



O PATERNALISMO PENAL ESTATAL NO BRASIL E AS INCOMPATIBILIDADES NA BUSCA DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS: AS CASAS DE PROSTITUIÇÃO COMO FORMA DE OPRESSÃO PUNITIVA DE GÊNERO

PATERNALISM CRIMINAL STATE IN BRAZIL AND INCOMPATIBILITY IN THE SEARCH FOR THE PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND GUARANTEES - THE HOUSES OF PROSTITUTION AS A FORM OF OPPRESSION PUNITIVE GENDER

Marli M. M. da Costa

Pós-Doutora em Direito pela Universidade de Burgos/Espanha, com Bolsa Capes. Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, professora da graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado na Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, Professora da Graduação em Direito na FEMA – Fundação Educacional Machado de Assis de Santa Rosa, Coordenadora do Grupo de Estudos “Direito, Cidadania e Políticas Públicas” da UNISC. Psicóloga com Especialização em Terapia Familiar – CRP n. 07/08955, autora de livros e artigos em revistas especializadas. Coordenadora do Projeto de Extensão financiado pelo PAPERDS, “O brincar e a construção da cidadania das crianças”. Integrante do projeto CNPq (PUC/RS) Relações de Gênero e Sistema Penal: violência e conflitualidade nos Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher. E-mail: marlicosta15@yahoo.com.br. **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/2928694307302502>

Felipe da Veiga Dias

Especialista em Direitos Fundamentais e Constitucionalização do Direito – PUC/RS. Mestrando em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Santa Cruz do Sul. RS. Brasil. Integrante do Grupo de Estudos Interseções Jurídicas entre o Público e Privado, Integrante do Grupo de Estudos Direito de Autor, coordenados pelo Prof. Pós-Doutor Jorge Renato dos Reis. Participante dos projetos de pesquisa “O direito de autor no constitucionalismo contemporâneo: um estudo comparado Brasil x Uruguai” (CNPQ) e “Políticas Públicas de Educação para o Consumo” (Procon). Bolsista CAPES. Advogado. E-mail: felipevdias@gmail.com. **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/6961580388113058>.

Resumo

O presente estudo aborda o paternalismo do Estado e sua conexão com os aspectos constitucionais-penais, debatendo as intervenções estatais na esfera do cidadão, visando a sua própria proteção. Aqui a visão proporcionada pelos mandamentos constitucionais é em sentido negativo para com algumas dessas intervenções. Objetivando um estudo completo necessita-se da exploração de fundamentos jurídicos, históricos e reflexivos para o seu entendimento, haja vista que neste contexto amplo analisou-se um enfoque específico: a opressão de gênero (paternalista) contida na concepção das casas de prostituição como prática criminosa. Diante disso, a partir das bases constitucionais-penais, tendo também como suporte fundamentos históricos (sociais) e jurisprudenciais, contrapor-se aos mandamentos paternalistas no direito penal. Ademais, a preocupação com os debates de gênero é recente no país, merecendo atenção, bem como a reconstrução interpretativa nessas questões é imperiosa à formação de um pensamento constitucionalmente orientado na busca pela redução das desigualdades na realidade nacional.

Palavras-chave: Paternalismo. Princípios constitucionais-penais. Casas de prostituição.

Abstract

This study investigate the paternalism of the state and its connection to the constitutional-criminal aspects, discussing the state interventions on the public, seeking their own protection. Here the vision is provided by the constitutional provisions in a negative sense to some of these interventions. Aiming at a thorough study it's needed an exploration about the legal, historical and reflective arguments, for your understanding, considering that this broad context, we analyzed a specific focus: gender oppression (paternalist) contained in the design of the houses of prostitution as a criminal act. Thus, from the constitutional-criminal basis, and also to support the historical (social) and case law, to oppose to the commandments paternalist in criminal law. Moreover, concern about the recent discussions of gender is in the country, worthy of attention, as well as the interpretative reconstruction in these issues is imperative to the formation of a constitutionally oriented thinking in the search by reducing the differences in national reality.

Keywords: Paternalism. Constitutional-criminal principles. Punitive power. Houses of prostitution Gender.

Sumário: Introdução. 1. O estado: breve histórico evolutivo e apontamentos quanto a debates de gênero. 2. Os princípios constitucionais-penais no pensamento jurídico contemporâneo. 3. Paternalismo estatal (penal) – o paradigma das casas de prostituição como problema de gênero. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente estudo debruça-se sobre a temática do paternalismo estatal e sua conexão com os aspectos constitucionais-penais, ou

seja, como se dão as intervenções do Estado na esfera individual do cidadão, visando o seu próprio resguardo, e qual a visão proporcionada pelos mandamentos constitucionais acerca de algumas dessas “invasões”. Esse é um assunto brasileiro contemporâneo, mas ao mesmo tempo detém fortes raízes históricas no seu entendimento, haja vista que neste contexto amplo tentar-se-á abordar um enfoque ainda mais específico, precisamente a opressão de gênero contida na concepção das casas de prostituição como prática criminosa.

A proposta em tela visa responder o questionamento das duas afirmações seguintes: 1) Os fundamentos constitucionais coadunam (ou não) com intervenções paternalistas através do direito penal; e 2) A manutenção do crime de casa de prostituição pode ser considerada uma ação paternalista (moral), para com isso resultar em uma opressão de gênero.

Diante das indagações que sustentam esta pesquisa faz-se imperiosa a construção a partir das bases constitucionais-penais, para discorrer resposta plausível sobre o assunto, tendo também como suporte fundamentos históricos (sociais), jurisprudenciais e especialmente com aprofundamento teórico dos núcleos desta problemática (mandamentos constitucionais e paternalismo estatal). Ademais, a preocupação com os debates de gênero é recente no país, merecendo atenção, bem como a reconstrução interpretativa nessas questões é imperiosa à formação de um pensamento constitucionalmente orientado na busca pela redução das desigualdades na realidade nacional.

1 O ESTADO: BREVE HISTÓRICO EVOLUTIVO E APONTAMENTOS QUANTO A DEBATES DE GÊNERO

A inauguração da nova fase do Estado constitucional no Brasil, com o advento do Estado Democrático de Direito, trouxe consigo um suporte ético e jurídico renovado e capaz de gerar efeitos nas mais diversas searas do universo jurídico-social. Desta forma, a afetação da esfera penal pelos ditames constitucionais é inestimável para concretiza-

ção do modelo democrático social, bem como para alcançar a materialidade pretendida por esta pedra angular do direito pátrio.

Entretanto, a apreciação de alguns parâmetros históricos é capaz de sustentar críticas posteriores; sendo assim, comentar-se-ão as principais fases do Estado constitucional até a chegada do já aludido modelo democrático que modificou o panorama jurídico brasileiro. Iniciando pelo modelo cuja abordagem normalmente inaugura as análises dessa espécie, tem-se o chamado Estado Liberal, que vem como reação ao absolutismo e seus poderes ilimitados, os quais serviam como baliza às mais diversas atrocidades.

O rompimento com o viés monárquico absoluto opressor de direitos levou à implementação de um Estado Liberal que ansiava pelo afastamento do ente público das relações privadas (defesa da liberdade), além de restringir os poderes estatais (teoria da tripartição dos poderes), visando impedir o uso abusivo de poderes coercitivos, aprisionando o Leviatã e seus tentáculos. Neste período frisa-se que apesar do enriquecimento social com a adoção de direitos fundamentais, a noção de igualdade defendida era somente em sentido formal, estando as mulheres a ocupar um papel desprestigiado em relação aos homens.

A este desempenho menos relevante oriundo de motivações ancestrais, como as repressões medievais (as mulheres vistas como bruxas – aliadas de satã, o primeiro inimigo da humanidade)¹ ou algumas ideologias religiosas (judaico-cristã) (DIAS, 2004, p. 89 e PIAZZETA, 2001, p. 110-113), pode-se apontar que até mesmo a difusão das ideias iluministas que influenciaram os movimentos revolucionários em prol do Estado liberal, utilizando-se de sociedades maçônicas²,

¹ Sobre o combate às mulheres como bruxas, aliadas de demônios, sendo consideradas como os primeiros inimigos da humanidade, pois já que não se podia combater satã, direcionava-se para suas “cúmplices”, de maneira que esta pode ser considerada a primeira acepção da teoria do direito penal do inimigo, conferir abordagem de Zaffaroni (2007).

² A temática envolvendo a utilização das sociedades maçônicas no período revolucionário francês e na difusão das ideias iluministas está presente na obra de Koselleck (1999).

as quais não admitiam a inserção feminina em seus escalões, deixando-as à parte das influências ideológicas da época.

No seguimento histórico do Estado constitucional a face assumida posteriormente foi a da espécie social; esta teve contribuição de fatores como: a) falência do Estado liberal, pelo crescimento de desigualdades proporcionado por ele; b) a ocorrência de duas guerras mundiais que desolaram grandes nações; c) crises econômicas (crise de 1929 nos Estados Unidos – Grande depressão); e ainda d) crise do positivismo jurídico. Ante o quadro de abalo nos mais variados sentidos (econômicos, éticos, jurídicos), ascende o Estado social, com o incremento no processo interventivo (STRECK; BOLZAN, 2001, p. 69), a fim de reduzir as mazelas sofridas pelos cidadãos, bem como afastar o perfil individualista, pregando concepções mais humanas. Não bastava mais a simples igualdade formal, desejava-se concretização, uma conjunção entre desenvolvimento individual e social beneficiando toda a sociedade (MIRANDA, 2005, p. 53).

Aqui cabe a referência ao movimento feminista, o qual ganhou força ao final do século XIX e início do século XX, defendendo a paridade sobre diversos direitos fundamentais já garantidos aos homens, porém alijados das mulheres, tais como a autonomia, propriedade, integridade do corpo, dentre outros (COSTA, 2011, p. 197). Ademais, o citado movimento ofertou enfoque crítico à própria estruturação da sociedade, de cunho patriarcal (PIAZZETA, 2001, p. 110), mantido durante muito tempo e ainda demonstrando seus resquícios ao restringir a posição da mulher no acesso aos meios de produção, a direitos fundamentais ou até mesmo entendendo que estas ainda teriam como função mais importante a reprodução e não a participação igualitária na sociedade.

Nesse sentido, mesmo estando a concentração desta parte da pesquisa no desenvolvimento do Estado e na participação feminina neste processo, cabe um adendo na conotação histórica da codificação criminal ainda hoje utilizada, já que o seu enquadramento social se dá neste período (ZAFFARONI, 2007, p. 102 e JAKOBS, 2010); em outras palavras, na década de 40 o suporte que sustentou uma série de delitos,

vedando muito a liberdade de homens e especialmente de mulheres, vinha do fascismo italiano e de concepções eugênicas (segregação de minorias)³. Embora pareça desprezível essa alegação diante de uma sustentação hermenêutica, uma reanálise conforme os ditames constitucionais revela marcas do passado que ainda são aplicadas, no entanto, mascarando-se os argumentos para relegitimar o abuso estatal.

Retomando-se o pensamento anterior, os movimentos sociais, como o feminista, contribuíram em grande monta para o crescimento humano-social na modernidade; mostra disso foram as colaborações ofertadas pelo feminismo durante o processo de redemocratização do país, o qual convergiu juntamente com a etapa subsequente no desenvolvimento estatal, qual seja, o Estado Democrático de Direito. Com o advento da carta constituinte de 1988, alinhavou-se um novo suporte axiológico para a sociedade brasileira, detentor de força modificativa e materializadora de direitos, recrudescido em comparação com o modelo estatal social, visando fundar fortes alicerces éticos, democráticos e jurídicos para refutar claramente o recente período de exceção (BONAVIDES, 2004, p. 324) e enaltecer a importância da Constituição como matriz social.

Com a finalidade de reconstruir os marcos jurídicos, sociais e os próprios rumos do país, o texto constitucional veio impor a sua supremacia, reascendendo a chama do Direito como ciência interpretativa aberta, capaz de irradiar os efeitos constitucionais para toda a legislação vigente e a ser construída (SILVA, 2005, p. 41- 43). Não obstante a modificação da postura do Estado, o poder advindo do texto constitucional possibilitou uma nova direção a ser tomada (exemplo disso são as normas programáticas), cuja pretensão é construir uma realidade diferenci-

³ Na obra seguinte encontra-se um panorama não somente europeu e norte-americano, mas principalmente a ótica da América Latina, a qual fez uso dos fundamentos eugênicos para sustentar diversas intervenções estatais sob a bandeira da higienização, tendo, inclusive, mantido tal postura em alguns casos, mesmo após a refutação destes fundamentos no período pós-segunda guerra mundial. Miranda (2005).

ada, sem espaço para o simples crescimento econômico, dissociado de um *upgrade* social.

Em síntese, a Constituição de 1988 marca a chegada do modelo democrático de direito ao Brasil, com a soma contributiva de movimentos sociais (como o feminista) na sua elaboração, resguardando uma série de direitos e garantias fundamentais a todos os cidadãos, sejam eles homens ou mulheres. Objetivando a efetivação de tais desideratos, o texto constitucional traz relevante aporte valorativo, do qual se fará uso na interpretação da problemática proposta, bem como se abordarão, na sequência deste estudo, os mais relevantes princípios constitucionais a contribuir com o raciocínio proposto.

2 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS-PENAIIS NO PENSAMENTO JURÍDICO CONTEMPORÂNEO

A base nuclear do pensamento interpretativo moderno funda-se, especialmente, nos princípios constitucionais, haja vista seu caráter flexível e sua elevação qualitativa, após a falência do pensamento positivista, que restringia o papel reflexivo do jurista e não via com bons olhos o manejo de princípios nas vias do sistema jurídico. Tal visão em comento, de índole pós-positivista (BARROSO, 2006, p. 26 – 27), guarda vínculos também com a hermenêutica filosófica (giro-linguístico), a qual invadiu a interpretação constitucional hodierna, valorizando a linguística, a compreensão (pré-compreensão do indivíduo, somada a interpretação/aplicação para alcançar a real compreensão sobre algo), o diálogo e o papel do jurista no processo de interpretação (GRONDIN, 1999, p. 186 e GADAMER, 2005, p. 355).

O fenômeno hermenêutico pós-1988 passou a pautar-se sob as linhas teóricas recém mencionadas, entretanto, devem-se especificar alguns dos pontos principiológicos que embasam as reflexões desta pesquisa, iniciando-se pelo principal eixo constitucional, a dignidade humana. Este princípio e fundamento da República irradia seus efeitos a todo o ordenamento jurídico, constituindo-se em norte a ser seguido

(CANOTILHO, 2004, p. 225). Previsto em grande parte dos textos constitucionais no período pós-guerra, a dignidade humana detém um alto grau de abstração, porém, isso não impede a sua compreensão de fundamento protetor do ser humano como indivíduo, respeitado, único em sua existência, afastando qualquer tratamento do homem como objeto (influência da concepção kantiana) (SARLET, 2008, p. 37)⁴.

Apesar da complexidade conceitual do princípio em tela não resta prejudicada a sua apreciação *in concreto*, visto que se reconhecem as agressões a este baluarte do direito contemporâneo, demonstrando-se, inclusive, ser mais fácil essa identificação do que a busca de uma definição. Igualmente, coaduna-se com o entendimento de que os princípios constitucionais são descendentes de uma matriz e, essa seria a dignidade humana (SARLET, 2008, p. 83), ocasionando, conseqüentemente, uma ofensa indireta em caso de lesão aos demais mandamentos principiológicos constitucionais, pois esses princípios originados na dignidade têm o condão de concretizar valores ou aspectos inerentes à própria ideia aduzida por ela.

Aponta-se rapidamente a existência de construções dogmáticas acerca da dignidade humana, aludindo a esta uma dupla função: limitadora e prestacional. Na primeira situação há o condão negativo, restringindo ações entre particulares e do próprio poder estatal, a segunda apresenta o lado positivo, na busca da concretização de uma existência digna ao cidadão (CARVALHO, 2007, p. 294 – 295).

A classificação supra orienta este estudo no sentido negativo, visto que esta face restringe ações estatais, para com isso evitar condutas abusivas por parte do ente público sobre os cidadãos. Todavia, existem outros princípios constitucionais que podem facilitar a compreensão das questões a serem debatidas no contexto dos conflitos no Estado Democrático de Direito (e em relação às questões de gênero), já que a alegação da dignidade humana muitas vezes beira o vácuo argumentativo. Explica-se, na maior parte das situações fáticas podem ser encontra-

⁴ Em igual sentido a posição de Rodriguez, 2007, p. 45-46.

dos mandamentos constitucionais específicos, os quais são ramificações da dignidade humana, como forma de especializar o seu ensejo, sendo assim, há aqui a necessidade de encorpar o conteúdo constitucional, sob pena de alegação distante da realidade dos fatos.

Abre-se neste momento breves parênteses para referir a existência de preocupação ligada aos debates de gênero e sua conexão com a dignidade humana e a igualdade, não somente no âmbito interno, mas também na seara internacional, para auferir a maior gama possível de defesa, somando direitos fundamentais e humanos. Dentre essas possibilidades aduz-se apenas como exemplo o princípio da autonomia reprodutiva, o qual liga noções de dignidade, igualdade e liberdade, visando à proteção paritária de homens e mulheres (SARMENTO, 2006, p. 111-168 e DIAS, 2004, p. 95).

Assim, dois ideais constitucionais são perceptíveis na construção até aqui realizada, a igualdade e a liberdade. A primeira é de fácil observação, já que o viés dado até o momento externou que a concretização da igualdade vem sendo construída com o passar dos anos, para somente com isso desenvolver uma sociedade justa e digna a realmente todos. Complementa as palavras de Naele Ochoa Piazzeta (2001, p. 85)⁵:

O princípio da igualdade não é acionado sozinho quando a questão diz respeito a homens e mulheres. Os princípios da dignidade e da tolerância também devem ser chamados ao debate, uma vez que inclui as diferenças pessoais sociais. Reside ela no valor associado de maneira não diferenciada a todas as pessoas, sem distinção de sexo, raça, crença, de modo que seu valor está no fato de que todas as diferentes identidades fazem de cada pessoa um indivíduo diferente dos demais e de cada indivíduo uma pessoa como todas as demais.

⁵ Complementa o pensamento de Ferrajoli (2010).

Na segunda alegação, a liberdade que se refere conduz à ideia de autonomia, ou seja, o indivíduo regando sua vida, sem intervenções estatais, a não ser em caso de prejuízo a terceiros pessoas. Sabe-se, contudo, que autores debatem se a nomenclatura atual seria autonomia da vontade ou privada, no entanto, tal debate não interessa aos fins aqui pretendidos (FARIA, 2007, p. 60-62).

Traçado o panorama dos pilares indicadores, torna-se cabível apreciar especificações da dimensão negativa da dignidade humana, que refletem a conexão constitucional penal orientadora de legisladores e magistrados (BITENCOURT, 2003, p. 09-10), especialmente referente ao princípio da ofensividade. A concepção da ofensividade versa que inexistente uma conduta criminosa sem um dano efetivo ou perigo (de lesão) a um interesse (bem) jurídico relevante (*nullum crimen sine iniuria*). O referido princípio serve como uma barreira a inibir a criação de tipos penais (fato ofensivo típico) descabidos (inconstitucionais) pela ausência de um bem jurídico (relevante) a ser protegido ou a simples falta de afetação do bem jurídico alheio (em algumas incriminações paternalistas há lesão a bem jurídico próprio).

O princípio da ofensividade atua em duplo sentido, tanto influenciando previamente a elaboração legislativa na definição dos tipos penais, como no processo hermenêutico decisório a ser concretizado pelo magistrado. Este último inclusive, encontra-se, devido a mencionada abertura interpretativa, amparado por outros parâmetros constitucionais, sempre na tentativa de frear os eventuais abusos do Estado, como, por exemplo, os princípios da insignificância e da proporcionalidade.

A conjunção dos princípios até aqui explanados concentrados na atividade interpretativa tornam possível o questionamento sobre algumas situações jurídicas que se perpetuam no transcorrer da história brasileira, haja vista que as bases constitucionais a serem interpretadas necessitam da coalizão com a realidade social, sendo que esta é um fator imprescindível na hermenêutica constitucional. Inobstante, a leitura constitucionalizada e atualizada de determinadas situações confere novos panoramas aos limites interventivos do Estado, para que este não se

utilize de fundamentos passados para manter restrições de gênero no presente e futuro.

Seguindo este entendimento de uma interpretação constitucional-penal em prol de uma igualdade material de gênero e de limitação punitiva, tentar-se-á no próximo item focar uma dentre as espécies de ações abusivas por parte do ente público e que afetam diretamente a problemática das casas de prostituição.

3 PATERNALISMO ESTATAL (PENAL) – O PARADIGMA DAS CASAS DE PROSTITUIÇÃO COMO PROBLEMA DE GÊNERO

As considerações discorridas até o presente momento convergem na direção da apreciação do tema específico, faltando apenas poucos elementos nessa equação exemplificativa, mais precisamente, a compreensão dos limites à intervenção estatal, amparado nos termos da Constituição, associando o pensamento constitucionalizado da ótica penal à manutenção de uma determinada ordem social e o respeito à concepção moderna de igualdade de gênero. Os limites mencionados induzem no modelo democrático efeitos de ações condicionadas, ou seja, existe o dever de efetivar os direitos fundamentais trazidos no texto constitucional e, para isso, deve utilizar-se de todas as ferramentas necessárias, sem abusar de seus poderes. O poder coercitivo do ente público se legitima não somente pela força, mas pela corroboração política (CADEMARTORI, 1999, p. 91), ou seja, a legitimidade constitucional soma-se à política para legitimar o Estado a intervir.

Seguindo uma linha de raciocínio constitucional-penal, observa-se uma série de restrições ao uso do poder, seja pela autonomia, igualdade ou pelos princípios penais, pois de acordo com a pressuposição entendida pela ofensividade a ilicitude encontra-se no dano ou perigo a terceiro, resguardando a esfera da autonomia decisória do indivíduo e permitindo que este faça tudo que não estiver proibido (vinculação a legalidade). Todavia, podem ocorrer abusos dos instrumentos coercitivos

por parte do Estado, levando a medidas autoritárias ou, no caso específico desse trabalho, às ações de cunho paternalista.

Nos dois casos citados estão presentes abusos por parte do Estado, no entanto, as ações de cunho paternalista têm característica diferenciada da autoritária, já que esta última não respeita qualquer embasamento, violando a legislação e ultrapassando barreiras no exercício do poder, diferentemente da segunda que visa à proteção do indivíduo contra suas próprias ações, restringindo a possibilidade de autolesões. No paternalismo há censura do comportamento, tratando um adulto como uma criança, negando a ele a sua autonomia de decidir; a questão é que se quer referida proteção, mas por vias de um posicionamento anti-liberal, já que muitas vezes tal ato compõe-se, ao contrário, de atributos morais ou religiosos para viciar o desejo alheio.

Inexiste uma pressuposição negativa da terminologia utilizada, visto que esse conceito também comporta a defesa de pessoas consideradas vulneráveis ou sem capacidade para se proteger por suas próprias forças (FEINBERG, 1986, p. 05), demonstrando que existem ações com tal sustentação dentro dos parâmetros constitucionais, regendo-se por ideais de proteção do ser humano em sua individualidade (resguardo de pessoas mais vulneráveis).

Contudo, o cerne de aversões reside nas ações inseridas na primeira face do conceito, por terem em grande parcela se sustentado em reprovações religiosas ou morais e, tal índole não pode ser compactuada, não somente pela ofensa a princípios constitucionais (por exemplo, autonomia, ofensividade), mas por ser inconcebível uma moral geral a toda coletividade.

Em síntese, o Estado pode intervir legitimamente na esfera individual do ser humano em caso de uma de lesão (ou perigo) a outrem, mas não contra si mesmo (MILL, 2002, p. 08). Embora se defenda a afirmação recém mencionada, sabe-se da existência de decisões estrangeiras em sentido diverso (VERÍSSIMO NETO, 2010), apresentando como exceção a tal regra os casos em que ações individuais ofendem ou denigrem a essência humana (dignidade humana).

Além do conceito de paternalismo, este instituto detém classificações devido aos aprofundamentos teóricos despendidos em torno da temática, porém seria por demais dispendioso elencar todas elas, motivo pelo qual somente abordar-se-á aquela entendida como sendo de maior valor à compreensão do tema. Dessa maneira há divisão entre paternalismo direto, restrito a apenas uma pessoa (exemplo: suicídio), e o paternalismo indireto, caracterizado pela participação de mais de uma pessoa (exemplo: eutanásia).

Considerando-se, contudo, a inserção desses aspectos num Estado de Direito que prima pelo respeito aos princípios e valores individuais do ser humano, cabe referir uma última possibilidade de exceção, a qual faria do paternalismo estatal uma condição suportável, nesse caso (justificando, assim, a nomeação de paternalismo limitado). Em referidas circunstâncias, mesmo contrariando a vontade pessoal legítima-se a intervenção; prova disso é a insanidade temporária, quando o Estado age na intenção de proteger o indivíduo de ações autolesivas, pressupondo (arrazoadamente) seu provável arrependimento assim que restabelecidas as suas faculdades mentais plenas. Tais procedimentos revelam-se compatíveis com os valores que a Constituição brasileira pretende resguardar, no sentido de proteger os direitos fundamentais e balancear a medida da intervenção necessária, porém é o anseio por concretizar tais fundamentos que levam aos exageros paternalistas.

A ligação dos pontos relatados até aqui se amparam na perspectiva constitucionalizada do direito, em especial na esfera criminal, tendo em vista ser este o instrumento mais poderoso nas mãos do Estado; portanto, por mais bem intencionadas que estejam as ações estatais, estas podem violar limites de direitos fundamentais ou princípios constitucionais (dignidade, liberdade, igualdade, ofensividade). Junto a essa ótica somam-se os fatores históricos e sociais, principalmente em relação às questões de gênero, haja vista a morosidade do processo de equiparação entre homens e mulheres, bem como a perpetuação de um tratamento diferenciado, mas não em sentido positivo – veiculando desigualmente os desiguais – e sim negativo, dando continuidade ao alija-

mento de parcela significativa das atrizes sociais brasileiras (opressão de gênero).

No que tange o artigo em tela, a conduta a ser abordada (dentre as ocorrências paternalistas no direito penal) é de fornecer local à prática de prostituição. Há valoração da ação de forma negativa pelo componente moral, já que a atividade em si não oferece periculosidade social, todavia, a sua punição se dá com força máxima dentro do ordenamento jurídico visando impedir outras pessoas de seguirem o mesmo caminho “imoral”, impondo com isto um freio ao livre arbítrio (autonomia), com uma medida paternalista (ESTELLITA, 2007, p. 18). A ofensa aos cidadãos é plural, pois atinge o cliente, a prostituta e aquele que a abriga na disposição de sua autonomia e sem que ocorra uma ofensa justificável (lesão ao princípio da ofensividade), como uma lesão patrimonial ou algo semelhante, sem a cogitação de uma solução menos gravosa aos envolvidos.

Adiciona-se à equação crítica a convivência da sociedade com a conduta, pois além da realidade social compor o processo hermenêutico contemporâneo (leitura constitucional-penal), estes locais são notórios em seu exercício, sob qualquer nomenclatura (exemplo: bar, sauna, wiskeria, casa de shows), sem que ocorra qualquer procedimento do poder público ou manifestação de repúdio popular, inexistindo fundamento plausível à manutenção da conduta na ilicitude (NUCCI, 2007, 853 – 854) (ou de outro modo, inexistente fundamento plausível que não se ampare em concepções marcadamente, se não exclusivamente, de cunho moral). Até mesmo porque, partindo de um olhar protetor de direitos fundamentais e humanos a vedação de abrigo conduz à exposição dessas pessoas aos riscos das ruas, as quais são extremamente perigosas no período noturno (quando se dá o ápice da atividade e da criminalidade).

Deste modo, apresentam-se diversas incoerências denotando o equívoco no uso dos meios penais para coerção paternalista penal (VON HIRSCH, 2007, p. 20-22), cogitando-se soluções em outras ramificações do direito. Não obstante, o levantamento deste crime como uma

opressão de gênero tem guarida em um duplo argumento, o primeiro é quantitativo, haja vista que a prática da prostituição se perpetua em maior quantidade entre mulheres, já o segundo é de ordem constitucional-penal, visto que tal crime reprime a autonomia feminina (ferindo uma série de princípios já aludidos), buscando impor uma orientação moral, ao mesmo tempo em que gera risco à integridade dessas pessoas que são jogadas às ruas e seus perigos.

Outra argumentação levantada contra as casas de prostituição vai na direção de que tais locais seriam antros de exploração de mulheres (beirando a escravidão sexual), adolescentes e crianças (prostituição infantil); no entanto, esse argumento é vazio em sua essência, pois a falta de fiscalização desses locais se dá em razão da aceitação social, ou seja, falta nexa na repressão penal feminina diante da adequação do pensamento hodierno, em prol da igualdade de gênero. Destarte, a clandestinidade da ação é que alimenta os abusos sofridos por mulheres e crianças, sendo conveniente ao poder público não agir em tais circunstâncias, seja por pré-conceito paternalista (moral) ou simplesmente por não entender relevante a defesa desses interesses; fato é que acaba por deixar-se desguarnecida aquelas pessoas que efetivamente não poderiam se proteger, por crer na falsa moralidade como uma razão apta a sustentar um abuso do poder estatal (ROXIN, 2009, p. 20-25).

A regularização da conduta traz benefícios de diversos pontos de vista, já que trará uma fiscalização adequada (função administrativa), proteção à integridade da pessoa que presta o serviço (retira as mulheres do risco das ruas – segurança pública), respeita a disposição individual do ser humano (autonomia) e pode ser devidamente tributada como um estabelecimento (encargo tributário), ou seja, há uma movimentação diferenciada da máquina pública, mas em um sentido positivo e não moralmente depreciativo.

Diante do exposto, a justificativa exclusivamente moral encontra-se incompatível com a realidade social, constitucional (ainda mais diante de uma sociedade pluralista) e penal, sendo possível aferir, além dos benefícios da regulamentação das casas de prostituição, dentre as

alternativas possíveis, o exercício do poder público de forma extralegal. Em outras palavras, as campanhas publicitárias, o apoio psicológico/financeiro dado a pessoas de baixa renda e a conscientização, já se mostraram em diversas situações soluções mais adequadas do que o uso excessivo da força do Estado. A imposição de uma moral coletiva é completamente inconstitucional (ofende as liberdades individuais), ela se assemelha a uma tentativa de imposição religiosa a todos, não servindo como uma base jurídica minimamente respeitável (FELDENS, 2008, p. 36).

A defesa do posicionamento em prol da regulamentação da situação das casas de prostituição é somente um passo inicial no curso evolutivo do pensamento constitucionalizado do direito penal, visto que enquanto outras nações já regulamentaram a profissão de prostituta, como outras formas de exercício sexual (como os atores de filmes eróticos), alguns discutem esse processo⁶; no Brasil ainda permite-se que uma falsa moral paternalista seja utilizada para subjugar as mulheres que escolham tal atividade. A ressalva a tais afirmações são isoladas posições da jurisprudência, como as do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o qual entendeu em diversos momentos a superação social desta vedação criminal⁷. Dito isso, não se pode calar diante da inope-

⁶ Em recente matéria veiculada no site da Globo (2011) encontra-se o debate sobre a regulamentação da atividade na Irlanda, apenas como exemplo do assunto em comento.

⁷ BRASIL. Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Casa de prostituição. Apelação Crime Nº 70023539554, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alfredo Foerster, Porto Alegre, Julgado em 15 de maio de 2008. Ementa. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 15 de março 2009. Em sentido idêntico encontrar-se-á outros julgados, com exemplo o acórdão, BRASIL. Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Casa de prostituição. Apelação Crime Nº 7004144589, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aymoré Roque Pottes de Mello, Porto Alegre, Julgado em 12 de maio de 2011. Ementa. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 09 ago. 2011.

rância legislativa, devendo-se bradar a bandeira de luta por um tratamento digno e igualitário para as mulheres deste país.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante a evolução da sociedade humana diversos foram os desafios a serem superados, tendo o árduo percurso no progresso estatal passado por batalhas pormenorizadas, como as realizadas pelo movimento feminista, a contribuírem com o processo que incrementou os direitos fundamentais e o constitucionalismo moderno. Nesse compasso, o núcleo orientador das relações humanas no contexto nacional é a Constituição e toda a sua carga valorativa, invadindo esse prisma hermenêutico todo e qualquer ramo do direito.

A partir deste parâmetro reflexivo oportunizaram-se as críticas às intervenções estatais, focando-se nas condutas paternalistas, as quais reduzem a autonomia de indivíduos, além de utilizarem embasamentos morais ou religiosos, especialmente quando tais restrições são aplicadas através do direito penal. Assim, não bastando a incompatibilidade com vários princípios constitucionais, como a dignidade, igualdade, autonomia e ofensividade, no caso das casas de prostituição, tema central do estudo, verifica-se um descaso com a realidade fática vivida por várias mulheres.

Portanto, o descompasso hermenêutico (norma e realidade social) somado à incompatibilidade evidente entre os marcos constitucionais-penais externados aqui e o paternalismo abusivo do Estado, acabam por perpetuar uma opressão de gênero ao manter criminalizadas as casas de prostituição, simplesmente com uma argumentação moral destituída de uma ofensa ou lesão a um bem jurídico relevante, ao invés de debater a temática em sentido positivo, primando por uma regulamentação jurídica profissional, eficaz e segura para trilhar um caminho unificado de proteção igualitária de homens e mulheres em sua individualidade e dignidade.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. vol. 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do estado**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Disponível em: <www.tjrj.jus.br>.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

CARVALHO, João Paulo Gavazza de Mello. Princípio constitucional penal da dignidade da pessoa humana. SCHMITT, Ricardo Augusto (Org.). **Princípios penais constitucionais: direito e processo penal à luz da constituição federal**. Salvador: JusPodivm, 2007.

COSTA, Marli. A transversalidade das políticas públicas na perspectiva de gênero. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. Tomo 11. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre justiça e os crimes contra as mulheres**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

ESTELLITA, Heloísa. Paternalismo, moralismo e direito penal: alguns crimes suspeitos em nosso direito positivo. **Boletim publicação oficial do instituto brasileiro de ciências criminais – IBCCRIM**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 15. n. 179, 2007.

FARIA, Roberta Elzy Simiqueli de Faria. Autonomia da vontade e autonomia privada: uma distinção necessária. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). **Direito civil: atualidades II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FEINBERG, Joel. **Harm to self**: the moral limits of the criminal law. V. 3. Oxford: Oxford University Press, 1986.

FELDENS, LUCIANO. **Direitos fundamentais e direito penal**: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

GLOBO. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2011/09/posteres-tentam-profissionalizar-imagem-de-prostitutas-na-irlanda.html>>. Acesso em: 09 set. 2011.

GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

KOSELLECK, Reinhart. **Crítica e crise**: uma contribuição à patogênese do mundo burguês. Rio de Janeiro: EDUERJ – Contraponto, 1999.

MILL, Stuart. **On liberty**. New York: Dover Publications, 2002.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MIRANDA, Marisa; VALLEJO, Gustavo (Compiladores). **Darwinismo social y eugenesia en el mundo latino**. Buenos Aires: Siglo XXI de Argentina Editores. 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PIAZZETA, Naele Ochoa. **O princípio da igualdade no direito penal brasileiro**: uma abordagem de gênero. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

RODRIGUEZ, Javier Llobet. **Derechos humanos y justicia penal**. Heredia: Poder Judicial, Depto. De Artes Gráficas, 2007.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. CAVALVANTE, Alcilene; XAVIER, Dulce (Organizadoras). **Em defesa da vida: aborto e direitos humanos**. São Paulo: Católicas pelo direito de decidir, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

VERÍSSIMO NETO, José. Arremesso de anão. Disponível em <<http://www.jusvox.com.br/mostraArtigo.asp?idNoticia=19>>. Acesso em: 11 out. 2010.

VON HIRSCH, Andrew. Paternalismo direto: autolesões devem ser punidas penalmente? **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 15. n. 67, 2007.

ZAFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

Recebido em: 05/10/2011

Pareceres emitidos em: 01/11/2011 e 05/10/2011

Aceito para a publicação em: 04/11/2011