceitos, como por exemplo, os motéis, uma vez que este também é um local destinado ao desempenho de atos sexuais, bem como também pode ocorrer de nas dependências deste local pode ocorrer à prostituição.

Nesse panorama, Cezar Roberto Bittencourt (2010, p. 160) afirma:

Para a configuração do delito do art. 229 do Código Penal, em se tratando de comércio relativo a bar, ginástica, etc., é necessária a transformação do estabelecimento em local exclusivo de prostituição. É incensurável, no particular, a conclusão de Nucci, quando destaca: “De todo modo, é preciso provar que o responsável pelo estabelecimento somente o mantém com essa finalidade: facilitação da prostituição. Se o objetivo da casa é diverso, como, por exemplo, oferecer hospedagem (tal como se dá com hotéis e motéis) não há que se falar no delito do art. 229”.

Neste mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça entende:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FAVORECIMENTO À PROSTITUIÇÃO E CASA DE PROSTITUIÇÃO. FATOS ANTERIORES À LEI N. 12.015/2009. TIPICIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO. SÚMULA N. 7 DO STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. **1. Em relação ao delito previsto no art. 229 do Código Penal, com a redação vigente à data dos fatos, a jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que a figura típica somente se configura quando demonstrado que o estabelecimento é voltado exclusivamente para a prática de atos libidinosos mediante pagamento. 2. Deve ser mantida a conclusão firmada na decisão agravada, pois o que se extrai do acórdão proferido pelo Tribunal a quo é que o local não estava destinado exclusivamente à prostituição. 3. No que tange ao crime previsto no art. 228 do Código Penal, também com a redação em vigor no momento dos fatos descritos na denúncia, o recurso especial não foi conhecido porque, para analisar a tese ministerial, seria necessário o revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula n. 7 do STJ. 4. A moldura fática delineada no acórdão proferido pela Corte estadual não descreve a conduta supostamente praticada pelo acusado, a demonstrar de que forma ele facilitava o exercício da prostituição pelas pessoas que trabalhavam no local – por exemplo, evidenciando quais os recursos materiais por ele disponibilizados para desempenho da atividade –, além de não detalhar a conduta que teria sido praticada pelo réu, não indicou que ele haja auferido algum tipo de vantagem (financeira ou não) ao permitir que tais encontros se realizassem em seu estabelecimento comercial. 5. Agravo regimental não provido. (STJ – Resp: 1424233 SP 2013/0402376-4, Relator: ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ. Data de publicação: DJ 18/05/2017) (Grifo nosso)**

Deste modo, não caracteriza para fins penais, os bares, boates onde apenas ocorra encontro entre as prostitutas e seus fregueses. Conforme citado anteriormente, o motel é um local questionável a respeito da configuração ou não deste delito. Dessa forma, analisando o contexto, motel não é um local destinado a o fim sexual, o que há é um desvirtuamento de sua função principal, é necessário que o local seja destinado exclusivamente para o fim de serviços sexuais.

Há discussões na doutrina e jurisprudência a respeito dos locais que possuem alvará de funcionamento. Por óbvio, o poder público jamais forneceria alvará de funcionamento para uma casa de prostituição, no entanto, locais como boates, casas de massagens entre outros lugares, possuem essa autorização. Deste modo, essa autorização, emitida diretamente do poder público, seria ou não, capaz de tornar este as casas de prostituição lícitas.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, através do Recurso Extraordinário RE 75305 GB, entende:

LENOCINIO. CASAS DE PROSTITUIÇÃO. 1) O ALAVARÁ DE FUNCIONAMENTO, CONCEDIDO PELA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA, NÃO EXCLUI A ANTI-JURIDICIDADE DO FATO; 2) DESVIRTUAMENTO, ADEMAIS, DA FINALIDADE DO HOTEL, QUE SE TRANSFORMOU EM PROSTITUTO; 3) RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO, PARA RESTABELECE-SE O ACORDÃO DA APENAÇÃO.

(STF – RE: 75305 GB, Relator: BARROS MONTEIRO. Data de julgamento: 09/02/1973. PRIMEIRA TURMA. Data de Publicação: DJ 16-03-1973 PP)

Assim, determinado lugar que tenha a devida autorização para funcionamento, no entanto, funcione exclusivamente como casa de prostituição, não será isento de penalização. O legislador buscou não dar margens para a criação de casas com finalidade da prestação de serviços sexuais, já que se lugares como este, tiver algum tipo de autorização, esta foi adquirida por meio de fraude, pois, conforme foi dito, esses estabelecimentos jamais teriam qualquer tipo de autorização para funcionamento.

A lei 12015/2009, alterou o título VI do Código Penal, que passou a ser “Dos crimes contra a dignidade sexual”, deixando de ser “Dos crimes contra os costumes”. A mudança feita pela referida lei, fez com que surgissem discussões a respeito da atipicidade do delito descrito no artigo 229, uma vez que este, não acompanha a dinâmica da sociedade, haja vista que o delito está ligado à proteção de bens jurídicos de caráter exclusivamente moral, não afetando a terceiros, a proteção de bens jurídicos não podem ser norteados pelo caráter exclusivamente moral, o Direito penal é a *ultima ratio*, justamente por ser um mecanismo severo, devendo atuar nas situações em que de fato há uma lesão a um bem jurídico.

Por fim, de acordo com classificação doutrinária exposta por Masson (2011, p. 114) do referido crime este se trata de um crime simples, que ofende um único bem jurídico. É comum podendo ser praticado por qualquer pessoa, como também é formal de consumação antecipada ou de resultado cortado, pois se consuma imediatamente com a prática da conduta descrita no tipo penal, sem ser necessária a superveniência de um resultado. O autor também entende que se trata de um crime vago, pois tem como sujeito passivo um sujeito que não possui personalidade jurídica. Em regra, também é um crime comissivo e habitual, onde é necessária uma reiteração do estilo de vida do agente. É unissubjetivo podendo ser

cometido por uma só pessoa, mas admite concurso de pessoas, diante da descrição do tipo, este é um delito plurissubsistente pois a conduta praticada pelo sujeito ativo pode ser fracionada em vários atos. É importante ressaltar, que demonstrada a consumação do delito, nada impede que a autoridade policial prenda o autor dos fatos em flagrante.

4.4 Rufianismo

A finalidade da criminalização do rufianismo é impedir a exploração de pessoas já prostituídas, muito embora a prostituição não seja ilícita, o legislador busca evitar que vivam à custa daquele que se prostitui, com isso, o legislador, no artigo 230, descreve a seguinte conduta:

Art. 230 - Tirar proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º Se a vítima é menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos ou se o crime é cometido por ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou por quem assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

§ 2º Se o crime é cometido mediante violência, grave ameaça, fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vontade da vítima:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, sem prejuízo da pena correspondente à violência.

O rufianismo consiste em se aproveitar da conduta alheia, de acordo com Cleber Masson (2011, p. 116), aquele que explora materialmente quem exerce a prostituição, conseqüentemente fomenta o comércio sexual, se opondo a moralidade pública que deve sempre ser preservada, inclusive no âmbito sexual. No entanto, como a prostituição não é crime, surgem entendimentos a respeito, tendo em vista o direito penal estaria a tutelar caráter meramente morais em contrariedade aos princípios que norteiam o direito penal moderno.

A objetividade jurídica do presente delito é a proteção da moral e os bons costumes da vida sexual, preza pela organização familiar. O sujeito ativo do presente delito pode ser qualquer pessoa sem a necessidade de nenhuma qualificação especial, pois se trata de crime comum, no entanto se o agente estiver

sob as condições do parágrafo primeiro, parte final, do artigo 230, está recairá como uma qualificadora do crime, de modo que estes possuem uma relação de cuidado com a vítima, que será analisado posteriormente. É importante estabelecer a diferença que há entre o rufião e o proxeneta, uma vez que o rufião também é popularmente conhecido como gigolô ou cafetão, e vive da prostituição alheia. Em contrario senso, o proxeneta é uma espécie de intermediador de encontros sexuais de terceiros. Por sua vez, o sujeito passivo é a pessoa que exerce a prostituição sendo explorada pelo sujeito ativo, entretanto, se a vítima é menor de 14 anos, recairá a qualificadora da primeira parte do parágrafo primeiro. No tocante a pessoa vulnerável, recairá sobre o sujeito ativo a penalização do artigo 218-B.

A conduta descrita no rufianismo, de acordo com Fernando Capez (2011, p. 553), citando uma decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, a espontaneidade do oferecimento do sustento por parte da prostituta é indiferente para a configuração do rufianismo. Dessa forma, não depende, para sua existência da concordância ou anuência da vítima, podendo inclusive a iniciativa de dar o sustento ao rufião pode ser partido da própria vítima. Este delito é visto como um crime de ação vinculada, o legislador descreve de quais formas o individuo pode cometer o crime. O proveito pode ser tirado de duas maneiras, participando diretamente dos lucros ou fazendo se sustentar no todo ou em parte dos lucros. A respeito da primeira ação elencada pelo legislador, para Cléber Masson (2011, p. 177), é uma forma autêntica de “sociedade empresarial” com a pessoa prostituída. Pois enquanto a pessoa que se prostitui se vende, o cafetão recebe os lucros, isso ocorre normalmente como um desdobramento da organização dos negócios e da proteção conferida a quem se prostituí, sendo esse um rufianismo ativo. Já a segunda ação prevista pelo legislador, a qual pune aquele que tira proveito da prostituição alheia, fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça, é visto como um rufianismo passivo, pois o agente, muitas vezes é envolvido emocionalmente com a vítima, muitas vezes não participa diretamente dos lucros, porém é sustentado por quem a exerce.

O crime de rufianismo prevê duas modalidades qualificadas, descrita no parágrafo primeiro, conforme já citado anteriormente, a pena será maior se a vítima for maior de 14 anos e menor de 18, ou for ascendente, descendente, cônjuge, irmão, tutor, curador ou pessoa a quem lhe é confiado dever de cuidado. Aqui também será necessário comprovar as condições que qualificam o delito,

através de documentação, reportando também, as regras previstas no artigo 155 do Código de Processo Penal. O parágrafo segundo, qualifica a ação, que para a obtenção do resultado esperado, se dá por meio de violência, fraude, grave ameaça ou outro meio que impeça ou dificulte a manifestação de vontade da vítima. Em relação a violência, a lei impõe um concurso material obrigatório entre o rufianismo qualificado e o crime da violência, somando-se as penas.

Por fim, de acordo com Cleber Masson (2011, p. 119), pela classificação doutrinária do presente delito, trata-se de um crime simples, de modo que ofende um único bem jurídico. Trata-se de um delito comum, podendo ser cometido por qualquer pessoa, sem qualquer qualificação especial, exceto nas condições do parágrafo primeiro, que qualificam o crime. Tendo em vista que sua consumação se dá com o efetivo proveito da prostituição alheia, trata-se de um crime material, tendo uma forma livre, pois admite qualquer meio de execução. Em regra é um delito comissivo, devendo haver uma reiteração de atos indicativos do estilo de vida adotado pelo rufião, podendo ser também, um delito de concurso eventual, de modo que pode ser cometido por uma única pessoa, porém nada impede que exista concurso de agentes. Normalmente é um delito plurissubsistente, uma vez que a conduta pode ter seus atos fracionados.

5 CRIMES DE LENOCINIO SOB A ÓTICA DO DIREITO PENAL MINÍMO

Conforme a sociedade muda, as necessidades e os costumes também acompanham essa mudança, no entanto, dificilmente as normas são capazes de acompanhar essas alternâncias, devido a alguns impasses, como no caso dos delitos de lenocínio, onde a legislação brasileira está enraizada na moral e os bons costumes.

Partindo da premissa de que os crimes de lenocínio decorrem da prática da prostituição, a criminalização das condutas que facilitam a prostituição seria uma forma de reprimi-la sem necessariamente criminalizá-la.

Antes de qualquer coisa, é necessário entender qual é o papel do Direito Penal no meio social como mecanismo para a criação de normas para que seja possível a vida na coletividade. Partindo da vertente que o desenvolvimento das funções estatais é de extrema importância para a organização da sociedade, conforme os grupos sociais crescem é necessários mecanismos que regulem a vida dos cidadãos, é de extrema importância a criação de um poder capaz de preservar os direitos e deveres que ao longo do tempo foram firmados nas sociedades, para que seja possível a convivência entre eles.

Nesse sentido, Milena Chauí (2006, p. 142) afirma:

O Estado se apresenta como origem da sociedade, como um poder capaz de instituí-la a partir do zero. Matéria sem forma, à sociedade vem à existência pela ação criadora do Estado, que lhe dá organização e se põe como centro e sentido dela.

Neste cenário, o Estado seria uma espécie de “ponto de equilíbrio” do meio social, para que seja possível a vida em agrupamento. Levando em conta o número de pessoas que convivem no meio social, o estado utiliza o Direito Penal como uma forma de dizer aos seus cidadãos aquilo que é permitido e aquilo que não é, trata-se de uma intervenção nas relações pessoais a fim de assegurar a ordem e a convivência. Num contexto jurídico, o Direito Penal não é o único capaz de regular condutas, de modo que existem outros meios que também tem esse papel, entretanto, na falha destes, será necessária uma intervenção mais severa, que possa fazer surgir efeitos, protegendo apenas bens relevantes.

Nesse seguimento, Cesar Roberto Bitencourt (2018, p.03.) sobre as características do direito penal moderno, leciona:

Uma das principais características do moderno Direito Penal é o seu caráter fragmentário, no sentido de que representa a última ratio do sistema para a proteção daqueles bens e interesses de maior importância para o indivíduo e a sociedade à qual pertence. Além disso, o Direito Penal se caracteriza pela forma e finalidade com que exercita dita proteção. Quanto à forma, o Direito Penal se caracteriza pela imposição de sanções específicas – penas e medidas de segurança – como resposta aos conflitos que é chamado a resolver. Quanto à finalidade, existe hoje um amplo reconhecimento por parte da doutrina de que por meio do Direito Penal o Estado tem o objetivo de produzir efeitos tanto sobre aquele que delinque como sobre a sociedade que representa.

De acordo com os ensinamentos de Bitencourt, não há sombras de dúvidas sobre a finalidade do Direito Penal como tutor dos bens jurídicos relevantes. Diante do caráter fragmentário, esta é uma forma de limitar a intervenção estatal nas relações, uma vez que este é a última opção na proteção dos bens que o direito entenda relevante, devendo ainda, haver uma violação a um bem jurídico, atingindo terceiros, quando sendo possível a intervenção de outros institutos. No entanto, em relação a alguns tipos penais, isso não ocorre.

Diante desse cenário, a doutrina cria a Teoria do Direito Penal Mínimo, que assevera uma menor intervenção do direito penal nas ações que não apresentam risco relevante a bens jurídicos, bem como não são capazes de justificar a aplicação do direito penal, tendo em vista que por ser este a última *ratio*, é um mecanismo severo, no qual pode privar pessoas de sua liberdade de locomoção.

É notória que a moralidade ainda norteia não totalmente, mas pelo menos uma pequena fração da legislação brasileira. A prostituição, embora ela não seja criminalizada, o Código Penal elenca condutas, que são denominadas acessórias a prostituição. Tais condutas são criminalizadas, como uma forma de garantir a moral e os bons costumes. Na doutrina é possível encontrar com toda certeza argumentos contra e a favor da criminalização das condutas que auxiliam a prostituição.

Nelson Hungria (1983, p.249), ao tratar do assunto, demonstra grande repulsa a toda e qualquer forma de intermediação, dizendo, que aqueles que praticam tal ato:

São moscas da mesma cloaca, vermes da mesma podridão. No extremo ponto da escala da indignidade, porém estão, por certo, os que agem *lucri faciendo* causa: o proxeneta de ofício, o rufião habitual, o “marchante” de mulheres para as feiras de Vênus Libertina. De tais indivíduos se pode dizer que são os espécimes mais abjetos do gênero humano. São as *tênias* da prostituição, os parasitas do vil mercado dos prazeres sexuais. Constituem, como diz Viazzi, um peso morto na luta solidária para a consecução dos fins coletivos.

Diante desse raciocínio, entende-se que o favorecedor da prostituição deve ser punido, justificando tal entendimento na condição de ser dever do Estado acabar com a atividade do lenocínio para que não se propague. Entende ainda que a prostituição é tolerada somente porque é uma fatalidade da vida social. Hungria (1983, p. 260) complementa que seria um erro a incriminação da prostituta, pois mesmo sendo uma atividade deplorável, conforme já tido anteriormente, é um mal necessário. Por sua vez, Guilherme de Souza Nucci (2014, s.p), ao contrario de Nelson Hungria que repudia totalmente a conduta do lenocínio, este considera tal repressão algo injustificável, tendo em vista que se atividade principal que é a prostituição, são é penalizada, porque as atividades acessórias deveriam ser.

No mesmo sentido, de acordo com Silveira apud Flavia Soares (2015, s.p):

Esse contrassenso já era visto por Megzer ao afirmar que “nem toda relação de impudícia deve ser levada em conta, devendo-se ter por dignidade penal apenas as relações que afetem a autodeterminação que venha ter violado sua vontade própria”.

Dessa forma, analisando a prostituição verifica-se não há no ordenamento jurídico brasileiro um tipo penal que a criminalize, embora cause incômodos no meio social durante anos. No entanto, levando em conta a sua realidade social, cada país é livre para adotar sua forma de lidar com a situação. Na Alemanha, segundo Nelson Hungria (1983, p. 267), a tentativa de cessar a prostituição, acabando com os locais em que eram prestados os serviços sexuais, acabou por gerar um efeito reverso, de modo que elas se espalharam pelas cidades. No entanto, diferentemente do Brasil que aconteceu a mesma situação, a

legislação alemã passou a regulamentar as relações jurídicas das prostitutas, acarretando uma melhora na situação econômica delas, conseqüentemente, diminuindo a marginalização, há uma fiscalização do governo, e destinação de expansões próprias para essas atividades.

Infelizmente, o meio adotado pela legislação brasileira é bastante discutida, tendo em vista que o Estado se mostra bastante intervencionista na atuação da prostituição, criminalizando condutas que não ferem os preceitos da coletividade. A aplicação penal exige que se esgotem todos os meios extrapenais que existem, no entanto, no que tange aos crimes de lenocínio, isso não ocorreu, há ainda vários mecanismos a serem explorados.

O Poder Estatal não se permite estudar novos meios que possam resolver tais questões, se houvesse a regulamentação adequada da prostituição, bem como dos delitos de lenocínio, questões como, violência, violação a dignidade da pessoa humana e a ausência do mínimo existencial desses profissionais, poderiam ser melhoradas. A criminalização das condutas de facilitação, apenas abre margens para a falta de proteção dessas pessoas, deixando os profissionais em total desamparo.

A criminalização das condutas que de alguma forma facilitam a prostituição é um verdadeiro paradoxo, pois o legislador proíbe a intermediação de uma atividade que, embora mal vista em tese são permitidas, confundindo a moralidade com direito. Os mecanismos criados para proibir os meios que facilitam a prática da prostituição, é uma forma de “condenar” a prostituição, sem necessariamente à criação de um tipo penal.

Neste panorama, a fim de comentar sobre o crime de rufianismo, Guilherme de Souza Nucci (2009, s.p), trata a respeito da legislação ultrapassada que norteia os crimes de lenocínio, sempre pautada na moralidade. Dessa forma:

Na realidade, não deixa de ser também figura ultrapassada, pois o mundo moderno, inclusive em outros países, tem buscado a legalização da prostituição e, conseqüentemente, do empresário do setor. O rufianismo pode ser uma forma de proteção à pessoa que pretenda se prostituir (conduta não criminoso). Logo, ingressa nesse contexto o moralismo, por vezes exagerado, de proibir qualquer forma de agenciamento ou condução empresarial da atividade. A sociedade olvida o desatino de manter a prostituta nas ruas, sem proteção e vítima de violência, disseminando doenças, dentre outros problemas, em lugar de lhe permitir o abrigo em estabelecimentos próprios, fiscalizados pelo Estado, agenciados por empresários, com garantia tanto ao profissional do sexo quanto à clientela.

O Estado, ao criminalizar o lenocínio, busca proteger a moral e os bons costumes, disciplinando a vida sexual daqueles que fazem parte da coletividade. Entretanto, este ato acaba por colocar em segundo plano aqueles que exercem o meretrício. Nessa perspectiva, é preferível que esses profissionais prestem tais serviços sem qualquer apoio, proteção ou fiscalização, sendo vítimas de violência, sem qualquer direito mínimo para uma sobrevivência digna, a ter que permitir a possibilidade de que seja estabelecida uma política regulamentadora para a prostituição, de modo que a atividade será fiscalizada pelo Estado, onde deverá ser livre a escolha entre querer ser agenciado ou não, mas sempre buscando a garantia da segurança para aqueles que prestam serviços de natureza sexual.

É muito importante frisar que nos crimes de lenocínio elencados no código penal, a vítima, não é forçada a contentar a terceiro e sim convencida, bem como ela presta os serviços sexuais por vontade própria. Os delitos descritos nos *caputs* de cada um dos tipos são bastante genéricos e não são capazes de lesar os direitos de outra pessoa, são atos que afetam aquele que exerce o meretrício dentro da sua esfera individual, não afetando a de outrem. Segundo Bento de Faria (1959, s.p), pune-se o lenocínio como uma conduta acessória à prostituição “tendente a proporcionar, estimular ou facilitar a devassidão ou, particularmente, a prostituição, por meio das práticas que a lei considera eficiente a realização dessa abjetíssima finalidade”. Nesse contexto, a punição das atividades acessórias a prostituição é pelo simples fato de que a atividade principal é mal vista socialmente e como a prostituição em si não é punida, busca-se uma forma de tentar eliminar aos poucos as bases da sua prática, pois na ausência da pessoa que financie, traga clientes ou quem induza alguém a se prostituir, logo pode ser que a pessoa desista desse meio de sobrevivência, eliminando aos poucos essa profissão, sem ao menos se preocupar com a necessidade de políticas públicas a fim de prestar auxílio a esses profissionais. Havendo um grande índice de desigualdade, no sentido de que as oportunidades são diferentes, para alguns não resta outra alternativa se não esta.

O legislador não errou em criar tais tipificações, entretanto o erro se dá no quão invasivo o Estado se torna, criando normas tão abertas, expressando condutas que com toda certeza ocorrem todos os dias, mas que na verdade não precisam de punição e sim de um outro mecanismo de fiscalização, nesse contexto há a necessidade de adequação do Direito Penal, diante da realidade social, pois

estamos diante de condutas que são socialmente aceitas, embora carregadas de imoralidade.

No que tange o crime de manter casa de prostituição, Guilherme de Souza Nucci (2010, s.p), assevera questões que justificam a atipicidade do delito de manter casa de prostituição, nesse sentido:

(...) o objeto jurídico é formado pela moralidade sexual e os bons costumes. O objeto material é a casa de prostituição ou o lugar destinado a encontros libidinosos. Quanto à persistência desse tipo penal cremos dispensável (...). É preciso não fechar os olhos à realidade, pois a prostituição, queiram alguns setores da sociedade ou não, está presente e atuante (...) Com o nome de motel, casa de massagem, bar ou café para encontros (...) criaram-se subterfúgios para burlar a lei penal. Robora-se a permissividade diante do princípio da legalidade, pois os tribunais pátrios não vem condenando os proprietários desses estabelecimentos (...). Não se critica a jurisprudência; ao contrário, deve-se censurar a lei, persistindo em impingir um comportamento moralmente elevado – ou eleito como tal – à vista coletividade através de sanções penais. (...)

Surge à necessidade da adequação da legislação, em tese a lei deveria acompanhar as mudanças sociais para que seja possível sua aplicação, para que a aplicação da norma tenha os efeitos necessários, alcançando os resultados pretendidos. Nesse contexto, em consonância com as palavras trazidas por Nucci, a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, proferida no corpo do recurso de apelação, traz a atipicidade do crime descrito no artigo 229, dessa forma:

APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. CASA DE PROSTITUIÇÃO. ART. 229 DO CÓDIGO PENAL. ATIPICIDADE MATERIAL, AFASTAMENTO DA ILICITUDE DA CONDUTA QUE ADVÉM DA MODIFICAÇÃO DOS PADRÕES DE COMPORTAMENTOS SOCIAIS E MORAIS DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA. CRIMES PREVISTOS NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. SUBMISSÃO DE ADOLESCENTE À PROSTITUIÇÃO E EXPLORAÇÃO SEXUAL. NÃO COMPROVAÇÃO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. – Ainda que a manutenção de casa de prostituição seja conduta típica prevista no art. 229 do Código Penal, há de considerar-se sua atipicidade material, que leva ao afastamento da ilicitude diante do princípio da adequação social, pois que deixou de ser considerada delituosa em decorrência da modificação dos padrões comportamentais da sociedade atual. – caso em que não restou suficientemente comprovadas nos autos a prática do crime imputado às rés, razão pela qual imposta está sua absolvição.

(TJ-RS- ACR: 70046046736 RS, Relator: José Conrado Kurtz de Souza, Data de Julgamento: 09/02/2012. Sétima Câmara Criminal. Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 15/02/2012)

A intervenção mínima prega uma espécie de meio termo do Direito Penal, de modo que este não deverá ser ausente, mas também não se recomenda que o Estado atue de maneira excessiva, devendo apenas criminalizar condutas que não violem apenas direitos da coletividade, o que não ocorre nos crimes de lenocínio.

A eficácia da norma, no que cabem os crimes de lenocínio, é prejudicada em razão de um erro cronológico, de modo que esta atribuindo a um período, pensamentos de outro, a penalização do lenão, não traz nenhuma contribuição para o robustecimento do Estado democrático de direito. A penalização dos delitos de lenocínio nada mais é que um comportamento hipócrita do Estado perante a prostituição institucionalizada.

O corpo social em parte já aprendeu a conviver com o fato de que a prostituição existe, é claro que vai haver uma fração que ainda vai abominar o meretrício e que vai defender criminalização de todas as condutas a ele ligadas, mas a finalidade desse estudo é mostrar que o Estado tem que se mostrar ativo em relação às condutas somente quando for necessário a sua intervenção, como por exemplo, a mediação para satisfazer a lascívia de ontem é uma conduta que ocorre todos os dias e não fere o senso de justiça de ninguém, é considerado algo até que normal. Os delitos de lenocínio são condutas que não oferecem risco a ordem social, sempre ressaltando os casos em que há violência.

Já esta mais que na hora do Estado também tomar uma posição menos radical em relação o lenocínio, uma vez que seria mais inteligente a criação de outros meios para tratar tal assunto, como a regularização da prostituição, dando o mínimo dos direitos sociais para aqueles que exercem o meretrício, onde sua ação só será necessária quando houver a lesão efetiva do bem jurídico.

Nesse cenário, sobre a exploração sexual no que tange a prostituição, Guilherme de Souza Nucci (2014, s.p) ensina:

Em primeiro lugar, a própria prostituição não caracteriza, necessariamente, uma forma de exploração de uma pessoa sobre outra. A prostituição, quando praticada individualmente, é atividade lícita. Cuida-se de uma avença entre cliente e profissional do sexo para a satisfação da lascívia do primeiro mediante pagamento ao segundo. Cada um que visualize como quiser tal relacionamento – se moral ou imoral – mas o Direito não deve intervir. Portanto, conceituar exploração sexual, fora do campo da prostituição, é tarefa inglória. Pode-se argumentar com o uso de fraude para enganar alguém a praticar ato libidinoso com outra pessoa, viciando sua vontade.

O Estado, a partir do momento que atua como estado social intervindo nas relações pessoais evitando abusos deve ser cauteloso para que essa sua intervenção também não seja abusiva. Seria um garantismo negativo, uma vez que o Estado deverá proteger o cidadão dos abusos do seu *jus puniendi*, tendo em vista que a legislação não deve criminalizar uma conduta porque a exercício dela é imoral e sim porque ela fere direitos que cabe a ele cuidar, devendo, essas condutas serem fiscalizadas pro outros mecanismos estatais, menos severos, pois, o Direito Penal, conforme já foi exaustivamente dito, deve se preocupar com condutas relevantes, diante da sua característica fragmentaria, o Direito penal os bens tutelados devem ser bem escolhidos, onde necessariamente devera ficar comprovada lesividade, diante disso, uma pequena parcela de bens deveriam ser tutelados pelo Direito Penal.

Dessa forma, caberá ao legislador, uma reanálise dos crimes de lenocínio, de modo que não estes necessitam de proteção penal. Tomando como base o Direito Penal Mínimo e seus princípios formadores, haverá a necessidade de tutela, os casos que não houver o mínimo de lesividade, observando também a necessidade diante do princípio da proporcionalidade havendo a ponderação da atuação estatal.

No que tange a lesividade, a intervenção deverá ser pautada no grau que se deu a lesão ao bem jurídico relevante, de modo que, deverá ser observada o princípio da insignificância, não cabendo ao sistema penal punir a conduta praticada pelo rufião, tendo em vista que as condutas por ele praticadas afetam a ele próprio, entretanto, no momento que os direitos e garantias daquele que exerce o meretrício for violado pelo ato do sujeito ativo, caberá à intervenção penal, a lesão deverá ser relevante, tendo em vista que o Direito Penal não serve para tutelar coisas pequenas. Nesse sentido, há casos que não justificam a aplicação da norma penal, mesmo que haja lesão ao bem, pois, existem situações que o ilícito pode ser punido por meio de sanções administrativas ou civis.

Analisando essas atividades cuidadosamente, vemos que elas na verdade servem como uma forma de apoio às prostitutas. Tirar esse amparo material de alguém que presta serviços de livre e espontânea vontade e em condições dignas não tendo seus direitos violados, pode levar essas pessoas a uma situação muito pior da qual o Estado acham que elas vivem. A preocupação estatal não deve

pesar nos casos em que ele acha que a dignidade da pessoa pode ser ferida e sim nos casos em que ela é realmente é violada, como nas circunstâncias em que a prostituição é prestada mediante condições abusivas, com o uso de fraude, ameaça e violência, nos casos em que esses profissionais são agredidos, chantageados, que queiram sair dessa situação, contudo não conseguem por conta de ameaças, conforme já previstos nos tipos. Desse modo, é importante dizer que o Direito Penal é findado na subsidiariedade, onde só é autorizado seu desempenho, na falha dos outros ramos do direito. Dessa forma, segundo Rodrigo Roma (2017, s.p), o Direito Penal moderno, fundamentado na noção de constituição, e também na ideia de Estado Democrático de Direito, a proteção dos bens juridicamente relevantes devem se direcionar a intervenção penal, sempre em conformidade com a proteção subsidiária dos bens jurídicos. Diante disso exclui-se a tutela penal de condutas imorais ou contravenções, devendo ser vedada sua criminalização, abrindo margem para outros institutos.

Talvez alguns pensem que a criminalização da prostituição seja a saída perfeita para o fim de todos os “problemas”, mas isso só seria um portal para muitos outros, como a violência que nunca vai ser denunciada, viver em condições precárias a fim de fugir de uma repressão estatal, entre muitas outras consequências.

Foi comprovado por estudos realizados pela anistia internacional que, nos locais em que a prostituição, como um todo, é descriminalizado, 70% das trabalhadoras estão dispostas a denunciar os abusos sofridos, então é evidente que a criminalização da prostituição, através de suas condutas acessórias é apenas um retrocesso da legislação. Além disso, no mesmo estudo a anistia internacional chegou a uma conclusão de que punir a prostituição – o que não é o caso do Brasil - ou as atividades que são relacionadas a ela, tornam essas profissionais mais vulneráveis, a criminalização das atividades corrobora com a marginalização e a discriminação, dificulta o acesso à justiça dessas pessoas. Isso mostra que por mais repugnante que seja a visão da sociedade perante uma profissão, não justifica privar alguém do mínimo exigido para sua sobrevivência e muito menos da sua liberdade.

Sob a vertente do Direito Penal Mínimo, tendo como intento a limitação do poder incriminador do Estado Soberano, de modo que caberia a intervenção do Direito Penal, se for o único meio necessário para proteção de um bem importante.

Dessa forma, quando o legislador acolhe a tese do Direito Penal Mínimo, proibirá a incriminação arbitrária que não tutelam bens jurídicos relevantes. Dessa maneira, observando que atualmente a prostituição é algo aceito nos meios sociais, não há justificativa para a criminalização das condutas acessórias, pois não há tanta repressão social, dessa maneira, de acordo com o princípio da adequação social, tais condutas não afrontam o sentimento de justiça. O Direito Penal Mínimo, juntamente com os demais princípios que lhes dão sustento, justifica que a criminalização das condutas que prestam auxílio a prostituição, não são capazes de ferir nenhum bem jurídico, a não ser a moral e os bons costumes. Entretanto, o Direito Penal, por se tratar de um mecanismo severo, subsidiário, não deveria criminalizar condutas, apenas pautado na moralidade, uma vez que somente esta, não pode ser justificativa para a movimentação do sistema penal, pois isso torna o sistema penal algo simbólico, banalizado e vulgarizado.

Aos poucos são colocadas balizas para a aplicação do tipo penal, excluindo aos poucos as condutas que não são irrelevantes, buscando uma menor intervenção do Estado naquilo que chega até ser considerado “normal” observando a realidade social. Os delitos de lenocínio não ferem direitos alheios e muitas vezes, nem da própria pessoa que exerce a prostituição, não cabendo à aplicação da legislação pela simples imoralidade.

O Direito Penal é um mecanismo rígido, a sua aplicação gera consequências graves na vida do acusado, por isso desde que a pessoa esteja exercendo o meretrício de livre e espontânea vontade e não esteja sofrendo maus tratos, não cabe ao Estado interferir nas atividades acessórias que servem como suporte para o exercício do ofício.

Torna-se realmente necessário a intervenção estatal nas questões que compete às políticas públicas de apoio a essas mulheres e homens que sobrevivem desse ofício. É necessário um raciocínio apontado para a realidade que vivemos hoje, infelizmente o preconceito está presente em todos os cantos, dessa forma, será extremamente difícil à inserção dessas pessoas no mercado de trabalho, uma vez que embora socialmente aceita, a prostituição é mal vista, gerando cada vez mais dificuldades para que deixem tal trabalho. Dessa forma, a intervenção penal nas questões relacionadas aos crimes de facilitação à prostituição não seja a melhor opção, uma vez que essa ação acarretará a miséria em muitas famílias.

6 CONCLUSÃO

O presente estudo possibilitou uma análise aprofundada dos crimes de lenocínio, bem como os preceitos que o norteiam a criação desses delitos, possibilitando uma discussão sobre a real necessidade da existência dos referidos tipos penais no Código Penal.

Todos nós temos direitos que são tutelados constitucionalmente, e é papel do Estado utilizar de todos seus mecanismos para que seja possível o resguardo desses direitos. Diante desse panorama, em meio a fragmentação dos institutos diversos instrumentos disponibilizados, mostra-se o Direito Penal, que por ser um meio mais severo, é um mecanismo subsidiário.

Nesse panorama, observando a finalidade do legislador no momento da criação dos tipos penais que punem os delitos de lenocínio e o atual cenário da prostituição e dos referidos delitos, verifica-se a inutilidade dos tipos penais, de modo que a imoralidade não pode nortear a intervenção penal. Diante disso e de seu caráter subsidiário, o Direito Penal é visto como a *ultima ratio* justamente para não punir condutas que não violem bem jurídico algum, deixando essas situações para outros mecanismos que são disponibilizados. O fato da prostituição ser imoral não permite que o legislativo e nem o judiciário intervenham na prática de atividades acessórias que muitas vezes servem como suporte para que o meretrício seja exercido, visto que a prostituição não é crime e sim uma forma de ganhar a vida.

Muitas pessoas que exercem a prostituição, ao longo de sua jornada da prestação de serviços sexuais não tiveram seus direitos infringidos diante da ocorrência das ações descritas nos delitos de lenocínio. Justamente por esse motivo, preza-se pela aplicação do Direito Penal mínimo, uma vez que as condutas descritas do corpo do tipo são situações que perderam sua finalidade, pois ocorrem de forma corriqueira, são condutas socialmente aceitas e que não ferem nem um preceito social, dessa forma, a moralidade não justifica a atuação de um mecanismo social tão rigoroso.

Isso quer não quer dizer que essas atividades que descrevem os delitos de lenocínio devem ser despenalizadas, muito pelo contrário, no entanto a criminalização é necessária quando a conduta do rufião, do lenão ou do proxeneta violar direitos daquele que exerce o meretrício, a penalização deverá recair nos casos em que o bem jurídico realmente sofreu algum tipo de lesão, conforme

descreve os parágrafos dos delitos, onde o agente age empregando violência ou grave ameaça. O Estado atual deve deixar de lado os costumes pertencentes ao Estado antigo, não punindo um ato que ele pensa violar um direito, pautando-se em religião, crenças e etc.

O Direito Penal não serve para ser uma primeira opção quando algum assunto gera uma pequena discussão, a aplicação penal restringe direitos daquele que é condenado, e só deve ser aplicado quando realmente for necessário, havendo de forma efetiva uma lesão ao bem jurídico.

Nesse sentido, é evidente a necessidade de uma reforma na descrição dos tipos penais, devendo ser observados quais bem jurídicos deverão ser tutelados. De modo que as condutas narradas deverão causar dano efetivo aos direitos daquele que exerce o meretrício, uma vez que todos os tipos penais estão pautados apenas na proteção da moral familiar e nos bons costumes, o que não pode ocorrer quando se trata da aplicação do direito penal, haja vista que deve haver lesividade. Além disso, há na tipificação de tais condutas, uma certa incoerência, pois, observando a atual situação da prostituição, não há nenhum tipo de normatização que a proíba ou permita, de modo que não se justifica a intervenção penal, criminalizando condutas as quais já houve uma adequação social, onde a sociedade, pelo menos em parte, já aprendeu a lidar com a situação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Waldir de. **O Submundo da Prostituição, Vadiagem e Jôgo de Bicho**. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1968

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11^o ed. Rio de Janeiro. Editora Reivan. 1990.

BIBLIA SAGRADA – EDIÇÃO PASTORAL. São Paulo. Editora Paulus. 1990.

BRAMBILA, Leandro Vilela. **No que consiste o princípio da lesividade?**. 2010. Disponível em: <<https://fg.jusbrasil.com.br/noticias/2106131/no-que-consiste-o-principio-da-lesividade-leandro-vilela-brambilla>>. Acesso: 13/05/2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral 1**. 24^o edição. São Paulo, Editora Saraiva. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça- Recurso Especial: 1424233-SP (2013/0402376-4). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/schietti-mantem-absolvicao-oscar-maroni.pdf>>. Acesso em: 24/09/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça- Recurso Especial: 1424233-SP (2013/0402376-4). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/turma-stj-absolve-oscar-maroni-manter.pdf>>. Acesso: 03/10/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Recurso Especial: 75305 GB. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14664516/recurso-extraordinario-re-75305-gb>. >. Acesso em: 03/10/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal STF - HABEAS CORPUS : HC 107638 PE Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20621167/habeas-corpus-hc-107638-pe-stf>>, Acesso em: 07/01/2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. São Paulo: 10^a edição. Editora Saraiva. 2012

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: 15^a edição. Editora Saraiva. 2011.

CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p

CHAUÍ, Marilena. **Cidadania cultural: O direito à cultura**. São Paulo. 1^o edição. Fundação Perseu Abramo. 2006.

- ESTEFAM, André. **Direito Penal- parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ESTEFAM, André. **Direito Penal- V3: Parte especial (arts: 184 a 285)**. São Paulo. Saraiva. 2013.
- FARIA, Antonio Bento de. **Código penal brasileiro: comentado : Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Rio de Janeiro Record, 1959.
- FARLEY, Melissa; HOWARD, Berkan. **Prostitution, violence and posttraumatic stress disorder**. 1998. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/9698636>>. Acesso em: 24/04/2018
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio**. Positivo, 2010.
- GOMES, Rede de Ensino Luiz Flávio. **Princípio da proporcionalidade ou razoabilidade**. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2532448/principio-da-proporcionalidade-ou-da-razoabilidade>>. Acesso: 06/05/18
- GONÇALVES, Reiner. **A prostituição na Antiguidade**. Disponível em: <<https://historiadomundo.uol.com.br/idade-antiga/a-prostituicao-na-antiguidade.htm>>. Acesso:19/09/2018.
- GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal esquematizado: parte especial**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual aos Crimes contra a administração**. Editora Saraiva. 15^o edição. 2011
- GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. RASSI, João Daniel. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. São Paulo. Editora Atlas 2010
- GRECO, Rogerio. **Direito Penal do equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.
- HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal . V. I, Tomo II**. São Paulo: Forense 1983.
- LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2^o edição. Revista aumentada. 2003.
- MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado. Parte Especial. Vol. 3**. São Paulo. Editora Método. 2011.
- MORAES, Evaristo de. **Ensaio de Patologia Social**. Rio de Janeiro, Leite Ribeiro, 1921.
- MORAES, Evaristo de. **"Prostituição e Infância" In Primeiro Congresso Brasileiro de Proteção à Infância**". Rio de Janeiro, Gráfica Editora, 1925.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. Vol. 1 e 2.** 8º Edição. São Paulo. 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual: comentários a lei 12015, de 7 de agosto de 2009.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado.** São Paulo. 10ª Edição. Editora São Paulo. 2010.

QUEIROZ, Nana. **Breve história da prostituição: da puta sagrada à devassa pecadora.** Disponível em: <<http://azmina.com.br/2017/03/breve-historia-da-prostituicao-da-puta-sagrada-a-devassa-pecadora/>>. Acesso: 20/12/2017.

QUEIROZ, Paulo. **Sobre a Função do Juiz Criminal na Vigência de um Direito Penal Simbólico.** IBCrim, nº 74, 1999)

ROBERTS, Nickie. **As prostitutas na Historia.** Rio de Janeiro. Record: Rosas dos Tempos. 1992.

RODRIGUES, Marlene Teixeira. **A prostituição no Brasil Contemporâneo: Um trabalho como outro qualquer?** Vol 12. Revista Katál. Florianópolis. 2009.

ROMA, Rodrigo. **Sociedade de risco e bem jurídico-penais transindividuais: argumentos favoráveis à legitimação no contexto social complexo.** 1º edição. Rio de Janeiro. Gramma. 2017.

RUDOLFO, Fernanda Mambrini. **Proporcionalidade: Do excesso de proibição e da proteção deficiente.** Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/leitura/proporcionalidade-do-excesso-de-proibicao-e-da-protecao-deficiente.>>. Acesso em: 04/05/18.

SOARES, Flavia. **Lenocínio.** 2015. Disponível em: <<https://flavinhajp27.jusbrasil.com.br/artigos/310612369/lenocinio?ref=serp.>>. Acesso em: 11/09/2018.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul TJ-RS - Recurso Crime: RC 71001465376 RS Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8042379/recurso-crime-rc-71001465376-rs>>. Acesso em: 12/05/2018

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul TJ-RS - Apelação Crime: ACR 70058420621 RS Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/119316347/apelacao-crime-acr-70058420621-rs>>. Acesso em: 14/05/2018.

Tribunal de justiça do Rio de Janeiro TJ-RJ- APELAÇÃO CRIMINAL: APR 00452641720128190066 RJ 0045264-17.2012.8.19.0066. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/167906689/apelacao-criminal-apr-452641720128190066-rj-0045264-1720128190066>>. Acesso em: 23/09/2018

Tribunal de justiça do Rio Grande do Sul TJ-RS- APELAÇÃO CRIMINAL: ACR: 70046046736 RS. Disponível em :<<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21238079/apelacao-crime-acr-70046046736-rs-tjrs/inteiro-teor-110292865?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 12/10/2018.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Santiago: Jurídica do Chile, 1993.

Disponível em: <<https://www.bibliaon.com/prostituicao/>>. Acesso em: 20/12/2017.

Disponível em: <<http://www.virgula.com.br/album/comportamento/prostituicao-veja-quais-paises-legalizaram/#img=1&galleryId=223606>>. Acesso em: 20/12/2017.

Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/1243/Lenocinio>>. Acesso em: 22/12/2017.

Disponível em: <<http://azmina.com.br/tag/prostituicao/> >. Acesso em: 22/12/2017>

Disponível em: <<http://azmina.com.br/2017/03/por-que-os-homens-pagam-por-sexo/>>. Acesso em: 28/12/2017.

Disponível em:
<https://brasil.elpais.com/brasil/2016/05/25/internacional/1464193965_020273.html>. Acesso em: 28/12/2017.

Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/os-mitos-e-as-verdades-da-prostituicao-do-lenocinio-e-do-traffic-de-pessoas-em-breves-linhas/12984>>. Acesso em: 28/12/2017.

Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-01881998000100012>. Acesso em:05/01/2018.

Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=wVG8UbeF4zQ>>. Acesso em: 05/01/2018.

Disponível em:<<https://www.youtube.com/watch?v=lqBXepFidiM>>. Acesso em: 05/01/2018.

Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=8dGYi0qiefU>>. Acesso em: 05/01/2018.

Disponível em: <http://www.mtecbo.gov.br/cbsite/pages/home.jsf>>. Acesso em 07/01/2018.

Disponível em:
<<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=CASA+DE+PROSTITUI%C3%87%C3%83O+-+ART.+229+DO+C%C3%93DIGO+PENAL>>. Acesso em: 07/01/2018.

Disponível em: <<http://www.direitopenalemcontexto.com.br/posicionamento-stj-crimes-de-lenocinio/>>. Acesso em: 07/01/2018.

Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/schietti-mantem-absolvicao-oscar-maroni.pdf>>. Acesso em: 07/01/2018.

Disponível em: <<https://gersonaragao.jusbrasil.com.br/artigos/221391951/o-que-e-direito-penal-minimo>>. Acesso em: 08/01/2018.

Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=xuFMt8HJoA8>>. Acesso em: 08/01/2018.

Disponível em:
<<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/17231/000711590.pdf>>. Acesso em: 08/01/2018.

Disponível em:
<http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2011/11/111104_perfil_prostituicao_ai>. Acesso em: 08/01/2018.

Disponível em: <<https://www.publico.pt/2007/12/19/jornal/prostituicao-legalizar-ou-abolir-242075>>. Acesso em: 09/01/2018.

Disponível em:
<https://brasil.elpais.com/brasil/2016/04/07/internacional/1460050306_463588.html>. Acesso em: 09/01/2018.

Disponível em: <<https://www.publico.pt/2007/12/19/jornal/prostituicao-legalizar-ou-abolir-242075>>. Acesso em: 09/01/2018.

Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mai-30/guilherme-nucci-prostituicao-ato-licito-stj-reconheceu-isso>>. Acesso em: 09/01/2018.

Disponível em:
<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5233>. Acesso em: 09/01/2018.

Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/geral-41499284>>. Acesso em: 09/01/18.

Disponível em:
<<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dimenstein/imprescindivel/semana/gd210703a270703.htm>>. Acesso em:09/01/2018.

Disponível em: <<https://rodrigocastello.jusbrasil.com.br/artigos/121936751/principio-da-fragmentariedade-no-direito-penal>>. Acesso em:12/05/2018.

Disponível em: <<https://fabriciocorrea.jusbrasil.com.br/artigos/121941725/novas-sumulas-penais-do-stj-500-501-502>>. Acesso em:13/05/2018.

Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2153759/o-que-se-entende-pelo-principio-da-adequacao-social-denise-cristina-mantovani-cera>>. Acesso em: 13/05/2018.

Disponível em: <<https://ferreiradepaula.jusbrasil.com.br/artigos/392212361/principio-da-adequacao-social>>. Acesso em: 13/05/2018.

Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,principio-da-adequacao-social,38078.html>>. Acesso em: 13/05/2018.

Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121928188/o-que-se-entende-por-principio-da-adequacao-social>>. Acesso em: 13/05/2018.

Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6823>. Acesso em: 13/05/2018.

Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10582106/artigo-244-da-lei-n-8069-de-13-de-julho-de-1990>>. Acesso em: 23/09/2018.

Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,aplicacao-do-principio-da-insignificancia-em-relacao-ao-crime-de-porte-de-drogas-para-consumo-proprio-art-28-d,589208.html>>. Acesso em: 24/09/2018.

Disponível em: <<https://www.tribunapr.com.br/noticias/mundo/mundo-tem-42-milhoes-de-pessoas-na-prostituicao/>>. Acesso em: 10/10/2018.

Disponível em: <<https://dialogospelaliberdade.com/2017/07/14/legalidade-da-prostituicao-no-mundo/>>. Acesso em: 10/10/2018.

Disponível em: <<https://pt.euronews.com/2017/03/28/amesterdao-novo-modelo-de-negocio-para-a-prostituicao-entra-em-vigor-em-maio>>. Acesso em: 10/10/2018.

Disponível em: <<https://examedaoab.jusbrasil.com.br/noticias/378596728/entenda-o-projeto-de-lei-de-regulamentacao-da-prostituicao>>. Acesso em: 11/10/2018.

Disponível em:
<<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2016/10/28/Regulamenta%C3%A7%C3%A3o-da-prostitui%C3%A7%C3%A3o-no-Brasil-a-proposta-as-cr%C3%ADticas-e-poss%C3%ADveis-cen%C3%A1rios>>. Acesso em: 11/10/2018.

Disponível em: <<http://moonbh.com.br/15-paises-que-liberaram-a-prostituicao-e-voce-nao-sabia/>>. Acesso em: 11/10/2018.

Disponível em: <<https://www.delas.pt/de-como-a-prostituicao-se-tornou-na-mais-moderna-profissao-do-mundo-a/>>. Acesso em: 11/10/2018.

Disponível em: <https://anistia.org.br/entre-em-acao/doacao/todos-os-dias-alguem-recebeapoiodaanistiainternacional/?utm_source=googleadwords&utm_medium=AdwordsDoeAgora&utm_content=DoeAgoraGenerico>. Acesso em: 13/10/2018.

Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/63063/aplicacao-do-principio-da-insignificancia-no-crime-de-roubo>>. Acesso em: 14/10/18.

Disponível em: <<https://ebradi.jusbrasil.com.br/artigos/596147970/quais-sao-os-vetores-do-principio-da-insignificancia.>>. Acesso em: 24/10/2018.

Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/28482/o-principio-da-insignificancia-e-o-stf>>. Acesso em: 25/10/2018.

Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/63063/aplicacao-do-principio-da-insignificancia-no-crime-de-roubo>>. Acesso em: 25/10/2018.

ANEXO A- DECISÃO PROFERIDA PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO.

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO RECORRIDO: ADANIL VITOR DA SILVA - DEFENSORIA PÚBLICA EMENTA: ART. 28 DA LEI 11.343/06 - APELAÇÃO - APREENSÃO DE QUANTIDADE ÍNFIMA DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE DESTINADA A CONSUMO PRÓPRIO DO RÉU - ATIPICIDADE DA CONDOTA DIANTE DA INCONSTITUCIONALIDADE DESSA NORMA INCRIMINADORA - CONDOTA GARANTIDA PELO DIREITO À VIDA PRIVADA E À INTIMIDADE (ART. 5º, X, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA)- AUSÊNCIA DE LESIVIDADE A BEM JURÍDICO RELEVANTE - APLICABILIDADE TAMBÉM DOS PRINCÍPIOS DA INTERVENÇÃO MÍNIMA E DA INSIGNIFICÂNCIA. SENTENÇA DE ABSOLVIÇÃO QUE SE MANTÉM. VOTO Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público (fls.24), objetivando a reforma da sentença de fls. 21/23 que absolveu sumariamente o acusado, que foi denunciado pelo cometimento do delito capitulado no art. 28 da Lei 11.343/2006, por ter sido flagrado com 10g (dez gramas) de cannabis sativa L, conhecida como maconha (fls. 19/20), por entender inconstitucional o artigo 28 e atípica essa conduta de trazer consigo droga para consumo próprio, com base no artigo 397, inciso III, do CPP. Sustenta o apelante em suas razões acostadas às fls. 25/39, a tipicidade e constitucionalidade da norma incriminadora em questão, bem como a inaplicabilidade à hipótese do princípio da insignificância, conforme vários julgados já proferidos, tanto pelo STF quanto pelo STJ. No mesmo sentido, ademais, seria o entendimento nas Turmas Recursais Criminais, especialmente neste Estado, sendo transcritos vários julgados. Por fim, ataca os argumentos metajurídicos da sentença aduzindo que estes embora verdadeiros e relevantes são afetos ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo. Portanto, requer seja conhecido e provido o recurso reformando a sentença que absolveu sumariamente o acusado para que tenha regular desenvolvimento o processo penal em questão. O recurso foi recebido às fls. 41, depois de certificada a sua tempestividade (fls. 40). As contrarrazões do recurso, firmadas pela Defensoria Pública, vieram às fls. 53/680, sustentando, a atipicidade da conduta de porte de droga para uso próprio na hipótese dos autos, pela aplicação do princípio da insignificância, segundo vários arrestos do STF que também indica. Requer, pois, o desprovimento do recurso do Ministério Público. A Defensoria Pública em

atuação perante este Conselho Recursal reiterou as "doutas razões de apelação de fls.53 e seguintes" sic (cota - fls. 73). O Ministério Público em atuação no Conselho Recursal sustentou a tipicidade da conduta imputada ao autor do fato, sob o fundamento de que o direito à privacidade não é absoluto, especialmente quando colidente com o princípio da proteção à saúde pública, também adotado pela nossa Constituição Federal. Assevera que o bem jurídico tutelado na tipificação do uso de entorpecentes não seria a saúde individual da pessoa, enquanto usuário de drogas, mas sim a proteção à saúde pública, sendo também inaplicável o princípio da insignificância citando recente decisão da Primeira Turma Recursal nesse sentido, pelo que pugna pelo conhecimento e provimento do apelo, para reforma da decisão recorrida (fls. 75/82). É o relatório. Trata-se, como anotado, da imputação da conduta descrita no art. 28 da Lei 11.343/06. É sabido que a questão atinente à tipicidade da conduta do usuário de entorpecentes não cessa de gerar controvérsias, suscitando os mais acirrados debates, com vasta argumentação tanto daqueles que asseveram que esse atuar é criminalizado em nossa sociedade, como entre os que sustentam o entendimento oposto. Tal fato se deve não só à natural complexidade da matéria, que envolve uma enorme gama de aspectos, mas também à falta de clareza da própria lei que a rege, revelando que o legislador permaneceu indeciso quanto ao caminho efetivamente adotado no que se refere ao mero usuário de drogas, ora parecendo realmente descriminalizar a sua conduta, já que afasta a possibilidade de pena privativa de liberdade e acentua o caráter terapêutico da abordagem, ora tratando-a como delito, por autorizar a persecução penal e a imposição de penalidades, ainda que diversas da prisão. Apesar da atenção que vinham despertando os argumentos dos que há muito sustentam a atipicidade dessa conduta, ainda vínhamos nos filiando à posição majoritária dos nossos Tribunais no sentido de proclamar a relevância do aspecto penal desse atuar, especialmente enquanto não julgado pelo Supremo Tribunal Federal o RE 635659 RG / SP - SÃO PAULO, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, no qual já se reconheceu, em 08/12/2011 (DJe-050 - DIVULG 08-03-2012 - publicado em 09-03-2012), a existência de repercussão geral na questão em debate nesse recurso, que versa sobre a constitucionalidade de dispositivo da Lei de Drogas que tipifica como crime a posse de entorpecentes para consumo próprio, sendo a matéria discutida à luz do inciso X do artigo 5º da Constituição Federal, que assegura o direito à intimidade e à vida privada. O reconhecimento da repercussão

geral pelo STF não implica, no entanto, em julgamento imediato do feito que mesmo com tratamento prioritário ainda pode aguardar vários anos até que seja efetivamente apreciado. Entrementes, o amadurecimento desse debate em âmbito mundial e também em nossa sociedade vem conduzindo a um salutar esclarecimento de aspectos fundamentais ao tema e contribuindo para a desmistificação da abordagem que era dada à matéria, o que nos impõe, agora com inafastável urgência, a revisão dessa cômoda posição majoritária que então adotávamos. Com efeito, até mesmo as premissas fáticas até então aceitas, como as que asseveravam somente os malefícios de algumas substâncias entorpecentes, especialmente a cannabis sativa aqui conhecida como maconha, não se demonstram mais sustentáveis, como aquelas que afirmavam que os princípios ativos conhecidos da cannabis, especialmente o THC (tetrahydrocannabinol), seriam capazes de causar somente danos à saúde, dependência química e levar ao consumo de outras drogas mais nocivas. Hoje se pode afirmar que é fato público e notório, já que noticiado diariamente nos meios de comunicação, que vários estudos científicos respeitáveis e prestigiados dão conta de que outras substâncias psicoativas ou psicotrópicas lícitas, sendo as mais conhecidas o álcool e a nicotina (esta especialmente quando combinada com centenas de substâncias químicas que potencializam os seus efeitos, como ocorre nos cigarros comuns), são imensamente mais nocivas à saúde e causam maior dependência física (química) e psíquica do que a maconha, cujos benefícios terapêuticos, por outro lado, têm sido realçados, sem que se esqueça com isso que o seu uso abusivo causa danos, como ocorre, aliás, com qualquer substância, e não só com as entorpecentes. Além disso, o tratamento essencialmente militarista e repressor dado à questão em nosso país por inspiração da política antidrogas norte americana adotada em meados do século passado é hoje seriamente questionado e revisto até pelos EUA no seu âmbito interno, tanto que vários Estados já legalizaram o uso da maconha, seja para fins medicinais (19 Estados, sendo que o último foi o de Nova York), especialmente para pacientes com câncer, glaucoma, epilepsia e até insônia ou dores nas costas, como ocorre na Califórnia, seja para os meramente recreativos (Colorado e Washington). Nestes, o consumo de pequena quantidade, algo em torno de até 30g (trinta gramas), é permitido para maiores de 21 anos. Vários outros países também têm seguido esse mesmo caminho de legalizar o uso medicinal e/ou recreativo da maconha, como é caso de Portugal, Espanha, Canadá, Uruguai,

Holanda e Israel, tudo à consideração de que os benefícios superam os malefícios e a sua mera proibição, a par de indistintamente hipócrita, só tem contribuído para o aumento do seu uso e da criminalidade que ronda uma atividade clandestina. A nossa realidade, de fato, tem imposto a constatação de que essa política criminalizadora, que destina vultuosíssimos recursos econômicos e humanos na chamada "guerra às drogas", não tem apresentado eficácia e o crescimento do narcotráfico e dos crimes a este correlatos tem sido constante, mesmo com as nossas prisões cada vez mais abarrotadas de pessoas, em regra extremamente humildes, ligadas em maior ou menor grau a essa lucrativa atividade, que vem intensificando o recrutamento de menores de idade, facilmente cooptados justamente pela sua completa marginalização diante da ausência de alternativas, tudo decorrente da inexistência de políticas públicas mínimas de prevenção, educação, tratamento e inserção. Esse quadro nos remete à advertência de que "pensar eticamente a questão das drogas é tarefa urgente no contexto do moralismo ditatorial, que tem validade como falsa consciência, a idéia de uma verdade aceita por todos e que vige apenas porque repetida, sustentando as coisas como elas são"¹ Os operadores do direito penal, no entanto, de forma ainda majoritária, em verdadeira blindagem a qualquer discussão sobre o tema, têm preferido se ater ao aspecto formal consagrado pela legislação em vigor para continuar asseverando a tipicidade de conduta como a ora em exame - trazer consigo quantidade ÍNFIMA de substância entorpecente para uso próprio - simplesmente porque a lei (integrada por regulamento administrativo) arbitrariamente assim dispõe, como se nessa esfera jurídica o exame mais acurado dos fatos e a ética também não fossem fundamentais. Tal posição, a nosso sentir, a par de ignorar a própria realidade, não atenta também para outro aspecto essencial ao tema, qual seja, o de que uma conduta somente pode ser considerada típica, atraindo a incidência do Direito Penal, quando além de se amoldar a determinado tipo penal sob o ponto de vista formal, também apresenta relevância material ou normativa, ou seja, ofende, ainda que minimamente, algum bem jurídico importante e de terceiro. A potencialidade de dano deve, portanto, ser ao menos concreta e real, já que o perigo abstrato só legitima a criação de tipos penais para a defesa de direitos/bens jurídicos coletivos ou difusos quando o risco de determinadas atividades é por demais elevado, como é o caso, por exemplo, das atividades nucleares e outras que possam por em risco o meio ambiente, os consumidores, a

ordem econômica. **O princípio da ofensividade ou lesividade, adotado pela nossa Constituição de 1988 (art. 5º, XXXV), relaciona-se com os princípios da intervenção mínima e da alteridade. Tanto que o princípio da intervenção mínima constitui parâmetro inafastável na eleição dos tipos penais, pois somente os bens mais importantes podem ser selecionados para fins de proteção pelo Direito Penal, que é por natureza fragmentário e subsidiário, estando legitimado a intervir como ultima ratio, somente quando fracassam os outros modos de proteção a bens jurídicos tutelados, o que deriva, por sua vez, do princípio do Estado Democrático de Direito.** A própria Declaração Universal de Direitos do Homem e do Cidadão, datada de 1789, já dispunha em seus arts. 4º e 5º que: Art. 4.º A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei. Art. 5.º A lei proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene. **Daí porque se afirma que a liberdade do indivíduo, desde que exercitada na intimidade, sem atingir terceiros, é absoluta, como assegura o princípio da alteridade ou transcendentalidade. Assim, embora não inscritos expressamente na Constituição Federal, esses princípios (da intervenção mínima e da alteridade) são limitadores do poder punitivo estatal, impondo-se como garantidores dos direitos fundamentais à liberdade, à vida, à igualdade, à segurança e a propriedade, dispostos no artigo 5º da Constituição, para conter possíveis arbítrios do Estado. De fato, quando se trata de usuário adicto, somente a sua saúde individual pode ser lesada, cabendo ao Estado, através de políticas públicas específicas e sistema adequado de saúde encarregar-se, como aliás ocorre em relação ao portador de qualquer doença, do tratamento necessário, cuja voluntariedade na adesão tem sido apontada, especialmente no caso das drogas, como determinante para a sua eficácia, pelo que nenhuma, rigorosamente nenhuma, pode ser a incidência e/ou contribuição do Direito Penal. Quando se trata de usuário não adicto, por ser ainda mais difícil vislumbrar no seu atuar qualquer violação, por mínima que seja à saúde pública - bem jurídico que tem sido apontado para justificar a tipificação dessa conduta - havendo quando muito uma ofensa à sua saúde**

individual como ocorre de forma até mais gravosa no consumo de algumas substâncias lícitas já citadas, vê-se que igualmente desautorizada está a invocação do Direito Penal, permanecendo essa conduta na esfera do direito à intimidade e vida privada (que admite inclusive a autolesão), desdobramento claro do direito fundamental à liberdade que, por sua vez, constitui premissa básica garantidora da dignidade da pessoa humana. Ademais, não se afigura ética e racionalmente aceitável como fazem alguns, que se debite da conta do mero usuário todo o flagelo do narcotráfico, dado que este existe inclusive pela criminalização do uso dessas substâncias. Tal argumentação, a par de constituir também responsabilização do usuário pela conduta do traficante, encerra verdadeira petição de princípio, a exemplo daquela que afirma que a descriminalização (que se discute agora em relação à maconha) incentivará o seu consumo, quando não são poucos os que apontam o proibicionismo e a desinformação daí resultante como fatores de glamorização das drogas³, além de causa de incremento dos danos à saúde do usuário, por desconhecimento das formas mais seguras de consumi-las. Por fim, cabe mencionar que até os delitos de menor potencial ofensivo - dentre os quais é hoje classificada pela nossa legislação a conduta em comento - devem apresentar alguma relevância normativa, ainda que leve seja a violação ao bem jurídico supostamente protegido, o que não tem sido visualizado por alguns dos nossos mais prestigiados julgadores, especialmente na instância máxima do Poder Judiciário, quando se trata de apreensão de quantidade muito pequena de entorpecentes, sejam eles quais forem. Com efeito, desde 2007 (segundo pesquisa ligeira realizada) o Supremo Tribunal Federal vem aplicando em hipóteses como a retratada nos autos o princípio da insignificância, dirigido justamente ao magistrado que aplica a lei ao caso concreto, segundo o qual "é imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal. Amiúde, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal, porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado"⁴. Tal é o que se vê das seguintes ementas: EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL MILITAR. USO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA MILITAR. ART. 1º, III DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA

HUMANA. 1. Paciente, militar, preso em flagrante dentro da unidade militar, quando fumava um cigarro de maconha e tinha consigo outros três. 2. Condenação por posse e uso de entorpecentes. Não-aplicação do princípio da insignificância, em prol da saúde, disciplina e hierarquia militares. 3. A mínima ofensividade da conduta, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica constituem os requisitos de ordem objetiva autorizadores da aplicação do princípio da insignificância. 4. A Lei n. 11.343/2006 --- nova Lei de Drogas --- veda a prisão do usuário. Prevê, contra ele, apenas a lavratura de termo circunstanciado. Preocupação, do Estado, em mudar a visão que se tem em relação aos usuários de drogas. 5. Punição severa e exemplar deve ser reservada aos traficantes, não alcançando os usuários. A estes devem ser oferecidas políticas sociais eficientes para recuperá-los do vício. 6. O Superior Tribunal Militar não cogitou da aplicação da Lei n. 11.343/2006. Não obstante, cabe a esta Corte fazê-lo, incumbindo-lhe confrontar o princípio da especialidade da lei penal militar, óbice à aplicação da nova Lei de Drogas, com o princípio da dignidade humana, arrolado na Constituição do Brasil de modo destacado, incisivo, vigoroso, como princípio fundamental (art. 1º, III). 7. Paciente jovem, sem antecedentes criminais, com futuro comprometido por condenação penal militar quando há lei que, em vez de apenar --- Lei n. 11.343/2006 --- possibilita a recuperação do civil que praticou a mesma conduta. 8. Exclusão das fileiras do Exército: punição suficiente para que restem preservadas a disciplina e hierarquia militares, indispensáveis ao regular funcionamento de qualquer instituição militar. 9. A aplicação do princípio da insignificância no caso se impõe, a uma, porque presentes seus requisitos, de natureza objetiva; a duas, em virtude da dignidade da pessoa humana. Ordem concedida. Decisão: A Turma, por votação unânime, deferiu o pedido de habeas corpus, nos termos do voto do Relator (HC 92961/SP - SÃO PAULO - Relator (a): Min. EROS GRAU - Julgamento: 11/12/2007 - Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação DJe-031 DIVULG 21-02-2008 PUBLIC 22-02-2008). E M E N T A: "HABEAS CORPUS" IMPETRADO POR MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR DE PRIMEIRA INSTÂNCIA - PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE - CRIME MILITAR (CPM, ART. 290) PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGÍTIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE

PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - DELITO DE POSSE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE - QUANTIDADE ÍNFIMA, PARA USO PRÓPRIO - DELITO PERPETRADO DENTRO DE ORGANIZAÇÃO MILITAR CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - DOCTRINA - PRECEDENTES - PEDIDO DEFERIDO. "HABEAS CORPUS" IMPETRADO, ORIGINARIAMENTE, PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, POR MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. LEGITIMIDADE ATIVA RECONHECIDA. DOCTRINA. JURISPRUDÊNCIA. - O representante do Ministério Público Militar de primeira instância dispõe de legitimidade ativa para impetrar "habeas corpus", originariamente, perante o Supremo Tribunal Federal, especialmente para impugnar decisões emanadas do Superior Tribunal Militar. Precedentes. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. - O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: "DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR". - **O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens**

jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. APLICABILIDADE, AOS DELITOS MILITARES, INCLUSIVE AO CRIME DE POSSE DE QUANTIDADE ÍNFIMA DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE, PARA USO PRÓPRIO, MESMO NO INTERIOR DE ORGANIZAÇÃO MILITAR (CPM, ART. 290), DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem admitido a aplicabilidade, aos crimes militares, do princípio da insignificância, mesmo que se trate do crime de posse de substância entorpecente, em quantidade ínfima, para uso próprio, ainda que cometido no interior de Organização Militar. Precedentes. Decisão a Turma, também por unanimidade, deferiu o pedido de habeas corpus, nos termos do voto do Relator (HC 94809/RS - RIO GRANDE DO SUL - Relator (a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 12/08/2008 - Órgão Julgador: Segunda Turma -Publicação DJe-202 DIVULG 23-10-2008 PUBLIC 24-10-2008). EMENTA: HABEAS CORPUS. POSSE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. PEQUENA QUANTIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA. Não constitui crime militar trazer consigo quantidade ínfima de substância entorpecente (4,7 gramas de maconha), em atenção ao princípio da insignificância. Ordem concedida para absolver o paciente. Decisão: Concedida a ordem. Votação unânime. (HC 91074/SP - SÃO PAULO Relator (a): Min. JOAQUIM BARBOSA - Julgamento: 19/08/2008 - Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação - DJe-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008). EMENTA: AÇÃO PENAL. Crime militar. Posse e uso de substância entorpecente. Art. 290, cc. art. 59, ambos do CPM. Maconha. Posse de pequena quantidade (8,24 gramas). Princípio da insignificância. Aplicação aos delitos militares. Absolvição decretada. HC concedido para esse fim, vencida a Min. ELLEN GRACIE, rel. originária. Precedentes (HC nº 92.961, 87.478, 90.125 e 94.678, Rel. Min. EROS GRAU). Não constitui crime militar a posse de ínfima quantidade de substância entorpecente por militar, a quem aproveita o princípio da insignificância. Decisão: A Turma, por maioria, vencida a Relatora, deferiu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Senhor Ministro Cezar Peluso. Lavrará o acórdão o Senhor Ministro Cezar Peluso (HC 94583/MS - MATO GROSSO DO SUL - Relator (a): Min. ELLEN GRACIE -Relator (a) p/ Acórdão: Min. CEZAR PELUSO - Julgamento: 24/06/2008 - Órgão Julgador: Segunda Turma - Publicação: DJe-152 DIVULG 14-08-2008 PUBLIC 15-08-2008). EMENTA PENAL. HABEAS CORPUS.

ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006. PORTE ILEGAL DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ÍNFIMA QUANTIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. WRIT CONCEDIDO. 1. A aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a conduta atípica, exige sejam preenchidos, de forma concomitante, os seguintes requisitos: (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) relativa inexpressividade da lesão jurídica. 2. O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. **O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.** 3. Ordem concedida. Decisão: A Turma concedeu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Relator. Unânime. (HC 110475/SC - SANTA CATARINA - Relator (a): Min. DIAS TOFFOLI Julgamento: 14/02/2012 - Órgão Julgador: Primeira Turma - Publicação PROCESSO ELETRÔNICO DJe-054 DIVULG 14-03-2012 PUBLIC 15-03-2012). Neste último julgado, aliás, com inegável acerto, consignou-se que: ". a conduta tida por criminosa, para além da adequação típica formal do revogado art. 16 da Lei nº 6.368/76, merece, nos dias atuais, acurado exame à luz da garantia da dignidade da pessoa humana, que impõe uma atuação seletiva, subsidiária e fragmentária do Direito Penal, conferindo-se, desse modo, maior relevância à proteção de valores tidos como indispensáveis à ordem social, a exemplo da vida, da liberdade e da propriedade, quando efetivamente ofendidos (tipicidade material). Assim, há que se averiguar a tipicidade material da conduta tida por criminosa, pois 'crime não é apenas aquilo que o legislador diz sê-lo (conceito formal), uma vez que nenhuma conduta pode, materialmente, ser considerada criminosa se, de algum modo, não colocar em perigo valores fundamentais da sociedade'. (CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal - parte geral. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1, p. 8)." (grifamos). No mesmo sentido: HC 94809/RS - RIO GRANDE DO SUL - Relator (a): Min. CELSO DE MELLO - j. em

12/08/2008 - Órgão Julgador: Segunda Turma - Publicação DJe-202 DIVULG 23-10-2008 PUBLIC 24-10-2008; HC 94524/DF DISTRITO - Relator (a): Min. EROS GRAU -Julgamento: 24/06/2008 - Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação DJe-157 DIVULG 21-08-2008 PUBLIC 22-08-2008; HC 97131 / RS - RIO GRANDE DO SUL Relator (a): Min. CELSO DE MELLO - Julgamento: 10/08/2010 - Órgão Julgador: Segunda Turma public. em 27-08-2010 e HC 101759/MG - MINAS GERAIS -Relator (a): Min. CELSO DE MELLO - Julgamento: 10/08/2010 - Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação 27-08-2010. O STJ, pela sua Sexta Turma, também já se pronunciou pela aplicação do princípio da insignificância quando ínfima a quantidade de droga encontrada em poder do réu, em acórdão da lavra do Eminentíssimo Ministro Relator Hamilton Carvalhido, no HC 17956/SP, julgado em 03/12/2001, DJ 19/08/2002, p. 194. Assim, até aqueles que entendem haver algum bem jurídico relevante sendo protegido na descrição típica do art. 28 da Lei 11.343/06 têm acabado por admitir a aplicação do princípio da insignificância, que igualmente afasta a tipicidade, quando as quantidades de drogas apreendidas em poder dos usuários forem ínfimas, assim ainda consideradas mesmo quando bem superiores à que se refere o presente feito, como se vê dos julgados acima mencionados. Diante do exposto, seja à vista dos princípios da intervenção penal mínima do Estado, da lesividade e também o da alteridade ou transcendentalidade, seja pelo postulado da insignificância dirigido ao magistrado que aplica a lei ao caso concreto, tem-se que sequer a persecução penal atinente a essa conduta descrita no referido art. 28 da lei de Drogas - com toda a conseqüente mobilização da já saturada estrutura judiciária - se justificaria no processo em exame, visto como foi que a norma que a tipifica é inconstitucional por violar, dentre outros, especialmente o art. 5º, inciso X, da nossa Constituição Federal. Voto, portanto, pelo conhecimento e improvimento do recurso manejado pelo Ministério Público, para o fim de manter a sentença impugnada que acertadamente absolveu sumariamente o denunciado, com fundamento na norma do art. 397, III, do Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 29 de outubro de 2014. Cintia Santarém Cardinali Juíza de Direito 1 Marcia Tiburi e Andréa Costa Dias - Sociedade Fissurada - Para pensar as drogas e a banalidade do mal. Civilização Brasileira, 2013, p. 27. 2 Aspecto, dentre outros, analisado em profundidade pelo Juiz de Direito deste Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Marcos Augusto Ramos Peixoto, em verdadeiro estudo sobre a matéria e que pode ser conferido na decisão reconhecendo a atipicidade da

conduta em comento publicada in <http://www.conjur.com.br/2014-mar-28/incriminar-usu-ario-droga-piora-situacao>. 3 Ibidem, p. 38, citando a obra de Marcelo Mayora Alves, Entre a cultura do controle e o controle cultural: um estudo sobre as práticas tóxicas na Cidade de Porto Alegre. 4BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado. Saraiva, 2005. p. 6, item 9. -----

----- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO SEGUNDA TURMA RECURSAL
Processo nº 0045264-17.2012.8.19.0066 - JECRIM DE VOLTA REDONDA 1
(TJ-RJ - APR: 00452641720128190066 RJ 0045264-17.2012.8.19.0066, Relator: CINTIA SANTAREM CARDINALI, Data de Julgamento: 11/12/2007, Segunda Turma Recursal Crimina, Data de Publicação: 26/01/2015 00:00) (Grifo nosso).