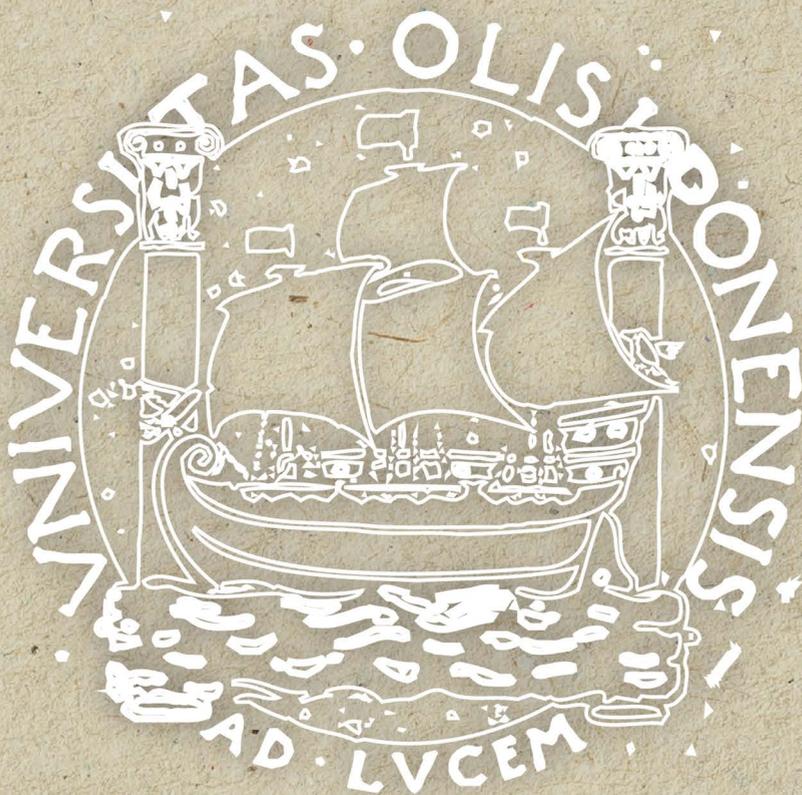


REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

LISBON LAW REVIEW



Número Temático: Vulnerabilidade(s) e Direito

ANO LXII

2021

NÚMERO 1 | TOMO 2

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Periodicidade Semestral
Vol. LXII (2021) 1

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Christian Baldus (Professor da Universidade de Heidelberg)
Dinah Shelton (Professora da Universidade de Georgetown)
Ingo Wolfgang Sarlet (Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Jean-Louis Halpérin (Professor da Escola Normal Superior de Paris)
José Luis Díez Ripollés (Professor da Universidade de Málaga)
José Luís García-Pita y Lastres (Professor da Universidade da Corunha)
Judith Martins-Costa (Ex-Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul)
Ken Pennington (Professor da Universidade Católica da América)
Marc Bungenberg (Professor da Universidade do Sarre)
Marco Antonio Marques da Silva (Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)
Miodrag Jovanovic (Professor da Universidade de Belgrado)
Pedro Ortego Gil (Professor da Universidade de Santiago de Compostela)
Pierluigi Chiassoni (Professor da Universidade de Génova)

DIRETOR

M. Januário da Costa Gomes

COMISSÃO DE REDAÇÃO

Pedro Infante Mota
Catarina Monteiro Pires
Rui Tavares Lanceiro
Francisco Rodrigues Rocha

SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Guilherme Grillo

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Agosto, 2021

TOMO 1

- **M. Januário da Costa Gomes**
11-17 Editorial

ESTUDOS DE ABERTURA

- **António Menezes Cordeiro**
21-58 Vulnerabilidades e Direito civil
Vulnerabilities and Civil Law
- **Christian Baldus**
59-69 Metáforas e procedimentos: Vulnerabilidade no direito romano?
Metaphern und Verfahren: Vulnerabilität im römischen Recht?
- **José Tolentino de Mendonça**
71-76 Sobre o Uso do Termo Vulnerabilidade
On the Use of the Word Vulnerability

ESTUDOS DOUTRINAIS

- **A. Dywyná Djabulá**
79-112 A Dinâmica do Direito Internacional do Mar em Resposta à Crescente Vulnerabilidade da Biodiversidade Marinha
The Dynamics of International Sea Law in Response to the Increasing Vulnerability of Marine Biodiversity
- **Alfredo Calderale**
113-143 Vulnerabilità e immigrazione nei sistemi giuridici italiano e brasiliano
Vulnerability and immigration in the Italian and Brazilian legal systems
- **Aquilino Paulo Antunes**
145-168 Covid-19 e medicamentos: Vulnerabilidade, escassez e desalinamento de incentivos
Covid-19 and drugs: Vulnerability, scarcity and misalignment of incentives
- **Cláudio Brandão**
169-183 O g genesis do conceito substancial de Direitos Humanos: a prote c o do vulnerável na Escolástica Tardia Ibérica
Genesis of the substantial concept of Human Rights: protection of the vulnerable person in Late Iberian Scholastic
- **Eduardo Vera-Cruz Pinto**
185-208 Direito Vulnerável: o combate jurídico pelo Estado Republicano, Democrático e Social de Direito na Europa p s-pand mica
Vulnerable Law: The Legal Combat for the Republican, Democratic and Social State of Law in the post-pandemic Europe

-
- 209-230 **Elsa Dias Oliveira**
Algumas considerações sobre a proteção do consumidor no mercado digital no âmbito do Direito da União Europeia
Some considerations about the consumer protection in the digital market on the scope of the European Union Law
-
- 231-258 **Fernando Loureiro Bastos**
A subida do nível do mar e a vulnerabilidade do território terrestre dos Estados costeiros
Sea level rise and the vulnerability of the land territory of coastal states
-
- 259-281 **Filipa Lira de Almeida**
Do envelhecimento à vulnerabilidade
From ageing to vulnerability
-
- 283-304 **Francisco de Abreu Duarte | Rui Tavares Lanceiro**
Vulnerability and the Algorithmic Public Administration: administrative principles for a public administration of the future
Vulnerabilidade e Administração Pública Algorítmica: princípios administrativos para uma Administração Pública de futuro
-
- 305-339 **Hugo Ramos Alves**
Vulnerabilidade e assimetria contratual
Vulnerability and contractual asymmetry
-
- 341-374 **Isabel Graes**
Uma “solução” setecentista para a vulnerabilidade social: a Intendência Geral da Polícia
A “solution” to the social vulnerability in the 18th century: The General Police Intendency
-
- 375-404 **Jean-Louis Halpérin**
La protection du contractant vulnérable en droit français du Code Napoléon à aujourd’hui
A proteção do contraente vulnerável em Direito francês do Código Napoleão aos dias de hoje
-
- 405-489 **João de Oliveira Galdes**
Sobre a determinação da morte e a extração de órgãos: a reforma de 2013
On the Determination of Death and Organ Harvesting: the 2013 Reform
-
- 491-515 **Jones Figueirêdo Alves**
Os pobres como sujeitos de desigualdades sociais e sua proteção reconstrutiva no pós pandemia
The poor as subject to social inequalities and their reconstructive protection in the Post-Pandemic
-
- 517-552 **Jorge Cesa Ferreira da Silva**
A vulnerabilidade no Direito Contratual
Vulnerability in Contract Law
-
- 553-564 **José Luís Bonifácio Ramos**
Problemática Animal: Vulnerabilidades e Desafios
Animal Issues: Vulnerabilities and Challenges

-
- Júlio Manuel Vieira Gomes**
565-602 O trabalho temporário: um triângulo perigoso no Direito do Trabalho (ou a vulnerabilidade acrescida dos trabalhadores temporários)
The temporary agency work: a dangerous triangle in Labour Law (or the increased vulnerability of temporary agency workers)

TOMO 2

-
- Mafalda Carmona**
603-635 “Para o nosso próprio bem” – o caso do tabaco
“For our own good” – the tobacco matter
-
- Marco Antonio Marques da Silva**
637-654 Vulnerabilidade e Mulher Vítima de Violência: Aperfeiçoamento dos Mecanismos de Combate no Sistema Interamericano de Direitos Humanos e no Direito Brasileiro
Vulnerability and Woman Victim of Violence: The improvement of the Fighting Mechanisms in the Inter-American Human Rights System and Brazilian Law
-
- Margarida Paz**
655-679 A proteção das pessoas vulneráveis, em especial as pessoas idosas, nas relações de consumo
The protection of vulnerable people, especially the elderly, in consumer relations
-
- Margarida Seixas**
681-703 Intervenção do Estado em meados do século XIX: uma tutela para os trabalhadores por conta de outrem
State intervention in the mid-19th century: a protection for salaried workers
-
- Maria Clara Sottomayor**
705-732 Vulnerabilidade e discriminação
Vulnerability and discrimination
-
- Maria Margarida Silva Pereira**
733-769 O estigma do adultério no Livro das Sucessões e a conseqüente vulnerabilidade (quase sempre feminina) dos inocentes. A propósito do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28 de março de 2019
The adultery's stigma in the Book of Succession Law and the consequent vulnerability (nearly always feminine) of the innocents. With regard to the Portuguese Supreme Court of Justice Judgement of May 28, 2019
-
- Míriam Afonso Brigas**
771-791 A vulnerabilidade como pedra angular da formação cultural do Direito da Família – Primeiras reflexões
Vulnerability as the cornerstone of the cultural development of Family Law – First reflections

-
- Nuno Manuel Pinto Oliveira**
793-837 Em tema de renegociação – a vulnerabilidade dos equilíbrios contratuais no infinito jogo dos acasos
On renegotiation – the vulnerability of contractual balance against the background of an infinite game of chance
-
- Pedro Infante Mota**
839-870 De venerável a vulnerável: *trumping* o Órgão de Recurso da OMC
From venerable to vulnerable: trumping the WTO Appellate Body
-
- Sandra Passinhas**
871-898 A proteção do consumidor no mercado em linha
Consumers' protection in digital markets
-
- Sérgio Miguel José Correia**
899-941 Maus-tratos Parentais – Considerações sobre a Vitimação e a Vulnerabilização da Criança no Contexto Parental-Filial
Parental Maltreatment – Considerations on Child Victimization and Vulnerability within the Parental-Filial Context
-
- Silvio Romero Beltrão | Maria Carla Moutinho Nery**
943-962 O movimento de tutela dos vulneráveis na atual crise económica: a proteção dos interesses dos consumidores e o princípio da conservação da empresa diante da necessidade de proteção das empresas aéreas
The vulnerable protection movement in the current economic crisis: the protection of consumers interests and the principle of conservation of the company in face of the protection of airline companies
-
- Valentina Vincenza Cuocci**
963-990 Vulnerabilità, dati personali e *mitigation measures*. Oltre la protezione dei minori
Vulnerability, personal data and mitigation measures. Beyond the protection of children

JURISPRUDÊNCIA CRÍTICA

-
- Maria Fernanda Palma**
993-1002 O mito da liberdade das pessoas exploradas sexualmente na Jurisprudência do Tribunal Constitucional e a utilização concetualista e retórica do critério do bem jurídico
The myth of the freedom of sexually exploited people in the Constitutional Court's Jurisprudence and the conceptual and rhetorical use of the criterion of the legal good
-
- Pedro Caridade de Freitas**
1003-1022 Comentário à decisão da Câmara Grande do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – caso *Vavříčka e Outros versus República Checa* (Proc. 47621/13 e 5), 8 de Abril de 2021
Commentary on the decision of the Grand Chamber of the European Court of Human Rights – Vavříčka and Others v. Czech Republic case (Proc. 47621/13 and 5), 8th April 2021

- **Rui Guerra da Fonseca**
1023-1045 Vacinação infantil compulsória – o Ac. TEDH *Vavříčka & Outros c. República Checa*,
queixas n.ºs 47621/13 e outros, 08/04/2021
Compulsory childhood vaccination – ECHR Case of Vavříčka and Others v. the Czech Republic, appl.
47621/13 and others, 08/04/2021

VIDA CIENTÍFICA DA FACULDADE

- **António Pedro Barbas Homem**
1047-1052 Doutoramentos e centros de investigação
Doctoral degrees and research centers
- **Christian Baldus**
1053-1065 Arguição da tese de doutoramento do Mestre Francisco Rodrigues Rocha sobre “Da
contribuição por sacrifício no mar na experiência jurídica romana. Século I a.C. ao
primeiro quartel do IV d.C.”
*Soutenance de la thèse de doctorat du Maître Francisco Rodrigues Rocha sur “Da contribuição por
sacrifício no mar na experiência jurídica romana. Século I a.C. ao primeiro quartel do IV d.C.”*
- **José A. A. Duarte Nogueira**
1067-1078 *Da contribuição por sacrifício no mar na experiência jurídica romana. Do Século I a. C.*
ao primeiro quartel do IV d. C. (Francisco Barros Rodrigues Rocha). Arguição nas provas
de Doutoramento (Lisboa, 5 de Março de 2021)
The contribution by sacrifice on the sea in the Roman legal experience between the 1st century
BC. and the first quarter of 4th century AD, by *Francisco Barros Rodrigues Rocha. Argument in
the Doctoral exams (Lisbon, March 5, 2021)*

LIVROS & ARTIGOS

- **Antonio do Passo Cabral**
1081-1083 Recensão à obra *A prova em processo civil: ensaio sobre o direito probatório*, de Miguel
Teixeira de Sousa
- **Dário Moura Vicente**
1085-1090 Recensão à obra *Conflict of Laws and the Internet*, de Pedro de Miguel Asensio
- **Maria Chiara Locchi**
1091-1101 Recensão à obra *Sistemas constitucionais comparados*, de Lucio Pegoraro e Angelo Rinella

O mito da liberdade das pessoas exploradas sexualmente na Jurisprudência do Tribunal Constitucional e a utilização concetualista e retórica do critério do bem jurídico

The myth of the freedom of sexually exploited people in the Constitutional Court's Jurisprudence and the conceptual and rhetorical use of the criterion of the legal good

Maria Fernanda Palma*

Resumo: O crime de lenocínio previsto no artigo 169º do Código Penal português tem sido objeto de controvérsia no Tribunal Constitucional, na qual se confrontariam uma perspetiva supostamente mais liberal do Direito Penal e uma outra linha, supostamente mais protecionista, que admitiria uma conexão constitucionalmente aceitável, no Estado de Direito democrático, da incriminação em nome da proteção da dignidade da pessoa utilizada por outra na prostituição e da identificação do âmago da incriminação como exploração de uma liberdade para a sexualidade. O presente comentário procura desconstruir etiquetas ideológicas de um suposto liberalismo e mostrar que a jurisprudência prevalecente desde 2004 não só não viola o princípio da necessidade da pena como é expressiva de valores essenciais da pessoa que são a pedra angular da Constituição.

Abstract: The crime of pimping provided for in article 169 of the Portuguese Penal Code has been the subject of controversy in the Constitutional Court in which an allegedly more liberal perspective of Criminal Law would confront another line, supposedly more protectionist, which would allow a constitutionally acceptable connection under rule of Law of criminalisation in the name of the dignity of the person exploited by another in prostitution and identifying the core of the criminality as exploiting freedom for sexuality. The present comment seeks to deconstruct ideological labels of an alleged liberalism and to show that the prevailing jurisprudence since 2004 not only does not violate the principle of the necessity of punishment, but expresses the essential values of the person that are the cornerstone of the Constitution.

* Professora Catedrática da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. fpalma@fd.ulisboa.pt.

Palavras-chave: Crime de lenocínio; prostituição; bem jurídico; princípio da dignidade da pessoa; liberdade sexual; liberalismo; estado de direito; ética e direito penal.

Keywords: Crime of pimping; prostitution; legal good; principle of human dignity; sexual freedom; liberalism; rule of law; ethics and criminal law.

1 – A questão da liberdade sexual das pessoas que se prostituem é uma matéria tornada controversa numa visão que tanto poderia ser liberal, como neoliberal ou “eticamente avançada”, conforme as preferências, mas que procura o apoio em argumentos empíricos, ideológicos e fundamentalmente políticos. Na verdade, em Stuart Mill seria impensável descriminalizar o lenocínio em função da repugnância dominante quanto ao proxenetismo. Hoje, porém, a convergência entre a liberdade de empresa com atividades económicas desvinculadas do espaço do proibido por razões morais tidas como tradicionais (tendência crescente perante a ilimitação gerada pela “sociedade da internet”) e a separação entre Direito e Moral torna razoável, para muitos, a defesa da descriminalização do lenocínio enquanto aproveitamento da atividade sexual profissional de outrem.

Há, assim, nesta tendência que chegou ao Direito Constitucional Penal um apelo quase subtil a que as conceções tradicionais de tolerância para com a prostituição, a par de razões sanitárias e económicas, que se associavam a uma crítica moral de fachada, sejam resolvidas no plano do Direito com a bênção da própria Constituição.

No plano dos significados, também é verdade que as perspetivas proibicionistas – que, no passado, eram alimentadas por uma moralidade mais puritana e estrita – se veem agora potenciadas pela própria incriminação do consumo da prostituição em certos países da União Europeia¹, com fundamento na prevenção de formas

¹ É o caso do Código Penal francês, desde a Lei de 13 de Abril de 2016, no artigo 611-1: “*le fait de solliciter, d’accepter ou d’obtenir des relations de nature sexuelle d’une personne qui se livre à la prostitution (...) est puni de l’amende prévue pour les contraventions de la 5^e classe.*” O artigo 225-12-1 pune a reincidência com “*trois ans d’emprisonnement et de 45 000 € d’amende, quand la personne prostituée est mineure ou présente une particulière vulnérabilité, apparente ou connue de son auteur, due à une maladie, à une infirmité, à un handicap ou à un état de grossesse.*” Também é o caso do Código Penal sueco, que inspirou o francês desde 1999, incriminando todo o consumo de prostituição (compra de serviços sexuais), mas nunca visando as pessoas prostituídas. Na Suécia, a incriminação está atualmente inserida no artigo 11 do capítulo 6 do Código Penal (desde 2005) e tem sido politicamente sustentada como um problema de defesa da igualdade de género e de proteção contra uma forma grave de violência contra as mulheres. Sobre o modelo nórdico (Suécia e Noruega), que associa a questão à igualdade de género e tem revelado um decréscimo acentuado da prostituição, cfr. <https://www.eu-logos.org/2019/07/29/prostitution-in-the-eu-or-how-the-lack-of-legal-harmonization-goes-against-the-eus-values/>.

muito graves de criminalidade como o tráfico de pessoas e os abusos sexuais de crianças.

Deste modo, a controvérsia sobre a constitucionalidade do modelo de incriminação do lenocínio consagrado no artigo 169º do Código Penal está muito contaminada pelas posições e interesses sociais e ideológicos do passado, mas encontra novos enquadramentos político-criminais, que se exprimem na criminalização da prostituição com menores e com vítimas de tráfico de pessoas.

2 – Como há uma interferência manifesta entre essas pré-compreensões tradicionais e a questão da constitucionalidade de uma fórmula como a do artigo 169º do Código Penal, será conveniente clarificar a validade dos argumentos desde logo no plano ético, para posteriormente se verificar a sua compatibilidade com uma argumentação jurídico-constitucional.

Haverá, com efeito, um plano da argumentação ética ainda sem cidadania jurídica e outro compatível com o Direito e exprimindo até uma certa juridicidade intrínseca.

Argumentos éticos extrínsecos a essa juridicidade são, por um lado, a censura moral das pessoas que se dedicam à prostituição por decisão autónoma e daqueles que fomentam, auxiliam e em geral se aproveitam de outrem, ainda que sem qualquer coação ou preservação de uma situação de exploração sexual. Por outro lado, também é extrínseca à juridicidade a perspectiva de que o lenocínio seria um modo de expressão da pessoa como qualquer outro na associação entre dignidade e autonomia, em nome de um pluralismo moral característico do Estado de Direito.

Tanto o primeiro como o segundo argumento defraudam, na minha opinião, o axioma da separação do Estado da Moral por razões distintas. No que se refere ao primeiro argumento, na medida em que se atribui ao Estado a legitimidade para intervir na intimidade e no desenvolvimento da vida pessoal de cada um. No que respeita ao segundo, porque o pretense direito de fomentar, ajudar ou se aproveitar da prostituição por outrem, ainda que livremente exercida, embora possa ser subtraído ao âmbito do ilícito, não corresponderá a uma subtração em nome de um valor, de uma capacidade humana ou de um contributo para uma vida digna de ser vivida².

Em suma, tal atividade pode não reclamar a intervenção do Direito, não ter de ser proibida, mas não se associa, enquanto interesse de certos indivíduos, a

² Como desiderato ético por excelência na linha de Martha Nussbaum em, por exemplo, NUSSBAUM, MARTHA C., *Frontiers of Justice: disability, nationality species membership*, Cambridge, Mass.: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006, pp. 76-78 e p. 164 e ss.

qualquer critério moral subjacente ao Estado de Direito, como uma espécie de liberdade moral de praticar o proxenetismo. Tal liberdade pode existir, mas não corresponde a uma virtude política a ser protegida numa sociedade democrática evoluída³.

Assim, colocadas as coisas no seu plano próprio, poderíamos concluir que a argumentação jurídica, sem se subtrair a todo e qualquer argumento ou critério moral, não poderia considerar estas duas perspetivas: a primeira pela separação entre Direito e Moral; a segunda pela não separação plena entre Direito e Moral, reclamada pela praticidade e vinculatividade do Direito relativamente aos seus destinatários.

Finalmente, e sem qualquer sofisticação do discurso, o que foi dito pode resumir-se nesta ideia simples: nem Direito moralista que exprima apenas uma moral dominante, nem Direito pretensamente amoral que torne valor ou bem juridicamente protegido interesses particulares que não são centrais para as condições de desenvolvimento pessoal, mas meros aspetos de uma instrumentalização da pessoa ao outro social ou a si mesma como representante do outro social⁴.

Esta tentativa de clarificação contende, obviamente, com a argumentação do Acórdão do Tribunal Constitucional, que, apoiado na separação entre Direito e Moral, não consegue desvincular-se de uma inconstitucionalidade da incriminação do lenocínio ainda por alegado respeito para com a dignidade da pessoa humana de quem pratica essa atividade, quando utiliza a citação (penso que descontextualizada) de Figueiredo Dias, sustentando que o princípio da dignidade da pessoa humana “não deva constituir fundamento de validade constitucional de uma incriminação como a constante do atual artigo 169.º, mas possa pelo contrário, ao menos em certas circunstâncias, ser legitimamente invocado como fundamento da sua inconstitucionalidade⁵”. A pergunta não esclarecida no referido Acórdão é se esse será o caso neste tema. Parece-me que não e admito que não foi essa a intenção do Tribunal.

No entanto, a questão que subsiste será sempre se um conteúdo moral mínimo ou à maneira de Dworkin⁶, integrante e integrador no sistema constitucional, é exatamente um critério de pertença válida de uma norma a esse sistema. Neste

³ Assim ainda NUSSBAUM, MARTHA C., *Upheavals of Thought, The Intelligence of Emotions*, Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 22 e ss., e PALMA, MARIA FERNANDA, *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2005, p.188 e ss.

⁴ Sobre a ideia do outro social, veja-se MEAD, GEORGE HERBERT, *Mind, Self and Society: The Definite Edition* (ed. Cherts. W. Morris), Chicago: University of Chicago Press, 2015, e do mesmo autor, “The Social Self”, *The Journal of Philosophy, Psychology and Scientific Methods* 10, 14, 1913, pp. 374-380.

⁵ Acórdão do Tribunal Constitucional nº 134/2020, 3 de março de 2020.

⁶ DWORKIN, RONALD, *Law's Empire*, London: Fontana Paperbacks, 1986.

caso, esse significado ou valor será exatamente a autonomia para a sexualidade como uma capacidade humana fundamental.

3 – Num segundo patamar, a questão da validade penal das normas incriminadoras suscita, porém, uma nova necessidade de esclarecer os pressupostos de validação constitucional.

Aqui as questões assentes parecem-me ser as seguintes numa perspetiva sobretudo de delimitação negativa:

A dignidade punitiva não pode ser confirmada quando se estiver perante o exercício de liberdades constitucionais, como, por exemplo, a liberdade de consciência ou de expressão do pensamento; não há incriminações obrigatórias como uma espécie de qualidade própria dos factos ou exigência suscitada por eles, tendo em conta que sejam concebíveis políticas criminais alternativas à punição; a manifesta desproporcionalidade das penas ante o comportamento proibido torna ilegítima a incriminação.

Já são questões mais complexas e controvertidas, algumas ainda gerais, em que o Acórdão do Tribunal Constitucional assenta as bases da sua argumentação:

Em primeiro lugar, a inexistência de um bem jurídico com relevância constitucional inviabiliza a constitucionalidade de qualquer norma incriminadora; em segundo lugar, a dignidade da pessoa humana não é referente adequado ou suficiente para legitimar a constitucionalidade de uma norma penal, não existindo uma dimensão de ofensa no lenocínio justificativa, no plano constitucional, da incriminação.

Quanto à questão do axioma do “Direito Penal do bem jurídico”, várias observações são necessárias, na medida em que se trata de um conceito que sofreu alterações funcionais no pensamento jurídico desde o século XIX, conceito manifestamente instrumental de uma argumentação legitimadora do Direito Penal e relativamente equívoco se utilizado como o princípio e o fim de uma argumentação, tal como acontece em vários Acórdãos do Tribunal Constitucional – e, por vezes, em passagens de textos de doutrina penal.

É nítido que a evolução do conceito de bem jurídico significou uma mutação funcional das visões do Direito Penal, desde a visão positivista que o utilizou como o interesse protegido pela norma (Binding) à visão jusnaturalista, conservadora, que o relacionou com condições objetivas essenciais para preservar a vida em sociedade (Birnbäum), à perspetiva individualista liberal que o relacionou com direitos e bens de titularidade individual (Feuerbach), à linha do bem jurídico como expressão de necessidades interrelacionais não simbólicas numa perspetiva de teoria crítica da sociedade (Hassmer), à visão de base neokantiana de uma síntese de realidade e valor mais ligada aos valores constitucionais e à política criminal (Roxin) ou às exigências ético-sociais (Figueiredo Dias). Visões liberais,

coletivistas, neoliberais, comunitaristas e multiculturais são o terreno de instabilidade do conceito de bem jurídico⁷.

Neste sentido, a assertividade com que o Tribunal Constitucional apela ao conceito de bem jurídico é problemática, pois um conceito de cobertura de conteúdos tão diversos não empresta, usado sem explicitação de uma função e de um conteúdo compreensivo, qualquer capacidade de servir de crivo no exame da constitucionalidade das normas incriminadoras.

O pragmatismo de Peirce⁸ pode ser aqui invocado para sugerir que um conceito só tem um valor de verdade quando analisado nas diversas possibilidades práticas, servindo para tornar as nossas ideias claras. Com efeito, o bem jurídico pode ser utilizado contraditoriamente e não é uma palavra mágica que possa abrir quaisquer portas sem ulterior argumentação.

Roxin, que atribui uma grande relevância ao conceito de bem jurídico⁹, não pode deixar de flexibilizar os seus pressupostos teóricos quando necessita de responder à questão do bem jurídico nos crimes ambientais e nos crimes contra os animais. Vê-se bem, no seu pensamento, que quem utiliza uma categoria com uma função de critério, quase subsuntivamente, e se confronta com uma realidade inadequada ao critério, mas cuja exclusão da validação constitucional pode ser inadequada às exigências sociais e culturais que presidem à própria utilização do bem jurídico, entra numa dificuldade teórica inultrapassável. Roxin, que nos ensinou que existem conceitos abertos e de conteúdo moldável através do exemplo do conceito de domínio do facto, não quis manifestamente dar o passo epistemológico que o seu próprio pensamento impunha com o conceito de bem jurídico.

O que se impõe não é apresentar, como num jogo com casas proibidas e outras que nos permitem ganhar terreno, uma casa em que está retratado o bem jurídico – conceito instável, mutável e basicamente opinativo – mas discutir, em face da Constituição, um modo de argumentação válido na fundamentação de normas incriminadoras.

Esse modo de argumentação consiste, sem dúvida, na procura dos limites negativos das normas incriminadoras, dos campos que não poderão ser incluídos validamente, porque não são integráveis no sistema constitucional.

⁷ Sobre toda esta matéria, em síntese, cfr. PALMA, MARIA FERNANDA, *Direito Penal. Conceito Material de Crime, Princípios e Fundamentos*, 4ª ed., 2019, reimp., Lisboa: AAFDL, 2020, pp. 79 e ss.

⁸ PEIRCE, CHARLES SANDER, *Collected Papers of Charles Sanders Peirce*, vol.5, (ed. Charles Hartshorne/Paul Weiss), Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1965, e “What Pragmatism is”, *The Monist*, 15, 2, 1905, pp. 161–181, <https://doi.org/10.5840/monist190515230>.

⁹ ROXIN, CLAUS, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, Vol. I, 4.ª ed., München: C.H. Beck, 2016, p. 14 ss., e, em especial, em “Sobre o recente debate em torno do bem Jurídico”, in: *Novos Estudos de Direito Penal* (org. Alaor Leite), São Paulo: Marcial Pons, 2014, pp. 41 ss.

Assim, se a referência ao bem jurídico puder cumprir essa função terá importância, mas para a atingir não basta, como faz o Acórdão em análise, invocar um pretenso Direito Penal do Bem Jurídico, cujo conteúdo não explicita.

A questão fundamental será então o que poderá ser essencial sob a cobertura do conceito de bem jurídico no plano de um Estado de Direito Constitucional. E eu diria que será fundamentalmente uma certa objetividade factual do interesse protegido e não meramente uma ideia abstrata e simbólica, uma certa afetação de interesses ou necessidades de pessoas com significado existencial, algo que seja vivido inter-relacionalmente e que nessa dimensão tenha significado comum, uma necessidade coletiva afetando condições de existência, em suma um significado inter-relacional existencial. Uma dupla exigência apoia esta ideia: correspondência entre os valores jurídicos e as necessidades e interesses definidos inter-relacionalmente e correspondência entre estas definições e uma realidade social avaliada extrajudicialmente no plano de Teoria da Sociedade. Todo este esquema apenas se justifica pelo projeto histórico do Direito como uma sistema não capturável pelas diversas subjetividades, incluindo as perspectivas morais, religiosas e políticas.

Ora nesta perspectiva não é fácil objetar que o nível pragmático ou funcional do bem jurídico esteja ausente na incriminação do lenocínio, pois o referente da argumentação do Acórdão de 2004¹⁰, o *leading case* que sustentou a não inconstitucionalidade, foi precisamente a liberdade e autonomia plena para a sexualidade dos prostituídos, que agiriam explorados ou manipulados pelos agentes promotores da sua atividade.

Sustentar que se esvai qualquer relação com a liberdade dos prostituídos pela hipótese de haver consentimento ou mesmo opção por um modo de vida deixa-nos o embaraçoso precedente, na linha do consentimento do escravo a que alude Stuart Mill, do consentimento das vítimas do tráfico de pessoas ou do tráfico de órgãos, em que ninguém considerará tolerável o comportamento do traficante. Assim, não é de consentimento que se trata mas de uma distanciação total pelo Acórdão do Tribunal Constitucional em análise, entre o fomento da prostituição e a exploração da sexualidade alheia, pois mesmo como opção ou solução de vida dos prostituídos não deixa de existir, por parte dos autores do lenocínio, uma utilização da sexualidade alheia como fonte de lucro e redução de uma dimensão essencial da autonomia do outro a uma coisa negociável sob a sua supervisão ou com o seu direto aproveitamento.

Deste modo, não deixa de existir um *quid* digno de proteção por força do argumento do consentimento ou da opção da vítima, tal como acontece por força do consentimento em vários crimes contra a liberdade, pois no lenocínio o significado da necessidade existencial em causa é o dever da sociedade impedir a comercialização de uma dimensão

¹⁰ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 144, de 4 de abril de 2004.

fundamental do ser humano, num contexto comum de necessidade económica ou social, ou seja, de impedir a exploração por terceiros dessa dimensão da dignidade da pessoa.

Pretender que essa dimensão da libertação da sexualidade da exploração por outros não corresponde ao conceito de bem jurídico é pura jurisprudência dos conceitos, em que o conceito não definido sequer de bem jurídico é utilizado como dogma para extrair um efeito de exclusão do caso. O que interessa, sim, é saber se um direito, numa dimensão objetiva, de cada pessoa à sua sexualidade e à não exploração por outros, decorrente, claro, da dignidade da pessoa humana, é irrelevante para o Direito Penal independentemente da adequação a uma qualquer definição prévia de bem jurídico, que não será mais de que um nome. Não é de nomes que se trata mas do merecimento de proteção desta dimensão das pessoas. E essa dimensão não pode deixar de ser reconhecida como essencial e substancial para além da consequência para terceiros da liberdade imediata e empiricamente concebida da pessoa prostituída.

4 – Questão mais central nesta matéria também considerada no Acórdão analisado é, porém, não existir uma relação necessária entre o lenocínio na formulação do atual artigo 169, nº 1, e qualquer situação de necessidade económica e social – e, por isso mesmo, nem sequer poder estar em causa um problema de exploração da necessidade.

Antes mesmo dos argumentos jurídico-penais que se envolvem neste tema, volta a notar-se a objetividade deste direito como algo que o Estado pode proteger porque tem como significado preservar a pessoa contra a sua coisificação e exploração por outros, independentemente da sua vontade.

É claro que a referência, retirada da redação da lei, à carência das pessoas prostituídas pode levar a pressupor que a incriminação utiliza num sentido mais abstrato a ideia anterior de exploração do outro, desinteressando-se da concreta exploração de carências das pessoas prostituídas. Na verdade, na lógica anterior, a noção de exploração prescinde da posição da vítima tal como no tráfico de pessoas.

Duas vias se oferecem para enfrentar esta questão: a da presunção de uma exploração da carência social das pessoas que se prostituem pelos comportamentos de fomento ou auxílio a que se refere o artigo 169º do Código Penal, na base de uma elevada probabilidade estatística e de uma certa tipicidade social daqueles comportamentos, aproximando a estrutura da norma incriminadora de um crime de perigo abstrato; ou deslocando o aspeto nuclear da argumentação para o referido dano objetivo associado à supervisão, controlo, favorecimento da atividade de prostituição, independentemente da carência económica da pessoa prostituída ou de um estado de necessidade efetivamente vivido.

Nesta última via, a norma incriminadora incidiria sobre o comportamento do supervisor, mentor, organizador e aproveitador da prostituição, independentemente

da posição da pessoa prostituída, podendo abarcar situações de vulnerabilidade, para além da estrita necessidade social num plano económico. Estar-se-ia, em certo sentido, a aproximar a solução legislativa dos crimes de consumo de prostituição que foram introduzidos recentemente na legislação de alguns países europeus, incindindo o fundamento da incriminação no comportamento do agente, independentemente da concreta situação das pessoas prostituídas ou das conceções mais individualistas de liberdade relacionadas com opções de vida profissional.

Em face destes dois entendimentos, seria neste momento mais produtivo um caminho intermédio que procurasse a fundamentação na conjugação entre a elevada probabilidade de aproveitamento de uma concreta situação de carência da pessoa que se dedica à prostituição e uma insuportável direção e aproveitamento económico da vida sexual profissionalizada das pessoas que se prostituem, enquanto expressão de controlo ou mesmo apenas de aproveitamento sistemático e direcionado de uma dimensão nuclear de cada pessoa, do seu corpo e da sua sexualidade.

Nesta conjugação poder-se-ia delimitar a tipicidade com um sistema mais variável, distinguindo situações de menor controlo e direção em que a lógica do aproveitamento permitiria excluir do tipo incriminador casos de falta manifesta de carência e casos em que a dominância dos comportamentos de controlo ou de direção laboral, mais próximos do tráfico de pessoas, seriam suficientes para a tipicidade.

O Acórdão de 2004 admitiu uma espécie de contraprova da carência social no caso concreto como critério de exclusão da tipicidade, embora essa dimensão não tivesse sido objeto do recurso que incidiu, globalmente, sobre a norma incriminadora. Em geral, os Acórdãos seguintes, que mantiveram o não julgamento de inconstitucionalidade, também não procuraram quaisquer delimitações da norma incriminadora em função dos casos. No entanto, teria sido produtiva e orientadora para o legislador uma tal diferenciação de dimensões normativas, pois distinguindo dimensões da norma eventualmente não inconstitucionais poder-se-ia mostrar como deveria ser moldado um novo tipo incriminador.

5 – Cabe, por último, perguntar se o argumento de que a norma atual, por precisamente não permitir uma adequada diferenciação entre dimensões não seriamente danosas e outras com essa seriedade, seria, só por esse facto, globalmente inconstitucional por violação do princípio da tipicidade.

Ora essa perspetiva tem desde logo, na prática, o grande inconveniente de permitir que desapareça do ordenamento jurídico, através de uma eventual declaração de inconstitucionalidade da norma com força obrigatória geral, o crime de lenocínio, conduzindo à plenitude de um efeito descriminalizador para comportamentos muito graves de exploração da prostituição. E isso sucederia mesmo que se viesse a requerer

legislativamente a prova da carência da pessoa prostituída. Com efeito, a inconstitucionalidade da norma nem sequer permitiria uma espécie de conversão de um crime de perigo abstrato num crime de perigo concreto, pois estaria neste caso afastada qualquer sucessão de leis no tempo. Essa orientação de arrasar por inconstitucionalidade todo o tipo incriminador não é uma boa articulação do Tribunal Constitucional com o legislador, em matérias em que é manifesto que os comportamentos periféricos (eventualmente inconstitucionais) que o núcleo normativo atraía não desmentem a carência de proteção penal dos comportamentos nucleares. A tarefa do Tribunal Constitucional nesses casos é, antes, reduzir a norma ao seu núcleo não inconstitucional, procedendo ao expurgo das dimensões normativas inconstitucionais e não uma orientação ideológica de legislador de sentido único, isto é, concluindo que normas como a do lenocínio não se integrariam em absoluto na Constituição.

Estar-se-ia, por essa via, a conotar a jurisprudência constitucional com o legislador e não apenas a mostrar os caminhos alternativos para a solução legislativa compatível com a Constituição.

É também esse o caminho de um aprofundamento da jurisprudência constitucional, que tão grande papel tem desempenhado na interpretação das possibilidades de desenvolvimento do Estado de Direito democrático enquanto lugar de consensos, provavelmente por sobreposição, à maneira de Rawls¹¹, de perspetivas diversas sobre a vida alheia à pura retórica e mais próxima das vias do pensamento crítico.

6 – Feita esta análise, ainda não tinha sido concluído o presente texto, o Acórdão do Tribunal Constitucional nº 72/2021 de 27 de Janeiro, veio manter no essencial a jurisprudência de 2004, selecionando os argumentos suscetíveis de um novo consenso. O problema que o anterior Acórdão suscitou não sanou senão provisoriamente a controvérsia, pois as divergências de fundo assinaladas continuam subjacentes a uma discussão em torno da constitucionalidade e não deixarão, por certo, de influenciar o legislador. Todavia, a grande virtude do Acórdão nº 72/2021 foi afastar-se de argumentos conceptualistas e interpretar a orientação anterior mais consistente, que evita entrar no terreno do legislador, sobretudo impedindo o inaceitável vazio legislativo nesta matéria. Por seu lado, estas considerações visam sobretudo desvelar um pensamento constitucional orientado para os valores liberais constitutivos de uma democracia qualitativa, orientada para a liberdade no exercício da sexualidade, como uma liberdade positiva e qualitativa e não apenas negativa.

¹¹ Cfr. Rawls, John, *O Liberalismo Político* (trad. port. de Sedas Nunes), 1ª ed., Editorial Presença, p. 141 e ss.