

Casa de prostituição. O crime do art. 229 do Código Penal

Autor: Renato Marcão

Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo, Mestre em Direito, Professor convidado no curso de pós-graduação em Ciências Criminais da Rede Luiz Flávio Gomes e em cursos de pós-graduação de Escolas Superiores do Ministério Público e da Magistratura, Membro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária

publicado em 16.12.2010

 [enviar este artigo]  [imprimir]

A prostituição, como é voz corrente, talvez seja a mais antiga das **profissões**.

Prestar favores sexuais, mercadejar o corpo e distribuir os prazeres da carne pode constituir opção para alguns e destino para outros.

Manter estabelecimento em que ocorra exploração sexual, conforme a lei penal vigente, constitui crime que está previsto no art. 229 do Código Penal, grafado nos seguintes termos: “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”.

Antes da vigência da Lei 12.015/2009, o artigo 229 se referia de forma expressa à conduta consistente em “manter, por conta própria ou de terceiro, casa de prostituição ou lugar destinado a encontros para fim libidinoso (...)”, havendo perfeita correlação com o *nomem juris* emprestado à tipificação em testilha pelo Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal).

Hoje, mesmo se referindo o dispositivo a “estabelecimento em que ocorra **exploração sexual**”, quer nos parecer que a denominação jurídica do tipo, que persiste, não exigia mesmo ser alterada.

Muito embora o legislador tenha optado por uma linguagem mais atualizada para compor o preceito primário, em verdade e em última análise está a se referir, ainda, aos locais em que exercitada a prostituição ou outra forma de exploração sexual, daí não ser de todo desajustada a manutenção do *nomem juris* – casa de prostituição – como designativo do tipo, pois assim se revelam os “estabelecimentos” que à prática proscrita se destinam/dedicam.

A prostituição, a seu turno, acompanha a história da humanidade e é citada até mesmo em passagens bíblicas, como dão mostras, por exemplo, escritos do Novo Testamento a respeito de **Maria Madalena**, sobre “Sodoma e Gomorra” etc.

Não se trata de, ao contrário do que disse **Nelson Hungria**,⁽¹⁾ até certo ponto, constituir um mal necessário, por revelar uma função preventiva na entrosagem da máquina social.

Vencido o tempo das reflexões lançadas pelo admirável penalista, já não podemos concordar com suas afirmações no sentido de que – “sem querer fazer-lhe elogio”, ressalvava cautelosamente – constitui a prostituição “uma válvula de escapamento à pressão de irrecusável instinto, que jamais se apaziguou na fórmula social da monogamia, e reclama satisfação antes mesmo que o homem atinja a idade civil do casamento ou a suficiente aptidão para assumir os encargos da formação de um lar. Anular o meretrício, se isso fora possível, seria inquestionavelmente

orientar a imoralidade para o recesso dos lares e fazer reverter a libido para a prática de todos os crimes sociais”.(2)

O modelo social dos dias que correm não mais se ajusta ao pensamento exposto, que em verdade buscava salvaguardar a família e a sociedade dos malefícios que a ausência de opção para os reclamos que a satisfação da libido exige por vezes arrisca e até insiste em proporcionar.

Os sistemas parciais(3) que integram a sociedade contemporânea prescindem de tais favores para seu fortalecimento.

A realidade atual tornou superada a visão poética e por vezes romântica que enxergava nos prostíbulos o primeiro acesso para a prática da masculinidade sexual; para a iniciação da virilidade explícita melhor protagonizada por célebres e prometidas mercadoras do amor.

As sessões de iniciação tantas vezes patrocinadas por algum familiar próximo, que com alguma satisfação se dispunha a levar o jovem de escassa penugem para o congresso carnal com prostitutas experimentadas, já não encontram correspondência no presente. Tais entrevistas de amor, que de amor nada tinham, se tornaram estampa fora de moda para o tecido social hodierno.

Onde remanescem, as denominadas “zonas de meretrício” se tornaram opção de abrigo para criminosos e ponto de frequência para alguns poucos, não mais desfrutando das conotações e do colorido de que no passado se impregnaram.

Mas a prostituição, livre pelas ruas ou confinada em estabelecimentos luxuosos, jamais deixou de existir. Ao contrário, aproveitando-se do desejo atávico de desafogo da sexualidade, se expande como “negócio lucrativo” e se moderniza com oferta qualificada de “peças e serviços”, como se faz explícito em todos os meios de informação.

Ignorada, tolerada, regulamentada ou proibida, também disse **Nelson Hungria,(4)** a prostituição “sempre existiu e há de existir sempre”.

Conformemo-nos.

Em si considerada, contudo, a prostituição não configura ilícito penal. Nem poderia, por recair tal conduta dentro de limites amparados pelo livre-arbítrio.

Não bastasse a real impossibilidade de se punir criminalmente a livre disposição dos impulsos sexuais na forma acima preconizada; de se tentar frear no campo penal a assegurada possibilidade de se distribuir favores sexuais a quem desejar e na forma que se pretender, mediante consenso; há ainda que se ressaltar a inviabilidade de se pretender a moralização do homem pela via coercitiva do *jus puniendi*.

Eugênio Raúl Zaffaroni e **José Henrique Pierangeli** proferem valiosa lição a respeito quando asseveram:

“Sob nenhum ponto de vista a moral em sentido estrito pode ser considerada um bem jurídico. A ‘moral pública’ é um sentimento de pudor, que se supõe ter o direito de tê-la, e que é bom que a população a tenha, mas, se alguém carece de tal sentimento, não se pode obrigar a que o tenha, nem que se comporte como se o tivesse, na medida em que não lesionem o sentimento daqueles que o têm”.(5)

Tratando da racionalidade ética na legislação penal, **José Luis Díez Ripollés** traz importante lição, que seguramente comporta destaque neste ponto das reflexões atuais, e o faz nos seguintes termos:

“A identificação daquilo cuja danosidade social afeta de modo grave os pressupostos imprescindíveis à convivência externa precisa de um ponto

de referência. Essa referência é obtida por meio da remição ao interesse público. Com isso se quer dizer que os comportamentos ante os quais deve intervir o Direito Penal devem afetar as necessidades do sistema social em seu conjunto".(6)

Segundo o escólio de **Claus Roxin**,(7) "o legislador não possui competência para, em absoluto, castigar pela sua imoralidade condutas não lesivas de bens jurídicos". E segue:

"A moral, ainda que amiúde se suponha o contrário, não é nenhum bem jurídico – no sentido em que temos precisado tal conceito, deduzindo-o do fim do direito penal. Se uma acção não afecta o âmbito de liberdade de ninguém, nem tão pouco pode escandalizar directamente os sentimentos de algum espectador porque é mantida oculta na esfera privada, a sua punição deixa de ter um fim de proteção no sentido atrás exposto. Evitar condutas meramente imorais não constitui tarefa do direito penal".(8)

Disso decorre afirmarmos ser destoante e ilógica a opção do legislador ao insistir em manter no sistema penal vigente o disposto no art. 229 do Código Penal, quando não se tem por criminosa a prática da prostituição nem assim pode ser considerada toda e qualquer exploração sexual.(9)

A propósito, diz **André Estefam**:

"Com o advento da Constituição Federal e a alteração do valor protegido nos arts. 213 a 234, que passam a ser crimes contra a 'dignidade sexual', não mais se justifica a própria subsistência do tipo penal. Num Estado Democrático de Direito, calcado na dignidade da pessoa humana, que pressupõe a liberdade de autodeterminação, não se pode considerar criminosa uma atividade que, em seu bojo, não envolve práticas ilícitas (somente imorais)".(10)

Bem por isso o acerto das oportunas observações lançadas por **Guilherme de Souza Nucci** quando revela sua indignação nos seguintes termos:

"Em lugar de descriminalizar o óbvio, eliminando do cenário do Código Penal o art. 229, altera-se uma expressão por outra análoga, gerando a expectativa de aplicação da norma, o que fatalmente, não ocorrerá. Se a prostituição tanto incomoda, somente para argumentar, crie-se o tipo penal apropriado, criminalizando-a. Somente assim teria sentido buscar a punição por quem a pratica ou quem mantém lugar destinado à prática desse **crime**. Porém, não constituindo delito, de nada importa existir uma infração penal, pretendendo punir o dono de um lugar onde ocorra ato não criminoso. Se a prostituição é prática imoral, lembremos que a corrupção também é, aliás, além de imoral é crime. E não consta existir tipo penal punindo quem mantenha estabelecimento onde ocorra corrupção".(11)

Há que se buscar um sistema de regulamentação criminal menos hipócrita possível, em que não exista espaço para a proteção de valores puramente morais,(12) sem que isso traduza qualquer aplauso ou condescendência em relação a condutas marcadas por revelado desprezo à moral vigorante.

Discorrendo sobre os critérios de legitimação da criminalização, **Jorge de Figueiredo Dias** e **Manoel Costa Andrade** ensinam:

"Segundo o entendimento unânime, só assumem **dignidade penal** as condutas que lesem **bens jurídicos** ou, noutros termos, que sejam **socialmente danosas**. Segundo, por exemplo, a sugestiva formulação de **Morris** e **Hawkins**, 'a função primordial do direito criminal é proteger as pessoas e os bens (...). Sempre que o direito criminal invade as esferas da moralidade ou do bem-estar social, ultrapassa os seus próprios limites em detrimento das suas tarefas primordiais (...). Pelo menos do ponto de vista do direito criminal, a todos os homens assiste o inalienável direito de irem para o inferno à sua própria maneira, contanto que não lesem diretamente."(13)

Como se vê, errou o legislador ao manter a tipificação penal em comento.

Notas

1. **Comentários ao Código Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956. v. VIII. p. 268.
2. **Comentários ao Código Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956. v. VIII, p. 268.
3. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Traduzido por Gustavo Bayer, Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário, 1983. p. 168.
4. **Comentários ao Código Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956. v. VIII. p. 274.
5. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 467.
6. **A racionalidade das leis penais**. Traduzido por Luiz Regis Prado, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 153.
7. **Problemas fundamentais de Direito Penal**. Traduzido por Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, Lisboa: Vega, 1986. p. 29-30.
8. Luiz Flávio Gomes tratou da matéria com profundidade em seus livros **Norma e bem jurídico no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (As Ciências Criminais no século XXI, v. 5); e **Princípio da ofensividade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (As Ciências Criminais no século XXI, v. 6).
9. No mesmo sentido apreendido por Guilherme de Souza Nucci, *in* **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 80.
10. **Crimes sexuais**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 118.
11. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 80.
12. Sobre a matéria, conferir o excelente livro de Alice Bianchini: **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 (As Ciências Criminais no século XXI, v. 7).
13. **Criminologia**: O homem delinquente e a sociedade criminógena. 2. reimp., Coimbra: Coimbra, 1997. p. 405-406.

Referência bibliográfica (de acordo com a NBR 6023: 2002/ABNT):

MARCÃO, Renato. *Casa de prostituição. O crime do art. 229 do Código Penal*. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 39, dez. 2010. Disponível em:
< http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao039/renato_marcao.html >
Acesso em: 09 fev. 2011.