

# A questão do bem jurídico no crime de casa de prostituição

## *The matter of the legal asset in the crime of prostitution facility*

Artigo recebido em 12/03/2024 e aprovado em 22/04/2024.

### Ludmila Carvalho Gaspar de Barros Bello

Graduada em direito pela Universidade de São Paulo e mestra em direito penal pela mesma instituição.

#### Resumo

O presente artigo investiga qual o bem jurídico protegido pelo tipo penal da casa de prostituição, previsto no art. 229 do Código Penal brasileiro. Para tal, o trabalho faz uma retomada da ideia de bem jurídico, seu conceito, função e a crise pela qual perpassa, investiga sua relação com o *harm principle* da tradição anglo-saxã, em particular com seu subsidiário, o *self harm*, analisando também o paternalismo que influencia a legislação pátria nessa questão.

**Palavras-chaves:** bem jurídico; casa de prostituição; conduta típica; moral; paternalismo.

#### Abstract

*The current article investigates which is the legal asset protected by the crimes of prostitution facility, defined by article 229 of the Brazilian Criminal Code. To do such, the work goes back to the idea of legal asset, its concept, function and the crisis that it is currently going through, its relation to the harm principle of Anglo-Saxonian tradition, specially with the idea of self harm, also analyzing the paternalism that influences the Brazilian legislation in this matter.*

**Keywords:** legal asset; prostitution facility; harm principle; harm to self; morality; paternalism.

## 1 Introdução

A ideia de direito penal como o instrumento que constitui a *ultima ratio* do universo jurídico pode ser rastreada ao movimento iluminista, não sendo, portanto, um elemento novo ao estudo das ciências criminais. No entanto, é possível argumentar que o princípio da intervenção mínima nunca foi plenamente adotado pela legislação penal brasileira. Não haveria, assim, uma crise na utilização do direito penal no Brasil, mas sim a constatação de um problema estrutural e sistêmico, que perdura desde os primórdios de nossa produção legal. O direito penal é utilizado para suprir toda e qualquer deficiência social que o legislador considere relevante, fazendo-o, com frequência, utilizando um viés que é, a um mesmo tempo, populista, na medida em que busca atender ao clamor social, e elitista, vez que atua salvaguardando nitidamente os interesses de parcela privilegiada da população. A lei penal é, em suma, utilizada, com frequência, para solucionar problemas que seriam resolvidos – por vezes de forma mais célere e eficiente – por outras esferas jurídicas.

Frequentes são as críticas aos tipos penais que consideramos como uma afronta ao princípio da intervenção mínima, isto é, condutas que poderiam encontrar uma resposta mais satisfatória por meio do direito administrativo ou do direito civil, sem a necessidade de recorrer ao direito penal. Isso não significa, necessariamente, que esses tipos não tutelam um bem jurídico determinado. Não é tarefa exclusiva do direito penal tutelar toda e qualquer lesão a bem jurídico. O próprio Roxin (2018, p. 29-30) assim o considera, esclarecendo que a norma penal deve ser reservada a condutas que atentem contra aquilo que for mais caro à nossa sociedade.<sup>1</sup> Ou seja, o direito penal cuida tão somente do que há de mais essencial para a vida em comunidade no Estado Democrático de Direito.

<sup>1</sup> Sobre isso, o autor pontua com clareza: “Ao lado do princípio de proteção de bens jurídicos aparece, com um mesmo grau, o de subsidiariedade, segundo o qual somente se deve ameaçar com pena quando regulações civis ou jurídico-administrativas mais leves ou outras medidas político-sociais não sejam suficientes. O direito penal é, como sempre disse, subsidiário da proteção de bens jurídicos. Mas isso não tira o significado do conceito de bem jurídico, como espero que tenha demonstrado na minha exposição”.

Pressupõe-se, a partir dessa linha de pensamento – o que é corroborado, como veremos mais adiante, pela própria visão funcionalista do bem jurídico – que, embora o inverso não seja verdadeiro, todo tipo penal deve ser dedicado a proteger um bem jurídico determinado. Essa seria, para os funcionalistas, a própria função do direito penal e sua fonte de legitimidade, impedindo um uso arbitrário da norma legitimada tão somente por critérios formais.

No entanto, o problema possui raízes mais profundas e a própria noção de bem jurídico limitador do arbítrio estatal encontra-se em crise. Não apenas temos a existência de tipos penais que poderiam – ou até deveriam – ser tutelados com êxito por outros ramos do direito em razão de protegerem bens jurídicos não essenciais, como também verificamos, em nosso ordenamento, a existência de previsões legais que não tutelam bem jurídico algum. Em realidade, funcionam como forma de preservação da norma por si mesma, protegendo, por vezes, a própria moral ou um sentimento popular de repulsa a determinado comportamento.

Esse preocupante movimento é resultado, sobretudo, de uma tendência paternalista do legislador brasileiro, que utiliza o direito penal para tutelar questões que, sob a égide da dignidade humana, envolvem tão somente a bússola moral de uma parcela da população em determinada época. Em outras palavras, assume-se, com a justificativa de proteger os indivíduos de si mesmos, uma postura de punição daqueles que agem de maneira considerada “amoral”, ainda que não haja, de fato, lesão a bem jurídico, do agente ou de terceiro afetado pela conduta.

Essa tendência vai de encontro ao entendimento de que o bem jurídico deve servir como limite ao expansionismo penal, e não como legitimação para a aplicação da norma. Isso significa que a ideia de dignidade humana não deve ser utilizada levemente para legitimar tipos penais vazios e que o limite imposto para a atuação legislativa deve ser real, não podendo o bem jurídico ser usado como justificativa para a legitimação da norma arbitrária. Não nos parece produtivo que a doutrina realize um trabalho de subsunção, como defende Callegari (*apud* Braga, 2010, p. 70), de bem jurídico à norma penal, numa tentativa de encontrar nela um sentido que ali não está intuitiva e originalmente. Assim, realizar uma ginástica jurídica para encaixar determinado bem tutelado a determinados tipos penais é, afinal, incentivar a ideia de bem jurídico como justificativa da norma e não como limite. Em que pesem os obstáculos para que a teoria do bem jurídico penal encontre seu caminho, sustentar a existência de tipos penais vazios não parece ser a solução mais acertada.

Isso posto, o presente artigo propõe, a partir de uma breve pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, de caráter qualitativo, analisar se os tipos penais relacionados à prostituição, mais especificamente o crime previsto no art. 229 do Código Penal – casa de prostituição – pode ser enquadrado como conduta vazia, sem bem jurídico definido e resultado de um paternalismo conservador e moralista, que visa proteger o indivíduo de si mesmo, ou se são formas efetivas de proteção de algum bem, tal como a dignidade sexual.

Para tal, o presente artigo pretende trazer elementos concernentes à teoria do bem jurídico, tendo como referencial a perspectiva funcionalista de Roxin, sua evolução e a crise pela qual o instituto passa na atualidade, para que possamos entender qual sua finalidade ideal e quais os obstáculos que se apresentam para que ela seja alcançada.

Em seguida, faremos uma breve exposição a respeito do paternalismo penal, relacionando-o à ideia de *self harm*, ou “mal a si mesmo”, em tradução livre, que está, por sua vez, ligada ao *harm principle* e ao conceito de *harm to others*, ou “mal a outros”, aqui trabalhado principalmente pela perspectiva de Feinberg.

A partir daí, analisar-se-á a construção do tipo penal em estudo e seu contexto, para, então, concluir qual seria – se é que há algum – bem jurídico tutelado por essa norma, ou se é o caso de uma tutela da moral, na qual estão ausentes o dano a terceiro e não há proteção de algo que possa ser denominado, com segurança, como bem jurídico.

Por fim, caso a conclusão alcançada aponte para a ausência de conteúdo material do tipo penal sob análise, estudaremos se seria possível, ainda assim, reconhecer a legitimidade de norma penal que não tutele bem jurídico algum, questionando, nesse caso, aceitá-la como figura legitimada no ordenamento da mesma forma, tendo em vista as falhas na teoria do bem jurídico, tais como as apontadas por *Jakobs*, ou se deveria ser dele excluídas.

A proposta do presente trabalho, portanto, é realizar uma análise da crise do bem jurídico e seus desdobramentos, a partir do caso concreto de determinado delito sexual do ordenamento brasileiro, problematizando a confusão, ainda não superada, entre direito penal e moral.

## 2 Considerações a respeito da teoria do bem jurídico: bases teóricas para a discussão

### 2.1 Conceito

A primeira dificuldade trazida pela teoria do bem jurídico, expressão empregada pela primeira vez por Birnbaum em 1834 (Bechara, 2014, p. 95), reside justamente em sua conceituação. A doutrina encontra grande dificuldade em alcançar um conceito pacífico do que seria bem jurídico, de forma que sua definição encontrasse sentido em si mesma. Como resultado, a ideia de bem jurídico é, por vezes, muito abstrata, o que incentiva sua elasticidade e a consequente multiplicidade de seu uso, como veremos a seguir.

De toda sorte, inúmeras são as tentativas de chegar a uma noção, ainda que não taxativa e apenas aproximada, do que seria bem jurídico. Roxin (2018, p. 17-18), o maior defensor da teoria do bem jurídico como limitadora das normas – vertente à qual nos baseamos para realizar a análise que propõe o presente artigo –, na atualidade, reconhecendo o obstáculo da definição, aceita essa impossibilidade de chegar a um conceito fechado e a aceita, traduzindo, então, de forma mais aberta, a ideia geral por trás do instituto como todos os objetos legítimos de proteção das normas, que sejam necessários para manter uma coexistência pacífica e livre entre os cidadãos.<sup>2</sup> No mesmo tom, Costa (2012, p. 143) chama bem jurídico de “elemento essencial para o desenvolvimento humano em sociedade”.<sup>3</sup>

De fato, não há, de acordo com essa concepção, um conceito em si mesmo do que seria um bem jurídico. Guardam, no entanto, uma noção intuitiva da essencialidade daquilo que se pode assim chamar. Tal essencialidade não pode ser dispensada ou mesmo relativizada, sob pena de esvaziar-se a própria ideia de bem jurídico.

Desde já, é importante perceber que, ao explicar, em suas linhas gerais, o que seria o bem jurídico, Roxin não se furta a explicar o que ele não é. Ao versar sobre a ideia central de sua teoria, isto é, a existência de bens jurídicos como barreira material para a incidência da norma penal, o autor explica também quais os limites por eles impostos ao legislador. Em outras palavras, o que não é um bem jurídico e, portanto, não pode ser tutelado.

Entre as inúmeras ressalvas feitas por Roxin (2018, p. 12-13), a que mais interessa, como objeto do presente estudo, é a vedação da criminalização da moral. Ao explicar as mudanças ocorridas nos fatos puníveis contra a autodeterminação sexual do Código Penal alemão – capítulo que, até então, chamava-se delitos e contravenções contra a moralidade –, o autor pontua que só cabe ao direito penal tutelar bens jurídicos concretos, e não convicções políticas, religiosas, ideológicas ou morais, bem como não é seu papel proteger sentimentos. Mais adiante, exclusivamente sobre a moral – que é, propriamente, o tema aqui em foco –, o autor é taxativo (Roxin, 2018, p. 21).

Em terceiro lugar, os simples atentados contra a moral não são suficientes para a justificação de uma norma penal. Sempre que eles não diminuem a liberdade ou a segurança de alguém, não lesionam bem jurídico.

<sup>2</sup> De forma mais completa: “De tudo isso resulta: em um Estado democrático de Direito, modelo teórico de Estado que eu tomo por base, as normas jurídico-penais devem perseguir somente o objetivo de assegurar aos cidadãos uma coexistência pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos humanos. Por isso, o Estado deve garantir, com os instrumentos jurídico-penais, não somente as condições individuais necessárias para uma coexistência semelhante (isto é, a proteção da vida e do corpo, da liberdade de atuação voluntária, da propriedade etc.), mas, também, as instituições estatais adequadas para este fim (uma administração da justiça eficiente, um sistema monetário e de impostos saudáveis, uma administração livre de corrupção etc.), sempre e quando isso não se possa alcançar de outra forma melhor. Todos estes objetos legítimos de proteção das normas que subjazem a essas condições eu os denomino bens jurídicos. Eles não são elementos portadores de sentido como frequentemente se supõe – se eles o fossem, não poderiam ser lesionados de nenhum modo –, mas circunstâncias reais dadas: a vida, a integridade corporal ou o poder de disposição sobre os bens materiais (propriedade). Então não é necessário que os bens jurídicos possuam realidade material; a possibilidade de disposição sobre coisas que a propriedade garante ou a liberdade de atuação voluntária que se protege com a proibição da coação não são objetos corporais; entretanto, são parte integrante da realidade empírica”.

<sup>3</sup> Considerações sobre o estado atual da teoria do bem jurídico à luz do harm principle.

Em suma, em que pese a ausência de uma definição clara do que são bens jurídicos, alguns limites a seu respeito são claros. Moral, sob uma perspectiva roxiniana da teoria, não é bem jurídico e não deve ser objeto de tutela de norma penal.

## 2.2 Função

Em se tratando de bem jurídico, pode-se dizer que os debates a respeito de sua função e de sua real utilidade para o direito penal estão no cerne da controvérsia relacionada a instrumento.

Novamente sobre a perspectiva funcionalista de Roxin, o bem jurídico deve agir como barreira para o direito penal que, como mencionado, respeitando a ideia de intervenção mínima e o princípio da proporcionalidade, deve restringir-se a tratar dos bens jurídicos mais importantes. Aquilo que ultrapassa essa barreira deve – numa perspectiva ideal – ser considerado ilegítimo, fora da esfera de atuação da norma criminal.

A esse respeito, Bechara (2014, p. 19) explica que o bem jurídico exerce uma dupla proteção do indivíduo. Ao mesmo tempo que o sujeito deve ser protegido pelo direito penal, é tão fundamental quanto que ele seja protegido da arbitrariedade da norma penal. Isso significa que a legitimidade da norma penal não poderia vir da própria norma proclamada arbitrariamente pelo legislador. É necessário, portanto, que a norma penal encontre limites materiais e não apenas formais para sua existência. Nesse contexto, a figura do bem jurídico é, como sugere Roxin (2018, p. 16-17), efetivo limite material à norma, sendo essa sua função; a do direito penal, por sua vez, é a proteção a um bem jurídico, de importância social global.

No entanto, como podemos perceber, com uma retomada histórica da teoria, retrocedendo a Binding, o bem jurídico pode também ser utilizado de forma totalmente oposta. Ao invés de limitar o uso do direito penal e proteger o indivíduo do arbítrio estatal, ele pode servir para justificar a intervenção, legitimando a existência da norma, partir de uma suposta proteção, que o Estado julga ser correta (Bozza, 2015. p. 115-116).<sup>4</sup> Em suma, o bem jurídico pode ser utilizado para justificar toda e qualquer interferência estatal, já que ele seria advindo do próprio ato normativo.

Essa utilização do bem jurídico como sustentáculo de normas penais vazias fica nítida em figuras como, para nos atermos a exemplos do próprio ordenamento brasileiro, determinados crimes ambientais, que tutelam a mera exposição de bens jurídicos a perigo e não uma lesão efetiva, ou que simplesmente dão roupagem a criminal a mero ilícito administrativo, como é o caso de alguns tipos penais demasiado abertos da Lei 9.605/1998, erroneamente inseridos no direito penal.

Embora não seja nosso objetivo analisar a fundo essa questão dos crimes ambientais em específico, parece evidente que não há, nesses exemplos, nenhum bem jurídico protegido, de fato, pelos tipos, embora não falem tentativas de encontrar bens tutelados que os justifiquem. Afinal, não apenas nesse, mas em diversos casos, a doutrina realiza uma ginástica argumentativa para encontrar bem jurídico que se encaixe, de forma mais ou menos satisfatória, no texto legal. Caso clássico também é o da Lei 9.613/1998, que suscita grandes discussões a respeito do bem jurídico tutelado pela lavagem de dinheiro quando, em realidade, parece tratar-se de tipo penal vazio, utilizado como instrumento de política criminal. Ou seja, não há, na verdade, algo tutelado, e sim uma norma que se legitima por si mesma – existe porque o legislador a considera necessária, ainda que com isso não haja proteção efetiva de um bem jurídico.

Isso vai de encontro ao que Juarez Tavares (2007. p. 104) afirma que se exige do direito penal, ou seja, a absoluta clareza quanto ao objeto tutelado pela norma. Dessa maneira, a própria função do bem jurídico se esvazia em seu caráter de proteção do indivíduo. Nesses casos, o bem jurídico retrocede em sua história, servindo tão somente para

<sup>4</sup> “Assim, para Binding, bem jurídico é ‘tudo aquilo que para o legislador é valioso como condição de uma vida sã da comunidade jurídica, em cuja manutenção, sem mudança senão perturbada, a comunidade tem interesse, na opinião do legislador, objetivando este protegê-lo por meio de suas normas frente às lesões ou exposições a perigo não desejadas. De acordo com esse pensamento, o bem jurídico é criado pelo próprio Direito. Não possui fundamentação que transcende o jurídico. Trata-se de pura criação do legislador, razão pela qual sua ofensa consiste numa infração ao dever de obediência que as pessoas possuem em relação ao Estado. É uma postura positivista, pois o Estado e o Direito é que estabelecem o que é bem jurídico.”.

legitimar uma ordem do Estado, funcionando, portanto, como um elemento pró-forma, que tem como finalidade impedir a contestação da norma.

A questão da tutela da moral tem estreita relação com o bem jurídico legitimador da norma penal vazia. Como veremos mais adiante, diversos crimes, em especial alguns delitos sexuais, protegem apenas a ideia de moralidade. No entanto, isso se esconde sob a justificativa de que tutelam algum bem jurídico, em geral caracterizado por indicações vagas.

### 2.3 Críticas

De toda sorte, fato é que a teoria do bem jurídico enfrenta críticas severas de alguns estudiosos da dogmática penal.

O motivo, sobretudo, é a sua aparente incapacidade de embasar apropriadamente todas as normas penais das quais julgamos precisar. É possível encontrar hoje, em nosso ordenamento, diversos tipos penais, nos quais não se identifica nenhum bem jurídico e, ainda assim, fazem-se – supostamente – necessários ao funcionamento de uma sociedade democrática. Entre outros exemplos, Roxin (*apud* Bechara, 2014. p. 318-319) menciona os maus-tratos a animais. É um movimento de relativização da teoria do bem jurídico aceito pelo seu maior defensor.

Isso significa que a teoria do bem jurídico possui falhas, que se revelam mais e mais numerosas na sociedade de risco que instiga um novo direito penal, o qual exige – de forma controversa – a criminalização de novas condutas. Enquanto Roxin parece ver essas brechas como exceções, seus críticos, dentre eles, Jakobs, Hirsch e Stratenwerth, apontam, sob diversos argumentos, para um processo de falência da teoria do bem jurídico.

Em se tratando do mencionado novo direito penal, que criminaliza condutas que fogem à ideia clássica de delito, caso mais polêmico, mas ilustrativo, é a já mencionada lavagem de capitais, tipo penal que, em nossa visão, não tutela bem jurídico algum, embora pareça ser uma norma importante para a dinâmica social na atualidade, dadas as novas formas de criminalidade. Tal exemplo é útil para explicar a perspectiva de Jakobs sobre a questão do bem jurídico. Para ele, a legitimidade da norma não está no bem jurídico em si. Esse autor discorda de que a função do direito penal é proteger bens jurídicos, afinal, inúmeras são as situações em que eles não são protegidos em si. O que há, em sua perspectiva, é uma proteção, feita pelo direito, dentro das relações entre pessoas. Ou seja, o que existiria, em realidade, seria uma proteção da expectativa social de que não haja lesões a bens.

Com esse raciocínio, Jakobs (2001. p. 26) conclui que a legitimidade da norma está em si mesma, isto é, em seu próprio comando. A sua necessidade reside nela própria, e a função do direito penal é garantir a sua vigência.

Nem o próprio Roxin (*apud* Bechara, 2014. p. 318-319) escapa, ainda que involuntariamente, de reconhecer que a teoria do bem jurídico é falha e não consegue abarcar todos os tipos penais que surgem com a sociedade do risco e o novo direito penal. O mencionado maus-tratos aos animais, exceção inicialmente admitida por ele, justificar-se-ia, em que pese a ausência de bem jurídico, por uma solidariedade do ser humano, que se sensibilizaria com o tratamento sofrido por eles.

Schunemann, também um defensor da ideia de bem jurídico, reconhece a possibilidade de sua ausência para o caso específico da negação de Auschwitz e do holocausto judeu, situação que entende dever ser criminalizada de toda forma em razão de seu peso e contexto para o povo alemão.<sup>5</sup>

Com isso, fica evidente que a teoria do bem jurídico-penal não é absoluta, mesmo entre seus apoiadores. O direito penal se vê, hoje, pressionado a tutelar condutas que não faziam parte de sua esfera de atuação e não se encaixam nos moldes tradicionais da teoria do delito.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Tema debatido durante aula regular da disciplina Teoria do Bem Jurídico, ministrada pela professora titular Ana Elisa Silva Liberatore Bechara, no curso de pós-graduação *stricto sensu* em direito penal da Faculdade de Direito do Largo São Francisco – Universidade de São Paulo (USP).

<sup>6</sup> Entendemos que esse movimento não é, necessariamente, ilegítimo. Em que pese o expansionismo penal hoje vivenciado, gerando usos indevidos do direito penal, não podemos despir as novas tendências de criminalização de toda a sua legitimidade, vez que são, em parte, fruto de novas necessidades da sociedade, que responde a novos tipos de criminalidade, até então desconhecidos, que não se encaixam, necessariamente, na teoria do delito tradicional. Essa insuficiência dos elementos tradicionais do delito pode ser verificada por meio dos mais diversos prismas, tais como, mas não somente, os recentes debates a respeito do elemento subjetivo do tipo, a criação de crimes de perigo abstrato e a própria ideia de bem jurídico, como é o caso do já citado crime de maus-tratos aos animais, na qual a pretensão social é legítima ainda que não haja um bem jurídico a ser tutelado.

A fresta aberta pela admissão da possibilidade de crimes sem bem jurídicos que sejam parte legítima do ordenamento fortalece a ideia de crise do bem jurídico ao fazer nascer um inevitável questionamento: seria possível pensar em outras normas na qual a presença desse elemento seja dispensável?

Isso gera um enfraquecimento da teoria universal tal como pensada por Roxin, pois coloca em dúvida a capacidade do bem jurídico de realizar seu papel de atuar como um elemento de limitação. Em verdade, podemos falar em uma crise de legitimidade do próprio direito penal das sociedades democráticas, que vê um de seus principais pilares tendo sua efetividade e razão de ser questionada por críticos como Jakobs.

A partir daí, aproximando-se mais de nosso verdadeiro objeto de estudo, vem outro dilema: é legítimo aceitar que, em determinados casos, a moral substitua o bem jurídico? Pode o Estado atuar de maneira paternalista com relação aos indivíduos em determinadas situações, em que pese a inexistência do chamado *harm to others*? Ou, em outras palavras, o *harm to self*, gerando uma situação considerada amoral pela sociedade de maneira geral, é suficiente para justificar a intervenção penal? Isso é compatível com o cerne da teoria de Birnbaum, segundo o qual o delito deve ser tratado como lesão e, portanto, macular a um bem, não a um direito? (Bechara, 2014, p. 95). Caso as perguntas sejam respondidas de maneira afirmativa, ainda é possível considerar esse contexto como democrático?

Enfrentar esses questionamentos, por maior que seja a inquietude que provoquem, é essencial para que possamos alcançar uma conclusão a respeito da legitimidade do crime de casa de prostituição, bem como de qualquer outro delito que, ligado ou não aos crimes sexuais, esteja relacionado de alguma forma ao moralismo e ao paternalismo penal, tal como, por exemplo, a questão do consumo próprio de substância ilícita.

### 3 *Harm principle, harm to self, paternalismo legal e moralismo jurídico*

A necessidade de uma limitação para o uso do direito penal e da discricionariedade da norma pela própria norma não são, de forma alguma, exclusividade da tradição continental. Também os anglo-saxões enfrentaram a necessidade de encontrar limites materiais para a o uso das leis penais, de maneira a garantir que não fossem criadas figuras arbitrárias e vazias, que restrinjam a liberdade humana de maneira desnecessária.

É nesse contexto de necessidade de limitação que surge o chamado *harm principle*, segundo o qual “o comportamento reprovável pelo direito penal, necessariamente, deve representar um prejuízo tangível considerável a um interesse socialmente relevante”. Está presente, portanto, a ideia de lesão efetiva a algo eleito como prioridade (Martinelli; Lobato; Santos, 2015. p. 257).

Tal conceito foi elaborado por Mill (*apud* Costa, 2012. p. 140), para quem a intervenção estatal é justificada caso a conduta em questão provoque dano a outrem. Ou seja, a ideia do dano está voltada, sobretudo, ao prejuízo alheio, e não a uma autolesão consciente. Isso acontece porque os seres humanos possuem livre arbítrio e capacidade de autodeterminação, devendo ser livres para fazerem suas próprias opções em sua vida privada, desde que isso não prejudique interesse de terceiro.<sup>7</sup> É Martinelli quem explica que o referencial de Mill ao tecer a noção de *harm principle* era, principalmente, a liberdade humana, que deve ser limitada apenas em casos extremos e não a partir de um capricho do legislador (Martinelli; Lobato; Santos, 2015. p. 258). Assim, desse requisito de que a lesão a interesse juridicamente tutelado afete outrem que, com Feinberg, nasce a ideia de *self harm*.

Muito embora todas as ramificações guardem relação com a questão da tutela da moral, não é objetivo do presente artigo realizar uma análise aprofundada das diversas nuances e particularidades do *harm principle* presentes na extensa obra de Feinberg. No entanto, assim como se faz necessária uma breve exposição a respeito da ideia de bem jurídico para que se possa discutir se ele está presente no tipo penal da casa de prostituição, é essencial que se debata também em torno da noção de *self harm* para que se discuta se o art. 229, vez que diretamente ligado à própria noção de prostituição, não seria um fruto da autodeterminação dos indivíduos que não lesiona direito de terceiro.

<sup>7</sup> Resta clara, portanto, a influência liberal presente no conceito, vez que se encaixa perfeitamente à ideia de que os limites da liberdade individual estão, justamente, onde começa a liberdade do outro. Em Bechara, temos: “a separação entre tais esferas de liberdade por meio do *harm principle* determina as liberdades individuais na busca dos próprios desejos, desde que não haja dano a terceiros, o que é manifesto na expressão ‘*my freedom to move arm ends at your nose*’”. (Bechara, 2014. p. 277).

Assim, como mencionado, Feinberg apresenta a ideia de *self harm* como um derivado do *harm principle* (Costa, 2012. p. 140). Se apenas o *harm to others*, isto é, o dano a outra pessoa, qualquer que seja a sua natureza – físico, moral, emocional, financeiro etc. – pode ser objeto de norma penal, a conduta por meio da qual o agente lesiona a si mesmo – hipotética ou literalmente – não poderia ser considerada um substrato adequado para a interferência estatal. É necessário, portanto, que o dano extrapole a esfera individual e se projete externamente.

É no terceiro volume de sua obra a respeito do limite da moral que Feinberg introduz a ideia de paternalismo. Na definição apresentada por Dworkin (2012. p. 9), paternalismo é “a interferência sobre a liberdade de ação de alguém justificada por razões exclusivamente ligadas ao bem-estar, ao benefício, à felicidade, às necessidades, aos interesses ou aos valores da pessoa coagida”. Em outras palavras, é, justamente, a interferência estatal na capacidade de autodeterminação dos indivíduos por razões que não provocam dano ou ofensa a terceiros, quer sejam eles sujeitos determinados ou abstratamente entendidos como parte da sociedade.

Feinberg (2007. p. 17) divide o paternalismo em duas grandes categorias distintas. A primeira delas é o paternalismo presumivelmente censurável, em que adultos são tratados como se fossem crianças e que se subdivide em paternalismo benevolente e paternalismo não benevolente. Enquanto o benevolente denomina situações em que isso é feito para o próprio bem dos indivíduos, no não benevolente isso é feito para o bem de terceiros. A segunda grande categoria é o paternalismo presumivelmente não censurável, em que pessoas de alguma forma impotentes ou vulneráveis são protegidas de perigos externos, de forma similar ao que os pais fazem com os filhos. O paternalismo benevolente presumivelmente censurável seria o verdadeiro paternalismo legal. Esse tipo de paternalismo, por sua vez, poderia ser dividido em paternalismo direto e paternalismo indireto, sendo o primeiro aquele na qual a proibição incide sobre o sujeito protegido, enquanto no segundo a norma recai sobre outra pessoa, que pratica a conduta em concordância com o sujeito protegido.

Expostos os diferentes tipos de paternalismo, passa-se ao moralismo jurídico, que é a criminalização de um comportamento moralmente errado, que não provoca lesões, mas que é proibido por, entre outras razões, uma imposição da moralidade. Para Feinberg (*apud* Martinelli, 2015, p. 255-290), isto é, de maneira geral, reprovável, embora existam ressalvas relacionadas aos interesses da sociedade. É nesse momento que o autor condena a exploração de uma pessoa pela outra, inclusive aquela em que o indivíduo A retira os ganhos do indivíduo B como meio de vida. Essa descrição remete diretamente ao tipo penal previsto no art. 230, que descreve o crime de rufianismo. No entanto, como veremos adiante, a exploração, no sentido de atuação parasitária que se aproveita das fraquezas de um dos envolvidos nessa relação, não é, necessariamente, requisito da conduta do art. 230 do Código Penal.

É preciso esclarecer que, em que pese o paternalismo legal e o moralismo jurídico apresentados nascerem no direito de tradição *common law*, reconhecer sua incidência no sistema brasileiro não significa uma tentativa de substituir ou complementar a teoria do bem jurídico com o *harm principle* anglo-saxão, pois, muito embora possuam similaridades, a teoria do direito continental é mais ampla e abarca situações que o princípio de Mill não se dispõe (Bechara, 2014. p. 280). Assim, usar a ideia de paternalismo e de moralismo como subsídio para explicar os tipos penais ligados à prostituição não significa, em absoluto, abrir mão da argumentação baseada no bem jurídico desses tipos.

#### 4 O crime de casa de prostituição do art. 229 e o bem jurídico tutelado

Por razões históricas, bem explicitadas por Silveira (2006), a prostituição não é diretamente criminalizada. No entanto, no caso brasileiro, as condutas a ela relacionadas são tuteladas pelo direito penal, sob o argumento de que estar-se-ia protegendo a exploração de mulheres. Assim, são condutas típicas a mediação para servir à lascívia de outrem (art. 227), o favorecimento da prostituição (art. 228), a casa de prostituição (art. 229) e o rufianismo (art. 230). É possível realizar discussões a respeito do bem jurídico protegido e da moralidade em qualquer um desses tipos. No entanto, o presente artigo tem como objeto apenas o crime de casa de prostituição do art. 229.

A reforma de 2009 provocou alterações em todos os crimes relacionados à prostituição. No caso do art. 229, sua redação, anteriormente à reforma, lia-se da seguinte maneira: art. 229: Manter, por conta própria ou de terceiro, casa de prostituição ou lugar destinado a encontros para fim libidinoso, haja ou não intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente. Pena: reclusão, de dois a cinco anos, e multa.

Após o advento da Lei 12.015/2009, o texto passou por uma reformulação e o art. 229 ganhou outra definição. Vejamos:

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 respeito da mudança, Marcão (2010. p. 32) explica que embora a alteração tenha atualizado a linguagem do tipo penal, ele ainda se refere à mesma conduta, qual seja, a manutenção de estabelecimento dedicado à prática da prostituição. O que ele faz é, tão somente, excluir do tipo locais destinados ao encontro sexual que não se dá por meio da prostituição e sim do consentimento não oneroso entre as partes, como, por exemplo, motéis. No entanto, é possível argumentar que a alteração linguística não foi a única a ter lugar. O legislador teve o cuidado de colocar em foco a exploração sexual, o que repercute diretamente na questão do bem jurídico que é objeto do presente trabalho.

De toda sorte, em que pese essa sutil mas importante alteração, é importante destacar que o texto segue sem fazer qualquer diferenciação clara entre a prostituição baseada na autodeterminação e na liberdade sexual, caso no qual o tipo penal funcionaria apenas como um desincentivo generalizado, moralista e indireto à prostituição e à exploração de hipossuficiente fragilizado por terceiro que é constringido a se prostituir em determinado estabelecimento.

A diferença reside, então, no que o legislador quer dizer, implicitamente, por exploração sexual. Se o intuito for referir-se à atividade de explorar o próprio corpo na forma da prostituição, ainda que a mulher a pratique sem vícios de consentimento e vontade, a interpretação será uma. Essa seria o que podemos chamar de exploração pressuposta, cujo conceito é diverso daquele presente em Feinberg como um justificante da ação da norma, a qual podemos chamar de exploração de fato. Quem esclarece que o legislador se alinha à hipótese de legislação pressuposta é Martinelli (2014. p. 465), para quem:

Deve-se questionar se aquele que exerce a prostituição o faz em razão de sua autodeterminação sexual ou em razão de uma situação de vulnerabilidade. A nova reforma do Código Penal refere-se à prostituição como forma de exploração sexual. A utilização recorrente da expressão “prostituição e outras formas de exploração sexual” permite essa interpretação. Pode-se dizer que o legislador generalizou a condição da pessoa prostituída como alguém sempre explorado. Em razão disso, os tipos penais abrangem as situações nas quais há, inclusive, consentimento do ofendido. Não há distinção entre o livre exercício da atividade e as condições de fraude, violência ou grave ameaça.

Feita essa ressalva e concluindo que exploração sexual significa prostituição de qual forma e sob qualquer justificativa ou condição, passaremos ao ponto central da discussão. Qual seria, então, o bem jurídico tutelado pelo tipo penal do art. 229 do Código Penal?

O primeiro argumento a ser enfrentado é aquele utilizado pelo STF no HC 104.467/RS, de 2011, no qual a Corte fala, expressamente, em uma tutela da moralidade sexual e dos bons costumes pelo tipo penal do art. 229. A ministra relatora chega a afirmar que se trata de bem jurídico de elevada importância para a sociedade, o que gera críticas por parte de Greco (2011. p. 444-445), que entende que o Supremo Tribunal Federal perdeu uma excelente oportunidade de dar ao art. 229 um interpretação mais precisa do que ele deveria tutelar.

Aliás, o Superior Tribunal de Justiça aparenta seguir a posição de Greco, pois em aparente mudança de posicionamento no REsp 1.683.375, de relatoria da ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 2020, o Tribunal da Cidadania posicionou-se da seguinte maneira:

É cediço que a mercancia sexual voluntária por maior de idade não atrai a incidência do Direito Penal. Assim, crime é manter pessoa em condição de explorada, obrigada, coagida, não raro em más condições, ou mesmo em condição análoga à de escravidão, impondo-lhe a prática de sexo sem liberdade de escolha, ou seja, com tolhimento de sua liberdade sexual e em violação de sua dignidade sexual. E é por isso mesmo que o bem jurídico tutelado não é a moral pública mas sim a dignidade sexual como, aliás, o é em todos os crimes constantes do Título VI da Parte Especial do Código Penal, dentre os quais, o do artigo 229. E o sujeito passivo do delito não é a sociedade mas sim a pessoa explorada, vítima da exploração sexual. Destarte, entendo que para a configuração do delito é necessário o tolhimento à liberdade da pessoa.

Ainda no mesmo voto, a ministra finaliza indicando que, no caso em questão, as mulheres que trabalhavam no local tinham plena liberdade para realizar ou não programas sexuais, razão pela qual tratar-se-ia de fato atípico, ausente a exploração prevista pelo art. 229.

Ora, por toda a argumentação já exposta quando do conceito e definição de bem jurídico, percebemos que moralidade sexual e bons costumes não podem ser assim considerados, vez que protegem apenas um senso de moralidade, o que não é objeto do direito penal num Estado Democrático de Direito. Não há, portanto, razão objetiva para sustentá-los. Dizer, em alto e bom som, que o crime de casa de prostituição protege a moral sexual e os bons costumes é uma afirmação não de sua legitimidade frente ao sistema, mas sim uma confissão do caráter completamente vazio da norma. A moral e os bons costumes não são aptos a serem denominados bens jurídicos, não cabendo para os casos de exploração pressuposta nem para os de exploração de fato.

A segunda hipótese que se pode trabalhar, e que surge intuitivamente, é aquela em que se protege a dignidade humana, ao proteger a dignidade sexual de quem pratica a prostituição. No entanto, ela não se encaixa como bem jurídico tutelado para todas as situações que o tipo, como vimos, se propõe a abarcar. Aqui, a questão que vimos com relação à exploração sexual provoca seus primeiros efeitos concretos. Concluiu-se que o legislador abarca, no tipo penal do art. 229, todo e qualquer estabelecimento no qual alguém possa exercer a prostituição, independentemente de fazê-lo por livre e espontânea vontade ou não. Isso, logicamente, divide a problemática em dois polos:

- (i) para os casos em que a casa de prostituição é um local onde a autodeterminação é livre;
- (ii) para os casos em que o estabelecimento for local para uma exploração propriamente dita.

Para o primeiro caso, não há nenhum bem jurídico que possa ser tutelado. Nem mesmo a dignidade sexual, pelos motivos que serão vistos, pode ser aceita como justificativa. No entanto, para os segundos, é possível aceitar essa tutela.

Para o primeiro grupo, uma série de argumentos justifica a negação da dignidade sexual como bem jurídico protegido.

Em primeiro lugar, a dignidade humana, de maneira geral, é um conceito que está, diretamente, ligado à capacidade de autodeterminação das pessoas. A dignidade é, também poder exercer a profissão, seja ela qual for, de maneira segura e com estrutura. *Contrario sensu*, argumenta-se, assim, que ao proteger aquilo que pensa ser digno, o legislador lesa o próprio livre arbítrio do destinatário da norma de prostituir-se onde e da forma que bem desejar, maculando uma noção mais geral de dignidade.

Em segundo, porque, caso essa preocupação com a dignidade da pessoa livre e consciente que exerce a atividade correspondesse à realidade, a própria criminalização da casa de prostituição cairia por terra, vez que a possibilidade de exercer a atividade em local seguro e conhecido traria maior segurança a essas mulheres. O que ocorre é, tão somente, um claro desestímulo legal à atividade, criminalizando o que se encontra ao seu redor. Ademais, se esse argumento fosse verdadeiro, a própria prostituição em si seria legalizada, pois, por esse raciocínio, seria ela também uma afronta à dignidade sexual.

Por fim, a ideia da proteção à dignidade sexual nesse caso parte de um pressuposto paternalista de acordo com o qual o indivíduo que se prostitui não sabe o que é melhor para si. Sobre essa questão, Estellita afirma que há uma nítida ilegitimidade da norma advinda de seu moralismo. Além disso, complementa que no crime de casa de prostituição há um paternalismo indireto, pois visa proteger a prostituta de sua própria atividade ao desincentivá-la de tal prática por meio da proibição de que o faça em local específico (Estellita, 2007. p. 18). Assim, embora paternalismo e moralismo sejam coisas distintas, parece que, no caso, a base para a norma paternalista é a moral, vez que não se identifica nenhum bem jurídico tutelado de fato.

Descarta-se, então, a possibilidade de termos qualquer bem jurídico legítimo para a tutela da casa de prostituição na qual a atividade se dá de maneira livre. A dignidade sexual não se encaixa de forma adequada e o moralismo é, como já consolidado, inaceitável.

Seguimos, então, para o segundo grupo de casos, constituído pelas situações em que o sujeito explorado trabalha em determinado estabelecimento de maneira forçada, ou, pelo menos, sem um consentimento que se possa chamar de válido.

A esse respeito, evidentemente que, em situações em que há exploração de um indivíduo sob o outro, numa relação baseada na coação e no constrangimento, não há que se falar em paternalismo ou ausência de bem jurídico, já que, aí sim, existe uma necessidade clara da tutela da dignidade sexual. Assim, da mesma forma que, sob uma perspectiva anglo-saxã, o moralismo jurídico de Feinberg serve para justificar a criminalização da figura do rufião que explora a prostituta, aproveitando-se de sua fragilidade para tolher sua autodeterminação – o consentimento, se é que existe, é viciado –, também, a partir da teoria do bem jurídico, há conduta a ser criminalizada, pois há interesse socialmente relevante a ser protegido, vez que ninguém pode ser tolhido, contra sua vontade, dos frutos de seu trabalho, muito menos de sua capacidade de ir e vir como desejar. O mesmo raciocínio se pode estender à casa de prostituição.

Dessa maneira, a conclusão à qual chegamos é que, dentro do próprio art. 229, existem dois universos, distintos, a serem tratados. O primeiro deles diz respeito à casa de prostituição como local onde indivíduos adultos realizam tal atividade de forma livre e consensual. Nesse caso, atentaria contra a teoria do bem jurídico-penal falar em criminalização, vez que há, se muito uma reprovabilidade moral e não uma lesão a determinado interesse essencial da sociedade. O paternalismo possui uma série de nuances, mas pode estabelecer-se, como regra geral, que não cabe ao Estado proteger, fazendo uso do direito penal, indivíduos adultos que realizem escolhas conscientes. Criminalizar casa de prostituição parece ser uma forma evidente de paternalismo censurável, baseado em uma concepção moral de que a prostituição não é benéfica ao indivíduo.

Já o segundo universo citado trata da exploração sexual de mulheres vulneráveis por terceiros, que atue de forma a restringir sua liberdade de ir e vir e de se autodeterminar. Aqui há, de fato, uma lesão à dignidade sexual do sujeito, que deve ser protegido pelo Estado de Direito, pois pode-se falar em consentimento viciado, o que gera, como vimos, um paternalismo não censurável. É essa a posição encampada pelo STJ no REsp 1.683.375, sua mais recente análise aprofundada a respeito da questão no que tange o artigo 229.

Portanto, a realidade é que há, sim, bem jurídico válido na norma do art. 229 do Código Penal. No entanto, esse bem jurídico não se aplica a todas as situações abarcadas pelo tipo penal, o que torna o caso bem mais complexo do que se poderia pensar à primeira vista.

## 5 Considerações finais

Uma das principais questões do debate a respeito do crime de casa de prostituição é, sem dúvida, a moralidade e a possibilidade dela ser entendida como bem jurídico.

A esse respeito, de uma maneira geral, interessante a posição de Jakobs (2001. p. 32) a respeito do tema. Ao invés de rechaçar completamente a tutela penal sobre a moral, o autor, a partir de premissa de que a legitimidade da norma está nela mesma, critica o maniqueísmo existente em torno desses dois conceitos. Em sua visão, os limites entre moral e bem jurídico não estão tão claros. Para ilustrar sua posição, fala sobre o processo de descriminalização do adultério e da homossexualidade na Alemanha do pós-guerra, explicando que, na época, o legislador não entendia que tais tipos penais constituíam meras infrações morais, mas sim que havia motivos importantes e práticos para sua criminalização. Em verdade, Jakobs acredita que nenhum Estado democrático tutele deliberadamente a moral, mas sim busca inserir-se em determinadas situações que julga necessitarem de tutela penal.

Em outras palavras, Jakobs (2001. p. 32) parece crer que a tutela da moral nunca se dá de forma consciente, e sim por um interesse do direito penal de proteger algo concreto. A norma não seria, portanto, fruto de um moralismo sem propósito, mas sim um meio de proteger algo que, na época, acreditava-se ser de suma importância social. A norma era um comando legítimo, pois dava proteção a uma expectativa social que era considerada válida naquele contexto.

A conclusão inevitável de seu raciocínio é que, com a mudança de prioridades de determinada sociedade, é natural que o que antes se considerava objeto essencial de proteção passa a ser visto como mero moralismo, num processo natural de transformação.

Diferente aparenta ser a perspectiva de Roxin (2018. p. 12) a respeito das mudanças nos crimes sexuais na Alemanha da segunda metade do século XX. Quando o autor coloca que houve uma tentativa de “limitar o poder de intervenção jurídico-penal na teoria do bem jurídico” e que a ideia central do movimento foi que não seria papel do

direito penal tutelar a moral, a convicções político-religiosas etc., o que se entende é que houve uma substituição de um direito extremamente baseado em moralismos por um que aceita a necessidade do bem juridicamente protegido. A mudança ocorrida, sob essa visão, não seria primordialmente social, e sim paradigmática da forma de encarar a própria função da norma penal.

Assim, como se pode perceber, esses dois autores partem de premissas completamente diferentes a respeito de onde reside a razão de ser de uma norma penal. Enquanto o primeiro entende que não há tutela consciente da moral e sim uma mudança nos valores da sociedade que influenciam a legitimidade de determinada lei, o segundo parece referir-se à tentativa de superação de um direito penal que protege a moralidade e não bens jurídicos como uma evolução mais consciente, que se esforça para deixar de lado uma concepção obsoleta de função da norma, e não uma mudança referente ao seu objeto.

No entanto, os raciocínios de Jakobs e Roxin encontram um ponto de convergência. Qualquer que seja o viés, fato é que uma tutela consciente e deliberada da moral, a partir do direito penal, ou qualquer outro ramo do direito, não deve ser aceita num Estado democrático, vez que esse não pode ser o objeto da norma.

Resta claro que o polêmico e paternalista art. 229, no que tange a criminalização de um estabelecimento derivado de uma opção consciente e livre de seus usuários, não é legítimo. Mesmo a partir de uma perspectiva anglo-saxã do que seria uma intervenção penal admissível, não seria possível identificar aqui forma alguma *harm to others*. Isso, obviamente, se houver apego à essência do conceito lapidado por Feinberg, já que, como visto, com a crise desse fator limitador da lei penal, ele pode ser alargado de forma a perder sua própria função de refrear o poderio estatal. Em suma, se não há bem jurídico presente e não há dano a terceiros, há que se preservar a autonomia dos cidadãos. Ao Estado não deve ser legítimo atuar de forma paternalista, utilizando a ferramenta do direito penal, privando o indivíduo de seu direito à autodeterminação.

A conclusão a respeito desse aspecto da controvérsia vem com Martinelli, que afirma, a certa feita, que o direito penal baseado na ideia de bem jurídico como função da norma precisa, necessariamente, respeitar limites ao poder punitivo, dentre os quais pode-se citar os princípios da lesividade, proporcionalidade, subsidiariedade e culpabilidade. O tipo penal objeto de análise do presente artigo pode ser criticado, à luz da teoria do bem jurídico, sob quase todos esses aspectos. O comportamento – mais uma vez, partindo-se do pressuposto de que não há aqui vício de vontade ou consentimento – não é, como vimos, lesivo a bem jurídico algum. Decorrente disso, verifica-se a desproporcionalidade flagrante em impor uma pena, qualquer que seja ela, a um comportamento que o direito penal, sendo *ultima ratio*, nem deveria tutelar (Martinelli; Lobato; Santos, 2015. p. 256).

Todavia, não se pode negar que o art. 229 também abarca situações em que se verificar uma restrição à liberdade, à capacidade de autodeterminação, à manifestação de vontade ou mesmo uma ameaça à integridade física. Para esses casos, não a moral, mas a dignidade sexual pode ser entendida como bem jurídico passível de tutela.

O tipo penal em questão encontra-se, então, em situação curiosa. É, para alguns casos, legítimo e, para outros, ilegítimo.

Para isso, duas são as soluções mais razoáveis.

A primeira é a evidente reformulação da norma, de maneira a fazê-la mais claramente, diminuindo seu alcance e adequando-a aos pressupostos democráticos, de modo a excluir as situações em que há possibilidade de autodeterminação de quem exerce atividade de prostituição.

A segunda delas é a interpretação do tipo penal, mantendo-se sua redação, sob a luz da teoria limitadora do bem jurídico, isto é, partindo dos pressupostos de que todo tipo penal deve corresponder a um bem jurídico sob sua proteção e de que moral não é bem jurídico.

Essa é a saída que parece sugerir Greco (2011. p. 453), ao falar em interpretação teleológica da norma no que tange a leitura do conceito de exploração sexual. Assim, uma sugestão seria reduzir a incidência do tipo penal. É essa, afinal, a função da teoria do bem jurídico, limitando os arbítrios do legislador de modo que não interfira de forma desnecessária e paternalista na vida dos cidadãos. No supracitado voto da ministra Maria Thereza de Assis Moura, enxerga-se, ainda que de forma implícita, um uso do bem jurídico como limitação do espectro normativo.

Como espera-se que tenha ficado claro, questões referentes à criminalização de condutas humanas nunca são simples. A teoria do bem jurídico nada mais é do que uma tentativa de imprimir alguma racionalidade na produção legal, servindo como bússola para indicar onde o direito penal deve incidir e, sobretudo, onde não é o seu lugar. Embora hoje tenhamos descartado a moral como bem jurídico, não fazia muito tempo ela era perfeitamente aceita como justificativa para a intervenção penal. Isso pode ser visto na retrospectiva histórica da Alemanha do pós-guerra ou, mais perto tanto geográfica quanto temporalmente, com a decisão do STF em sede do HC 104.467, aqui já comentada, na qual foi dito expressamente que a moralidade sexual era objeto de proteção do art. 229 do Código Penal.

No entanto, em que pesem as afirmações de que não deve haver crime sem bem jurídico, é importante lembrar que o próprio Roxin, como expusemos, admite exceções. Isso não significa abrir mão da teoria do bem jurídico como um todo, mas sim cuidar para que essas ditas exceções continuem a ser vistas dessa maneira. Essa brecha é perigosíssima quando se trata de um Estado democrático.

Concluindo com a própria questão da casa de prostituição que gerou todos esses questionamentos, é papel da doutrina exigir uma redação legal – ou, não sendo esse caso, uma interpretação – do tipo que não viole a teoria do bem jurídico ao, de forma ostensivamente paternalista, blindar de dano aquilo que o legislador entende por comportamento moral. Aceitar a maneira como o art. 229 está redigido e como ele é interpretado, em determinadas ocasiões, pela jurisprudência, é dar um passo para trás tanto na teoria do bem jurídico-penal quanto no Estado democrático.

## 6 Referências

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BOZZA, Fabio da Silva. *Bem jurídico e proibição de excesso como limites à expansão penal*. São Paulo: Almedina, 2015.

BRAGA, Romulo Rhemo Palitot. *O fenômeno da lavagem de dinheiro e o bem jurídico protegido*. Curitiba: Juruá, 2010.

CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. Direito penal, paternalismo jurídico e tráfico de pessoas para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual. In: BORGES, Paulo César Corrêa (org.). *Tráfico de pessoas para fins de exploração sexual: prostituição e trabalho sexual escravo*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2013.

CARVALHO, Gisele Mendes de. Delitos relativos à prostituição no Código Penal brasileiro: proteção da dignidade humana ou paternalismo jurídico? *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, v. 7, n. 12, p. 177-211, jan./jun. 2010.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. Princípios da fragmentariedade e da adequação social e crime de casa de prostituição. *De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 11, n. 18, p. 163- 177, jan./jun. 2012.

COSTA, Helena Regina Lobo da. Considerações sobre o estado atual da teoria do bem jurídico à luz do harm principle. In: GRECO, Luís; MARTINS, António Carvalho (org.). *Direito penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

DWORKIN, Gerald. Paternalismo. *Revista Justiça e Sistema Criminal: modernas tendências do sistema criminal*, Curitiba, v. 4, n. 6, p. 7-25, 2012.

ESTELLITA, Heloisa. Paternalismo, moralismo e direito penal: alguns crimes suspeitos em nosso direito positivo. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 15, n. 179, p. 17-19, out. 2007.

GRECO, Luís. Casa de prostituição (art. 229 do CP) e direito penal liberal: reflexões por ocasião do recente julgado do STF (HC 104.467). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 19, n. 92, p. 431-457, set./out. 2011.

- JAKOBS, Günther. ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma? *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Buenos Aires, v. 7, n. 11, p. 23-42, 2001.
- LYRA, José Francisco Dias da Costa. O paternalismo jurídico-penal e a (in)constitucionalidade do crime de manter estabelecimento destinado à prostituição ou à exploração sexual (art. 229 do CP). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 111, p. 13-36, nov./dez. 2014.
- MARCÃO, Renato. Casa de prostituição – o crime do art. 229 do Código Penal. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 7, n. 38, p. 31-36, out./nov. 2010.
- MARINHO, Renato Silvestre. Princípio da autorresponsabilidade e crimes sexuais. In: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (coord.). *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: G/Z, 2014.
- MARTINELLI, João Paulo Orsini. Casa de prostituição: a adequação social e a moral pública. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 110, p. 457-472, set./out. 2014.
- MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. Harm principle e seus reflexos no direito penal: uma leitura a partir de Joel Feinberg. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 23, n. 115, p. 255-290, jul./ago. 2015.
- PEREIRA, Alessandra Margotti dos Santos. Criminalização das casas de prostituição e demais atividades de lenocínio: a herança moralista da legislação penal brasileira. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 16, n. 66, p. 139-177, jul./set. 2017.
- ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do direito penal. CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge da. *Crimes sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- TAVARES, Juarez. Bem jurídico e função em direito penal. *Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal*. Porto Alegre, v. 8, n. 46, p. 104-108, out./nov. 2007.