

DA DESCRIMINALIZAÇÃO DO ARTIGO 229 DO CÓDIGO PENAL

Beatriz Ferruzzi REBES¹
Danyeleganef SLOBODTICOV²

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo demonstrar que o tipo penal previsto no artigo 229 do Código Penal está em desacordo com os princípios penais. O estudo trás uma reflexão sobre a maneira como o legislador trata as casas de prostituição, demonstrando que o principal objetivo, que seria salvaguardar as profissionais do sexo, não é alcançado.

Palavras-chave: Casa de prostituição. Descriminalização Princípios penais. Adequação Social. Intervenção mínima.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo analisará se no cenário atual existe espaço normativo para a manutenção do crime tipificado no art. 229 do Código Penal, que diz respeito a manutenção de estabelecimento em que ocorra exploração sexual, com ênfase nos princípios penais da intervenção mínima, da adequação social, da proporcionalidade e da humanidade.

Será usado como base para a defesa da descriminalização do artigo 229 do Código Penal os princípios que norteiam o direito penal. A exemplo tem-se o princípio da adequação social, o qual diz que se uma conduta é tolerada ou até mesmo aceita pela sociedade não deve ser tipificada. Observa-se também o princípio da intervenção mínima, conhecida como “ultima ratio”, onde o direito penal só deve ser acionado para defesa de um bem juridicamente relevante e depois de esgotados outros meios do ordenamento jurídico.

¹ Discente do 4º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. e-mail bia_rebez@hotmail.com

² Docente do 3º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Parecerista da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Solicitação de Opinião Consultiva nº 4-3-21/2016 e na Solicitação de Opinião Consultiva nº 26/2018. Membro dos Grupos de Estudos de Direito Internacional Público e Privado. e-mail danyeleganef@hotmail.com.

O Estado tem uma postura contraditória, onde os profissionais do sexo trabalhando por si só não são criminalizados, mas aqueles que são donos dos estabelecimentos em que ocorre o meretrício são considerados criminosos.

Em suma se busca demonstrar como seria necessária a descriminalização do tipo penal focalizado, por total desuso e verdadeira inaplicabilidade.

2. BREVES COMENTÁRIOS LEGAIS E DOUTRINÁRIOS ACERCA DO TIPO PENAL

A conduta tipificada no artigo 229 do Código Penal Brasileiro, consiste basicamente em manter, visando lucro ou não, estabelecimento onde ocorra a exploração sexual, conforme destacamos a seguir:

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.

A possibilidade de existência ou não de lucro abrange qualquer local destinado especificamente ao comércio do corpo da vítima, como é o caso das casas de prostituição, bordéis, boates de *strip-teases*, ou qualquer outro local em que as pessoas se deixam explorar sexualmente, recebendo ou não algo em troca por isso.

Segundo a doutrina os bens jurídicos tutelados por tal tipo penal são a moralidade pública e os bons costumes, e é justamente para esse ponto que se direcionam as críticas doutrinárias a respeito da referida figura típica. Afinal, o conceito de imoralidade da época em que o legislador tipificou a referida conduta no nosso ordenamento jurídico é o mesmo dos dias atuais? A nós parece que não, visto que a conduta de “se prostituir” não é crime, logo, deve haver um local para que ela possa ser desenvolvida.

Sobre essa mudança de conceitos conforme a mudança de época, localidade ou sociedade, LoukHulsman e Jacqueline Bernat de Celis dissertam (1993, p. 63):

Por que ser homossexual, se drogar ou ser bígamo são fatos puníveis em alguns países e não em outros? Por que condutas que antigamente eram puníveis, como a blasfêmia, a bruxaria, a tentativa de suicídio etc., hoje não são mais? As ciências criminais puseram em evidência a relatividade do conceito de infração, que varia no tempo e no espaço, de tal modo que o que é 'delituoso' em um contexto é aceitável em outro. Conforme você tenha nascido num lugar ao invés de outro, ou numa determinada época e não em outra, você é passível – ou não – de ser encarcerado pelo que fez, ou pelo que é.”

O legislador se mostra claramente contraditório quando não criminaliza a prostituição, mas em contrapartida pune quem de alguma forma a favorece, é o que diz Paulo César Busato (2014, p.915-916):

Novamente o legislador reformista perdeu uma grande oportunidade de banir do sistema punitivo uma conduta anacrônica, descontextualizada da sociedade atual, e que não corresponde, absolutamente, a uma ideia de direito penal mínimo, que praticamente logra consenso na doutrina mais respeitável.

É obvio que o fato prostituição tem que ocorrer em algum lugar. Se o ato de se prostituir-se não é ilícito, qual seria a razão para castigar quem mantém o lugar de realização de um ato lícito?

A marginalização da casa de prostituição na prática, ao invés de proteger a pessoa prostituída acaba prejudicando-a ainda mais. Sem o abrigo legal, ela opta pela clandestinidade, ficando totalmente vulnerável nas mãos de rufiões, agressores e verdadeiros exploradores que agem com violência e grave ameaça.

Se o local reservado e destinado para que a conduta lícita de se prostituir é criminalizado, logo restam às “vítimas” exercer tal conduta nas ruas, rodeados de insalubridade, marginalidade e perigo, o que realmente apresenta ofensa direta à moralidade sexual e pública, conforme destacamos a seguir (NUCCI, 2017, p. 1.232):

Inexiste qualquer ofensividade a bem jurídico, merecedora de tutela penal. Por isso, a intervenção mínima é desrespeitada. O Estado deve restringir sua atuação aos atos violentos e ameaçadores, capazes de comprometer a segurança e a tranquilidade dos cidadãos. Punir o rufião, explorador de prostitutas, sob ameaças variadas, é desejável. No entanto, prever punição para quem auxiliar a prostituição de modo pacífico e consensual, torna-se invasivo e intolerante.

Para Rogério Greco, a tipificação de condutas como a do artigo 229 não cria mecanismos de proteção para as supostas vítimas, mas causa uma certa banalização em relação ao Direito Penal e Processo Penal Brasileiro (2016, p. 825):

A existência de tipos penais como o do art. 229 somente traz descrédito e desmoralização para a Justiça Penal (Polícia, Ministério Público, Magistratura etc.), pois que, embora sendo do conhecimento da população em geral que essas atividades são contrárias à lei, ainda assim seu exercício é levado a efeito com propagandas em jornais, revistas, *outdoors*, até mesmo em televisão, e nada se faz para tentar coibi-lo.

Seguindo o conceito de que a repressão e punição impostas pelo Direito Penal, devem *extrema* ou *ultima ratio*, ou seja, os últimos recursos aplicados para disciplinar determinado comportamento social, destacamos que um simples controle social informal cominado com medidas de conscientização seria suficientes e totalmente aptos para informarem as pessoas dos males causados por determinados comportamentos relativos à prática da prostituição.

A seguir passaremos a analisar a possibilidade de descriminalização de tal dispositivo à luz de princípios e conceitos básicos do Direito Penal, como Direito Penal Mínimo, Princípios da Dignidade da Pessoa Humana, Adequação Social, Intervenção Mínima e Proporcionalidade.

3. DOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIIS

Os princípios constitucionais penais dentro de um Estado Democrático de Direito tem a função de garantir a dignidade humana, de modo que as condutas não possam ser criminalizadas ou descriminalizadas de maneira arbitrária.

Deste modo é de suma importância que os assuntos tratados em matéria penal estejam em consonância com os princípios presentes na Constituição Federal, sob pena de incompatibilidade e consequente inconstitucionalidade se lhes forem posteriores, ou simples revogação se lhes forem anteriores.

Interessam-nos, aqui, observar alguns dos princípios penais, quais sejam o princípio da intervenção mínima, da adequação social, da culpabilidade e da humanidade, e demonstrar que em respeito a eles a penalidade imposta sob a conduta do tipo penal do artigo 229 é inconstitucional, devendo ser descriminalizada para que se possa alcançar a justiça penal.

3.1 Princípio Da Intervenção Mínima

Segundo esse princípio o Direito Penal somente deve se preocupar com questões extremamente relevantes, sendo utilizado apenas em “ultima ratio”, ou seja, em último caso, quando os demais ramos do ordenamento jurídico demonstrarem ser insuficientes para a solução do conflito.

Uma das características do direito penal é sua fragmentariedade, sendo esse o ponto de partida da intervenção mínima. É possível observar que a consolidação deste princípio se deu juntamente com a consolidação dos direitos fundamentais, como é notável sua presença no art.8º da Declaração de Direitos do Homem e do cidadão (1789).

Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.

Assim, só haverá direito penal naqueles episódios tipificados pela lei, onde se tem expressamente a descrição de um fato como crime; ao contrário,

quando ela nada disser, não haverá espaço para a atuação criminal. Essa é a principal proteção política do cidadão em face do poder punitivo estatal, ou seja, a sua esfera de liberdade somente poderá ser invadida se houver a ocorrência de alguma conduta descrita pela lei, se tornando infração penal.

3.2 Princípio Da Adequação Social

Pelo princípio da adequação social entende-se que se uma conduta é tolerada ou até mesmo aceita pela sociedade não deve ser tipificada, sob pena de tornar intolerante e intransigente.

A doutrina critica a desnecessidade de punir uma conduta que é aceita por grande parte da população. O tipo penal pressupõe uma seleção de comportamentos, escolhendo somente aqueles que sejam contrários e nocivos ao interesse público para serem erigidos à categoria de infrações penais

Günther Jakobs afirma que certas formas de atividades não podem ser incriminadas, uma vez que todos sabem da sua existência aceitando-as como socialmente adequadas, como por exemplo, quando autoridades policiais têm conhecimento e estas não tomam atitudes para tentar coibi-los, o que tornaria o artigo que tipificasse tal atividade como letra morta.

Segundo o princípio da adequação social, uma conduta pode deixar de ser punida por não mais ser considerada injusta pela sociedade. A doutrina diverge quanto ao conceito do que seria adequado perante a sociedade, sendo um tanto quanto vago.

Hans-Heinrich Jescheck afirma que esse princípio deve ser utilizado com cuidado e demonstra sua preocupação, conforme se observa a seguir (Tratado de derecho penal, p. 228-229):

“El pensamiento de la adecuación social es utilizado innecesariamente para la restricción del tipo cuando ya las reglas exegéticas ordinarias llevan a su correcta delimitación. En estos casos debe preferirse el uso de las reglas exegéticas reconocidas, porque de ese modo se obtienen resultados objetivamente comprobables, mientras que la adecuación social continúa siendo siempre un principio relativamente inseguro y por esa razón sólo debe acudirse a él en última instancia”.

Nesse sentido, por mais que não haja unanimidade sobre o conceito de adequação social, atualmente é impossível deixar de reconhecer sua importância na interpretação da subsunção de um fato concreto a um tipo penal. Em razão disso e atuando juntamente com outros princípios, a adequação social pode levar à exclusão de um tipo penal, em hipóteses excepcionais.

3.3 Princípio Da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade é mencionado diversas vezes na Constituição Federal, estando presente quando se faz referência a individualização da pena (art. 5º, XLVI), a abolição de certos tipos de sanções (art. 5º, XLVII) e nos casos que requer maior rigor por possuir maior gravidade (art. 5º, XLII, XLIII e XLIV).

Esse princípio baseia-se na relação custo- benefício, onde quando o custo for maior do que a vantagem, o tipo será inconstitucional, porque estaria contrário ao Estado Democrático de Direito. Assim deve-se avaliar se a criação de tipos incriminadores trará mais benefício do que malefícios para os membros da coletividade.

Em outras palavras um direito penal democrático não pode conceber uma infração penal que imponha uma limitação a toda coletividade, trazendo mais temor do que benefício sociais.

Deve-se sempre tutelar por um interesse jurídico relevante, quando a criação do tipo não se revelar proveitosa para a sociedade, estará ferido o princípio da proporcionalidade, sendo necessário que conduta seja excluída do código penal por haver um vício de inconstitucionalidade.

3.4 Princípio Da Humanidade

O princípio da humanidade deve como mecanismo de controle para que o legislador e o interprete da lei sigam os tipos legais, e estes respeitem os direitos humanos.

Tal princípio aparece no decorrer do art.5º da Constituição Federal, alguns exemplo são o inciso III, que veda a tortura e o tratamento desumano ou degradante a qualquer pessoa, inciso XLVII que proíbe a pena de morte, a prisão perpétua, trabalhos forçados, o banimento e penas cruéis, os incisos XLVIII, XLIX e L dizem respeito a proteção à figura do preso e ainda os incisos LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV e LXVI que tratam de normas disciplinadoras da prisão processual.

Da humanidade resulta ser inconstitucional a criação de um tipo penal que atente desnecessariamente contra a incolumidade física ou moral de alguém, em ordem de respeitar seus direitos fundamentais que não devem ser deixados de lado em favor da coletividade.

4. DA DESCRIMINALIZAÇÃO DO TIPO PENAL DO ARTIGO 229 DO CÓDIGO PENAL

A descriminalização do artigo 229 do Código Penal, com posterior regulamentação dos locais onde se pratica o meretrício, é um caminho que atacaria o conflito em questão com maior efetividade e menor custo, alinhando os princípios penais com a realidade social

A Lei Previdenciária reconhece a prostituição como uma profissão, sendo que os denominados profissionais do sexo se enquadram no Código Brasileiro de Ocupação (CBO) de número 5.198. O grupo inclui garotas e garotos de programa, prostitutas, messalinas, michês, mulheres da vida, meretrizes e trabalhadores do sexo.

Desta forma, o uso de estabelecimentos apropriados para o exercício dessa profissão por pessoas maiores e capazes, e agindo por iniciativa própria sem sofrer coação, não deveriam ser punidos, mas sim regularizados, para o Estado tentar intervir de uma forma mais correta no âmbito da prostituição.

Afinal, se a prostituição não é crime, e existe um lugar próprio para realizar esta “atividade”, este não deveria ser banido e seus proprietários não poderiam ser punidos.

O dispositivo do art. 229 do Código Penal foi alterado por meio da Lei 12.015/09, mas ainda é possível observar que a aplicabilidade continua defasada e inócua, não trazendo mudança significativa a referida alteração.

A criminalização das casas de prostituição só traz prejuízos, pois causa uma marginalização de quem se prostitui, além de fazer com que essas pessoas sofram na clandestinidade com vários aproveitadores. Guilherme de Souza Nucci traz esse pensamento em seu Código Penal Comentado (NUCCI, 2010, p.947):

[...] torna-se necessário lembrar que a prostituição não é crime, razão pela qual deveria haver um lugar onde ela fosse desenvolvida sem qualquer obstáculo. Entretanto, o legislador brasileiro, embora não criminalize a prostituição, pretende punir quem, de alguma forma, a favorece. Não consegue visualizar que a marginalização da pessoa prostituída somente traz maiores dramas. Sem o abrigo legal, a pessoa prostituída cai na clandestinidade e é justamente nesse momento que surgem os aproveitadores [...]

O Direito Penal, segundo o princípio da intervenção mínima (estudo no tópico 3.1), deve ser buscado em último lugar, para reprimir atos que comprometam a vida e segurança das pessoas. Assim pode-se dizer que quando o legislador trata de temas que não são de grande serventia, faz com que esse princípio fique desacreditado.

Ressalta-se que a melhor forma de proteger as profissionais do sexo é por meio da regulamentação do dispositivo, pois assim o Estado poderá efetuar um controle da prostituição e assegurar seus direitos previdenciários, trabalhistas e o principal fiscalizar de perto a saúde destas.

No mesmo sentido, Luiza Nagib Eluf, procuradora de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, em seu artigo, esclarece que o crime é explorar a pessoa que se prostitui, sob péssimas condições, e sem liberdade de escolha, devendo o Código penal punir essa conduta e deixar de lado o resto, tendo na figura da casa de prostituição uma solução e não um problema (ELUF, Luiza Nagib, Manter casa de prostituição, por si só, não é crime, 2009):

Nossa lei nunca puniu a prostituta ou o seu cliente, mas criou regras que dificultam a atividade. Partindo do princípio de que a sociedade não pode prescindir do comércio sexual, haja vista a falência de todas as medidas adotadas para coibir tal prática em todos os tempos, impedir essas(es) profissionais de ter um lugar para trabalhar gera uma situação perversa e injusta, cria constrangimentos na rua e as(os) expõe a variados tipos de risco. Diante disso, a casa é uma solução, não um problema.

A Austrália possui estados, como Victoria e New South Wales, onde é proibido à prática de se prostituir nas ruas e a figura das casas de prostituição são regularizadas desde 1999, este é o modo que eles encontraram de fiscalizar os locais e garantir uma melhor qualidade de vida para aqueles que se prostituem.

Delmanto (2010) frisa-se este entendimento ressaltando que “nesses estabelecimentos os profissionais do sexo encontram mais segurança, não tendo que se arriscar nas ruas, a todo tipo de agressão”.

Com a evolução da sociedade o art. 229 do Código Penal passou a ser uma letra morta que deve ser descriminalizado, pois não possui aplicabilidade para quem auxilia na prostituição de modo pacífico, sob pena de tornar-se intolerante.

O sistema jurídico brasileiro está invadindo de forma desnecessária a vida e escolhas das pessoas, de forma impiedosa, baseado somente na lei a sua punição, é necessário que o Poder Judiciário, juntamente com o poder legislativo declare a inaplicabilidade do presente artigo.

5 CONCLUSÃO

A descriminalização é governo da maioria "versus" governo das leis aprovadas pela maioria, deste modo cinge-se que as casas de prostituição sempre existiram e vêm sido toleradas pela população, embora de forma dissimulada.

Assim, a regulamentação destes estabelecimentos traria uma maior segurança para as profissionais do sexo, que por causa da criminalização ficam desprotegidas e vulneráveis, submetendo-se a todo tipo de violência, doenças e constrangimentos ilegais.

O Estado deve entender que a criminalização das casas de prostituição não evita a prostituição, apenas penaliza quem dela vive. É sabido que nos países como Alemanha, Holanda, e outros da América Latina os prostíbulos são legalizados e regulamentados, evitando muitas agressões às prostitutas, pois os prostíbulos possuem seguranças, demonstrando assim a melhora no sistema.

Por fim apesar o tipo penal do art. 229 estar vigente ele é considerado um dispositivo morto, por não haver um bem jurídico a ser tutelado e muito menos uma vítima a ser protegida, devendo ser descriminalizado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

BRASIL. Código Penal (1940). **CÓDIGO PENAL / atualizado com a lei dos crimes contra a dignidade sexual (Lei 12.015, de 07-08-2009)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

CAPEZ, Fernando; BONFIM, Edilson Mougnot. **Direito Penal - Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2013.

DAMÁSIO, Jesus. **Código Penal Anotado**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DELMANTO, Celso. et al. **Código Penal Comentado: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar**. 8 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

ELUF, Luiza Nagib. **Manter casa de prostituição, por si só, não é crime**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-out-01/manter-casa-prostituicao-si-nao-configura-crime>>. Acesso em: 09/09/2018.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 10 ed. revista, ampliada e atualizada até 1º de janeiro de 2016. Rio de Janeiro: Impetus, 2016

HULSMAN, Louk e CELIS, Jacqueline Bernat de. **O Sistema Penal em Questão - Penas Perdidas**. Luam Editora Ltda, 1993.

LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. **Direito penal constitucional - A imposição dos princípios constitucionais penais**. 1º Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 14ª ed. Forense.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes Contra a Dignidade Sexual, comentários à Lei 12.015, de 7 de Agosto de 2009**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009