UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

DOUTORADO EM DIREITO DO TRABALHO E DA SEGURIDADE SOCIAL

ROSANGELA RODRIGUES DIAS DE LACERDA

**RECONHECIMENTO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO PARA
O TRABALHO DA PROSTITUTA**

São Paulo

2015

ROSANGELA RODRIGUES DIAS DE LACERDA

**RECONHECIMENTO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO PARA
O TRABALHO DA PROSTITUTA**

Tese apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito – Doutorado em Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Universidade de São Paulo, como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Oris de Oliveira

São Paulo

2015

ROSANGELA RODRIGUES DIAS DE LACERDA

**RECONHECIMENTO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO PARA
O TRABALHO DA PROSTITUTA**

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito,
Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo

Aprovada em _____ de _____ de 2015

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dr. Oris de Oliveira

Instituição: Universidade de São Paulo - USP

Assinatura: _____

Examinador (a): Prof (a). Dr(a). _____

Instituição: _____

Assinatura: _____

Examinador (a): Prof (a). Dr(a). _____

Instituição: _____

Assinatura: _____

Examinador (a): Prof (a). Dr(a). _____

Instituição: _____

Assinatura: _____

Examinador (a): Prof (a). Dr(a). _____

Instituição: _____

Assinatura: _____

Aos meus avós Leodegário Rodrigues Alves e Tarcila Evangelista Alves, *in memoriam*, exemplos de dignidade e ética.

A Marcos Alan, pelas muitas horas subtraídas de sua convivência.

AGRADECIMENTOS

Agradecer é um ato de amor. É o reconhecimento de que muitos são os que nos auxiliam na longa jornada em busca de um sonho. É ratificar, humildemente, a necessidade de ajuda, coragem e força para superar obstáculos.

Toda produção acadêmica pressupõe renúncias e dedicação em prol de um objetivo superior. Mesmo que as palavras sejam insuficientes para expressar todo o sentimento, a gratidão não pode deixar de ser expressa, incontida e sincera.

Inicialmente, agradeço a Deus e a todos os guias espirituais que me fortaleceram nos momentos de angústia e equilibraram minhas energias para êxito nas minhas aspirações. Em especial a Dandaluunda, Kaiango, Luango e N’Kosi, *adupè!*

Obrigada a minha família, pelo apoio incondicional e, em especial, a minha avó Ana Socorro, principal incentivadora de realizações, exemplo para toda a vida. A Marcos Alan, farol a guiar o meu caminho.

A Wagner Bemfica, pela compreensão e carinho, desculpando-me pela ausência ao longo destes três anos de muito trabalho e reafirmando a amizade que nos une, ao longo de tantos anos. Ao meu orientador, a quem tenho orgulho de chamar de mestre, Oris Oliveira, pela incansável leitura do trabalho, com tantas sugestões valiosas, e pela disponibilidade de auxílio prestimoso e sempre paciente.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo, em especial a Ronaldo Lima dos Santos e Jorge Luiz Souto Maior, pelo empenho no brilhantismo e consagração do curso, buscando sempre sua excelência. Ao sempre mestre Manoel Jorge e Silva Neto, que apesar da distância continua como um exemplo de vida, de carreira e de solidariedade. A todos os colegas do doutorado, em especial, a Aparecido, pelas preciosas discussões e pelo apoio constante.

Ao Ministério Público do Trabalho, por haver me oportunizado o estudo do tema e pela concessão de afastamento para elaboração da tese.

RESUMO

O presente estudo tem por objeto a possibilidade de reconhecimento do vínculo laboral para o trabalho da prostituta, sendo sufragada a tese de que o objeto contratual, na prestação de serviços sexuais, é lícito e, por conseguinte, há a possibilidade, se presentes a onerosidade, permanência, pessoalidade e subordinação, de reconhecimento do vínculo empregatício para o trabalho da prostituta. A tese, portanto, é de que a prostituta faz jus ao pagamento de todas as verbas trabalhistas previstas na legislação laboral, tais como décimo terceiro salário, férias acrescidas de um terço, horas extraordinárias, adicional noturno, Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, dentre tantos outros direitos, como qualquer outro trabalhador subordinado. Além disto, será ainda destinatária de políticas públicas que visem assegurar um meio ambiente de trabalho hígido e seguro, devendo ser observadas as Normas Regulamentadoras expedidas pelo Ministério do Trabalho e Emprego, bem como outras normas de medicina, saúde e segurança do trabalho que vierem a ser editadas. Conquanto o presente trabalho se refira em inúmeras oportunidades apenas às prostitutas, utilizando o substantivo no feminino, em verdade são abrangidos os exercentes da atividade de ambos os sexos, sem qualquer distinção, desde que exerçam a profissão voluntariamente e sejam maiores de dezoito anos. As metodologias utilizadas, precipuamente, foram a pesquisa bibliográfica e a pesquisa documental. A pesquisa bibliográfica envolveu a busca de livros, monografias, teses, dissertações, artigos publicados em revistas especializadas, jornais e revistas, e teve a precaução de incluir os fundamentos das vertentes contrárias, em busca dos alicerces para firmar o novo entendimento sobre o tema, especialmente quanto à possibilidade de reconhecimento do vínculo empregatício para o trabalho da prostituta.

Palavras-chave: prostituição, vínculo de emprego, direitos fundamentais, direitos trabalhistas.

ABSTRACT

This research is about the possibility of recognizing the employment bond for prostitute's labor, after covering the theory that defends the contractual object, on provision of sexual services, is lawful and if exists burden, permanence, personality and subordination, the employment bond of prostitutes can be recognized. This theory says that prostitute is entitled to be paid for all the payroll amounts provided on labor legislation as extra month salary, holiday plus a third, overtime, additional nightly working time, Time of Service Guarantee Fund (FGTS), between other rights that any other subordinate employee has. Furthermore, public policies aimed at ensuring a working environment healthy and with insurance (Regulatory Standards issued by the Ministry of Labor and Employment should be observed, as well as other rules of medicine, health and safety that may be published) will be addressed to this employment bond. Although this work refers the word "prostitute" in a female way, in fact it refers both sexes without distinction, as far as they are engaged in that occupation voluntarily and are over 18 (eighteen) years. The methodologies used on this paper are literature and documentary research. The literature review involved a search of books, monographs, theses, dissertations, articles published in professional journals, newspapers and magazines. This work has been made with care and including the fundamentals of contrary theories, looking for the foundations to start a new view of the subject, especially regarding recognition of the mentioned employment bond of prostitutes.

Key words: prostitution, employment bond, fundamental rights, labor rights.

SOMMARIO

Il presente studio ha come oggetto la possibilità del riconoscimento del vincolo lavorativo per il lavoro della prostituta, essendo suffragata la tesi che l'oggetto contrattuale, nella prestazione di servizi sessuali, è lecito e, conseguentemente, esiste la possibilità, se presenti l'onerosità, la continuità, la personalità e la subordinazione, del riconoscimento del vincolo impiegatizio per il lavoro della prostituta. La tesi è, quindi, che la prostituta abbia diritto al pagamento di tutti i benefici lavorativi previsti nella legislazione del lavoro, come tredicesima, ferie aumentate di un terzo, ore straordinarie, addizionale notturno, Fondo di Garanzia per Tempo di Servizio, oltre a tanti altri diritti, come qualsiasi altro lavoratore subordinato. Oltre a questo, sarà anche destinataria di politiche pubbliche che assicurino un ambiente di lavoro salutare e sicuro, dovendo essere osservate le Norme Regolamentari emanate dal Ministero del Lavoro e dell'Impiego, come altre norme di medicina, salute e sicurezza del lavoro che possano essere emanate in futuro. Anche se il presente lavoro si riferisce, in innumerevoli occasioni, solo alle prostitute, utilizzando il sostantivo femminile, in verità sono contemplati gli esercenti l'attività di entrambi i sessi, senza alcuna distinzione, con tanto che esercitino la professione volontariamente e siano maggiori di diciotto anni. Le metodologie principalmente usate sono la ricerca bibliografica e la ricerca documentale. La ricerca bibliografica è consistita nella ricerca di libri, monografie, tesi, dissertazioni, articoli pubblicati in riviste specialistiche, giornali e riviste, e ha rispettato l'accortezza di includere i fondamenti delle vertenti contrarie, in cerca di basi per consolidare la nuova concezione del tema, specialmente per quanto riguarda la possibilità del riconoscimento del vincolo impiegatizio per il lavoro della prostituta.

Parole chiave: prostituzione, vincolo di lavoro, diritti fondamentali, diritti del lavoro

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
 1 CONCEITO E HISTÓRICO DA PROSTITUIÇÃO	17
 1.1 Conceito de prostituição	17
1.2 Histórico da prostituição	22
<i>1.2.1 Antiguidade grega</i>	<i>23</i>
<i>1.2.2 Antiguidade romana</i>	<i>28</i>
<i>1.2.3 Idade Média</i>	<i>32</i>
<i>1.2.4 Idade Moderna</i>	<i>38</i>
<i>1.2.5 Contemporaneidade</i>	<i>41</i>
 2 MARCOS TEÓRICOS PARA O RECONHECIMENTO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO DA PROSTITUTA	44
2.1 Necessidade de uma nova racionalidade jurídica	44
<i>2.1.1 Compreensão do direito baseada na ética humanista</i>	<i>48</i>
<i>2.1.2. Compreensão do direito fulcrada na democracia e na repolitização da vida coletiva</i>	<i>52</i>
<i>2.1.3. Aproximação do direito com o ideal de justiça social</i>	<i>56</i>
2.2. Princípios constitucionais para o reconhecimento do vínculo empregatício da prostituta	61
<i>2.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana</i>	<i>62</i>
2.2.1.1 Escorço histórico-normativo	62
2.2.1.2. Dimensões	65
2.2.1.3. Crítica ao princípio da dignidade da pessoa humana	69
<i>2.2.2 Princípio do valor social do trabalho</i>	<i>72</i>
<i>2.2.3 Princípio da cidadania</i>	<i>80</i>

2.2.4 <i>Direito de liberdade de escolha da profissão</i>	85
2.2.4.1. <i>Concepção de liberdade em Sartre</i>	89
2.2.4.2. <i>O direito social ao trabalho como condição para a liberdade profissional</i>	93
2.2.4.3 <i>A liberdade de escolha da profissão na prostituição</i>	96

3 RECONHECIMENTO DO VINCULO EMPREGATÍCIO PARA O TRABALHO DA PROSTITUTA	100
3.1 Modelos jurídicos sobre a prostituição: sistema de proibição, sistema de regulamentação e sistema abolicionista	100
3.2 O modelo laboral. Críticas aos sistemas tradicionais	107
3.3 Prostituição como relação de emprego	111
3.3.1 <i>Em defesa da prostituição como trabalho</i>	111
3.3.2 <i>A subordinação e o vínculo empregatício da prostituta</i>	119
3.4 O direito penal e a suposta ilicitude do objeto contratual	128
3.4.1 <i>Teorias penais tradicionais</i>	129
3.4.1.1 <i>Teoria penal clássica</i>	130
3.4.1.2 <i>Teoria penal neoclássica</i>	133
3.4.1.3 <i>Teoria penal finalista</i>	135
3.4.2 <i>Teorias penais contemporâneas</i>	139
3.4.2.1 <i>Teoria penal de Claus Roxin – funcionalismo racional teleológico</i>	142
3.4.2.2 <i>Teoria penal de Günther Jakobs – funcionalismo sistêmico</i>	145
3.4.3 <i>Ausência de tipicidade nos denominados crimes relacionados à prostituição</i>	150
3.4.4 <i>Críticas aos artigos 228 a 231-A do Código Penal</i>	163
3.4.5 <i>Os artigos 228 a 231-A do Código Penal como indiferentes trabalhistas</i>	171
3.5 A questão do trabalho de crianças e adolescentes e do registro em Carteira de Trabalho e Previdência Social	176
3.6 Entendimentos do movimento feminista sobre a prostituição	187

4 PROSTITUIÇÃO NO BRASIL E NO DIREITO COMPARADO	194
4.1 Legislação da Alemanha	194
4.2 Legislação da Holanda	197
4.3 Legislação da Suécia	202
4.4 Legislação da Espanha	205
4.5 Propostas de regulamentação no Brasil	209
4.5.1 Projetos de lei 98/2003 e 4211/2012	209
4.5.2 Proposta de projeto de lei	219
5 POLÍTICAS PÚBLICAS PARA PROTEÇÃO DO TRABALHO DA PROSTITUTA	222
5.1 Conceito de políticas públicas	222
5.2 As políticas públicas como processo e a definição da agenda de prioridades	226
5.3 O meio ambiente do trabalho sadio e seguro como direito fundamental dos trabalhadores	229
5.4 Políticas públicas em espécie para trabalhadores do sexo	233
CONCLUSÃO	239
REFERÊNCIAS	246

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objeto a investigação acerca da possibilidade de reconhecimento do vínculo laboral para o trabalho da prostituta, sendo sufragada a tese de que o objeto contratual, na prestação de serviços sexuais, é lícito e, por conseguinte, há a possibilidade, se presentes a onerosidade, permanência, pessoalidade e subordinação, de reconhecimento do vínculo empregatício para o trabalho da prostituta, com a obrigação de adimplemento, pelo empregador, de todas as parcelas decorrentes.

A tese, portanto, é de que a prostituta faz jus ao pagamento de todas as verbas trabalhistas previstas na legislação laboral, tais como décimo terceiro salário, férias acrescidas de um terço, horas extraordinárias, adicional noturno, fundo de garantia por tempo de serviço, dentre tantos outros direitos, como qualquer outro trabalhador subordinado. Além disto, será ainda destinatária de políticas públicas que visem assegurar um meio ambiente de trabalho hígido e seguro, devendo ser observadas as Normas Regulamentadoras expedidas pelo Ministério do Trabalho e Emprego, bem como outras normas de medicina, saúde e segurança do trabalho que vierem a ser editadas.

Ab initio, é mister frisar que, conquanto o presente trabalho se refira em inúmeras oportunidades apenas às prostitutas, utilizando o substantivo no feminino, em verdade são abrangidos os exercentes da atividade de ambos os sexos, sem qualquer distinção, desde que exerçam a prestação de serviços sexuais para satisfação de outrem.

Defende-se também o entendimento de que não há tipicidade nos arts. 228 a 231-A do Código Penal, de sorte que há liceidade na conduta de manutenção de estabelecimento comercial destinado à prestação de serviços sexuais por pessoas maiores de 18 (dezoito) anos e que validamente consentiram para a prática do sexo seguro como atividade econômica. Ressalva-se apenas que, se a prestação de serviços for obtida mediante violência ou grave ameaça, ou se houver qualquer indício de trabalho escravo, degradante ou por crianças e adolescentes, deverão ser responsabilizados criminal e civilmente os responsáveis, incumbindo a repressão de tais condutas ao Ministério Público do Trabalho, ao Ministério Público Estadual e ao Ministério do Trabalho e Emprego.

É indene de dúvidas que a matéria é atual, relevante e viável, na medida em que desafia preconceitos — compreendidos estes no sentido gadameriano — e estabelece diretrizes para uma nova concepção de relação de trabalho, estabelecendo o arcabouço teórico

imprescindível para o desenvolvimento de programas de governo tendentes a humanizar as relações de trabalho *lato sensu* e a tornar efetivos os preceitos constitucionais.

Sob o aspecto teórico, a maior contribuição da tese é de fornecer uma abordagem jurídica do tema, que tantas vezes é versado em sociologia, porém jamais obteve a atenção devida por parte do direito. Com efeito, é muito comum que a sociologia, em seus diversos matizes teóricos, trate do tema da prostituição, para analisar suas causas, o cotidiano dos profissionais do sexo e suas inúmeras consequências econômicas, emocionais, familiares, físicas e mentais. O tratamento da matéria, no âmbito jurídico, contudo, é inédito pela coragem no reconhecimento de que a prostituição gera vínculo jurídico de emprego, como qualquer outro trabalho prestado com onerosidade, pessoalidade, permanência e subordinação, salientando-se que também pode originar um vínculo, também jurídico, de prestação de serviços como autônomo, o que também acarreta efeitos civis e previdenciários. Na condição de prostituta empregada, por conseguinte, a tese ora sustentada é inédita.

Os elementos teóricos da tese, por conseguinte, são relevantes e suscitam polêmicas entre os doutrinadores, que ainda sustentam a nulidade do liame obrigacional, com espeque na interpretação literal do Código Penal, o que em grande medida engrandecerá a discussão e a fundamentação das conclusões.

A maior contribuição original à ciência do direito, contudo, reside no fato de que, sob o aspecto da *praxis*, o estudo pretende embasar a elaboração e implementação de políticas públicas para defesa e proteção do meio ambiente do trabalho da prostituta, no sentido de promover a prevenção de doenças ocupacionais, sejam sexualmente transmissíveis ou não, além de coibir práticas ilegais verificadas na rotina destes trabalhadores. Não é incomum constatar o desrespeito à saúde e à integridade física do trabalhador nestas relações, o que se manifesta pela proibição do uso de preservativos ou a prática de forçar o empregado a consumir bebidas alcoólicas, contribuindo para o crescente percentual de viciados em álcool ou até mesmo outras drogas nocivas.

No primeiro capítulo é estabelecido um conceito de prostituição abrangente e que encampa a prática de diversos atos de sexualidade, não se restringindo apenas à relação sexual. Este conceito inicial e o histórico da prostituição no mundo são fulcrais para que seja deslindada a questão do reconhecimento do vínculo empregatício, no escopo de demonstrar que nem sempre a prostituição foi proscria na sociedade, tendo existido período histórico, especialmente na Antiguidade grega, em que as hetairas, ou prostitutas de alto luxo e com vasto cabedal intelectual, gozaram de grande prestígio e poder econômico.

O segundo capítulo descortinará os fundamentos constitucionais que alicerçam a tese de que a atividade da prostituta é, efetiva e indubitavelmente, *trabalho*, devendo estar sob a égide, portanto, dos princípios da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho, da cidadania e da liberdade de escolha da profissão. É feita ainda uma breve digressão conceitual sobre os fundamentos filosóficos, além dos constitucionais, que alicerçam a possibilidade de reconhecimento do vínculo empregatício para os trabalhadores do sexo, perpassando por uma análise sobre o despontar de uma nova racionalidade jurídica, voltada à emancipação do ser humano. Foi ainda conferida ênfase aos princípios constitucionais, erigidos como mais elevada pauta axiológica no ordenamento jurídico pátrio, que fundamentam a tese ora esposada e a tornam factível, mesmo na ausência de norma infraconstitucional que regule a prestação de serviços sexuais.

O terceiro capítulo trata do cerne da controvérsia ora pesquisada, ou seja, trata da efetiva possibilidade de reconhecimento do vínculo empregatício para o trabalho da prostituta. Inicialmente, são descritos os modelos básicos de regulamentação da profissão, em diversos países, sendo fincadas as premissas do sistema de proibição, sistema de regulamentação, sistema abolicionista e, por último, do sistema laboral, adotado no presente estudo como o modelo mais consentâneo, dentre os delineados, para proteção dos direitos fundamentais sociais desta categoria de trabalhadores. Em seguida, são estabelecidos os fundamentos para que seja reconhecido que a prestação de serviços sexuais é trabalho e, como tal, deve ser aplicada toda a lógica que se coaduna com as relações laborais, inclusive com a possibilidade de reconhecimento do vínculo por estar presente, no caso concreto, a subordinação estrutural.

No escopo de rechaçar os argumentos de ilicitude do objeto contratual, é realizada ainda toda uma digressão acerca das principais teorias penais, perpassando pelas mais tradicionais (clássica, neoclássica e finalista) até as mais contemporâneas (funcionalismo sistêmico de Günter Jakobs e funcionalismo de Claus Roxin), a fim de embasar a conclusão de que não existe tipicidade nos arts. 228 a 231-A do Código Penal em vigor. Com efeito, com espeque na teoria penal funcionalista racional teleológica de Roxin, bem como na teoria da tipicidade conglobante de Zaffaroni, além da aplicação dos princípios da interferência mínima estatal e dos movimentos da descriminalização e despenalização, é possível afirmar que os arts. 228 a 231-A do Código Penal, pela tolerância social e pela ausência de bem jurídico socialmente relevante, não são fatos típicos. Ressalte-se que a tese ainda sustenta que, mesmo que se admita tais condutas como fatos típicos, serão efetivamente indiferentes trabalhistas, vez que eventual nulidade absoluta, nesta hipótese, apenas favorecerá o empregador, que não pode se locupletar

da própria torpeza. Se ocorrer violência ou grave ameaça na realização de serviços sexuais, os responsáveis poderão ser sancionados com as penas previstas nos artigos 146 (constrangimento ilegal), 149 (trabalho escravo), 203 (frustração de direito assegurado por lei trabalhista) e 207 (aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional) do Código Penal, que suprem a necessidade ingente e legítima de que estas condutas sejam objeto de reprovação social e normativa. Defende-se, portanto, a desnecessidade de regulamentação de tais condutas quando direcionadas para a prestação de serviços sexuais, vez que os profissionais serão enquadrados como trabalhadores autônomos ou empregados, *como quaisquer outros*.

O terceiro capítulo, por derradeiro, também discorrerá sobre a questão do trabalho de crianças e adolescentes e sua exploração sexual, bem como acerca do registro do vínculo em Carteira de Trabalho e Previdência Social, estabelecendo que, quanto a esta última matéria, não há necessidade de anotação, mas apenas de expedição de certidão, se solicitada pelo interessado, pelo Ministério do Trabalho e Emprego, que para tanto conta com as informações declaradas pelos empregadores perante o CAGED – Cadastro Geral de Empregados e Desempregados.

O quarto capítulo traz a regulamentação da prostituição na Alemanha, Holanda, Suécia, Espanha e no Brasil, estabelecendo as diretrizes gerais em cada um destes países e os sistemas adotados. Houve pesquisa quanto ao regramento na Alemanha porque afirma-se que o seu modelo inspira o projeto de lei 4211/2012, atualmente em trâmite perante o Congresso Nacional; houve pesquisa quanto à disciplina na Holanda porque é um país que tem uma regulamentação muito próxima do modelo laborista; também foram perscrutados os dispositivos do Código Penal sueco, pois possui uma regulamentação mais conservadora e que pune a clientela das prostitutas e, finalmente, foi pesquisada a regulamentação na Espanha, país com maior proximidade cultural com o Brasil. Também são tecidas críticas aos projetos de lei 98/2003, de Fernando Gabeira, já arquivado, e ao projeto de lei 4211/2012, de Jean Wyllys, ainda em discussão, tendo sido elaborada, ao final, uma proposta de projeto de lei.

O quinto e último capítulo discorrerá sobre as políticas públicas a serem elaboradas e implementadas pelo Estado para concretização dos direitos fundamentais desta classe de trabalhadores, sendo alcançada a conclusão de que é preciso, portanto, a efetivação de políticas públicas que sejam inclusivas, que tenham uma perspectiva emancipatória do ser humano, de forma integral, e que principalmente combatam o trabalho escravo e promovam a existência de um meio ambiente de trabalho seguro e sadio.

As metodologias utilizadas, precipuamente, foram a pesquisa bibliográfica e a pesquisa documental. A pesquisa bibliográfica envolveu a busca de livros, monografias, teses,

dissertações, artigos publicados em revistas especializadas, jornais e revistas, e teve a precaução de incluir os fundamentos das teses ora vigentes, em busca dos alicerces para firmar o novo entendimento sobre o tema, especialmente quanto à possibilidade de reconhecimento do vínculo empregatício para o trabalho da prostituta.

A coleta de informações através de pesquisa documental ocorreu, especificamente, mediante a pesquisa de jurisprudência sobre a matéria de pesquisa, bem como utilizando os documentos fornecidos pelas Procuradorias Regionais do Trabalho, acerca da atuação do Ministério Público do Trabalho quanto à implementação de políticas públicas, na questão da proteção do trabalho da prostituta.

1 CONCEITO E HISTÓRICO DA PROSTITUIÇÃO

Toda análise investigativa pressupõe uma digressão sobre o estado da arte a respeito do assunto específico sobre qual incidirá a perscrutação. Destarte, a fim de estabelecer o recorte metodológico adotado no presente estudo, e no escopo de fincar a delimitação conceitual a ser trabalhada, torna-se imperioso discorrer sobre o que é a prostituição, as classificações ordinariamente adotadas e seu histórico em nível mundial, para melhor compreensão do fato social.

1.1 Conceito de prostituição

A conceituação dos fenômenos sociais, como regra geral, é uma tarefa árdua e inóspita. Era de se esperar que a sociologia, após tantos séculos de evolução, pudesse retratar os fatos sociais com agudeza, traçando sua funcionalidade para a sociedade e estabelecendo as medidas para sua erradicação, caso fossem considerados nefastos à própria humanidade, ou o seu desenvolvimento e incremento, na hipótese de serem benéficos. Entrementes, há muitas décadas os sociólogos já admitiram que não existe uma única resposta universal para todas as sociedades, em todos os contextos históricos. Muito ao revés, os raciocínios empregados e as respostas aos questionamentos suscitados não são válidos para todas as ordenações humanas e muito menos para todos os fenômenos sociais produzidos.

Identicamente, o conceito de prostituição não é unânime porque não se trata de um fato social uniforme. A abordagem sociológica e crítica, por sua parte, difere em muito da abordagem jurídica, o que conduz à ilação de que a prostituição também é multifacetada e evolui historicamente. Há que se ressaltar, outrossim, que a prostituição é um dos temas que invariavelmente trazem posicionamentos ideológicos e por vezes religiosos de seus defensores ou opositores, o que também direciona a sua conceituação para muitos sentidos.

O primeiro obstáculo a ser enfrentado na conceituação encontra-se no gênero. Ora, existem pessoas que praticam a prostituição e que são do sexo feminino, do sexo masculino, heterossexuais, homossexuais, bissexuais, pansexuais, transexuais e seguramente existem ainda outras orientações. A denominação utilizada no presente estudo, por conseguinte, foi a mais geral e mais comum de todas, que deriva precisamente do termo prostituição:

prostituta – devendo-se ressaltar que, a despeito de ser uma nomenclatura que, em português, pertence ao gênero feminino, no presente estudo designa todas as pessoas que praticam a prostituição, qualquer que seja o seu gênero ou orientação sexual.

Segundo Enrique Orts Berenguer, a prostituição é uma atividade que tem por objeto a satisfação sexual de uma outra pessoa em troca de um preço preestabelecido. Assim:

Dois são, pois, os ingredientes desta atividade: uma prestação de natureza sexual, entendida esta em um sentido amplo, compreensivo de qualquer variante que possa ser solicitada, não somente das mais convencionais; e a percepção de um preço, de honorários em contraprestação ao serviço prestado¹.

Roger Raupp Rios torna o conceito mais lúcido, porém restringindo-o à prática de relações sexuais, ao asseverar que a prostituição é uma atividade desenvolvida por uma pessoa capaz, qualquer que seja o seu gênero, que concretiza habitualmente relações sexuais com um número incerto de indivíduos, mediante remuneração e tendo por embasamento um acordo de vontade entre as partes².

Segundo o Dicionário da Real Academia Espanhola, o termo prostituição (do latim, *prostitutio*) é definido como uma atividade a que se dedica quem mantém relações sexuais com outras pessoas, em troca de dinheiro³.

A origem etimológica da palavra prostituição deriva do termo latino *prosto are*, cujo significado é “estar à venda”. O conceito de prostituição foi ampliado pelo cristianismo, que a definiu como qualquer comércio sexual fora da lei, fazendo parte deste conceito, portanto, a luxúria e a promiscuidade. Waldyr de Abreu conceitua a prostituição como

A profissionalização total ou parcial das relações sexuais, com número indeterminado de pessoas, em geral sem escolha, tendo como contrapartida, não o prazer recíproco, mas um pagamento em dinheiro ou outra vantagem econômica⁴.

1 BERENGUER, Enrique Orts. *Delitos contra la libertad sexual*. Valência: Tirant lo Blanch, 1995, p. 198. Tradução nossa.

2 RIOS, Roger Raupp. Regulamentação: controle social ou dignidade do/no trabalho. In: FÁBREAS-MARTINEZ, Ana Isabel; BENEDETTI, Marcos Renato (Orgs.). *Na batalha: sexualidade, identidade e poder no universo da prostituição*. Porto Alegre: Dacasa, 2000, p. 82.

3 ESPANHA. *Real Academia Espanhola*. Disponível em: <<http://lema.rae.es/drae/?val=prostituci%C3%B3n>>. Acesso em: 12 maio 2014.

4 ABREU, Waldyr de. *O submundo da prostituição, vadiagem e jogo do bicho - aspectos sociais, jurídicos e psicológicos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1968, p. 15.

Segundo Faller, Hornstein e Streng, prostituição é toda forma de comércio sexual em que a entrega amorosa não se faz por carinho, mas por dinheiro⁵. Para Bernocchi, são prestações sexuais realizadas mais ou menos habitualmente e mais ou menos indiscriminadamente em troca de uma retribuição⁶. Para Manuel Ossorio, é o exercício do comércio carnal mediante um preço. Como regra geral, é praticado pela mulher em uma relação heterossexual, mas também é admissível que se realize em uma relação homossexual, assim como também se admite que a prostituição seja masculina em uma relação heterossexual ou, mais frequentemente, homossexual⁷. Segundo Francesco Antolisei⁸, é a habitualidade de prestações carnavais com número indeterminado (embora selecionado) de pessoas, habitualidade que, de ordinário devida com ânimo de lucro, mas pode derivar do mero vício.

É preciso, todavia, ampliar o conceito de prostituição, não sendo possível olvidar que há, na outra parte do contrato, um cliente que solicita a prática de atos sexuais. Assim:

A prostituição é um fenômeno social extremamente complexo que atravessa traços profundos da sociedade, com múltiplas derivações. Diz respeito à economia, ao trabalho, à sexualidade, à moral e às relações de gênero. Mulheres, homens, homossexuais, transexuais, travestis e crianças, todos eles engrossam as fileiras da prostituição. Sendo um fenômeno social, ocasionalmente é tratado como um fenômeno natural. Com frequência, prostituição e prostitutas são considerados sinônimos, de tal forma que todo o sistema da prostituição passa a ser visto e definido a partir das prostitutas, esquecendo que a prostituição envolve uma relação entre alguém que vende os serviços sexuais e alguém que os compra⁹.

A prostituição, explicada através da sociologia do trabalho, é uma atividade laboral e, como tal, deve ser estudada sob o aspecto dos direitos trabalhistas e das condições de meio ambiente que origina. A própria conceituação da prostituição já pode revelar a sua face depreciativa. Segundo Raquel Osborne,

A partir da consagração da burguesia, [a prostituição] resultou ser a cara obscura do matrimônio e uma instituição criada para dividir as mulheres em decentes e

5 FALLER, Adolf; HORNSTEIN, Xaver von; STRENG, Franz von. *Vida sexual sana*. Tradução de Joaquín Navarro Cristóbal. Madrid: Daimón, 1960, p. 64.

6 BERNOCCHI, Franco. *Prostituzione e rieducazione*. Padova: Cedam, 1966, p. 14. Tradução nossa.

7 OSSORIO, Manuel. *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Buenos Aires: Heliasta, 1974, p. 622. Tradução nossa.

8 ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale. Parte speciale-I*. Milão: Giuffrè, 1982, p. 46. Tradução nossa.

9 ROSTAGNOL, Susana. Regulamentação: controle social ou dignidade do/no trabalho. In: FÁBREAS-MARTINEZ, Ana Isabel; BENEDETTI, Marcos Renato (Orgs.). *Na batalha: sexualidade, identidade e poder no universo da prostituição*. Porto Alegre: Dacasa, 2000, p. 95.

indecentes, em boas e más, de um só e de muitos homens, em mulheres “privadas” e mulheres “públicas”¹⁰.

Para a autora, o matrimônio não é mais do que a outra cara da prostituição. Não são instituições opostas, como às vezes alguns doutrinadores parecem querer demonstrar, mas complementares: observados de modo aproximado, é bastante dizer que a principal clientela da prostituição são os homens casados, que não querem ou não podem realizar com as esposas o que realizam com as prostitutas¹¹. Apenas a título ilustrativo, torna-se imperiosa a transcrição do depoimento de Gabriela Leite, que durante algumas décadas foi prostituta em São Paulo, Belo Horizonte e no Rio de Janeiro:

Eu tinha um cliente eu chegava à zona sempre com uma bolsa a tiracolo. Ele entrava no quarto, abria a bolsa e tirava dela nada menos que uma camisola amarela. Ele a vestia e desfilava como uma ninfa, com o máximo que conseguia de languidez, embora tivesse uma barriga avantajada definindo sua silhueta. Então ele perguntava docemente: “Você me acha linda?” Profissionalismo em primeiro lugar, eu respondia: “Linda! Lindíssima”, fazendo uma força incrível para não cair na gargalhada. “Qual a cor de batom que você acha que combina com a minha cútis?” Rosa-claro”¹².

Podem ser tecidas algumas críticas aos conceitos outrora apresentados. *Prima facie*, é mister destacar que a prostituição não envolve apenas a prática de relações sexuais. Há, em verdade, o exercício de toda a sexualidade humana, compreendida em sua integralidade, que implica a prática de atos libidinosos ou não.

Havia um rapaz muito bonito cuja loucura era a mulher usar um salto bem alto e fino. A gente não costumava trabalhar de salto, pois era muito cansativo. Então, quando o rapaz chegava na portaria, as meninas iam avisando umas às outras e em cinco minutos havia um batalhão de mulheres de salto. Afinal, ele era muito educado e pagava bem. Não nos dava trabalho, pois nem transava. O ritual era o seguinte: ele entrava no quarto com uma mulher de salto e pedia para ela andar de um lado para outro. Depois, ela devia colocar o pé sobre a barriga dele, e então começava a sabatina: “Onde você comprou esse sapato? Qual o tamanho do salto? É confortável?” E assim o rapaz gozava, feliz da vida. Era só isso. São os mistérios do desejo¹³.

10 OSBORNE, Raquel. *Trabajador@s del sexo: derechos, migraciones y tráfico en el siglo XXI*. Barcelona: Edicions Bellaterra, 2004, p. 11. Tradução nossa.

11 *Ibidem*, p. 14.

12 LEITE, Gabriela. *Filha, mãe, avó e puta: a história de uma mulher que decidiu ser prostituta*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 69.

13 *Ibidem*, p. 69.

A Organização Mundial de Saúde conceitua a sexualidade de modo abrangente:

A sexualidade humana forma parte integral da personalidade de cada um. É uma necessidade básica e um aspecto do ser humano que não pode ser separado de outros aspectos da vida. A sexualidade não é sinônimo de coito e não se limita à presença ou não do orgasmo. Sexualidade é muito mais do que isso. É energia que motiva encontrar o amor, contato e intimidade, e se expressa na forma de sentir, nos movimentos das pessoas e como estas tocam e são tocadas¹⁴.

A sexualidade, portanto, é mais abrangente do que o ato sexual. Ela faz parte da personalidade e constitui-se de elementos físicos, afetivos, culturais e, na lição de Michel Foucault, é um conceito que só pode existir no contexto social, fazendo parte da nossa conduta e do usufruto da liberdade¹⁵.

Em segundo lugar, muitos conceitos se referem à prática de atos sexuais em troca de dinheiro. Nem sempre, todavia, há uma retribuição obrigatoriamente pecuniária. A vantagem, sem sombra de dúvida, tem cunho financeiro, mas nem sempre há uma contraprestação em dinheiro ou em presentes. É preferível, destarte, referir-se a vantagem econômica. Na prostituição corporativa¹⁶, a vantagem obtida não é dinheiro, mas promessas de negócios, pagamentos ou recebimentos de propinas, promoções, informações privilegiadas ou assinaturas de contratos. Outra crítica a alguns modelos outrora esboçados consiste no fato de que a maioria destes se refere a parceiros variados, quando acontece, por vezes, existir um único parceiro. Em um concubinato impuro, com intuito econômico, por exemplo, configura-se uma relação em que normalmente a mulher é sustentada por um homem casado, devendo a ele fidelidade, como uma amante exclusiva¹⁷. Trata-se, portanto, de hipótese de prostituição em que há uma relação de exclusividade com o cliente, que satisfaz todas as necessidades de subsistência e de luxos da concubina.

O entendimento esposado no presente estudo, destarte, é de que a prostituição é a atividade laboral que consiste na prática de atos de sexualidade, mediante contraprestação

14 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. 1975. Disponível em: <<http://www.who.int/country/bra/en>>. Acesso em: 12 maio 2014.

15 FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade I – a vontade de saber*. Rio de Janeiro: Graal, 1993, p. 59.

16 A prostituição corporativa é uma troca de favores sexuais com os clientes, visando a obtenção de um melhor nível hierárquico na empresa ou concretização de negócios. Algumas empresas usam mulheres (suas funcionárias ou não) como moeda de troca para fechamento de contratos, pagamento e recebimento de propinas e informações sigilosas. Podem também ser utilizadas para negociações com políticos, sendo extremamente comuns na cidade de Brasília-DF, capital do poder.

17 Apenas a título ilustrativo, no Nordeste do Brasil, esta mulher é vulgarmente conhecida como “teúda e manteúda”.

de natureza econômica, com parceiros variados ou não, em locais fechados ou abertos, por pessoas de ambos os gêneros e com qualquer orientação sexual.

É possível elencar várias espécies de prostituição, a depender do critério a ser utilizado. Considerando que se trata de fenômeno social multifacetado, as classificações por vezes pecam pela falta de cientificidade. Barruel de Lagenest¹⁸ divide a prostituição em três espécies: o meretrício localizado, o flutuante e o clandestino. As meretrizes localizadas são aquelas que frequentam um determinado bordel ou uma determinada zona de prostituição, devendo à dona da casa ou ao gerente obediência e porcentagem nos seus ganhos. A segunda espécie é formada por meretrizes que fazem o *trottoir* nos vários pontos da cidade. São flutuantes porque frequentam vários lugares, sem uma assiduidade certa – dias há que trabalham em um bairro, dias em outros, e dias em que não vão à rua. Por fim, a meretriz clandestina é definida como o grupo que não vive exclusivamente (como as da zona) ou ostensivamente (como as que fazem o *trottoir*) de alugar seus corpos. Agem de maneira discreta, atendendo os clientes em seus próprios apartamentos, nos apartamentos dos fregueses ou em hotéis, em encontros que são geralmente marcados por telefone. A divulgação do serviço é realizada através de anúncios de jornais e revistas locais, bem como por *sites* da Internet.

Esta classificação poderia ser simplificada, pois apenas leva em consideração o local onde a prostituição é consumada: nas ruas, em bordéis, em *garçonnières* ou hotéis, etc. A prostituição também pode ser classificada em alto ou baixo meretrício, a depender dos preços cobrados e do conforto das instalações oferecidas aos clientes. A mais importante classificação, contudo, reside no tipo de liame jurídico estabelecido entre a prostituta e quem lhe dirige a prestação de serviços, o que enseja o surgimento de prostitutas autônomas ou empregadas. Considerando o conceito ora esboçado, é necessária uma breve incursão histórica sobre o papel da prostituta na sociedade ocidental, para destacar a evolução do tema ao longo do tempo, em diferentes tipos de sociedade.

1.2 Histórico da prostituição

O aprofundamento acerca de como ocorreu a evolução histórica de um determinado fato social é sempre crucial para sua exata compreensão, e este raciocínio não

18 LAGENEST, H. D. Barruel de. *Lenocínio e prostituição no Brasil: estudo sociológico*. Rio de Janeiro: Agir, 1960, p. 23/42.

poderia ser afastado quanto à atividade das prostitutas. Serão examinadas, por conseguinte, diversas culturas que tiveram impacto sobre a compreensão hodierna do fenômeno. É imprescindível destacar que, conquanto se tenha notícias sobre a existência de prostituição em quase todos os povos, a conformação social de apenas alguns será abordada, em face do seu contato histórico com a civilização ocidental contemporânea.

1.2.1 Antiguidade grega

Como seus predecessores históricos, a Grécia antiga era uma sociedade patriarcal, cuja classe dominante era formada por homens livres, donos de terras e senhores de escravos, que governaram as cidades-estados da era clássica grega no período compreendido entre o século VII-VIII a.C. e o século IV d.C.

Assim como aconteceu em diversas culturas ancestrais, os primeiros habitantes da Grécia cultuavam a deusa, o poder feminino supremo, capaz de gerar a vida. A partir de 2000 a.C., vários povos indo-europeus migraram e invadiram as terras mais quentes e férteis próximas do Mar Mediterrâneo, originando uma cultura religiosa híbrida que hoje conhecemos por mitologia grega. Em verdade, conquanto a divindade mais poderosa e temida seja masculina – Zeus – a sua esposa Hera, cuja origem remonta ao culto anterior, está em constante conflito com o esposo, que não consegue governar sozinho, pois a sua autoridade deriva do casamento sagrado com a deusa¹⁹.

Em nenhuma outra época ou localidade a prostitutas desempenharam um papel tão relevante quanto em Atenas e Corinto, durante a idade áurea da cultura grega, mesmo em comparação com as atuais metrópoles, como Londres, Paris ou Tóquio²⁰. Teofrasto, em obra que pode até ser considerada psicológica, pois sintetiza os tipos de personalidade e o modo como agem, cita o proxeneta na lista de profissões correntes, já na Grécia antiga, onde se incluem o dono de uma hospedaria e o coletor de impostos²¹. Os homens gregos ricos tinham acesso a uma variedade ingente de serviços sexuais: prostitutas do templo, cortesãs da classe alta, dançarinas-prostitutas, meretrizes, escravas de bordel, concubinas, escravas domésticas e,

19 ROBERTS, Nickie. *As prostitutas na história*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1998, p. 32-33.

20 BASSERMANN, Lujo. *História da prostituição – uma interpretação cultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968, p. 09.

21 TEOFRASTO. *Os caracteres*. Lisboa: Relógio D'Água, 1999, p. 67.

ainda que de forma muito recatada, havia ainda a possibilidade de manter relações sexuais com suas esposas. Segundo o texto da *Contra Neera*, atribuído a Demóstenes:

Com efeito, as heteras nós as temos para o prazer, as concubinas para o cuidado diário do corpo, mas as esposas para que tenham filhos legítimos e mantenham a guarda fiel da casa²².

Em face desta plêiade de possibilidades de prazer sensual, surge na cultura grega a *enkrateia*, que é a virtude maior do homem que administra sua casa e participa da vida política ateniense, que consiste em uma forma ativa de domínio de si que permite resistir e assegurar o domínio no campo dos desejos e dos prazeres. Segundo Michel Foucault,

Por outras palavras, o indivíduo, para se constituir como sujeito virtuoso e moderado no uso que faz dos seus prazeres, deve instaurar uma relação consigo que é do tipo “dominação-obediência”, “direção-submissão”, “domínio-docilidade” (e não, como acontecerá na espiritualidade cristã, uma relação do tipo “explicação-renúncia”, “interpretação-purificação”)²³.

Na cultura helênica, o ato sexual em si mesmo não é pecaminoso ou considerado um mal em si mesmo; muito ao revés, é considerado natural entre as pessoas, do mesmo sexo²⁴ ou de sexos opostos. O excesso, todavia, é que torna o homem escravo dos seus desejos e o faz perder a compostura na condução de sua casa e da cidade.

As mulheres estavam firmemente sob o controle dos homens na esfera privada do lar — primeiro, dos pais; depois, do marido; se ficasse viúva, do filho mais velho. A democracia grega somente concedia o direito de voto e de participação política para os homens, ocupando as mulheres as posições subalternas da sociedade, como administradoras do lar. Não podiam, pela lei ateniense, ser donas de terras ou de escravos; com exceção do dote, que era entregue pelo pai ao seu marido no casamento, a esposa ateniense nada possuía. Em verdade, a maior parte de suas vidas transcorria nos estreitos limites da casa, confinadas aos afazeres domésticos. Podiam sair em alguns eventos, como festivais religiosos, eventos teatrais ou

²² APOLODORO. *Contra Neera* [Demóstenes] 59. Trad. Glória Onneley. Coleção Autores Gregos e Latinos. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2012, p. 128.

²³ FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade II – o uso dos prazeres*. Lisboa: Relógio D'Água Editores, 1994, p. 83.

²⁴ Na antiguidade grega, as relações homossexuais eram admitidas especialmente entre o homem mais velho (o *erasta*, o ativo) e o jovem aprendiz (o *erômeno*, o passivo) e significava um ritual de passagem para o aprendiz.

funerais; mas não podiam ir ao mercado fazer compras, tarefa realizada pelos escravos domésticos²⁵.

A prostituição grega teve o seu auge, indubitavelmente, com a ascensão de Sólon ao poder, no século VI a.C. Com efeito, Sólon fundou bordéis oficiais, mantidos pelo Estado, no escopo de proporcionar aos jovens gregos os prazeres sensuais que não podiam obter com as mulheres respeitáveis, afastando-os também da pederastia. Ademais, os preços módicos praticados pelas prostitutas faziam com que os homens mais pobres da cidade, que não tinham direito a voto, também pudessem usufruir do sexo, sem interferir na paz pública e na administração do Estado. Com estes intentos, Sólon adquiriu um edifício para o Estado ateniense e lá fundou um bordel estatal, com baixos preços, havendo também a cobrança de impostos. Estes bordéis, por seu turno, se multiplicaram em Atenas e em Corinto. O empreendimento foi tão bem sucedido e angariava tanto lucro para o Estado, por meio da arrecadação de impostos, que foi possível financiar os exércitos com o dinheiro obtido – consta que o porto ateniense de Pireus foi construído a partir deste aporte financeiro²⁶.

Como resultado desta organização, surgiram três grupos de prostitutas: as *dicteríades*, as *aulétrides* e as *hetairas* ou etéreas. As primeiras ocupavam a escala social mais baixa, eram escravas e ficavam nos bordéis. As dicteríades estavam subordinadas aos funcionários públicos de baixo escalão, que lhes impunham pesados tributos. Só podiam sair às ruas à noite, horário em que as mulheres respeitáveis já estavam recolhidas. Mesmo na época de Sólon, em que havia expressa proibição, muitas meretrizes independentes exerciam seu comércio, como autônomas, subornando e corrompendo as autoridades legais.

Em um patamar intermediário estavam as aulétrides, ou tocadoras de flauta, que tinham uma vida mais livre, exercendo o seu mister nos festins para os quais eram convidadas. Estas prostitutas ingressavam nas residências dos cidadãos gregos, nuas ou seminuas, assistindo a ceias e jantares, no escopo de divertir os convivas com cantos e danças ou com algum instrumento, geralmente a flauta. Quando os celebrantes já estavam embriagados de música e vinho, iniciava-se a prática de atos libidinosos com as aulétrides. Aristóteles noticia até mesmo a existência de funcionários públicos encarregados do controle dos preços cobrados pelas aulétrides:

Era atribuição específica dos astínomos, por exemplo, impedir que as tocadoras de flauta, de lira e de cítara fossem contratadas por mais de 02 (dois) dracmas por

25 ROBERTS, Nickie. *As prostitutas na história*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1998, p. 34.

26 *Ibidem*, p. 35.

noite. Os serviços sexuais faziam parte da prestação dos serviços, que sofreram uma certa majoração de preço, apesar do controle dos astínomos²⁷.

As hetairas formavam o grupo mais rico e mais letrado das prostitutas atenienses. Escolhiam os seus clientes e cobravam altos preços por seus favores sexuais; dentre os seus clientes estavam os mais altos personagens da cidade, como generais, magistrados, poetas e filósofos²⁸.

O Estado de Atenas tinha de financiar onerosas construções de navios e armamentos. Por esta razão, as dicteríades eram particularmente valiosas, constituindo sensível prejuízo uma eventual deserção de algum gerente de bordel mais desatento. Ao contrário do que viria a acontecer no futuro, as prostitutas não eram escorraçadas das cidades, mas eram toleradas como um mal necessário — imprescindível, em verdade, para sustento do Estado ateniense. Já as aulétrides eram tidas com uma certa simpatia pelos cidadãos atenienses, pois eram vistas habitualmente em festas, banquetes e festejos de toda espécie, mantendo a animação dos convidados. Impende destacar que as esposas atenienses, nos dias em que tais festejos aconteciam, deles não participavam, ficando recolhidas em seus aposentos.

As hetairas, por seu turno, possuíam grande poder de influência política, pois além de serem detentoras de muitos bens e escravos eram também filósofas e angariavam seguidores. Aspásia foi a mais famosa hetaira de Atenas, tendo sido tomada por esposa de Péricles, sendo por muitos considerado o pai da democracia. Aspásia recebia em sua casa Sócrates e Alcibíades, que tinham sido antes seus amantes e com os quais conversava sobre filosofia e outros saberes do espírito. Nesta época, Sócrates nutria profundo encantamento pelo belo Alcibíades, e Aspásia intermediou a aproximação entre os dois²⁹. Outra famosa prostituta ateniense, chamada Safo, era oriunda de uma família rica e não se prostituía por dinheiro, mas tinha uma espécie de escola de prostituição onde as jovens discípulas aprendiam as artes do amor lésbico. Também Laís, nascida escrava e comprada pelo pintor Apele, tornou-se célebre e estabeleceu-se em Corinto, acumulou tesouros e também os dissipou na fundação de templos, monumentos e edifícios públicos, auxiliando amplamente os artistas. Morreu no exercício das suas funções e erigiram-lhe uma estátua, perpetuando-lhe a memória. Além de Aspásia, há

²⁷ ARISTÓTELES. *A Constituição dos atenienses*. Trad. Delfim Ferreira Leão. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2003, p. 71. Astínomo era um magistrado na Grécia Antiga que tinha a seu cargo a segurança pública e a polícia das ruas.

²⁸ PARENT; DUCHATTELET; DOUFOR; RABUETEN; LECOUR. *História da prostituição*. São Paulo: Edições Júpiter, 1950, p. 52.

²⁹ *Ibidem*, p. 82.

ainda uma outra hetaira muito poderosa na antiguidade Grega: Teodota, com quem Sócrates dialoga na obra *Memoráveis*, e Neera, também citada na obra atribuída a Demóstenes³⁰.

Sobreviveu em Atenas uma quarta forma de prostituição, porém muito menos significativa em termos numéricos e de influência na vida social. Havia nos templos consagrados à deusa Afrodite as escravas denominadas *hieroduli*, que tinham perdido o posto de sacerdotisas mas, por serem consideradas criadas pela deusa, mantinham uma certa aura de sacralidade e eram homenageadas por seus clientes. Muitos cidadãos ricos de Atenas compravam mulheres e as ofereciam à deusa Afrodite, para permanecerem no seu templo, em troca de alguns favores, como a vitória em guerras ou em jogos.

A homossexualidade, na Grécia antiga, não tinha a mesma conotação dos dias atuais, e era comum entre os homens da classe superior em Atenas. Os rapazes adolescentes eram os preferidos dos homens mais velhos e não aceitavam pagamento em dinheiro, mas em presentes. O discurso predominante era o de que o parceiro mais velho agia por motivos altruístas, ou seja, para o aprimoramento da educação do seu jovem amante, conquanto a linha de separação entre estas relações homossexuais e a prostituição se tornasse muito tênue, entre os rapazes mais efeminados. Na dicção de Foucault,

Entre o homem e o rapaz não existe – não pode e não deve existir – comunhão de prazer. [...] E ninguém é mais severamente condenado que os rapazes que mostram pela sua facilidade em ceder, pela multiplicidade das suas relações ou ainda pela sua aparência, a sua maquilhagem, os seus adornos ou os seus perfumes que podem sentir prazer em desempenhar um tal papel. Isso não significa que o rapaz, quando cede, o deva fazer, de certa forma, com total frieza. Só deve, pelo contrário, ceder, se sentir em relação ao seu amante sentimentos de admiração ou de reconhecimento e de afeição que o fazem desejar dar-lhe prazer³¹.

Neste diapasão, é imperioso concluir pela existência de prostituição masculina na Grécia clássica. Após a morte de Sólon, as leis atenienses sobre a prostituição foram relaxadas, de sorte que não havia mais sequer a proibição de que as dicteríades andassem nas ruas, e as prostitutas instruídas de Atenas floresceram. Seu governo ficou conhecido, para todo o sempre, como a maior cafetinagem estatal em grande escala que o mundo já conheceu.

³⁰ XENOFONTE. *Memoráveis*. Trad. Ana Elias Pinheiro. Coleção Autores Gregos e Latinos. Coimbra: Centro de Estudos Clássicos e Humanísticos, 2009, p. 210-216.

³¹ FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade II – o uso dos prazeres*. Lisboa: Relógio D'Água Editores, 1994, p. 251.

1.2.2 Antiguidade romana

Assim como na Grécia, os homens romanos monopolizavam o poder político através da posse de terras. O *pater familias*, literalmente o pai de família, detinha poder absoluto sobre sua esposa, filhos e escravos, a ponto de poder decidir sobre a sua vida ou morte. Posteriormente, após a expansão do império, estas normas mais rigorosas se tornam mais complacentes. Na lição de Coulanges, a moral doméstica da antiguidade romana estabelece uma união indissolúvel entre o homem e a mulher, pelo casamento, deste derivando deveres rigorosos para ambas as partes. Enquanto à esposa incumbe obedecer, ao marido compete mandar e respeitar a sua esposa e sua prole, sempre atentando para os ritos religiosos de seus ancestrais. Sem a mulher, o culto doméstico torna-se incompleto e insuficiente³². A moral romana quanto às relações sexuais dentro do casamento era conservadora:

Como se reconhecia um autêntico libertino? Pela violação de três proibições: fazer amor antes do cair da noite (amar durante o dia devia continuar sendo privilégio dos recém-casados logo após as núpcias); fazer amor sem criar penumbra (os poetas eróticos tomavam como testemunha a lâmpada que brilhava sobre seus prazeres); fazer amor com uma parceira que ele havia despojado de todas as vestes (só as mulheres perdidas amavam sem sutiã, e nas pinturas dos bordéis de Pompeia as prostitutas conservavam esse último véu)³³.

As esposas romanas, contudo, não tinham as mesmas restrições que as gregas: podiam sair às ruas, visitar templos e tribunais e se instruir. Ao contrário da Grécia clássica, Roma nunca teve como regime político a democracia, de sorte que jamais foi criada uma classe média formada por ricos mercadores. Durante todo o império, o poder era exercido por uma aristocracia formada por um contingente ínfimo de pessoas, tendo à frente o imperador, que se autoproclamava um deus encarnado.

Muitos imperadores foram pródigos em manterem e incrementarem prostíbulos em seus palácios. Nero, por exemplo, foi um frequentador de bordéis na cidade e jantava em público no grande circo, rodeado por inúmeras prostitutas. Estabeleceu, à beira do Golfo de Nápoles, diversas casas de prostituição; Domiciano banhava-se habitualmente com

³² COULANGES, Numa-Denys Fustel de. *A cidade antiga*. Trad. Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Editora das Américas, 1961, p. 146-147.

³³ VEYNE, Paul (Org.). *História da vida privada – vol. 1 – do império romano ao ano mil*. Trad. Hildegard Feist. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 184-185.

prostitutas; Comodus transformou seu palácio em um bordel e mantinha os serviços de mais de 300 (trezentas) das mais belas moças de Roma; Elagábalo, por seu turno, além de ser assíduo cliente de prostíbulos, resolveu fazer doações de alimentos e dinheiro às mulheres e homens que praticavam a prostituição em toda a cidade; Calígula estabeleceu a taxaço de impostos sobre os serviços sexuais. Mas as relações estreitas entre a corte e os lupanares não foram firmadas apenas pelos imperadores — Júlia, filha do imperador Augusto, tornou-se prostituta; Messalina, esposa de Cláudio, talvez tenha sido a mais famosa de seu tempo, e até mesmo seu nome ainda hoje é utilizado como sinônimo de prostituta³⁴.

Na antiguidade romana a prostituição era uma profissão aceita sem nenhuma estigmatização. A atitude dos romanos para com a prostituição era de tolerância, à semelhança dos gregos, pois era considerada o antídoto contra o casamento monogâmico e a pederastia. Não instituíram ou criaram bordéis estatais, como Sólon; entretanto, iniciaram o primeiro registro de prostitutas de que se tem notícia. Destarte, criaram os romanos a prostituição legal, mediante instituição da denominada *licentia stupri*, uma autorização para exercício do mister. Incumbia ao edil aconselhar a cortesã e dissuadi-la do seu intento; se não obtivesse êxito, deveria tomar o seu nome, idade, lugar do nascimento, cognome que queria adotar e o preço dos seus serviços. Esta inscrição era indelével e acompanhava a mulher por toda a sua vida³⁵. Considerando esta consequência, muitas se negavam a fazer a inscrição e assim trabalhavam por toda a vida; caso algum policial as abordasse, era muito comum o suborno. Ao lado da prostituição legal, florescia em Roma a prostituição elegante, que não estava sujeita à inscrição e à vigilância dos edis. Eram também prostitutas muito cultas e ricas, porém não se igualaram às hetairas gregas.

A profissão propriamente dita era encabeçada pelas *meretrizes*, que viviam como mulheres honestas durante o dia, até a hora vespertina (merenda), de onde provém a sua designação. A meretriz deixava sua casa às cinco da tarde e se dirigia para o bordel, para exercer seus ofícios à noite. Pagava impostos, não fazia escândalos e tinha cuidado em não se indispor com a polícia. Havia também as denominadas *formosae*, mulheres de famílias abastadas que se prostituíam por satisfação pessoal ou para terem uma fonte de renda extra. Dentre as prostitutas de classe baixa havia um grande número de talentos e serviços especializados. As *dorides* exibiam-se nuas nas soleiras de suas casas; as *lupae* (lobas) atraíam os clientes com suas imitações agudas de uivos de lobos; enquanto as *bustuariae* exerciam seus misteres nos

34 ROBERTS, Nickie. *As prostitutas na história*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1998, p. 60.

35 PARENT; DUCHATTELET; DOUFOR; RABUETEN; LECOUR. *História da prostituição*. São Paulo: Edições Júpiter, 1950, p. 90.

cemitérios, utilizando as lápides como leitos, também prestando serviços de carpideiras. As prostitutas de rua eram denominadas de *scorta erratica*; as *gallinae* (galinhas) associavam a prostituição com o furto; as *blitidae* trabalhavam em tavernas, extraíndo seu nome de um vinho barato servido nestes bares (*blitum*)³⁶.

Os serviços eram prestados nos mais diferentes lugares: sob os *fornices* (deste termo deriva o nome fornicação), que eram arcadas embaixo dos teatros, estádios, circos e casas particulares; em bordéis e tavernas; em balcões que pendiam no alto das ruas; em casas conhecidas como *stabulae* (onde não havia quartos e as relações sexuais ocorriam à vista de todos); em jardins sombrios, em torno das estátuas e dos templos.

É curioso notar que as prostitutas também atraíam clientes para outros tipos de negócios, como padarias, açougues e barbearias. Nas padarias, era comum a existência de pequenos quartos que eram alugados pelos padeiros às prostitutas de rua, sempre sujeitos a frequentes inspeções para verificação da existência de mulheres não registradas³⁷. Os banhos públicos romanos também eram locais muito lucrativos para as prostitutas, que atendiam homens e mulheres. Os bordéis, por seu turno, eram lugares cujo meio ambiente do trabalho era insatisfatório: celas pequenas, mal iluminadas, mal ventiladas, com um mínimo de mobília e uma placa com a inscrição *occupata*, para anunciar aos demais frequentadores que o quarto estava ocupado, como num banheiro público.

As leis romanas também prescreviam um certo comedimento quanto ao modo de se vestir das prostitutas de classe mais baixa. Assim, não poderiam sair às ruas com joias ou trajes púrpura; ao contrário, deveriam usar sandálias e roupas com um padrão floral. Muitas prostitutas se rebelaram quanto a este modo de vestimenta e criaram o estereótipo até hoje conhecido: roupas extravagantes, espalhafatosas, com cabelos tingidos e muita maquiagem.

Os historiadores distinguem a existência de dois tipos de bordéis em Roma. Em um primeiro tipo, o dono do bordel extraía seu lucro de um grupo de escravas ou de libertas contratadas, as quais pagava uma ínfima remuneração pelo seu trabalho. No segundo tipo, o proprietário alugava os quartos para as prostitutas trabalharem com total independência, à semelhança de um estalajadeiro. Os donos de bordéis que exploravam a mão de obra farta e barata tinham um séquito de empregados para funcionamento do negócio: um caixa, o *villicus*, providenciava que o pagamento fosse realizado antes que o cliente adentrasse no quarto; os *aquarii*, jovens criados que eram uma espécie de garçons, pois serviam vinhos e outros aperitivos, além de providenciarem água para que os clientes pudessem se lavar; as *ancillae*

36 ROBERTS, Nickie. *As prostitutas na história*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1998, p. 63.

37 *Ibidem*, p. 65.

ornatrices eram empregadas encarregadas de fazerem as mulheres parecerem sempre lindas, limpas e atraentes para os clientes em potencial.

Um grande mercado para os que exerciam a prostituição em Roma, homens ou mulheres, encontrava-se no teatro — e não apenas em atividades menos visíveis, mas verdadeiramente como atores e atrizes, pois o palco era o único lugar em que podiam se exhibir e mostrar seus talentos para aclamação do grande público. O teatro, nos primórdios da antiguidade, teve uma grande associação com a prostituição — e o público aplaudia. Os personagens favoritos das peças eram os cafetões e as prostitutas; não era raro haver uma encenação sobre adultério, homossexualidade ou incesto, sempre em tons de comédia.

É curioso notar que a imperatriz Teodora, esposa de Justiniano (imperador bizantino do século VI d.C.), a mulher mais poderosa de sua época e talvez a mais poderosa de toda a história da humanidade, era uma ex-atriz-prostituta, uma *stripper*, nos dias atuais, com um talento excepcional para subjugação dos homens, inclusive Justiniano³⁸.

Como todo império que sobrevivia pela incorporação dos territórios, povos e riquezas conquistados, vivendo em constantes e sangrentas guerras, os romanos necessitavam de prostitutas que acompanhassem os soldados nos campos de batalha, um grupo de trabalhadoras do sexo imprescindível para a própria expansão do poderio militar. Denominadas de seguidoras dos acampamentos, eram constituídas principalmente de escravas capturadas na guerra, e que prestavam serviços de maneira forçada, cuidando também dos afazeres de cozinha, dos feridos e outras tarefas domésticas. Tinham vidas miseráveis e eram exploradas até o esgotamento de suas forças; a única forma de escapar da escravidão era pela morte ou pela compra por algum rico oficial.

Ao contrário das gregas, as prostitutas romanas eram em geral muito jovens, considerando que em Roma a oferta era mais abundante e variada, devido às constantes migrações das províncias. Por esta razão, muitas prostitutas romanas, aos trinta ou, no máximo, aos quarenta anos de idade, eram forçadas a procurar outro meio de vida. Dentre as profissões que podiam ser exercidas, a mais disputada e provavelmente a de mais alta rentabilidade era a de “feiticeira”: incumbia a estas velhas mulheres preparar beberagens, unguentos ou feitiços afrodisíacos, para atrair o sexo oposto, para cura de doenças venéreas ou para envenenamento. Caso a feiticeira alcançasse grande sucesso com a nova profissão, que a despeito da permissividade era proibida, poderia conquistar grande fortuna, se contasse com um protetor poderoso³⁹.

38 ROBERTS, Nickie. *As prostitutas na história*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1998, p. 70.

39 BASSERMANN, Lújo. *História da prostituição – uma interpretação cultural*. Rio de Janeiro: Civilização

Em apertada síntese, a prostituição em Roma era uma atividade aceita abertamente, sem estigmas ou vergonha. O Estado romano não tinha pudores na obtenção de proveitos financeiros da atividade; os senadores e altos dignitários lucravam diretamente da indústria do sexo, alugando propriedades para os administradores de bordéis, sem qualquer violação à lei vigente. A prostituição estava profundamente arraigada à economia romana; os prestadores de serviços e clientes não eram incomodados ou recriminados – a noção de pecado ainda não estava presente nestes ofícios. Somente com o advento da Idade Média, após a queda do Império Romano do Ocidente, em 476 d.C., estas circunstâncias sociais e culturais irão sofrer uma profunda transformação.

1.2.3 Idade Média

Durante o século V d.C., o império romano já ostentava o seu profundo declínio, devido às guerras, crises econômicas e rebeliões de escravos e camponeses. A queda de Roma, em 476 d.C., em verdade foi a culminância de um processo que há muito vinha se desenvolvendo nas fronteiras do império e que minava a sua capacidade de resistência às tribos germânicas invasoras. Os bárbaros se apoderaram de imensas propriedades de terra e nelas implantaram o seu modo de vida, baseado em uma economia eminentemente agrícola e pouco desenvolvida. Inevitavelmente, os antigos centros urbanos foram esvaziados e uma grande parte da população migrou para o campo, o que significou um prejuízo catastrófico para as prostitutas.

Com efeito, foram as cidades romanas os principais centros de comercialização do sexo; a sua destruição, por conseguinte, também significou o desaparecimento da prostituição, da maneira e com as peculiaridades com que era exercida até aquela época. Alguns historiadores indicam que os prestadores de serviços sexuais se deslocaram para outros territórios: parte foi viver de aldeia em aldeia, na estrada, oferecendo seus serviços em troca de alimento ou de víveres, em autêntico escambo; parte preferiu seguir os inúmeros exércitos que se deslocavam ao longo da Europa, e parte foi constituir o grupo denominado de “moças do lar”, como eram denominadas as concubinas dos padres cristãos.

Após a queda de Roma, a Igreja Católica era a única instituição permanente e universal em toda a Europa. Durante toda a Idade Média, de acordo com Pilousu⁴⁰, o discurso religioso encenou uma batalha entre o vício e a virtude. Os textos bíblicos vão representar, na cultura medieval, a personificação da luxúria através da mulher e a reencarnação do vício através da mulher prostituta. Assim,

O cristianismo assumiu a desconfiança dos judeus em relação às mulheres e acrescentou suas próprias repressões, em uma interpretação muito mais rígida dos costumes dos hebreus. Foi significativo o fato da idealização da castidade ter sido transformada em uma aversão pelo corpo e por uma severa condenação dos atos sexuais⁴¹.

De acordo com Rossiaud⁴², os canonistas do século XIII argumentavam que as prostitutas deveriam ser assinaladas pelo uso de vestes públicas para que fosse permitido viverem na cidade, mas sempre colocadas à parte, como os leprosos. A partir do século XIII, surgiram assim as zonas de “luz vermelha” e códigos de vestimenta, em muitos lugares. A *aiguillette*, uma corda com nós pendente do ombro e de cor diferente daquela do vestido, era a marca da infâmia. Era inspirada na corda vermelha jogada da sua janela por Raab, a meretriz, no Livro de Josué. A *aiguillette* vermelha era comum no reino da França; em Toulouse, era um nó branco; em Viena, um lenço amarelo. Em cada local da Europa as prostitutas eram marcadas com algum adorno que as diferenciavam dentre as outras mulheres. As meretrizes foram identificadas, durante a Idade Média, com a luxúria da carne, pois “a prostituta era encarada como uma espécie de dreno, existindo para eliminar o efluente sexual que impedia os homens de se elevar ao nível do seu Deus”⁴³.

Oficialmente, eram excomungadas da Igreja enquanto praticassem sua profissão; entretanto, eram toleradas como algo indesejável mas insubstituível. O sexo era visto pela Igreja como um mal necessário e o casamento, por seu turno, era o antídoto para a concupiscência e instrumento para a reprodução da espécie. Segundo Jorge Carvalho do Nascimento, a situação da prostituta na sociedade medieval era semelhante à posição social do

40 PILOUSU, Mario. *A mulher, a luxúria e a Igreja na Idade Média*. Lisboa: Estampa, 1995, p. 12.

41 FISHER, Elizabeth. *Woman's creation: sexual evolution and the shaping of society*. Londres: McGraw-Hill Book Company, 1980, p. 379. Tradução nossa.

42 ROSSIAUD, Jacques. *A prostituição na Idade Média*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 58.

43 ROBERTS, Nickie. *As prostitutas na história*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1998, p. 85.

carrasco – ou seja, uma atividade baixa e desprezada, mas inteiramente pública e sem qualquer sigilo⁴⁴.

O cristianismo foi pródigo em transformar prostitutas arrependidas em santas. Uma das lendas mais conhecidas é a de Santa Maria do Egito, que fugiu de casa aos doze anos e viveu em um bordel, em Alexandria, por dezessete anos, durante os quais colocou seus serviços à disposição dos navegantes de Espanha, Gália, Itália e Síria. Subitamente, porém, um dos seus clientes, provavelmente um pregador cristão do norte da África, levou-lhe a mensagem de Jesus Cristo e ela se converteu, abandonando o bordel e dirigindo-se para o deserto⁴⁵. Maria se dirigiu para a Terra Santa, a oeste do rio Jordão, tendo sido encontrada quarenta e sete anos depois pelo monge Zózimo, um dia antes de sua morte. Sobreviveu, durante todo este tempo, com três filões de pão; o sol lhe ressecara o corpo desprotegido, tostando-lhe a pele. Já não havia mais nenhum traço da beleza da antiga cortesã na então eremita. Outras lendas de prostitutas também são célebres. Uma das mais intrigantes é a de Santa Taís que, como penitência por seus pecados pretéritos, foi emparedada em uma cela, em um convento, em que havia apenas uma pequena abertura através da qual ela recebia pão e água. Sua cela ficou cheia de excremento até que, ao final de três anos, ela estava completamente limpa dos seus pecados⁴⁶.

Na realidade fática, é mister destacar que, a despeito de toda a ojeriza social sofrida pelas prostitutas, muitas se dedicaram a servir os peregrinos, ou seja, os homens que viajavam para locais de martírio sagrado para cumprimento de promessas a Deus ou aos santos católicos. As mulheres peregrinas, por seu turno, se prostituíam para obtenção de subsistência durante a viagem, e conta-se que muitas freiras, especialmente as inglesas, decidiram mudar de profissão no caminho para a cidade sagrada ou outros locais de peregrinação. É relatado que

Os primeiros bordéis se firmaram na Europa meridional, com mulheres recrutadas entre peregrinas do Norte, que tentavam ir a Roma e à Palestina em piedosas romarias, e se arruinavam nas estradas⁴⁷.

44 NASCIMENTO, Jorge Carvalho do. A formação do homem civilizado. *Revista Educar-se*, ano I, n. 3, mar. 1997, p. 33-51.

45 BASSERMANN, Lujo. *História da prostituição – uma interpretação cultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968, p. 102.

46 BULLOUGH, Vern LeRoy; BULLOUGH, Bonnie L. *The history of prostitution*. Nova Iorque: University Books, 1968, p. 65.

47 PEREIRA, Armando; SILVA, Carmen da; ROCHA, Glauber; FREITAS JÚNIOR, Otávio de. *A prostituição é necessária?* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1966, p. 10.

Havia também uma grande demanda por prostitutas nos exércitos que viajavam pelo campo, na Europa medieval, e também naqueles pavilhões que participavam das Cruzadas. Elas assumiam a realização de serviços sexuais e também vários serviços domésticos, como limpeza, cozinha, etc. A quantidade de mulheres que acompanhavam os exércitos era tão grande que, no final da Idade Média, havia funcionários especiais, designados pelo comandante, com a função de controlar as prostitutas e fiscalizar a realização de seus serviços.

Na Baixa Idade Média, a situação econômica da Europa sofre profundas mudanças. As vilas e cidades expandem-se rapidamente, a partir do século XI, e inicia-se a ascensão da burguesia, que culminará com a Revolução Francesa, alguns séculos mais tarde. Ao lado da burguesia, formada por banqueiros, comerciantes e advogados, coexiste uma massa de trabalhadores muito pobres, formada por pequenos artesãos, pequenos comerciantes e lojistas, cujas filhas e esposas vão engrossar a classe das prostitutas. Inicialmente, as autoridades tentaram desencorajar a atividade, recusando-se a aceitar as prostitutas nas cidades, o que fez com que elas estabelecessem bordéis à beira dos portões da cidade, próximo dos seus clientes frequentadores. Pouco depois, sucumbindo à realidade, as autoridades permitiram que elas prestassem seus serviços dentro das aldeias, com algumas restrições: por exemplo, somente poderiam trabalhar à noite, não sendo permitido o trabalho durante o dia⁴⁸.

Segundo Rossiaud, não havia uma única cidade de maior relevância, na Idade Média Baixa, que não tivesse um prostíbulo⁴⁹. O fato é que, neste período, embora houvesse uma repugnância teórica à atividade, havia uma certa tolerância social, o que fez florescerem os pequenos negócios. As prostitutas, nesta época, não estavam sob a exploração do Estado e muitas delas não estavam submissas a cafetões.

Alguns governantes tentaram abolir a prostituição, de maneira inexitosa, como o Rei Luís IX, da França. Em 1269, Luís IX decretou que todos os lupanares da França seriam destruídos, mas quando se ausentou do reino para uma Cruzada, em direção à Palestina, nenhuma autoridade deu cumprimento ao seu Decreto⁵⁰.

Em síntese, é mister destacar que, durante toda a Idade Média, a Igreja auferia lucros com a atividade da prostituição, por ser uma das maiores proprietárias de terra do mundo e, conseqüentemente, obtinha vantagens econômicas dos bordéis que funcionavam em suas propriedades, quando não os fundava e construía diretamente. A posse de prostíbulos pela Igreja

48 ROBERTS, Nickie. *As prostitutas na história*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1998, p. 94-95.

49 ROSSIAUD, Jacques. *A prostituição na Idade Média*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 20.

50 ROBERTS, Nickie. *Op. cit.*, p. 103-104.

ou a cessão de imóveis para esta finalidade era extremamente comum na Idade Média, o que ainda mais estreitava os laços entre estas duas instituições.

Segundo Nigel Cawthorne⁵¹, o século X ficou conhecido como o século da “pornocracia papal”, porque o papado era conduzido por aqueles que muitos na cristandade consideravam um casal de prostitutas: Teodora e Marozia, mãe e filha, respectivamente, as amantes dos Papas. Teodora teve influência sobre os Papas Benedito IV, Leão V e também o antipapa Cristóvão, deposto por Sérgio III (904-911). Quanto a este último, manteve a filha de Teodora, Marozia, como sua amante, e teve com ela um filho, que mais tarde tornou-se o Papa João XI (931-936).

Um dos eventos mais escandalosos sobre o domínio de meretrizes no Vaticano, ocorrido no século IX, foi o denominado Sínodo do Cadáver, no Palácio de Latrão. O então Papa Estêvão VI, que muitos consideravam louco, era amante de Agiltruda, duquesa de Spoleto e oriunda de uma família italiana riquíssima, cuja mãe era também uma meretriz muito influente. As famílias nobres de Veneza, Milão, Pisa, Gênova, Florença e Siena, entre outras, se revezavam na eleição dos papas, quando não se autoproclamavam papas, com o suporte de pequenos exércitos mantidos por estas mesmas famílias, circunstância típica na Idade Média.

Muito antes de Estêvão se tornar Papa, Agiltruda pretendia que seu filho, Lamberto, se tornasse o próximo Papa, após o Pontificado de Formoso. Este último, todavia, se opõe a esta sua pretensão, e Agiltruda resolve invadir Roma com seu exército particular no ano de 894. Auxiliado pelo exército de Arnulfo, Imperador do Sacro Império Romano, Formoso consegue reconquistar Roma em 896, e Agiltruda retorna para a cidade de Spoleto. Conquanto tenha reconquistado o seu Pontificado, Formoso morre cerca de seis meses depois, de um ataque do coração, havendo rumores de que foi envenenado por Agiltruda. Logo após a sua morte, é nomeado o Papa Bonifácio VI, que permaneceu no cargo por apenas quinze dias, quando também faleceu — também provavelmente por envenenamento, segundo contam os historiadores. Agiltruda então consegue reconquistar Roma e instala Estêvão VI, seu amante, como Papa.

Em 897, Estêvão VI determina que o corpo decomposto de Formoso seja exumado para que se realize o seu julgamento, sob o total comando de Agiltruda, inimiga capital do cadáver. Um diácono de 18 (dezoito) anos permaneceu ao lado de Formoso e respondia às perguntas a ele dirigidas. O *de cujus* foi então condenado por todas as acusações,

51 CAWTHORNE, Nigel. *A vida sexual dos papas*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2009, p. 85.

tendo sido despojado de suas vestes e cortados três dedos da mão direita — os três dedos utilizados para realização da bênção papal. Os dedos foram presenteados a Agiltruda; o corpo foi arrastado pelas ruas e jogado no rio Tibre. Quando Agiltruda e seu amante estavam saindo do Palácio de Latrão, ouviu-se um grande estrondo vindo da Basílica de São João, cuja edificação já estava condenada, e esta desabou. O fato, antes tido como jocoso, ganhou aura de mau agouro, e povo de Roma iniciou uma revolta contra o Papa Estêvão VI, afirmando que o cadáver realizava milagres. Estêvão foi deposto e colocado na prisão, onde acabou morto. Depois deste episódio, Agiltruda e seu exército mantiveram seu poderio sobre Roma e ainda nomearam aproximadamente outros cinco papas⁵².

A tradição romana de utilização de casas de banho como bordéis também prosperou na Idade Média. Em 1160 são encontradas as primeiras menções escritas às *stews* ou casas de banho em Londres:

Em todas as grandes cidades, além do bordel público, existem várias casas de tolerância: os banhos públicos. Sempre que pudemos decifrar o seu funcionamento, verificamos que os banhos públicos são prostíbulos ou servem para dois fins: um honesto e outro desonesto. Isso apesar dos inúmeros regulamentos proibindo a presença de prostitutas e estabelecendo as horas e dias reservados para homem e mulher. Todos os banhos possuem um grande número de camareiras, e, embora na sua maioria sejam equipados com sala de máquinas e cubas, os quartos são numerosos e as camas, imponentes⁵³.

Em Southwark, bairro de prostitutas à margem do rio Tâmesa, as prostitutas eram conhecidas como “gansas de Winchester”, pois o senhorio dos imóveis onde funcionavam os prostíbulos era precisamente o Bispo de Winchester⁵⁴. A Igreja auferiu grandes lucros com o comércio do sexo; tanto assim que, em 1161, o Rei Henrique II garantiu por decreto o direito dos bispados de explorar os lupanares de Southwark durante os quatrocentos anos subsequentes, o que proporcionou a construção de muitas igrejas de Londres⁵⁵.

A profissão prosperava sob as novas condições do mercado. Todavia, este período de relativa tranquilidade, permeada por alguns entreveros e perseguições, foi sucedido pela Modernidade, que trouxe consigo a diversificação das circunstâncias sociais e legais para as prostitutas, alternando entre a luxúria predominante na Inglaterra e na França e o conservadorismo dos reformadores protestantes alemães.

52 CAWTHORNE, Nigel. *A vida sexual dos papas*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2009, p. 82-85.

53 ROSSIAUD, Jacques. *A prostituição na Idade Média*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 21.

54 THOMSON, Oliver. *A assustadora história da maldade*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2011, p. 295.

55 *Ibidem*, p. 295-296.

1.2.4 Idade Moderna

Comparada à Idade Média, a Idade Moderna é um curto período de tempo compreendido entre a queda de Constantinopla, em 1453, e a Resolução Francesa, em 1789, caracterizado pelo capitalismo comercial, a descoberta e colonização de novos territórios, a unificação dos Estados nacionais, a perda de poder pela Igreja Católica e o recrudescimento da insatisfação da burguesia para com a nobreza.

Quanto à prostituição, a Idade Moderna apresenta algumas diferenças, de localidade para localidade, que não podem ser generalizadas ou descritas de modo universalizante. Nas prósperas cidades do Norte da Itália — Gênova e Veneza — o Renascimento cultural e o resgate dos valores da antiguidade clássica grega fizeram ressurgir a figura da esposa confinada ao lar, ao passo que recrudesciu a procura por prostitutas, assim como na Grécia antiga. As prostitutas italianas de classe alta, chamadas de *cortegiane*, eram ricas, independentes e muito instruídas, assim como as hetairas gregas⁵⁶. Ao lado destas havia ainda as denominadas *puttanas*, que trabalhavam nas ruas e eram proibidas de frequentar estalagens, tavernas ou igrejas⁵⁷.

Com a Reforma protestante, deflagrada em 1517 pelo primeiro manifesto de Martinho Lutero, inúmeros bordéis foram fechados na Alemanha, tendo sido despejadas todas as suas funcionárias. As mudanças não se restringiam à mera formalidade das leis, como aconteceu na Idade Média; ao revés, as prostitutas foram perseguidas e expulsas de várias cidades, por terem se tornado a encarnação da fornicação pecaminosa, sendo defendido pelos protestantes que somente o sexo praticado no casamento, para fins de procriação, seria lícito e legítimo.

Em Roma, por força da Contra Reforma Católica, o Papa Pio V publicou um decreto, em 1566, determinando a expulsão das prostitutas da cidade, o que ensejou protestos por parte dos moradores, sob fundamento de que esta medida conduziria ao despovoamento, queda na importação dos produtos de luxo e falência de respeitáveis comerciantes. Menos de um mês depois, o Papa sucumbiu à pressão econômica e política e revogou o decreto.

Na Inglaterra, apesar de terem as profissionais sofrido perseguições pelo rei Henrique VIII (1509-1547), o fato é que se tornou impossível a proibição da prostituição, devido ao número cada vez maior de pessoas que se dedicavam a esta atividade, impulsionados

56 ROBERTS, Nickie. *As prostitutas na história*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1998, p. 129.

57 *Ibidem*, p. 135-136.

pela pobreza. No reinado de Jorge III (1760-1820), por exemplo, Londres tornou-se uma atração para todas as pessoas que exerciam a prostituição em outras metrópoles e que, neste momento, estavam impedidos de exercê-la ou a exerciam de modo muito precário. Com efeito, muitas mulheres migraram para a capital britânica, especialmente vindas da Holanda. Em meados do século XVIII, era possível encontrar muitas prostitutas holandesas, francesas e alemãs em Londres, além de italianas que se dirigiam à cidade trazidas pelas companhias de teatro ou como criadas domésticas⁵⁸.

Apenas a título ilustrativo, no reinado de Carlos II (1660-1685) houve um grande levante popular contra os bordéis, tendo sido apedrejadas as mulheres de conduta leviana. Tomando conhecimento do fato, limitou-se o rei a responder: “Se não lhes agradam os bordéis, não precisam frequentá-los”. Cem anos mais tarde, no reinado de Jorge III, a prostituição havia se tornado um sólido elemento do cotidiano londrino. Havia, nesta época, mais de dois mil estabelecimentos do gênero espalhados pela cidade. Durante o reinado de Jorge III existia um bordel especialmente para a corte, que consistia em algumas casas próximas do palácio de Saint-James, em uma rua estreita denominada de “King's Place”⁵⁹. Nestas casas havia prostitutas de luxo que viviam à disposição dos mais altos membros da corte. Para aqueles que não podiam pagar pelos seus serviços, havia ainda várias cortesãs nos bailes realizados em diversos salões da Londres do século XVIII. Estes bailes, bem como os jantares ou almoços organizados por Madame Cornelys, tinham por finalidade proporcionar encontros e estabelecer futuras relações entre os amantes, que dançavam rodopiando festivamente⁶⁰.

Também durante este período surgem os primeiros bordéis infantis na Inglaterra, que forneciam aos clientes ricos meninas entre sete e catorze anos de idade. A maioria era formada por pessoas muito pobres, vendidas por seus pais para a prostituição ou raptadas para esta finalidade⁶¹.

De outra parte, os bordéis da classe baixa ofereciam a seus clientes boa comida e muito vinho; o comércio era lucrativo e muito promissor, pois sempre havia bastante oferta e procura. A reforma protestante, portanto, não conseguiu abolir a prostituição.

Na França, a situação era muito semelhante à da Inglaterra, ou seja, existia uma repressão formal à prostituição que, na prática, redundava na proliferação das denominadas casas de tolerância.

58 BASSERMANN, Lujo. *História da prostituição – uma interpretação cultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968, p. 180-181

59 MURPHY, Emmett. *Great bordellos of the world*. Londres: Quartet Books, 1984, p. 92-93.

60 BASSERMANN, Lujo. *Op. cit.*, p. 185-188.

61 ROBERTS, Nickie. *As prostitutas na história*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1998, p.154.

[...] na teoria, todos os bordéis — os públicos ou os privados — deveriam ser fechados e a prostituição abolida da sociedade: na prática, o negócio continuava — quase — como sempre. Os bordéis de propriedade dos ricos, que tinham amigos e clientes influentes, mantinham-se abertos através de acordos particulares com as autoridades; o restante teve de depender da corrupção tradicional dos funcionários encarregados de fazer cumprir os novos regulamentos. Por isso, a maioria dos bordéis conseguiu manter o seu comércio — mas agora não possuíam nenhum direito legal. Só tinham permissão de ficar abertos por tolerância, uma situação bastante precária. Assim, em uma resposta *ad hoc* à repressão, surgiu o sistema francês das *maisons de tolérance*; casas selecionadas que eram “toleradas”, mas sempre mantidas sob estreita vigilância pelas recém-criadas forças da lei e da ordem; um sistema que caracterizou o cenário da prostituição francesa até uma boa parte do século XX⁶².

No século XVIII, muitos bordéis franceses alcançaram fama, sucesso e exigente clientela, como os de Madame Gourdan, Madame Paris e Madame Dupuis, todos em Paris. Os nobres também mantinham os seus haréns de prostitutas, quase todas muito jovens. Aos mais pobres restava a prostituição em tavernas ou em lugares pequenos, sujos e sombrios.

Pari passu, o Estado francês passou a vislumbrar a prostituição como um problema, e começou a adotar uma série de medidas, a partir do final do século XVII, para solucioná-lo. A medida mais comumente aplicada era o internamento de diversas categorias de pessoas, mendigos, prostitutas e vagabundos, em hospitais psiquiátricos, onde seriam reabilitados para uma vida mais útil. Nickie Roberts afirma que, em 1684, as prostitutas foram condenadas ao confinamento no grande hospital de Salpêtrière, onde inicialmente eram submetidas a exames médicos, para detecção de doenças venéreas, e depois tinham de se submeter a uma férrea disciplina de trabalho pesados e leitura de livros religiosos. A duração da prisão dependia dos caprichos do tenente-general da polícia, que muitas vezes extorquia favores sexuais das detentas para libertá-las⁶³. Havia ainda uma outra instituição na França onde as prostitutas poderiam se internar, a *Maison du Bon Pasteur* (Casa do Bom Pastor), na qual também havia uma disciplina de trabalhos e orações.

Muitas foram as tentativas do Estado francês de conter o crescimento da prostituição, quase todas inexitosas. A polícia, por seu turno, lucrava com a situação, limitando as mulheres e os bordéis a determinadas áreas da cidade, não incomodando os prostíbulos que lhe favorecessem, mediante pagamento em dinheiro e sexo, além de informações detalhadas sobre os clientes. Enquanto isso, a prostituição florescia da mesma forma que ocorria na

62 ROBERTS, Nickie. *As prostitutas na história*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1998, p. 152-153.

63 *Ibidem*, p. 216.

Inglaterra: as prostitutas continuavam nas ruas e tavernas, às vezes posando nuas em suas janelas, como sempre fizeram.

Às vésperas da Revolução Francesa a prostituição não mais existia formalmente, progredindo e se desenvolvendo na prática — as mulheres de vida leviana eram tão numerosas e espalhafatosas como sempre.

1.2.5 Contemporaneidade

O século XIX representou o apogeu da burguesia, em todos os aspectos: político, econômico e ideológico. A Revolução Industrial é um fenômeno do século XVIII, que se espalhou pelo mundo no século XIX. O seu início, contudo, não foi repentino.

Já no século XV, no final da Idade Média, iniciava-se a formação dos grandes aglomerados urbanos que possibilitariam o fornecimento de mão de obra barata indispensável para o funcionamento das fábricas. A Revolução Comercial, que floresceu na Idade Moderna, possibilitou ainda uma grande acumulação de riquezas nas mãos da burguesia, o que tornou factível a criação e o surgimento dos grandes conglomerados fabris. A Revolução Industrial, por conseguinte, está fundada em quatro elementos que se aglutinaram ao longo de séculos nas mãos de uma única classe social: carvão, ferro, ouro e trabalho humano.

A Revolução Industrial significará uma transformação no modo de vida, no modo de pensar e no modo de distribuir trabalho e riqueza das sociedades nunca dantes produzida por nenhum outro fenômeno social. Surge o capitalismo financeiro, que paulatinamente toma o espaço do capitalismo industrial, pois as empresas necessitam do dinheiro dos bancos para financiamento de suas atividades; formam-se conglomerados econômicos, pois as pequenas empresas não conseguem resistir à concorrência desleal dos grandes negócios; cria-se a produção em série, alienando o trabalhador do produto final do seu trabalho e tornando-o simples repetidor de idênticas atividades previamente estabelecidas e fiscalizadas pelos gerentes; origina-se também, externamente, a política imperialista, porquanto as grandes potências mundiais necessitavam de mercados consumidores de seus produtos industrializados e de fornecedores de matérias-primas a baixo custo⁶⁴.

64 MELLO, Leonel Itassu Almeida; COSTA, Luís César Amad. *História moderna e contemporânea*. São Paulo: Scipione, 1993, p. 151-157.

Eram desumanas as condições de trabalho nas fábricas. Jornadas de trabalho de 16 (dezesseis) a 18 (dezoito) horas, ambientes insalubres, trabalho de mulheres e crianças, além de infindável número de acidentes de trabalho eram fatos corriqueiros. Os operários, então, iniciam algumas revoltas que desagradam a burguesia. Consoante afirma Jorge Luiz Souto Maior:

Ao mesmo tempo em que enfim se consegue dar início ao processo burguês de enriquecimento por intermédio de uma atividade produtiva, organizada por um Estado que, regulando, impulsiona o modelo, o que demorou mais de 300 anos para se concretizar, o acelerado ritmo de produção nas fábricas, favorecido pelo avanço tecnológico, produziu, na mesma velocidade, uma grande massa de trabalhadores que, diante das péssimas condições de trabalho a que eram submetidos, em curto espaço de tempo (para efeito da história da humanidade), adquire feição de classe social, trazendo consigo a típica insurreição dos dominados quando se identificam como classe social⁶⁵.

O papel da mulher era fundamental na família burguesa, competindo-lhe a guarda da moral e dos bons costumes, a legitimidade da transferência da propriedade por critério de hereditariedade, além da manutenção do lar como esteio para a sociedade. A negação da sexualidade das matriarcas implicará a proliferação de prostíbulos em toda a Europa e no novo continente. Era necessária uma outra classe de mulheres que pudesse canalizar os desejos masculinos: as prostitutas. Segundo Margareth Rago,

A prostituição foi vivenciada como linha de fuga da constelação familiar, da disciplina do trabalho, dos códigos normativos convencionais: lugar da desterritorialização intensiva e da constituição de novos territórios do desejo. Configurou-se, portanto, como espaço onde puderam emergir outros modos de funcionamento desejante — anárquicos, microscópicos, diferenciados —, mais do que como lugar da transgressão do interdito sexual, como é em geral analisada. Nos territórios do prazer, vivem-se possibilidades de perda da identidade na relação sexual, de desterritorialização subjetiva, ao inverterem-se papéis e dramatizarem-se situações, abrindo-se espaço à manifestação de “pulsões irreprimíveis”, que não podem se realizar na relação conjugal normalizada⁶⁶.

Os meretrícios mais prestigiados tinham a fama de organizarem grandes espetáculos com a exploração dos dons artísticos de muitas de suas profissionais. Nos meios de menor glamour, as mulheres optavam pela prostituição devido aos ínfimos salários pagos pelas

65 MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Curso de direito do trabalho – vol. I, parte I*. São Paulo: LTr, 2011, p. 135.

66 RAGO, Margareth. *Os prazeres da noite – prostituição e códigos da sexualidade feminina em São Paulo (1890-1930)*. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2008, p. 27.

fábricas e pelo desemprego sempre ameaçado.

A partir da segunda metade do século XIX, inicia-se uma tentativa de regulamentação da prostituição: por exemplo, no caso de Paris, a polícia tinha por objetivo ‘limpar’ as ruas da presença das prostitutas para que houvesse lugar para as ‘senhoras de bem’ circularem sem maiores constrangimentos. As leis regulavam o vestuário e a maquiagem das prostitutas, além de obrigá-las a se submeter a exames ginecológicos para verificar o seu estado de saúde com regularidade. Elas eram proibidas de aparecer de maneira que chamasse a atenção antes de as luzes estarem acesas e tinham de estar decentemente vestidas⁶⁷.

Conquanto variadas as causas da prostituição no século XIX, uma delas sobressai dentre as demais devido à sua importância: o relato de abuso sexual por parte dos homens de suas próprias famílias ou revolta contra a disciplina que seus pais tentaram impor. Muitas jovens mulheres deixaram suas casas em busca de um emprego em outras atividades, como costureiras, chapeleiras, lavadeiras ou operárias, mas tornaram-se prostitutas porque não conseguiam sobreviver com os salários da época. Conta-se que, com uma única relação sexual, era possível auferir um ganho equivalente ao de uma semana de trabalho por uma operária. As prostitutas de rua geralmente ficavam com a totalidade dos seus ganhos, mas as que laboravam em bordéis tinham de pagar uma percentagem para as cafetinas, denominadas de “madames”. Ainda assim, a sua remuneração era em muito superior à das demais mulheres trabalhadoras, além de não dedicarem tantas horas do dia ao seu mister.

Fato curioso neste período histórico é a circunstância de que o comércio sexual, em sua maioria, era controlado por mulheres e não por homens. Nas palavras de Nickie Roberts, “esta natureza do comércio, centralizada na mulher, proporcionava um caráter distintivo a sua cultura — era comunal, desordeiro, antipatriarcal e desprezava a moralidade burguesa”⁶⁸.

É evidente que existiam alguns cafetões, mas o controle da atividade comercial era feminino. No final do século XIX, surgem as diversas formas de violência contra as prostitutas e há um crescimento do número de rufiões.

No século XX a prostituição continuará sob o mesmo modelo, porém alterada pelas inovações tecnológicas, à semelhança das demais profissões. Surge então o modelo abolicionista, que vicejará ao lado do modelo proibicionista e regulamentarista.

67 REIS, Glenda Moreira dos. *Prostituição: uma visão da historiografia sobre a presença feminina nos últimos séculos*. 2006. Monografia (Graduação em História). Universidade Estadual do Maranhão – UEMA, São Luís do Maranhão, p. 15.

68 ROBERTS, Nickie. *As prostitutas na história*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1998, p. 281.

2 MARCOS TEÓRICOS PARA O RECONHECIMENTO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO DA PROSTITUTA

Após a análise do conceito e do histórico da prostituição, torna-se imperiosa uma digressão conceitual sobre os fundamentos filosóficos e constitucionais que alicerçam a possibilidade de reconhecimento do vínculo empregatício para os trabalhadores do sexo, perpassando por uma análise sobre o despontar de uma nova racionalidade jurídica, voltada à emancipação do ser humano, e conferindo ênfase aos princípios constitucionais, erigidos como mais elevada pauta axiológica no ordenamento jurídico pátrio, que fundamentam a tese ora esposada e a tornam factível, mesmo na ausência de norma infraconstitucional que regule a prestação de serviços sexuais.

2.1 Necessidade de uma nova racionalidade jurídica

Sustentar a possibilidade de reconhecimento de vínculo empregatício entre a prostituta e a casa de prostituição, caso presentes a pessoalidade, onerosidade, permanência e subordinação, durante ou após a ruptura do liame obrigacional, exige uma nova perspectiva e compreensão do direito e a adoção de uma nova racionalidade, que tenha por escopo a emancipação do ser humano.

Sob a ótica do Estado Democrático de Direito, consagrado no art. 1º, *caput*, da Constituição Federal, o direito deve ser concebido como instrumento de transformação social, e não como aporte teórico e coercitivo para conformação e dominação de grupos de interesses para subtração de direitos e garantias dos cidadãos. A dogmática jurídica predominante, contudo, encontra-se atualmente assentada em um paradigma liberal e positivista, que sustenta a primazia da normatividade e a assepsia valorativa dos cânones jurídicos. Consagra-se, portanto, um modo de produção do direito, desde a etapa legislativa até a etapa deliberativa, de forma individualista, acrítica e meramente reprodutiva.

Ainda predomina um *modo de produção individualista e fordista do direito*, no qual as normas são elaboradas no escopo de solução individual dos conflitos e há uma nítida divisão de trabalho (os que pensam e têm autoridade para estabelecer uma interpretação e outros que somente reproduzem os *standards*).

Assim, os códigos processuais privilegiam a solução de litígios envolvendo indivíduos e não há um modo de pensar coletivo para o direito. A crise de instala precisamente porque os conflitos da sociedade evoluíram em número e em complexidade exponencial, enquanto os instrumentos para sua solução cresceram em razão aritmética. Desta sorte, o ordenamento jurídico pátrio dispõe, basicamente, de três diplomas normativos que regulamentam a solução coletiva de conflitos: a Lei de Ação Popular (Lei n.º 4.717/1965), o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/1990) e a Lei de Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/1985). Estes instrumentos, contudo, não têm conseguido alcançar o desiderato de efetividade dos direitos sociais, por dois motivos primaciais. A uma, porque a solução de conflitos de modo coletivo demanda a assunção de uma postura política explícita por parte da magistratura, que é formada para compreender perfeitamente a atuação processual das partes nos diferentes tipos de processo, porém não compreende o alcance político e econômico das decisões em ações coletivas e não observa – ou finge não observar – as relações de poder imbricadas em cada pedido deferido ou refutado.

A duas, porque o procedimento em matéria de ação coletiva é secundário em relação aos direitos substantivos veiculados, e o rigor processual e excesso de formalismo terminam por acarretar uma ineficácia das normas e uma implosão de todo o sistema.

Segundo Luís Alberto Warat⁶⁹, o paradigma dominante encontra-se também sustentado por meio do que denomina de senso comum dos juristas, ou seja, um conjunto de crenças, convenções, ideologias e fetiches que é legitimado pelo discurso institucionalizado de tribunais, órgãos do executivo e do legislativo, pela doutrina e até mesmo pelo linguajar do senso comum, nas associações, sindicatos, etc. Este senso comum, ou *communis opinio doctorum*, propicia aos juristas o enfrentamento dos textos normativos de modo acrítico e confortável, porquanto elege *standards* que, ao técnico ou aplicador do Direito, basta reproduzir – caso contrário, produzirá uma resposta incorreta, uma interpretação equivocada ou até o deferimento indevido de pedidos. Continua o doutrinador a afirmar que o senso comum dos juristas possui quatro finalidades: normativa, pois atribui significação aos textos legais e disciplina a atuação dos juristas; ideológica, no escopo de homogeneização dos valores sociais e jurídicos; retórica, para legitimação da função ideológica e, finalmente, política – vez que o saber acumulado e repassado assegura a reprodução das relações de poder.

Acrescente-se que este senso comum dos juristas também exerce a função de censura de toda e qualquer aplicação do direito que fuja dos seus cânones, tal como um *superego*

⁶⁹ WARAT, Luís Alberto. *Introdução geral ao direito I: interpretação da lei, temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994, p. 57 e ss.

jurídico punitivo e repressor, que considera equivocada toda e qualquer interpretação criativa ou que amplie os horizontes do texto normativo. Nas palavras de Francisco Gérson Marques de Lima, o ensino jurídico no Brasil, que compõe este contexto de reprodução de cânones, sofre um verdadeiro “apagão mental”⁷⁰:

O ensino, aqui, ainda é o dogmático, estático. Formam-se bacharéis acomodados e autômatos, que, no ensino privado, são tratados como consumidores (relação de consumo), onde o conhecimento é o objeto comprado e o aluno, escudado na proteção da Instituição de Ensino (preocupada com a saúde financeira e o investimento que fez e faz), sente-se o consumidor, cheio das prerrogativas e dos direitos contratuais, mas incapaz de pensar, enquanto desrespeita o professor e não lhe reconhece a autoridade⁷¹.

O discurso tradicional positivista encontra-se esgotado como modelo teórico, porquanto ancorado em um discurso jurídico liberal-individualista e em uma cultura normativa, formal e técnica. Aduz Eros Roberto Grau, enfaticamente:

O tempo que vivemos denuncia uma tendência bem marcada à desestruturação do direito. O direito, em suas duas faces – enquanto direito formal e enquanto direito moderno –, se desmancha no ar. [...] Paralelamente à demanda da sociedade por um direito que recupere padrões éticos, a emergência de direitos alternativos é incontestável⁷².

É imprescindível afastar as verdades metafísicas e teleológicas que alicerçaram a racionalidade jurídica dominante durante séculos – é imperioso, pois, repensar o direito para a contemporaneidade, pois o direito moderno foi gestado a partir da crença inafastável no caráter universal das soluções jurídicas e nas benfeitorias da lei plenipotenciária⁷³.

Os modelos jurídicos fincados na racionalidade iluminista e progressista tornaram-se insatisfatórios e incongruentes com a realidade fática e as necessidades humanas, de sorte que se impõe a busca por novos padrões de interpretação, aplicação e elaboração das

⁷⁰ LIMA, Francisco Gérson Marques de. A sociologia constitucional como instrumento investigativo de desvelo das maquiagens da jurisdição constitucional. *Revista Nomos: Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*, Fortaleza, Edições Universidade Federal do Ceará, v. 28, jan./ jun. 2008, p. 51-68.

⁷¹ *Ibidem*, p. 54.

⁷² GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 107.

⁷³ ARNAUD, André-Jean. *O direito traído pela filosofia*. Trad. Wanda de Lemos Capeller e Luciano Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 245-247.

normas, desvinculados do idealismo individualista, do racionalismo cartesiano e do formalismo positivista. A regulação social, portanto, precisa ser ajustada a uma crescente conflituosidade de massas e à exclusão social originada do capitalismo globalizado, cuja racionalidade técnico-instrumental apenas oprime, coisifica e aliena o homem. Acentua Wolkmer:

A nova racionalidade emancipatória, sem negar a racionalidade técnico-instrumental inerente à dominação do positivismo moderno, leva-nos a pensar na existência de outro fundamento ético-político, bem como na reconciliação das normas que relem socialmente o mundo sistêmico com o mundo da vida e nas possibilidades edificação de um novo paradigma teórico-crítico do Direito⁷⁴.

Em outras palavras, Antonio Carlos Wolkmer concorda com Luís Alberto Warat e com a maioria dos doutrinadores críticos do direito quanto ao fato de que não existe uma teoria crítica do direito, estruturada e sistematizada em termos filosóficos abrangentes e que apresente uma resposta unívoca para todos os questionamentos. Muito ao revés, verifica-se, nesta época intervalar, a coexistência de diversos movimentos, ecléticos e multidisciplinares, com uma heterogeneidade de tendências.

Conquanto não se possa afirmar a uniformidade de pensamento entre os jusfilósofos, é possível asseverar que todos apresentam uma irresignação ao paradigma tradicional, destacando a necessidade de emergência de um modelo crítico interdisciplinar para o direito, que promova a desmistificação das instituições jurídicas e que possa se tornar um instrumento de emancipação para o ser humano.

Esta nova racionalidade jurídica é absolutamente imprescindível para o enfrentamento do problema do vínculo empregatício da prostituta, que é diuturnamente examinado sob uma ótica sexista, tradicionalista e metafísica, que nega poder de voz e vontade aos grupos historicamente oprimidos na sociedade.

Algumas diretrizes merecem ser destacadas quanto a esta nova racionalidade jurídica – diretrizes, é mister destacar, porquanto a racionalidade emancipatória ainda é um processo, não está finalizada em termos filosóficos e preconiza a utilização de uma pluralidade de vertentes metodológicas.

74 WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 03.

2.1.1 Compreensão do direito baseada na ética humanista

A sociedade contemporânea capitalista é oriunda de profundas transformações ocorridas ao longo do século XIX e XX, especialmente quanto à técnica industrial, à economia e à estrutura social. É relevante destacar que estas mudanças econômicas e sociais causaram profundas mudanças no caráter do homem e em seus valores éticos.

Ocorreu, neste período histórico, uma crescente substituição do trabalho manual pelo trabalho mecânico, acompanhada por um aprofundamento da automação das fábricas e atividades agroindustriais. A concentração de capital é também um motivo de preocupação constante entre os economistas, precipuamente pela situação de dependência em relação às grandes companhias de que hoje se ressentem até mesmo os Estados e organismos internacionais.

Há que se ressaltar, outrossim, que toda a organização econômica contemporânea está fulcrada na produção e no consumo em massa. Enquanto no século XIX a ética protestante defendia a austeridade e frugalidade de despesas, bem como a proibição de gastos que não pudessem ser pagos imediatamente, o sistema contemporâneo incita as pessoas a comprarem o que não necessitam, por um preço que não podem pagar. A publicidade estimula diuturnamente a pessoa a consumir desenfreadamente, o que ocorre acompanhado de uma melhoria na situação econômica das famílias menos abastadas. Em uma sociedade em que os trabalhadores só têm por função social o trabalhar, o consumir e o reproduzir, é preciso criar uma pauta axiológica que permita ao homem cooperar sem atrito, em grandes grupos, que lhe estimule o consumo sem peias e cujos gostos sejam padronizados e previsíveis.

Indubitavelmente, as mudanças econômicas e sociais estabelecidas pelo modo de produção capitalista espalharam seus efeitos sobre a ética e sobre os valores que a sociedade contemporânea elege como primordiais.

Segundo Erich Fromm⁷⁵, o capitalismo produz os fenômenos da abstratificação e da quantificação, que por sua vez produzem na personalidade humana a alienação, indispensável a um sistema de produção fundamentado na conformidade.

Na Idade Média, as mercadorias eram produzidas artesanalmente, para poucos compradores, podendo o produtor rural ou mesmo o artífice fazer o controle de seus gastos, despesas e lucro sem a necessidade de uma contabilidade mais sofisticada ou de realização de

75 FROMM, Erich. *Psicanálise da sociedade contemporânea*. São Paulo: Circulo do Livro, 1955, p. 106 e ss.

balanços. Após a Revolução Industrial, contudo, todos os elementos da produção precisaram ser controlados em planilhas de números, com utilização do método de partidas dobradas, o que permitiu a verificação e controle de toda a atividade fabril. Esta abstração e quantificação dos fatores de produção, longe de ficar adstrita às matérias-primas e produtividade, estendeu-se para as pessoas que consomem e que fabricam as mercadorias, que se tornaram meras cifras a serem operadas pelos dirigentes das empresas, no escopo de previsão de tendências e tomada de decisões de negócios.

A extrema especialização e divisão do trabalho, por sua vez, faz com que o empregado não tenha noção do produto do seu trabalho, porquanto fica responsável por uma parcela insignificante do produto final, na linha de produção. Na empresa industrial contemporânea, em momento algum o trabalhador está em contato com o produto completo, mas apenas com as suas frações – mesmo que mude de função, ainda assim não terá ideia do produto final, em sua integralidade, exceto quando passar para o papel de consumidor. O diretor do estabelecimento também não possui esta ideia de produto final, pois o que está sendo produzido, em última instância, é despido de identidade própria; é apenas algo a ser comercializado e transformado em números em uma planilha. Tudo, por conseguinte, possuirá um valor em dinheiro. Este processo de quantificação monetária influirá na atitude do homem com as coisas, com as demais pessoas e até consigo mesmo.

Desta sorte, a riqueza e a realidade concreta da vida humana serão reduzidas a uma fórmula abstrata de uma função econômica e pecuniária. Esta abstratificação ensinará ainda uma dissolução de todo o quadro concreto de referência da vida; o homem viverá em cifras e abstrações – pensando, calculando e trabalhando com abstrações cada vez mais afastadas da vida concreta.

A abstratificação e a quantificação são imprescindíveis para o início e desenvolvimento do processo de alienação da pessoa humana, que se sente como um estranho para si mesma; não se sente como senhora de suas ações e condutas, mas como produto inacabado e conformado. Sua relação com as demais pessoas é a mesma que mantém com as coisas, porquanto não há relação produtiva sequer consigo mesma. Na lição de Fromm:

O fato é que o homem não se sente a si mesmo como portador ativo de seus poderes e riquezas, mas como uma “coisa” empobrecida que depende de poderes exteriores a ele, e nos quais projetou sua substância vital⁷⁶.

76 FROMM, Erich. *Psicanálise da sociedade contemporânea*. São Paulo: Círculo do Livro, 1955, p. 118.

Neste diapasão, é imperioso afirmar que também o trabalho é alienado. As tarefas a serem executadas são mecânicas, repetitivas, rotineiras e irreflexivas, de modo que despojam o trabalhador de seu direito de pensar livremente, de sua capacidade criadora, de sua curiosidade e de sua capacidade de mover-se autonomamente. O resultado deste fenômeno, indubitavelmente, é a apatia e a impessoalidade. O consumo, por seu turno, é tão alienado quanto o processo de produção, pois as pessoas adquirem produtos que muitas vezes sequer terão utilidade ou mesmo intenção de uso – a necessidade de ter e de se assenhorear do objeto é mais ingente, mesmo porque as coisas conferem *status* aos seus proprietários.

O ato humano de consumir, que deveria ser um ato produtivo e participativo, em que estivessem em pleno funcionamento os sentidos, os gostos e a persona, torna-se apenas um ato em que é preciso satisfazer fantasias artificialmente criadas e estimuladas, alheias ao ser real e concreto.

A alienação também produz efeitos quanto às forças sociais que determinam a sociedade e seu modo de vida e produção. Com efeito, os fenômenos sociais aparentam ser catástrofes naturais e inevitáveis, ou seja, não se percebe os fatores reais de poder embutidos em cada ato de governo. O próprio sistema capitalista de produção torna imprescindível este anonimato de forças políticas.

O direito baseado na ética humanista, por conseguinte, jamais pode ser alienado das forças sociais que o produzem, muito menos alheio aos efeitos que concretiza na sociedade. As normas, em sua elaboração, precisam estar vinculadas a um papel emancipatório da razão humana, no escopo de lhe proporcionar meios de crescimento individual e coletivo. A vida não pode ser enfrentada como um empreendimento comercial, no qual o êxito ou fracasso está baseado na ideia de lucro ou de patrimônio amealhado.

Em uma sociedade alienada, o mecanismo através do qual se exerce a autoridade não é mais a força ou a coerção, mas a conformidade. O indivíduo deve fazer o que todos fazem, sem questionamentos, para ser aceito, amado e virtuoso. Deve estar disposto a modificar-se de boa vontade para o tipo padrão, com um nivelamento dos gostos e das ideias com a maioria. Assim, o padrão social aceito origina uma nova forma de obediência às normas, que muitas vezes sequer estão escritas, mas fazem parte do ideário daquela comunidade. A conformidade, portanto, não se origina de um pensar produtivo e autônomo, humanista por excelência; sua gênese encontra-se na padronização de comportamento, sob pena de ser relegado o diferente ao ostracismo.

A ética humanista estabelece que o direito: a) não pode se tornar instrumento de opressão ou de manipulação do homem; b) deve impedir que a pessoa se torne um meio para

consecução dos fins de outrem; c) deve tornar o homem o centro das preocupações sociais, estando as atividades econômicas e políticas subordinadas ao seu crescimento e apoderamento de suas qualidades pessoais; d) deve possuir mecanismos normativos que impeçam que a exploração e o individualismo sejam utilizadas para auferir maiores ganhos materiais e prestígio pessoal; e) deve promover a participação de todos como seres operantes e responsáveis pelos destinos da sociedade; f) deve promover a solidariedade humana e não apenas permitir que os membros da comunidade se relacionem uns com os outros; g) deve, precipuamente, traduzir o valor social do trabalho em benefícios concretos para a classe trabalhadora, estimulando a atividade produtiva e a capacidade criativa de todos em seu trabalho e permitindo ao homem dar vazão às suas potencialidades.

A nova racionalidade jurídica proposta no presente estudo deve aparelhar o direito com mecanismos para que se realize uma participação ativa e responsável do trabalhador, precípuo instrumento que o retirará da apatia, da conformação e da alienação. Esta maior participação, além de produzir acréscimos significativos em produtividade, devido a modificações no processo de produção, também acarretará uma maior socialização entre os empregados, que os tornará membros de uma comunidade, com objetivos comuns e motivação para trabalhar devido à oitiva de seus anseios e perspectivas.

Por derradeiro, é mister salientar que uma nova racionalidade jurídica deve estar pautada em uma transformação cultural, que pressupõe uma modificação substancial no ensino, de forma geral, e em especial no ensino jurídico. Para que os valores humanistas sejam introjetados pela população em geral e pelos juristas, deve ser efetuada uma verdadeira revolução copernicana no ensino, a fim de criar mais livres pensadores, com espírito crítico sobre os efeitos sociais das normas, e menos repetidores de *standards* já consagrados.

A primeira missão da escola em uma democracia consiste em salvar a criança de sua família, de sua classe social, de seu país, de seu período histórico, equipando essa criança com os meios para que ela pense por si mesma, ampliando seu acesso a experiências distintas. O futuro cidadão precisa ser um pequeno profeta. A transmissão hereditária de oportunidades de educação converge para a transmissão hereditária das vantagens econômicas que produzem a sociedade de classes. A sociedade de classes conspira com a comunidade e com o controle familiar para impedir e silenciar o pequeno profeta⁷⁷.

77 UNGER, Roberto Mangabeira. *What should legal analysis become?* Londres: Verso, 1996, p. 85. Tradução nossa.

Em apertada síntese, portanto, a ética humanista corrobora a lógica emancipatória que o direito deve perseguir em sua elaboração normativa, aplicação e interpretação. Ao que nos interessa na presente tese, o reconhecimento judicial do vínculo empregatício para a prostituta também estará permeado pela ética humanista e significará a emancipação de uma classe de excluídos, trazendo-os para fora dos porões e subterrâneos da sociedade.

2.1.2. Compreensão do direito fulcrada na democracia e na repolitização da vida coletiva

Enquanto a dimensão da solidariedade confere à nova racionalidade jurídica sua marca ética, a dimensão da participação efetiva confere-lhe a marca política. De fato, a atividade política não está restrita a eleições ou ao direito de votar, mas finca raízes profundas no modo de ser, de consumir, de produzir e de pensar de toda a sociedade. Para que possa assegurar a obediência à vontade da maioria e o respeito às minorias, é imprescindível ao regime democrático uma repolitização global da vida coletiva, pois a apatia significará, quase sempre, restrições à liberdade.

O ideal de democracia formal, repita-se, não mais atende às necessidades contemporâneas de participação popular e neutraliza ou drasticamente limita o potencial emancipatório da própria democracia.

A Constituição Federal de 1988 é enfática ao asseverar que a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito, estabelecendo, logo no parágrafo único de seu artigo primeiro, a síntese de que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, tornando indiscutível a adoção formal do regime democrático no sistema jurídico pátrio. A questão acerca da definição de povo é assaz candente entre os juristas, porquanto o vocábulo pode ser utilizado para encobrir retóricas ideológicas, como assinalado por Friedrich Müller⁷⁸. Outrossim, “se é verdade que não há democracia sem governo do povo pelo povo, a questão importante está em saber o que é preciso entender por povo e como ele governa”⁷⁹.

78 MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. 6. ed. Trad. Peter Neumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 49-50.

79 BURDEAU, Georges. *Traité de science politique*. Tomo V. 2. ed. Paris: LGDJ, 1984, p. 571. Tradução nossa.

Na lição da doutrina neoconstitucionalista majoritária, a democracia é o melhor instrumento de realização de valores essenciais da convivência humana, ou seja, dos direitos fundamentais. Não é um sistema imune a críticas, especialmente se apenas assegurar direitos políticos aos cidadãos, sem lhes garantir a concretização dos direitos sociais. Segundo Bobbio, a regra fundamental da democracia é a vontade da maioria, ou seja, a regra pela qual são consideradas decisões coletivas – e, portanto, vinculatórias para todo o grupo – as decisões aprovadas ao menos pela maioria daqueles a quem compete tomar a decisão⁸⁰.

A digressão acerca do sistema democrático não pode olvidar a questão do abismo entre a forma jurídica e a realidade social. Com efeito, conquanto a igualdade formal do voto (*one man, one vote*) seja consagrada em quase todas as Constituições ocidentais, a realidade fática é bem distinta, especialmente quando se verifica o grau de desigualdade econômica e cultural entre as diversas pessoas de uma mesma sociedade. Destarte, será possível a um grupo reduzido fazer prevalecer a sua vontade ao ludibriar a maioria com publicidade política enganosa, acobertamento de escândalos ou deturpação de informações jornalísticas.

Em uma sociedade constituída majoritariamente por excluídos, nos denominados países de capitalismo tardio, não há dúvida de que a democracia formal não consegue cumprir as promessas que ensejariam qualificar o regime como uma democracia substancial e se reduz a um discurso retórico. Não há que se cogitar como democrático um regime cujos sustentáculos são o formalismo e a promoção da desigualdade social, na medida em que a maioria da população é afastada do acesso ao poder, ao mesmo tempo em que os dirigentes o exercem sem a efetiva participação popular. A maioria, em verdade, participa do processo de modo superveniente, manipulado e corrompido. Como observado por Friedrich Müller:

[...] a exclusão deslegitima. Na exclusão, o povo ativo, o povo como instância de atribuição e o povo-destinatário degeneram em povo-ícone. A legitimidade somente pode advir da fundamentação do povo real, que é invocado pelo texto da Constituição [...]. O trabalho dos juristas nessa direção produz passo a passo a qualidade do Estado de Direito, mas é em grau igual a um trabalho em prol da democracia⁸¹.

80 BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 19.

81 MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. 6. ed. Trad. Peter Neumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 105.

Sem participação política não há democracia. E não basta a previsão de participação popular no texto constitucional; é inafastável a motivação em participar, que enseja discussões acerca da efetiva igualdade socioeconômica e educacional entre os que podem participar legalmente. Como salientado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a previsão constitucional é uma condição de participação mas, antes dela, há uma pré-condição: a motivação⁸². E observa ainda o autor que “o preço da inércia política é entregar os governos das nações aos demagogos e aventureiros, é diminuir a vigilância política ao ponto de estimular os abusos e desmandos e, pior que tudo, despreparar as futuras gerações para a democracia”⁸³.

A democracia contemporânea orgulha os cidadãos por libertá-los do jugo das autoridades externas e por assegurar a liberdade de manifestação de pensamento. Entretanto, só há significado no direito à livre manifestação do pensamento se o homem for capaz de produzir pensamentos próprios, se puder, de modo não alienado, estabelecer a sua personalidade.

Assim como o trabalho é alienado, a expressão da vontade do eleitor também é alienada, pois idealmente todos os cidadãos são convocados a tomar decisões com responsabilidade sobre os destinos da sociedade. Em verdade, não existe o exercício da vontade de uma maioria, pelo simples motivo de que não há vontade a ser exercida, nem individualmente e nem coletivamente. “Em uma sociedade alienada, o modo de as criaturas expressarem a sua vontade não difere muito do modo como escolhem as mercadorias que compram”⁸⁴. As discussões políticas são perfunctórias e muitas vezes resvalam no mau gosto de escândalos e troca de acusações.

Ademais, a democracia possui como desafio solucionar a tensão entre a necessidade de igual tratamento para todos e a proteção das identidades culturais. A democracia deve ser concretizada através de um amplo debate público, com regras procedimentais que possibilitem uma ampla argumentação e, quiçá, a um consenso quanto à instituição de um direito legítimo. Segundo a teoria da ação comunicativa de Jünger Habermas, é preciso criar um espaço público de liberdade, no qual os cidadãos, livres do jugo político, pudessem expressar as suas ideias, debatê-las e buscar um consenso, muito embora o próprio autor reconheça a influência nefasta da mídia neste espaço de discussão. O agir comunicativo habermasiano mostra os requisitos de horizontalidade da ação social, com vistas a uma *praxis*

82 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política: legislativa, administrativa, judicial – fundamentos e técnicas constitucionais da democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 20.

83 *Ibidem*, 1992, p. 39.

84 FROMM, Erich. *Psicanálise da sociedade contemporânea*. São Paulo: Círculo do Livro, 1955, p. 171.

menos excludente e dirigida para efetiva justiça social. Mesmo a clássica separação dos poderes se baseia na lógica de argumentação, o que supõe uma lógica de argumentação de especialistas, a qual, porém, não está fechada à formação discursiva da opinião e vontades públicas. O direito, como *medium* entre sistema e mundo da vida, deve absorver, pelo processo de filtragem, as verdades e anseios presentes na opinião pública.

A perspectiva habermasiana, portanto, afasta o homem do papel de objeto nas relações sociais e, sob a premissa de que atribui um sentido às suas ações e é capaz de comunicar percepções e desejos, tenciona elevá-lo à condição de sujeito da sociedade e da história. Na ação comunicativa, que é o agir humano baseado na razão comunicativa, trava-se um diálogo entre sujeitos capazes de compartilhar, pela linguagem, um universo simbólico. Nesta interação, o fim colimado é o de construir um conhecimento crítico pautado na argumentação e submetido a critérios de validade, sem contudo haver a dominação de um integrante do grupo pelo outro. Em suma, devem os participantes do diálogo buscar a comunicação mais clara possível, removendo os possíveis obstáculos ou ruídos, com tratamento isonômico. Na dicção de Maria Augusta Salin Gonçalves:

Com base nas pretensões de validade, nas reuniões do grupo interdisciplinar, os participantes, ao tentarem se aproximar da situação ideal da fala, deverão reunir esforços no sentido de preencher as seguintes condições:

1. Todos os participantes das discussões têm a mesma chance de se comunicar por meio de atos da fala, argumentando, questionando e respondendo às questões.
2. Todos os participantes têm a mesma chance de apresentar interpretações, opiniões, recomendações, declarações e justificativas e de problematizar sua validade, fundamentar ou rebater (*Widerlegen*), de tal modo que nenhuma ideia preconcebida (*Vormeinung*) seja ignorada na continuidade da tematização.
3. Todos os participantes têm a mesma chance de expressar atitudes, sentimentos e desejos referentes à sua subjetividade, devendo ser verdadeiros nas suas manifestações, significando que assim se colocam perante si mesmos e deixam transparecer sua interioridade.
4. Os participantes das discussões têm a mesma chance de empregar atos regulativos, isto é, ordenar e rebelar-se, permitir ou proibir, prometer e aceitar promessas, dar explicações e solicitá-las. As expectativas de comportamento são recíprocas e os privilégios afastados⁸⁵.

85 GONÇALVES, Maria Augusta Salin. Teoria da ação comunicativa de Habermas: possibilidades de uma ação educativa de cunho interdisciplinar na escola. *Revista Educação & Sociedade*, abr. 1999, v. 20, n. 66, p. 125-140.

A teoria da ação comunicativa também busca assegurar a todos a participação política efetiva:

Os direitos políticos procurados têm que garantir, por isso, a participação em todos os processos de deliberação e de decisão relevantes para a legislação, de modo a que a liberdade comunicativa de cada um possa vir simetricamente à tona, ou seja, a liberdade de tomar posição em relação a pretensões de validade criticáveis. À juridificação simétrica do uso político de liberdades comunicativas corresponde o estabelecimento de uma formação política da opinião e da vontade, na qual o princípio do discurso encontra aplicação. A liberdade comunicativa está referida, antes de qualquer institucionalização, a condições de um uso da linguagem orientado pelo entendimento, ao passo que as autorizações para o uso público da liberdade comunicativa dependem de formas de comunicação asseguradas juridicamente e de processos discursivos de consulta e de decisão. Estes fazem supor que todos os resultados obtidos segundo a forma e o procedimento correto são legítimos. Iguais direitos políticos fundamentais para cada um resultam, pois, de uma juridificação simétrica da liberdade comunicativa de todos os membros do direito; e esta exige, por seu turno, uma formação discursiva da opinião e da vontade que possibilita um exercício da autonomia política através da assunção dos direitos dos cidadãos⁸⁶.

A participação popular, portanto, depende da formação de um espaço no qual o diálogo entre os atores sociais possa ser expressado livremente, com a intenção de formação de um consenso e buscando a verdade e a boa-fé em cada uma das afirmações. É imperioso buscar, por conseguinte, um ideal de democracia que proporcione a efetivação dos direitos fundamentais e seja compatível com o pluralismo das sociedades pós-modernas.

2.1.3. Aproximação do direito com o ideal de justiça social

Aproximar o direito do ideal de justiça social é tarefa extremamente complexa, precipuamente devido à variedade de conceituações de justiça social, na filosofia política, e à falta de sistematização da crise pós-positivista do direito.

Prima facie, é mister destacar que o paradigma positivista teve o seu apogeu no período compreendido entre o século XIX e meados do século XX, imergindo em uma crise após a Segunda Guerra Mundial, quando se verificou que as respostas oferecidas já não

86 HABERMAS, Jünger. *Direito e democracia: entre faticidade e validade – vol. I. 2.* ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 164.

correspondiam aos anseios da humanidade por justiça e não oferecia respostas convincentes para os graves problemas éticos originados no pós guerra. O pós-positivismo surge com a quebra de paradigmas da modernidade, que foram construídos sobre o cientificismo, a hegemonia do poder estatal, o legalismo e o mito da neutralidade do jurista. No pós-positivismo, entretanto, o novo paradigma ainda não está assentado, e a angústia é a tônica em todos os filósofos. Na lição de Ricardo Maurício Freire Soares:

Conquanto tenha desencadeado o progresso material da sociedade moderna, o racionalismo do ocidente acabou promovendo o cerceamento desintegrador da condição humana, a perda da liberdade individual, o esvaziamento ético e a formação de um sujeito egoísta, direcionado, precipuamente, ao ganho econômico. Os indivíduos foram convertidos a meros receptáculos de estratégias de produção, enquanto força de trabalho (alienação); de técnicas de consumo, enquanto consumidores (coisificação); e de mecanismos de dominação política, enquanto cidadãos da democracia de massas (massificação). A alienação, a coisificação e a massificação se tornaram patologias de uma modernidade em colapso⁸⁷.

Na pós-modernidade, o direito é plural, discursivo, relativo e busca resgatar os valores e reconhecer a sua normatividade. Conquanto a doutrina majoritária não reconheça a existência de uma teoria crítica do direito uníssona⁸⁸, pela ausência de um conceito operacional sistematizado, capaz de apreender a especificidade de um determinado fenômeno jurídico⁸⁹, reconhece-se a existência de uma pluralidade de movimentos, uma heterogeneidade de tendências⁹⁰. Em consequência, não se pode falar em uma única teoria crítica do direito; na visão de Severo Rocha, não existe um direito dogmático e um direito crítico, mas um direito interpretado sob um ponto de vista dogmático ou crítico⁹¹.

Segundo Wolkmer, os movimentos de crítica à dogmática jurídica dominante originaram-se no final da década de 1960, nos países da Europa, tendo aportado no Brasil e na

87 SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Curso de introdução ao estudo do direito*. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 150.

88 Entendem pela inexistência de uma teoria crítica do Direito os jusfilósofos Roberto Lyra Filho, Eros Roberto Grau, Leonel Severo Rocha, Luís Alberto Warat e Tércio Sampaio Ferraz Júnior.

89 JEAMMAUD, Antoine. Algumas questões a abordar em comum para fazer avançar o conhecimento crítico do direito. In: PLASTINO, Carlos Alberto. (Org.). *Crítica do direito e do Estado*. Rio de Janeiro: Graal, 1984, p. 73-94.

90 WARAT, Luís Alberto. El jardín de los senderos que se bifurcan: a teoria crítica do direito e as condições de possibilidade da ciência jurídica. *Revista Contradogmáticas*, Santa Cruz do Sul: FISC/ ALMED, 1985, v. 4-5, p. 60.

91 ROCHA, Leonel Severo. Crítica da teoria crítica do Direito. *Revista Sequência – Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis: Ed. UFSC, n. 6, dez. 1982, p. 135.

América Latina na década de 1980. Segundo o autor, as vertentes de teoria crítica do direito podem ser conceituadas como uma

[...] formulação teórico-prática que se revela sob a forma do exercício reflexivo capaz de questionar e de romper com o que está disciplinarmente ordenado e oficialmente consagrado (no conhecimento, no discurso e no comportamento) em dada formação social e a possibilidade de conceber e operacionalizar outras formas diferenciadas, não repressivas e emancipadoras, de prática jurídica⁹².

Para Luís Fernando Coelho, a teoria crítica do direito está entrelaçada, dialeticamente, entre a teoria e a experiência, buscando a realização do direito como espaço de luta e conquista, com vistas à autonomia e à emancipação dos indivíduos e das sociedades⁹³.

Não há, com efeito, uma escola ou corrente de pensamento, com estrutura monolítica e discurso unívoco, mas vários pensamentos fragmentados, originados, de uma ou de outra forma, de uma releitura marxista⁹⁴.

A grande dificuldade a ser enfrentada entre os doutrinadores do século XX reside no fato de que, em verdade, Marx não foi um filósofo do direito, e existem poucas alusões a uma teoria jurídica em sua obra, não se podendo cogitar da existência de uma genuína teoria jurídica marxista. De fato, em seus textos políticos e econômicos aparecem espaçadamente breves alusões ao direito, ora para designar as normas jurídicas que sustentam o poder das classes dominantes, ora para apontar o direito dos espoliados e oprimidos⁹⁵.

A despeito desta lacuna filosófica, “nada obsta reconhecer, no espaço ocupado pela pluralidade de formulações jurídico-marxistas, a significativa contribuição para a filosofia e a Teoria Geral do Direito de uma hermenêutica de teor crítico-dialética inspirada no humanismo de Marx”⁹⁶.

Atualmente, os doutrinadores e jusfilósofos promovem uma releitura da obra de Marx, reconhecendo a ausência efetiva de uma teoria do direito em sua obra, porém absorvendo boa parte de suas premissas e ensinamentos para elaboração de uma teoria com um novo fio condutor: de que o direito é produto da infraestrutura econômica, indubitavelmente,

92 WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 18.

93 COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 13.

94 GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 148.

95 GENRO, Tarso Fernando. Fontes materiais e igualdade jurídica: uma reflexão sobre socialismo e direito. In: LYRA, Deodoró Araújo (Org.). *Desordem e processo: estudos sobre direito em homenagem a Roberto Lyra Filho na ocasião de seu 60º aniversário*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986, p. 81.

96 WOLKMER, Antonio Carlos. *Op. cit.*, p. 156.

porém com ela interage, ocasionando mudanças sociais. Eros Roberto Grau afirma, enfaticamente, que “a economia condiciona o direito, mas o direito condiciona a economia”⁹⁷, elucidando a nova lógica de compreensão da obra de Marx e afastando-a do determinismo histórico mais ortodoxo. Como destacado por Roberto Lyra Filho, é preciso repensar Marx e Engels com a leitura dos textos, que são marcos de um caminho inacabado, não são uma fórmula pronta e encerrada. Ora, estando um século à frente destes pensadores, é preciso revisitá-los e retomar-lhes o itinerário⁹⁸. Para os neomarxistas, saem do foco certas convicções tradicionais do marxismo, tais como as de igualdade de renda, propriedade pública dos meios de produção e planejamento global da economia, bem como é descartada uma etapa socialista intermediária obrigatória para chegar ao comunismo⁹⁹. Entretanto, permanece como um desafio candente a questão da exploração das pessoas e a alienação.

Desta sorte, é possível asseverar que o conhecimento crítico está umbilicalmente relacionado com uma ação (teoria e práxis) de que resulta uma transformação na realidade social e individual. Dentre os muitos movimentos neomarxistas, exsurge a Escola de Frankfurt como um dos grandes expoentes do século XX, defendendo uma metodologia científica e uma compreensão do conhecimento e do direito como instrumentos de crítica à visão técnico-científica dos pressupostos iluministas e formalistas. Opõe-se frontalmente à denominada teoria tradicional, cujos alicerces são o pensamento cartesiano da não contradição, a observação e o experimento baconianos, a manipulação e o domínio do mundo exterior, bem como a separação rigorosa entre sujeito e objeto, para evitar a contaminação da ciência pelos valores morais.

A Escola de Frankfurt possui como sustentáculo primordial a teoria crítica, que preconiza a emancipação do ser humano e a exposição das aparências das coisas e das relações sociais, frequentemente ilusórias, para que lhes sejam alcançadas as essências. Rompe com as formas de racionalidade que resultam em novas formas de dominação e que subordinam a consciência e as ações humanas ao imperativo de leis universais. As críticas da cultura, da racionalidade instrumental, do autoritarismo e da ideologia, feitas em um contexto interdisciplinar, são imprescindíveis para o desenvolvimento de uma teoria crítica do direito¹⁰⁰.

O comportamento crítico pressupõe que o indivíduo jamais se conforme com a situação fática que lhe é apresentada, incumbindo-lhe questionar, avaliar e trabalhar para que

97 GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 59.

98 LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. São Paulo: Brasiliense: 1999, p. 80.

99 GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 127.

100 GIROUX, Henry. *Teoria crítica e resistência em educação*. Trad. Ângela Maria B. Biaggio. Petrópolis: Vozes, 1986, p. 22-24.

ocorra a sua mudança. Segundo Roberto Lyra Filho, o direito “é aquele vir-a-ser que se enriquece nos movimentos de libertação das classes e grupos ascendentes e que definha nas explorações e opressões que o contradizem, mas de cujas próprias contradições brotarão as novas conquistas”. E Clemerson Merlin Clève arremata:

Eis o momento de se propor um saber inserido na historicidade, resultado de uma relação de conhecimento do jurista com o mundo e, voltando-se para o futuro, apto a formular conceitos teórico-práticos para mudá-lo. Um saber que, conhecendo o direito positivo, explique-o teoricamente, a sua lógica e o seu funcionamento, ao mesmo tempo em que, captando-o como resultante de relações de poder, promova e reclame a afirmação dos direitos necessários à defesa e à promoção da dignidade humana¹⁰¹.

Conquanto o direito ainda não tenha alcançado o ideal de justiça, jamais pode deixar de buscá-lo, sob pena de se deslegitimar e se transformar em instrumento de opressão. Segundo Jorge Luiz Souto Maior:

O direito, a estrutura jurídica organizada, não deixará de ser direito por não ter atingido um ideal de justiça. Esse ideal, no entanto, é o ponto central de uma luta que é permanente, pois, entendendo a justiça como igualdade, constata-se nas relações sociais que os homens não são iguais, fazendo com que a injustiça seja um dado marcante na sociedade. [...]

O que não se pode fazer é afastar o direito desse objetivo, pois isso contribui para perpetuação das injustiças, tornando-as cada vez mais perversas, o que, em última análise, acaba gerando o fim do próprio arranjo social¹⁰².

O propósito de justiça social foi alçado à condição de norma constitucional nos artigos 170 e 193 da Carta Magna, cuja transcrição se impõe:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]

Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem estar e justiça sociais¹⁰³.

101 CLÈVE, Clemerson Merlin. *Temas de direito constitucional (e de teoria do direito)*. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 208.

102 MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo, LTr, 2000, p. 247.

103 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 67 e 72.

É o ditame da justiça social, que visa proporcionar a todos os cidadãos uma existência digna, sem exploração econômica ou social, que fundamenta e justifica o próprio direito do trabalho, segundo Maurício Godinho Delgado:

[...] a ideia de justiça social alcançou prestígio na cultura contemporânea como fórmula sintetizadora das diversas concepções que se opõe à regência exclusiva do mercado econômico na realização individual, material e social das pessoas. À medida que o Direito do Trabalho é a própria afirmação de algumas dessas concepções (já que este ramo traduz uma intervenção normativa na regulação meramente bilateral das relações trabalhistas), o princípio da justiça social age como um comando instigador ao desenvolvimento e avanço desse ramo jurídico especializado¹⁰⁴.

É inafastável a conclusão, neste íterim, de que o direito deve ser instrumento de reivindicação das classes dominadas e de impedimento do abuso de poder. A aproximação com as teorias que são norteadas pela justiça social, destarte, confere colorido próprio e significado à dogmática jurídica, situando-a como possibilidade e perspectiva de emancipação.

2.2 Princípios constitucionais para reconhecimento do vínculo empregatício da prostituta

Desde o advento da Constituição Federal de 1988, quando se tornou historicamente hegemônico e vitorioso o paradigma neoconstitucionalista no Brasil, os princípios passaram a ocupar uma posição de centralidade no ordenamento jurídico pátrio, tornando-se o referencial axiológico para interpretação e aplicação de todo o arcabouço normativo, especialmente o direito do trabalho. O reconhecimento do vínculo empregatício para o trabalho da prostituta, neste diapasão, também encontra-se fundamentado em preceitos constitucionais dotados de força vinculante e de efetividade, que consolidam a aplicação das normas trabalhistas com a perspectiva de uma nova racionalidade jurídica, voltada à emancipação do ser humano. A Constituição é o instrumento jurídico fundamental de organização de uma comunidade jurídica e, na dicção de Carl Schmitt, é a decisão política fundamental sobre a forma e modo da unidade política, sobre a forma de existência política

104 DELGADO, Maurício Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. *Revista LTr*, São Paulo: LTr, ano 70, n. 6, jun./ 2006, p. 657-667.

concreta de um povo já existente¹⁰⁵, além de estabelecer a pauta de valores mais relevantes e proeminentes para determinada sociedade, imprescindíveis à sua existência e florescimento, em determinado momento histórico.

2.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Tanto o sistema abolicionista quanto o sistema laboral estão fulcrados no princípio da dignidade da pessoa humana, mas sob perspectivas diametralmente opostas. Enquanto o sistema abolicionista entende que a prostituição é uma atividade indigna em si mesma, e que devem ser libertados todos os profissionais do sexo, o modelo laboral sustenta que a prostituição é uma atividade comercial tão digna quanto qualquer outra, não sendo a prática de atos sexuais mediante pagamento uma conduta que vilipendie a condição da mulher como trabalhadora.

Esta aparente contradição será deslindada no presente estudo, que também pretende fazer uma crítica ao uso indevido do princípio da dignidade da pessoa humana como panaceia para todos os males. É imprescindível, inicialmente, uma breve digressão acerca do seu conceito perante a doutrina e sua evolução filosófica.

2.2.1.1 Escorço histórico-normativo

Como destacado na doutrina, não é possível conceituar o princípio da dignidade da pessoa humana:

Trata-se, como se refere no sistema da ciência do direito, de um *topoi*, ou seja, termo que não admite conceituação, muito embora sirva de ponto de partida para a solução do problema normativo ocorrente¹⁰⁶.

¹⁰⁵ SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 2009, p. 45-49.

¹⁰⁶ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 316.

Não é possível olvidar que o conteúdo material do paradigma é variável, de acordo com o momento histórico e com as condições culturais e até mesmo geográficas em que é analisada a sua essência. Trata-se, portanto, de *topoi*, de lugar-comum da argumentação jurídica, que tem por características a ambiguidade, a vagueza e a porosidade, devendo ser preenchido no caso concreto pelo intérprete para efetivação dos direitos fundamentais.

O princípio da dignidade da pessoa humana, de acordo com Fábio Konder Comparato¹⁰⁷, despontou na Antiguidade, entre os séculos VIII e II a.C., como resultado da posição e reconhecimento social do indivíduo, porém naquela época somente eram dignos os membros das classes mais abastadas. Durante a Idade Média, e principalmente devido a São Tomás de Aquino, a dignidade da pessoa humana adquiriu contornos mais próximos do que atualmente possui, pois foi elaborado o princípio tendo por fundamento a igualdade material entre todas as pessoas, a despeito de suas diferenças individuais, biológicas, culturais ou sociais.

O marco fundamental na filosofia moderna acerca da dignidade da pessoa humana encontra-se, indubitavelmente, em Kant, no século XVIII. Para o filósofo prussiano, o homem, como todo ser racional, existe como um fim em si mesmo, não podendo se tornar objeto (meio) de que uma outra vontade possa se servir. O embasamento da dignidade, portanto, é a autonomia da vontade. Afirma que:

A lei moral é santa (inviolável). O homem, conquanto bastante profano, deve conceituar a humanidade em sua pessoa como santa. Tudo o que existe na criação e sobre a parte que se tenha suficiente poder, poderemos empregar como simples meio; unicamente o homem, e com ele toda a criatura racional, é fim em si mesmo. É ele, efetivamente, o sujeito da lei moral, que resulta santa graças à autonomia da sua liberdade¹⁰⁸.

Segundo Kant, a verdade encontra-se nos juízos universais, absolutos e necessários, sendo um *a priori*, ou seja, existindo independente das vicissitudes da experiência, que é sempre parcial e relativa. Assim, a dignidade humana também é uma ideia apriorística, na medida em que existe independentemente das circunstâncias históricas e na medida em que independe das condições sociais (*status*, condições econômicas ou de escolaridade, etc.) ou fáticas nas quais o indivíduo vive. A pessoa, portanto, é digna porque é um ser racional e, como tal, tem autonomia da vontade. Por esta razão, não seria jamais admissível que uma vontade sobrepujasse a outra. A par de todas estas considerações, conclui-se que o pensamento de Kant

¹⁰⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 12.

¹⁰⁸ KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 69.

alinha-se com o jusnaturalismo, que à sua época já não possuía uma matriz teológica, mas racionalista.

Conquanto o pensamento jusnaturalista tenha prevalecido durante toda a Idade Moderna, tendo sido o principal combustível ideológico para as revoluções burguesas do século XVIII, que marcam o início da Idade Contemporânea, o fato é que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e a Declaração de Independência dos Estados Unidos, de 1776, em momento algum se reportam ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O princípio constou pela primeira vez em um documento na Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 10 de dezembro de 1948 pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em Paris. A partir de então, muitas outras declarações e convenções internacionais o têm mencionado, e atualmente encontra-se incorporado ao texto constitucional de inúmeros Estados, inclusive o Brasil.

Nesta linha, afirma a Constituição da República Portuguesa, de 02 de abril de 1976, logo em seu artigo 1º, que "Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária"¹⁰⁹. Já a Constituição Espanhola, em vigor desde 1978, em seu artigo 10, também dispõe que “a dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito pela lei e pelos direitos dos outros são fundamentos da ordem política e da paz social”¹¹⁰.

A Carta Magna de 1988 também proclama, em seu artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito e da República Federativa do Brasil.

O princípio da dignidade da pessoa humana, como conformador de todo o ordenamento jurídico pátrio, não é absoluto, podendo entrar em choque com outros princípios e podendo também ser ponderado e sopesado, a depender das circunstâncias fáticas. Por mais relevante que seja, não existe princípio jurídico absoluto.

109 PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 01 mar. 2014.

110 ESPANHA. *Constituição Espanhola*. Disponível em: <<http://www.boe.es/aeboe/consultas/enlaces/documentos>>. Acesso em: 01 mar. 2014.

2.2.1.2. Dimensões

A par de toda esta digressão acerca de sua evolução histórica, é possível afirmar, com esboço em Luís Roberto Barroso, que

O princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência. O desrespeito a este princípio terá sido um dos estigmas do século que se encerrou e a luta por sua afirmação um símbolo do novo tempo. Ele representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar¹¹¹.

Esta ideia de dignidade da pessoa humana incorpora uma tendência doutrinária de considerar que o seu núcleo material é composto por um *mínimo existencial*, cujos contornos são históricos e temporais. Segundo Ana Paula de Barcellos, o mínimo existencial é constituído de "quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça"¹¹², sendo estes elementos, em nosso sentir, necessários porém não suficientes para completa definição do instituto, cuja abrangência é ainda maior.

No respeito à dignidade da pessoa humana, vislumbram-se quatro importantes consequências: a) igualdade de direitos entre todos os homens, uma vez que integram a sociedade como pessoas e não como cidadãos; b) garantia da independência e autonomia do ser humano, de forma a obstar toda coação externa ao desenvolvimento de sua personalidade, bem como toda atuação que implique na sua degradação; c) observância e proteção dos direitos inalienáveis do homem; d) não admissibilidade da negação dos meios fundamentais para o desenvolvimento de alguém como pessoa ou a imposição de condições subumanas de vida.

¹¹¹ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 37-38.

¹¹² BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 258.

Ingo Wolfgang Sarlet¹¹³ vislumbra as seguintes dimensões para a dignidade da pessoa humana: dimensão ontológica; dimensão intersubjetiva, relacional ou comunicativa; dimensão histórica; dimensões positiva e negativa.

Na dimensão ontológica, a dignidade da pessoa humana exsurge como princípio irrenunciável da própria condição humana, não podendo ser criada, concedida ou renunciada, embora possa ser violada. Alinhando-se ao jusnaturalismo, entende o referido autor que a ordem jurídica de cada Estado não confere a dignidade a quem quer que seja, porquanto se trata de uma característica ontológica, relacionada à própria essência do ser humano. Contraditoriamente, porém, o mesmo jusfilósofo admite uma dimensão histórica para o instituto.

A fim de conciliar as duas posições, esposa-se no presente estudo o entendimento de que o direito à dignidade é um atributo inafastável da condição humana; o seu conteúdo, todavia, deve ser preenchido historicamente e de acordo com as circunstâncias fáticas de cada caso. Em outras palavras, a sua porosidade permite que o denominado mínimo existencial varie no tempo e no espaço – o que não se admite é deixar de ser considerada a própria dignidade do ser humano, como um valor em si mesmo. Deste raciocínio decorre a conclusão de que, por pior que seja a conduta do ser humano, a sua dignidade jamais poderá ser rechaçada. Pouco importa se se trata de um criminoso ou de um santo; deve ser respeitado como ser humano, ainda que cometa as ações mais execráveis.

A dignidade da pessoa humana não é algo a ser conquistado ou agregado de acordo com a conduta do indivíduo; se assim o fosse, os incapazes, os loucos e os criminosos não a possuiriam. É um atributo, portanto, oriundo da própria condição humana, fulcrada na sua capacidade potencial de autodeterminação – por esta razão, esta dimensão por vezes é denominada também de ontológico-biológica.

Para a dimensão intersubjetiva, relacional ou comunicativa, a dignidade apresenta-se como um atributo coletivo, reconhecido a todos os seres humanos, em relação intersubjetiva, que convivem em determinada comunidade. Neste contexto, permite-se reconhecer a relatividade do princípio, que tem de ser flexibilizado em função de outras dignidades e de outras liberdades dos demais membros da comunidade. Implica ainda o reconhecimento da dignidade como um feixe de direitos e deveres que, no âmbito da pluralidade, devem ser observados pelo indivíduo e pela comunidade, de maneira dialética.

113 SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 09, jan./ jun. 2007, p. 361-379.

Neste ponto, é imperiosa a lição de Jünger Habermas, para quem o direito somente pode cumprir a função de integração social se possuir um elemento de legitimidade que, por detrás de sua pura imposição coativa, como pretende Hans Kelsen, necessita contar com uma aceitação e adesão dos atores sociais envolvidos. De acordo com a teoria da ação comunicativa, o processo de convencimento do outro é o instrumento que confere legitimidade às normas jurídicas – e este convencimento perpassa pela carga valorativa dos princípios, dentre os quais se destaca a dignidade da pessoa humana. Toda a concepção atual de direitos fundamentais está calcada na teoria da ação comunicativa de Habermas, que teve profunda influência no pensamento de Robert Alexy. Sustenta ainda o autor que tudo é interpretação, ou seja, as coisas do mundo real (e nestas estão incluídos os institutos jurídicos) não existem por si mesmas, mas de acordo com a significação que o homem lhes empresta. Afirma que "a realidade constitui-se na moldura de uma forma vital exercitada por grupos que se comunicam e organizada nos termos da linguagem ordinária. Nesse sentido é real aquilo que pode ser experimentado de acordo com a interpretação de uma simbólica vigente"¹¹⁴.

Nesta perspectiva intersubjetiva, é inarredável a técnica de ponderação de valores preconizada por Dworkin, na medida em que, nos denominados *hard cases*, é possível que cada uma das dignidades pessoais ontológicas encontre-se em jogo e necessite ser delimitada e flexibilizada. Esta dimensão, portanto, ressalta o caráter político e relacional do princípio.

A perspectiva histórica resulta do reconhecimento de que a dignidade da pessoa humana, em seu conteúdo material, é variável e historicamente determinada, plasmando um conjunto de valores que se modifica de acordo com as conjunturas sociais, econômicas e culturais de cada época e de cada comunidade.

Esta dimensão faz emergir o problema do mínimo existencial e da necessidade de garantia de sobrevivência digna a todos os seres humanos. A densificação dos princípios constitucionais não é feita somente pelos legisladores ou pelo Judiciário, no momento de prolação da sentença; ela é aberta a toda a sociedade, na dicção de Peter Häberle, porque toda a sociedade vive a força normativa da Constituição e tem o seu cotidiano alterado por suas normas¹¹⁵.

114 HABERMAS, Jünger. *Conhecimento e interesse*. Trad. José N. Heck. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1982, p. 214.

115 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 20-23.

O princípio da dignidade de pessoa humana, destarte, é evolutivo. Por possuir uma faceta cultural, a dignidade não é alcançada ou conquistada pela pessoa, a partir de uma conduta autodeterminada para construção de sua identidade. Assim, mesmo os que não são capazes de se autodeterminar são dignos como seres humanos.

Por derradeiro, o princípio também comporta a dimensão negativa, que consiste no dever do Estado de se abster da prática de atos que vilipendiam a condição do ser humano, bem como uma dimensão positiva, que significa o dever de prestação estatal, para promoção de ações que dignifiquem o ser humano e tornem efetivo o preceito constitucional.

Atualmente, porém, o sentido desta dimensão tem sido ampliado para alcançar não apenas o Estado, mas também os particulares e as pessoas jurídicas de direito privado. Ora, num mundo globalizado, em que as empresas multinacionais detêm maior poder político que os Estados, em que a noção de soberania tem sido paulatinamente flexibilizada, não é de estranhar que a dignidade da pessoa humana esteja sendo violada por organismos não estatais, mas econômicos.

Segundo Maria Celina Bondin de Moraes¹¹⁶, do conceito de dignidade decorrem quatro princípios cardeais: o da igualdade (na medida em que todos os seres humanos, ontologicamente, possuem dignidade); o da liberdade (fulcrado na capacidade de autodeterminação), o da integridade física e moral (intimamente relacionado ao mínimo existencial) e o da solidariedade (que se conecta à dimensão comunicativa do princípio, vez que a existência humana é um fenômeno coletivo). Contemplando todas estas dimensões e perspectivas, Ingo Wolfgang Sarlet densifica a dignidade humana como

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos¹¹⁷.

116 MORAES, Maria Celina Bondin de. Conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 116-118.

117 SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 09, jan./ jun. 2007, p. 361-379.

Esta é, portanto, a dimensão filosófica indispensável ao princípio da dignidade da pessoa humana, para melhor compreensão de sua aplicação no trato da relação jurídica que envolve a prostituição.

2.2.1.3. Crítica ao princípio da dignidade da pessoa humana

Não há dúvida de que o princípio da dignidade da pessoa humana foi alçado à categoria de elemento unificador do sistema normativo e condição *sine qua non* para sua exegese. Segundo Flávia Piovesan, a dignidade humana simboliza um verdadeiro superprincípio constitucional, a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo, dotando-lhe de especial racionalidade, unidade e sentido¹¹⁸, não sendo possível negar que a supremacia da Constituição inicia-se por seus princípios fundamentais, tendo ao centro a dignidade do ser humano, como norma constitucional incondicionalmente determinada no sistema brasileiro¹¹⁹.

Com efeito, não é admissível negar a importância do princípio da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico pátrio e a ascendência a um novo patamar civilizatório proporcionada pela sobrelevação dos princípios fundamentais, no texto das constituições dos países ocidentais.

Entrementes, o paradigma não está imune a críticas.

O princípio da dignidade da pessoa humana compõe o que se denomina atualmente de senso comum teórico dos juristas, e vem passando paulatinamente por um processo de banalização e de esvaziamento de seu conteúdo e importância. Na lição de Warat,

Resumindo, os juristas contam com um emaranhado de costumes intelectuais que são aceitos como verdades de princípios para ocultar o componente político da investigação de verdades. Por conseguinte, se canonizam certas imagens e crenças para preservar o segredo que escondem as verdades. O senso comum teórico dos juristas é o lugar do secreto. As representações que o integram pulverizam nossa compreensão do fato de que a história das verdades jurídicas é inseparável (até o momento) da história do poder¹²⁰.

118 PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 393.

119 *Ibidem*, p. 397.

120 WARAT, Luís Alberto. *Introdução geral ao direito I: interpretação da lei, temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994, p. 15.

Em outras palavras, na medida em que o princípio da dignidade da pessoa humana vem sendo utilizado indiscriminadamente, até na hipótese de lides corriqueiras, que poderiam ser resolvidas sem a sua utilização, a sua aplicação nos denominados *hard cases* torna-se inócua e destituída de força de convencimento¹²¹.

A questão da manipulação política e ideológica do sentido da dignidade humana pode ser lapidarmente retratada através do conceito de *homo sacer*, resgatado por Giorgio Agamben do direito penal romano. Na Antiguidade, em algumas hipóteses, após algum evento extraordinário, no qual a pessoa sobrevivia a um sacrifício religioso ou era submetida a um plebiscito, havia uma exclusão do indivíduo da normatividade. Em outras palavras, a pessoa era posta para fora daquela comunidade específica e tornava-se um pária, não estando submetido a nenhuma norma, moral ou jurídica. Se viesse, por exemplo, a ser assassinado por alguém, o causador da morte não poderia ser julgado por homicídio, pois o *de cujus* havia sido excluído do ordenamento jurídico romano. O *homo sacer* era um ser humano vivo, porém excluído do mundo humano e que não havia ainda ingressado no reino divino¹²². Assim,

[...] não pode participar dos ritos de sua gens, nem [...] cumprir qualquer ato jurídico válido. Além disso, visto que qualquer um pode matá-lo sem cometer homicídio, a sua inteira existência é reduzida a uma vida nua, despojada de todo direito, que ele pode somente salvar em uma perpétua fuga ou evadindo-se em um país estrangeiro. Contudo, justamente por ser exposto a todo instante a uma incondicionada ameaça de morte, ele encontra-se em perene relação com o poder que o baniu¹²³.

Assim, o seu homicídio não constituiria nem uma execução capital, nem um sacrifício, mas apenas a realização de uma mera “matabilidade”¹²⁴. O *homo sacer*, portanto, seria o indivíduo banido da consideração digna, no sentido de estar despido de quaisquer instrumentos ou defesas jurídicas e de não possuir mais a condição qualitativa do humano.

Agamben constrói a sua teoria, partindo desta conceituação, sobre o argumento de que, nos denominados regimes de exceção, é conferido ao soberano o poder de tornar qualquer indivíduo, membro da comunidade, um *homo sacer*, ou seja, um ser destituído

121 Apenas a título ilustrativo, em medicina utiliza-se a denominação “multirresistência bacteriana” para o fenômeno de resistência de bactérias à ação de agentes microbianos, causada em grande parte pela utilização indiscriminada de antibióticos.

122 AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer I: o poder soberano e a vida nua*. Trad. Henrique Burigo. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 89.

123 *Ibidem*, p. 189.

124 *Ibidem*, p. 121.

de direitos civis, políticos, constitucionais, trabalhistas, etc., ou seja, um ser sem dignidade – o que sói acontecer com os exílios, nas ditaduras. Mas o filósofo italiano continua a sua exposição asseverando que este fenômeno, ao contrário do que se imagina, não ocorre apenas nos estados de exceção (embora neles seja mais comum), *mas em todas as circunstâncias em que o soberano se apropria do discurso da dignidade*.

O estado de exceção é uma abertura institucional para o governante (o soberano) instituir a violência pura, mediante implementação de grandes ou pequenas ações políticas, administrativas ou sociais. Da mesma maneira, o princípio da dignidade da pessoa humana, concebido apenas no aspecto formal, sem estar regido por uma ética libertária e por uma racionalidade jurídica que conduza à emancipação do ser humano, também é uma abertura institucional à violência e à desconstrução do Estado Democrático de Direito.

Se o princípio da dignidade da pessoa humana for uma norma apenas formal, vazia de conteúdo, que possa ser direcionada no sentido desejado, ensejará a manipulação linguística do conceito e o tornará fundamento para as condutas mais discrepantes. O soberano, por conseguinte, deterá um poder inimaginável pois, apelando para uma retórica de respeito à dignidade da pessoa humana, estará legitimado a cometer atrocidades para sua manutenção no poder. Não há mais sequer a necessidade de banimento do indivíduo, ou de sua transformação em um *homo sacer* – basta o redirecionamento ou o esvaziamento do conceito de dignidade. Esta é a visão pessimista que a teoria de Agamben alcança: a irracionalidade violenta em um discurso com pretensões de racionalidade, proposto mediante promessas de modernidade.

Costuma o senso comum dos juristas associar o binômio regra/princípio a autoritarismo/democracia, como se toda interpretação principiológica conduzisse a uma solução participativa, libertária e emancipatória. Esta ilação, contudo, não corresponde à realidade dos fatos, pois é possível que, em algumas hipóteses, se os princípios não forem acompanhados por uma nova racionalidade jurídica, redundem em situações execráveis, sob a ótica humanista. A importação acrítica de construções dogmáticas estrangeiras pode ser lastimável, se não vier acompanhada de uma intencionalidade explícita de desconstrução da ordem formalista vigente e implementação da justiça social.

O princípio da dignidade da pessoa humana não pode se transformar em panaceia para todos os males, banalizando-se ao ponto de perder força de convencimento, nem pode ser utilizado para manutenção de um paradigma de dominação. Os princípios devem servir para abrir e enriquecer a cadeia argumentativa, trazendo a lume questões substantivas, morais, filosóficas, históricas e sociais.

Nesta ordem de ideias, é mister destacar que o paradigma abolicionista entende que a prestação de serviços sexuais é uma forma de vilipêndio da condição humana, não podendo jamais ser considerada uma atividade comercial lícita, muito menos ter por consequência o pagamento lícito de direitos trabalhistas.

Ora, adotar este posicionamento é incluir a prostituta na categoria de *homo sacer*, ou seja, pessoa indigna de pertencer ao mundo jurídico, que deve permanecer à margem de toda normatividade. A prostituição não é um trabalho indigno porque a sexualidade é uma necessidade humana como qualquer outra – ilação à qual se resume a laicização da moral. Da mesma maneira que há necessidade de prestação de serviços para preparação de alimentos, preparação de bebidas, confecção de roupas, recolhimento de resíduos, fabricação de armas e utensílios, também há a necessidade humana de realização e satisfação pessoal através de sua sexualidade, que nem sempre pode ocorrer dentro de um relacionamento padronizado pela sociedade¹²⁵. Uma racionalidade emancipatória e uma ética libertária e humanista, que estejam à frente do princípio da dignidade da pessoa humana, iluminando-o, conduzirão, iniludivelmente, à conclusão de que deve ser reconhecido o vínculo empregatício para o labor da prostituta, caso presentes os elementos preconizados na norma consolidada.

2.2.2 Princípio do valor social do trabalho

O valor social do trabalho é um princípio fundamental constitucional da República Federativa do Brasil, insculpido no artigo 1º da Carta Magna de 1988. O princípio encontra-se em destaque em diversos dispositivos constitucionais, considerando a constitucionalização dos direitos do trabalhador, precipuamente através do artigo 7º da Carta Política, e da consideração do trabalho como mola propulsora da economia, ao lado da livre iniciativa. Dispõe, inclusive, o artigo 170 da Carta Magna, que a ordem econômica brasileira, que adotou expressamente o regime capitalista, deve ser pautada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por finalidade assegurar a todos uma existência digna,

125 Em inúmeras oportunidades, os defensores do modelo abolicionista afirmam que, ao se indagar qual profissão sonha em ter quando crescer, nenhuma criança responde que quer ser prostituta. De fato, nenhuma criança sonha em ser prostituta mas, por este mesmo argumento, nenhuma sonha também em ser empregada doméstica, lixeiro, trabalhar em uma carvoaria, trabalhar em uma mineração de ouro, mantendo contato com chumbo, trabalhar em um posto de gasolina, sendo frentista, tendo contato com benzeno, etc. E ninguém, em sã consciência, negaria que estas profissões são tão dignas quanto quaisquer outras, embora sujeitas a vicissitudes, desvalorização social e risco ambiental.

conforme os ditames da justiça social. Trata-se, pois, de uma opção do constituinte originário por um texto normativo que não contivesse apenas regras formalistas:

Nestes passos, a noção de ordem econômica e social exprime um conceito de valor e não de fato. A norma constitucional não constata, não descreve um fato complexo e também não dita conduta religiosa ou moral, mas impõe regras de cunho jurídico que devem regular a vida econômica visando às relações de produção. Formou-se um quadro “axiológico e finalístico” dentro do qual as relações de produção e as normas que a regulam devem desenvolver-se.

O Poder Constituinte não só traçou os fins que a ordem econômica deve atingir, mas, também, escolheu os princípios em que se deve basear¹²⁶.

O constituinte elegeu como modelo econômico o Estado Social, conquanto esta diretriz tenha sido atacada pelo neoliberalismo e pela nova ordem mundial, ou globalização, que arrefeceu a luta pela implementação dos direitos sociais dos trabalhadores.

A globalização enxertou nos governos locais uma ordem legal em confronto com os respectivos textos constitucionais e as regras de mercado passaram a prevalecer sobre o direito instituído. Comumente observam-se estratégias de descentralização, desformalização, deslegalização e desconstitucionalização, no intuito de fazer com que a intervenção estatal na economia ocorra no menor grau possível, o que geraria um menor risco de desmoralização do Estado diante da franca desobediência dos instrumentos regulatórios. A nova forma de trabalho humano recrudescer a exploração de mão de obra e o agravamento da pobreza. A globalização, acompanhada pela retirada do Estado da vida social, provoca direta e indiretamente uma redistribuição de renda; as desigualdades entre o capital e o trabalho se acentuam à medida em que a financeirização das empresas se expande¹²⁷.

Segundo Hannah Arendt, a vida humana pode ser ativa ou contemplativa, ou seja, pode ser tomada como ocupação, desassossego ou atividade humana fundamental, que englobaria o labor, o trabalho e a ação, ou pode ser tomada como absoluta quietude e contemplação, o não fazer¹²⁸. O sentido do labor, na conceituação de Arendt, aproxima-se da conotação bíblica do trabalho, pois o homem deve se relacionar com a natureza para sobreviver, assim como os outros animais. Sua atividade laborativa, por conseguinte, é cíclica, pois alterna

¹²⁶ OLIVEIRA, Oris de. *A exclusão de concorrência no contrato de emprego*. São Paulo: LTr, 2005, p. 23.

¹²⁷ SALAMA, Pierre. *A pobreza: exploração do trabalho na América Latina*. Trad. Emir Sader. São Paulo: Boitempo, 2002, p. 38.

¹²⁸ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 16 e ss.

indefinidamente produção e consumo, e possui a característica da futilidade, pois os bens são perecíveis, produzidos praticamente para consumo imediato, não se destinando para a posteridade. O homem, na condição de *animal laborans*, cuida da manutenção da vida e da procriação da espécie, sendo esta a sua condição mais primitiva.

Além da atividade laborativa, o homem também atua no mundo através do trabalho, que segundo o conceito de Arendt significa a fabricação de objetos destinados a um fim específico, dotados de certa durabilidade. Nesta atividade de *homo faber*, o ser humano, pelo processo de reificação, transforma a natureza em coisas e objetos, distinguindo o uso do consumo. Na lição de João Maurício Adeodato:

A reificação implica não só um rompimento mas também numa necessária violência contra a natureza e os materiais que dela retira o *homo faber*, a fim de colocar-lhes sua marca; o *animal laborans* precisa respeitar os processos naturais, interfere na natureza como parte e em comunhão com ela. Por isso mesmo, a produção de objetos não é cíclica, mas tem um começo e um fim definidos, a partir do momento em que o *homo faber* tem a ideia do objeto até quando este se materializa; daí que a fabricação não pode ser uma atividade gregária como o trabalho, é necessariamente solitária, afastada não só da cooperação mas até da companhia dos demais. A obra de arte é tida por Arendt como o produto por excelência da atividade do *homo faber*, mas aqui também se incluem, por exemplo, estas linhas, um código de leis ou um parafuso¹²⁹.

A atividade denominada de ação por Arendt envolve a interação entre os homens, sem a mediação de coisas ou objetos, que eleva a condição humana para além da necessidade da subsistência ou da fabricação de objetos. É a atividade eminentemente política, em que os atores sociais irão definir as regras do bem governar pelo discurso. Na Grécia clássica, esta era a única atividade que dignificava o homem, mas era privilégio apenas dos cidadãos, ou seja, dos homens gregos maiores de idade e proprietários de terras. Nesta atividade, o homem se torna o denominado *politikon zoon*, o animal político, com uma ação plural, interativa, irreversível e imprevisível, vez que as consequências de sua argumentação não podem ser previstas. É a atividade instável por natureza, somente adquirindo certa segurança quando exercida sob a égide da prudência.

As atividades laborais e do trabalho eram realizadas no âmbito familiar ou privado, enquanto a ação era inerente à esfera pública, havendo nítida separação entre as duas órbitas de atuação dos cidadãos gregos. O surgimento da esfera social, que não é rigorosamente

129 ADEODATO, João Maurício. *O problema da legitimidade: no rastro do pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 119-120.

nem pública e nem privada, é um fenômeno da era moderna, que coincidiu com o surgimento do Estado Nacional:

A distinção entre uma esfera de vida privada e uma esfera de vida política corresponde à existência das esferas das famílias e da política como entidades diferentes e separadas, pelo menos desde o surgimento da antiga cidade-estado; mas a ascendência da esfera social, que não era nem privada nem pública no sentido restrito do termo, é um fenômeno relativamente novo, cuja origem coincidiu com o surgimento da era moderna e que encontrou sua forma política no estado nacional¹³⁰.

Segundo Adeodato, gradativa e historicamente ocorrerão modificações nestas três dimensões filosóficas. Assim, surge uma nova esfera de atuação do homem: a esfera social, que é privada quanto ao seu conteúdo, porém pública quanto a aparecer abertamente para todos. Perde-se, portanto, a possibilidade de poder de ação, pois o valor maior, tornado público, é a dependência mútua em prol da subsistência. A ação política, nesta ordem de acontecimentos, deixa de ser imprevisível e insegura, tornando-se pautada por normas que têm por finalidade atingir determinados fins, tais como a paz, a segurança e o bem comum. Observa-se ainda a prevalência do *homo faber* sobre todos os demais aspectos da condição humana, absorvendo, inclusive, o labor, com o advento do capitalismo. A produção em massa é contínua e infinita, e o operário jamais vivencia a finalização do seu trabalho – tudo fica reduzido à condição de mercadoria para consumo rápido e efêmero, inclusive o próprio trabalho.

Nas sociedades capitalistas, a produção fetichiza o trabalho humano, que se transforma em mera atividade de uso e instrumento de dominação, estando subordinado aos interesses do capital. O princípio do valor social do trabalho, destarte, significa um resgate da condição humanizante do trabalho, que deverá ser utilizado para emancipação da consciência e não para sua alienação. O paradigma, destarte, não pode estar relacionado à manutenção da lógica capitalista prevalecente de exploração do outro.

Além do conceito filosófico sustentado por Hannah Arendt, também pode ser compreendido o trabalho em seu aspecto eminentemente econômico, na obra de Karl Marx.

Segundo Adam Smith, o que perfaz a prosperidade de uma nação não é o acúmulo de ouro e prata, mas o trabalho humano, de sorte que toda e qualquer mudança que aprimore as forças produtivas produzirão riqueza. No seu encalço, e também integrante da denominada escola clássica de economia, David Ricardo enunciara que o valor de uma

130 ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 38.

mercadoria é determinado pela quantidade de trabalho nela incorporado, ou seja, o valor é aferido pelo seu custo em trabalho. Este custo não é calculado apenas pelo trabalho imediato, mas também pelo mediato, ou seja, pelo trabalho necessário para produção das próprias máquinas que tomarão parte na produção¹³¹. Todo o processo de formação do valor, por conseguinte, pode ser decomposto a uma unidade básica: a quantidade de trabalho empregada na produção¹³².

Karl Marx se debruçará sobre os estudos de David Ricardo e apresentará uma proposta inovadora para a conceituação do trabalho, que faz desbordar o capital dos limites estritamente econômicos. Segundo o pensamento marxista, sob o contexto do capital tudo se transforma em mercadoria, inclusive e especialmente o trabalho humano, de modo que uma grande parcela da população, alijada dos meios e instrumentos de produção, somente pode assegurar a sua subsistência pela venda da única coisa de que dispõe, ou seja, sua força de trabalho. Marx aprofunda as ideias de Ricardo sobre o valor-trabalho plasmado em cada mercadoria, introduzindo o conceito de mais-valia. Porém, segundo Marx, não é a lei da oferta e procura o único fator a ser considerado na conformação do preço do trabalho – em verdade, também está embutido no preço do trabalho a força de trabalho (aptidões físicas e mentais que o obreiro coloca à disposição da produção) e o tempo necessário à sua reprodução (ou seja, o interstício mínimo de tempo suficiente para o trabalhador obter do capitalista uma cesta de bens para sua sobrevivência). Todavia, na jornada de trabalho de um operário comum, não são laboradas apenas as horas necessárias à reprodução da força de trabalho, mas um total de horas muito superior a estas – este excedente em horas é denominado de mais-valia, que é a fonte de acumulação de capital.

A mais-valia pode ser absoluta (quando ocorre o aumento da jornada de trabalho) ou relativa (quando é aumentada a produtividade no trabalho, pela sua melhor organização ou pela adoção de técnicas de produção mais eficazes). Esta, por conseguinte, é uma conceituação de trabalho com tônica eminentemente econômica.

No pensamento religioso, pode-se verificar uma verdadeira evolução do vetor axiológico do trabalho, historicamente compreendido. Indubitavelmente, no século XVI,

131 SILVA, Paulo Henrique Tavares da. *A valorização do trabalho como princípio constitucional da ordem econômica brasileira*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 39-40.

132 De acordo com a Escola Neoclássica, que surgiu no final do século XIX, especialmente apoiada nos estudos filosóficos de Jeremy Bentham, o valor de uma mercadoria não é dado pelo valor-trabalho que ela plasma, mas pela utilidade que possui para cada pessoa, o que está intrinsecamente relacionado à quantidade do bem que o indivíduo possui. Trata-se, por conseguinte, de uma conceituação de valor econômico das mercadorias pautada em um critério subjetivo. Assim como os clássicos, os neoclássicos também entendem que a lei de oferta e procura produzirá o equilíbrio em uma economia de mercado.

ocorreu uma profunda mudança quanto à percepção do trabalho e à sua valorização no contexto social. Com a Reforma Protestante de Martinho Lutero, em 1517, surgiu algo absolutamente novo em relação à tradição do cristianismo, na lição de Max Weber:

A valorização do cumprimento do dever no seio das profissões mundanas como o mais excelso conteúdo que a auto-realização moral é capaz de assumir. Isso teve por consequência inevitável a representação de uma significação religiosa do trabalho mundano de todo dia¹³³.

Assim, Lutero contrapôs a vida contemplativa monástica, afastada da realidade social, com o cumprimento dos deveres mundanos, que decorrem da posição do indivíduo na vida, conferindo a este último o papel de “vocação profissional”, cuja proeminência seria o único meio de viver na graça de Deus¹³⁴.

Constata-se, assim, uma verdadeira evolução hierárquica do trabalho no pensamento religioso, pois o cristianismo reputava o trabalho mundano como atividade moralmente indiferente (equivalente aos atos de comer e beber). A noção de vocação profissional possibilitou o aumento da significação do trabalho como expressão exterior de amor ao próximo, identificando a conduta monástica cristã com uma atitude relativamente esquivada para com os deveres do mundo¹³⁵.

Em momento posterior, já no final do século XIX, o pensamento da Igreja Católica quanto à valorização ou desprezo pelo trabalho foi profundamente modificado pela denominada questão social, resultante da Revolução Industrial, que explicitou as mazelas sociais e a pobreza extrema a que estava submetida a classe trabalhadora. Eram comuns, naquele momento histórico, o trabalho de mulheres e crianças em jornadas excedentes de 16 (dezesesseis) horas diárias, o grande número de acidentes de trabalho, além do esfacelamento das famílias e das relações sociais.

Em 1891, o Papa Leão XIII publicou a Encíclica *Rerum Novarum*, na qual foi abordada a questão social e exortada a classe burguesa para o respeito à dignidade do trabalhador. No documento, a Igreja Católica assevera que nem mesmo por ato de livre e espontânea vontade poderia o ser humano abdicar de sua condição de ser criado à imagem e semelhança de Deus, digno de respeito e de apreço pelos seus semelhantes. A igualdade

133 WEBER, Max. *A ética protestante e o “espírito” do capitalismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 72.

134 LUTERO, Martinho. À nobreza cristã da nação alemã – acerca do melhoramento do Estado cristão. In: *Pelo Evangelho de Cristo – obras selecionadas de momentos decisivos da Reforma*. Porto Alegre/ São Leopoldo: Concórdia Editora Ltda./ Editora Sinodal, 1984, p. 75-152.

135 WEBER, Max. *Op. cit.*, p. 73.

fundamental entre os homens, destarte, derivaria de sua condição originária divina. Foi criticada a ideologia burguesa de acumulação de capital e proclamado o direito a um salário justo, ao repouso, a condições de trabalho salubres e à associação dos operários nos sindicatos, além de ser repudiado o trabalho abusivo de mulheres e crianças¹³⁶. Os Papas Pio XI, Pio XII, João XXIII, Paulo VI e João Paulo II, todos sucessores de Leão XIII, continuaram a expressar a preocupação da Igreja Católica com a questão social na Encíclicas que se sucederam: *Divini Redemptoris*, *Quadragesimo Anno*, *Mater et Magistra*, *Pacem in Terris*, *Populorum Progressio*, *Octagesima Adveniens*, *Redemptor Hominis* e *Centesimus Annus*. O pensamento religioso hodierno, destarte, é de valorização do trabalho humano como instrumento da dignidade da pessoa, sendo também instrumento para subsistência dos que alienam a sua força de trabalho e suas famílias, devendo haver um respeito por um padrão de vida que assegure a cada um viver e se autorrealizar.

No Brasil, o princípio do valor social do trabalho sofreu alguns percalços ao longo de sua conformação conceitual, principalmente em decorrência da cultura escravocrata originária nas relações sociais. Sob o ponto de vista humanístico, a escravidão foi um dos fatores mais negativos para formação da cidadania plena no país, na lição de José Murilo de Carvalho:

Do ponto de vista que aqui nos interessa – a formação do cidadão -, a escravidão afetou tanto o escravo como o senhor. Se o escravo não desenvolvia a consciência de seus direitos civis, o senhor tampouco o fazia. O senhor não admitia os direitos dos escravos e exigia privilégios para si próprio. Se um estava abaixo da lei, o outro se considerava acima dela¹³⁷.

A valorização do trabalho como vetor propulsor da economia, destarte, não ocorreu com a mesma velocidade no Brasil e nos demais países de economia central, quicá devido à colonização portuguesa, que exaltava a cordialidade do homem nobre e considerava o trabalho como uma atividade típica de escravos¹³⁸. Na época da abolição da escravidão, havia muitos interesses econômicos em disputa, em especial da Inglaterra, para conquista de novos mercados consumidores, e parte do empresariado brasileiro defendeu a exaltação do vetor axiológico do trabalho, em oposição ao pensamento tradicional.

136 ALVES, Cleber Francisco. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da Igreja*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 63-65.

137 CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004, p. 45-46.

138 HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 146-151.

A tradição brasileira, destarte, é de frustração dos direitos sociais e de desvalorização cultural do trabalho. A Constituição Federal de 1988 tencionou romper com este entendimento, sobrelevando à categoria de princípio fundamental conformador o valor social do trabalho, na medida em que materializa uma opção política do constituinte originário, já no artigo primeiro da Carta Maior. Entrementes, a profusão legislativa quanto aos direitos sociais não lhes garantiu eficácia social, principalmente após as crises capitalistas do século XXI. Não resta dúvida alguma quanto à sua hierarquia normativa elevada; a questão é de concretização de direitos na realidade dos fatos, portanto.

A efetivação do princípio do valor social do trabalho perpassa, necessariamente, por uma mudança de mentalidade quanto à necessidade de fomento e de implementação de políticas públicas que assegurem o direito ao trabalho, primordialmente, insculpido no artigo 6º da Constituição Federal. Incumbe, desta sorte, ao Poder Executivo, a elaboração e concretização de políticas públicas que assegurem o pleno emprego e que priorizem o crescimento da economia com o respeito aos direitos fundamentais. No âmbito legislativo, torna-se imperiosa a idealização de normas infraconstitucionais regulamentadoras que atendam ao princípio do não retrocesso social e que não retirem do elenco de conquistas sociais da classe trabalhadora determinados direitos sociais sem uma contrapartida. Ao Poder Judiciário incumbe tarefa ainda mais árdua e ambiciosa: a de interpretação e aplicação do direito sob a égide de uma nova racionalidade jurídica, em que seja buscada a realização do ideal de justiça social. O julgador não deve mais pensar uma situação em função das categorias jurídicas abstratas ou interpretar o conteúdo das normas a partir de critérios rigorosamente lógico-formais, desprovidos de sensibilidade; muito ao revés, deve-se libertar do condicionamento da estreita legalidade e do horizonte exclusivamente retrospectivo por ela imposto¹³⁹. Para as empresas e os detentores do capital, a efetivação do valor social do trabalho implica o cumprimento das normas trabalhistas em vigor, sem descurar das normas que asseguram um meio ambiente do trabalho hígido e salutar, capaz de promover a saúde e garantir a integridade física de todos os empregados. Incumbe-lhe ainda, sob a égide da função social da propriedade e da função social da livre iniciativa, assegurar que o seu empreendimento atenda a demandas sociais prementes e não seja instrumento de exploração da mão de obra, por menor que seja a escolaridade exigida. Os demais setores da sociedade e os trabalhadores, para concretização do preceito, devem ter uma participação política ativa nas decisões comunitárias, assegurando que os valores da democracia e da solidariedade estejam sempre à frente dos valores individualistas.

139 FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 274.

No âmbito do trabalho da prostituta, especificamente, concretizar o princípio do valor social do trabalho significa reconhecer direitos trabalhistas às prostitutas, caso presente a subordinação jurídica, e também promover a implementação de políticas públicas que assegurem a prestação de serviços sexuais em condições de higiene, saúde e segurança. Implica, outrossim, reconstruir a cultura prevalecente e compreender que a atividade sexual também pode ser um trabalho, na acepção técnica do termo, que não deverá certamente ser estimulado, mas respeitado em suas condições mínimas de dignidade.

Sustentar a aplicação do princípio do valor social do trabalho para os serviços prestados na prostituição não significa fomentar ou estimular a sua prática, mas lhes assegurar a efetivação dos direitos fundamentais.

2.2.3 Princípio da cidadania

Cidadania é processo – um conceito em construção ainda nas sociedades contemporâneas, um *dever* a ser alcançado pela concretização dos direitos fundamentais.

Na lição de Thomas Marshall, a cidadania teve origem com o surgimento dos direitos civis, no século XVIII. Segundo o autor clássico, a cidadania plena compreende três elementos: o gozo dos direitos civis, dos direitos políticos e dos direitos sociais, que foram implementados nesta ordem cronológica, ao longo de três séculos, na Inglaterra, quando houve ruptura com o feudalismo medieval, na busca pela participação na sociedade. Estes elementos também foram pormenorizados, em sua delimitação conceitual:

O elemento civil é composto dos direitos necessários à liberdade individual – liberdade de ir e vir, liberdade de imprensa, pensamento e fé, o direito à propriedade e de concluir contratos válidos e o direito à justiça. Este último difere dos outros porque é o direito de defender e afirmar todos os direitos em termos de igualdade com os outros e pelo devido encaminhamento processual. Isto nos mostra que as instituições mais intimamente associadas com os direitos civis são os tribunais de justiça. Por elemento político se deve entender o direito de participar do exercício do poder político, como um membro de um organismo investido da autoridade política ou como um eleitor dos membros de tal organismo. As instituições correspondentes são o parlamento e conselhos do Governo local. O elemento social se refere a tudo o que vai desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança ao direito de participar, por completo, na herança social e levar a vida de um ser civilizado de acordo com os

padrões que prevalecem na sociedade. As instituições mais intimamente ligadas com ele são o sistema educacional e os serviços sociais¹⁴⁰.

Esta teoria, entretanto, elaborada no ano de 1950, precisou ser reconstruída para as comunidades contemporâneas. Antes, porém, da consideração do conceito hodierno de cidadania, é mister uma breve digressão histórica acerca da evolução do sentido e alcance do termo, no intuito de demonstrar que a cidadania não foi a mesma em todos os momentos históricos e não teve o mesmo significado para todas as pessoas.

O alicerce do conceito de cidadania encontra-se na estrutura da Cidade-Estado grega, especificamente em Atenas, que floresceu no período compreendido entre o século V e o século IV a.C. Segundo Aristóteles, a humanidade se dividida em duas espécies de seres. Primeiro, havia o grupo dos cidadãos, formado por pessoas do sexo masculino, que detinham o direito de propriedade sobre terras e podiam participar diretamente da tomada de decisões na vida pública, ou seja, na *polis*. Não havia, por conseguinte, a democracia representativa; o exercício do poder era direto e realizado através do discurso, ou seja, do poder de convencimento dos iguais presentes à reunião política. Ser cidadão ateniense, portanto, era privilégio de poucos; os outros, os não cidadãos, no conceito de Aristóteles, abstinham-se por completo do exercício dos direitos de cidadania, e não podiam sequer ser considerados seres humanos pois, segundo Aristóteles, fora da comunidade política só existem seres infra ou supra-humanos, ou seja, animais ou deuses.

É possível asseverar, nesta ordem de ideias, que a cidadania ateniense era limitada, restrita e baseada na regra de exclusão¹⁴¹. O contexto histórico e geográfico também merece ser considerado: a economia grega, na antiguidade clássica, era eminentemente agrícola e baseada na mão de obra escrava, havendo uma relação dialética entre o público e o privado.

A cidadania moderna, que surge conceitualmente no período histórico da Revolução Francesa, possui uma conjuntura social completamente distinta, porquanto já havia sido iniciada a Revolução Industrial, havia intensa urbanização e racionalização da mão de obra, que passou a ser assalariada. A cidadania antiga era múltipla, pois considerava o indivíduo – o cidadão – em todas as suas particularidades; já a cidadania moderna possui uma tônica universalista, pois pretende assegurar a todos, indistintamente, um patamar mínimo de direitos civis, *a priori*.

140 MARSHALL, Thomas Humprey. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967, p. 63-64.

141 RODRIGUES, José Noronha. Cidadania e direitos fundamentais. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 8, n. 8, jul./ dez. 2010, p. 181-212.

Durante o século XVIII, o iluminismo foi o combustível ideológico para a deflagração de diversos movimentos civis de ruptura com a monarquia absolutista, culminando com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Sob a influência do discurso liberal burguês, foram lançadas neste documento as bases para a conceituação contemporânea de cidadania.

Ab initio, são assegurados a todas as pessoas os direitos civis de liberdade e igualdade formal, transformando-se os súditos em cidadãos, em repúdio ao absolutismo, com a disciplina das relações jurídicas sob a égide de uma república constitucional. O modelo adotado continha uma forte conotação individualista e compreendia os direitos do cidadão, além dos direitos civis, como direitos políticos, ou seja, o direito de votar e ser votado, institutos essenciais à democracia, que se tornou então representativa e não mais direta, como na Antiguidade clássica.

Os direitos políticos, contudo, não foram estendidos a todas as pessoas, mas apenas a alguns que detinham propriedade sobre bens ou riquezas. Na lição de José Afonso da Silva:

A ideia de representação, que está na base do conceito de democracia representativa, é que produz a primeira manifestação da cidadania que qualifica os participantes da vida do Estado – o cidadão, indivíduo dotado do direito de votar e ser votado –, oposta à ideia de vassalagem tanto quanto a de soberania aparece em oposição à de suserania. Mas, ainda assim, nos primeiros tempos do Estado Liberal, o discurso jurídico reduzia a cidadania ao conjunto daqueles que adquiriam direitos políticos. Então, o cidadão era somente aquela pessoa que integrasse o corpo eleitoral. Era uma cidadania 'censitária', porque era atributo apenas de quem possuísse certos bens ou rendas¹⁴².

Em termos gerais, pode-se afirmar que são nuances do liberalismo relacionadas com o conceito de cidadão: a) em primeiro lugar, o liberalismo outorga importância à autonomia do indivíduo, com o que se fomenta a busca do interesse particular e a primazia dos direitos privados; b) em segundo lugar, pretende-se que o Estado e a comunidade não tenham nenhum tipo de intervenção na definição do que se considera uma vida boa ou digna, razão pela qual deve existir uma neutralidade ética, que deriva de uma escassa participação do cidadão nas deliberações políticas e, por derradeiro, c) deve-se considerar que

142 SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 138-139.

a sociedade onde imperam estas noções de justiça possui fronteiras delimitadas, o que repercute no conceito de comunidade política e, portanto, no significado de cidadania¹⁴³.

Em suma, a proposta de universalização do liberalismo não foi cumprida em sua essência, pois os trabalhadores estavam, como regra geral, alijados da participação política, vez que não possuíam bens ou riquezas; as mulheres, por outro lado, viviam sem independência financeira e sem direitos políticos, confinadas aos espaços domésticos e, ainda hoje, percebem remuneração inferior à dos homens, no comparativo dos cargos no mercado de trabalho. A ausência de igualdade material herdada dos liberais oitocentistas produziu sequelas trágicas para a aquisição de direitos civis e políticos por diversas camadas da população.

Esta conceituação liberal de cidadania prevaleceu historicamente até meados do século XX, até o término da Segunda Guerra Mundial, a partir do momento em que diversas nações hegemônicas observaram que havia a necessidade de implementação de direitos sociais para que fosse assegurado, a um maior número de pessoas, o mínimo existencial para uma vida digna. É neste contexto histórico que surge a conceituação de cidadania de Thomas Marshall, já transcrita anteriormente. O Estado do Bem-Estar Social, especialmente no século XX, criou políticas públicas e programas de governo no escopo de garantir direitos sociais mínimos aos cidadãos, como moradia, trabalho e previdência; entretanto, assim como no regime liberal, o direito de efetiva participação política foi retirado da maioria da população.

Mesmo na contemporaneidade é possível afirmar que ainda não foi alcançada a cidadania plena, que deriva de um processo histórico de maturação da sociedade, e não apenas da formalização legal de direitos. A cidadania, portanto, resulta do processo de distribuição do poder, das relações sociais hierárquicas, da estratificação social e do universo simbólico que forma a cultura de cada sociedade. Segundo Hannah Arendt, cidadania é o direito de ter direitos, em síntese lapidar. O exercício da cidadania se faz pelo poder¹⁴⁴, uma prerrogativa do cidadão que não pode ser alienada ou delegada, uma vez que só se efetiva com a capacidade de ação¹⁴⁵. O exercício da cidadania, de outra sorte, pressupõe uma atitude de compromisso, disponibilidade e disposição para romper com o imobilismo.

O direito de ter direitos sintetiza o direito de participar das decisões da comunidade organizada, definindo como ela será gerida. Esta participação está umbilicalmente

143 JUÁREZ, Rodrigo Santiago. La ciudadanía em el pensamiento liberal. *Revista Derechos y Libertades*, Madrid, número 21, época II, jun./2009, p. 95-116.

144 ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 213.

145 Hannah Arendt é crítica ferrenha da democracia representativa e defende um modo de governo exercido através de conselhos, como proposto pelas revoluções populares.

relacionada ao direito à educação, principal vetor de emancipação do ser humano, que lhe confere espírito crítico e cabedal de conhecimento para sair do estado de alienação. Assim,

A educação participa na vida e no crescimento da sociedade, tanto em seu destino exterior quanto em sua organização interna e em sua dimensão espiritual e, posto que o desenvolvimento social depende da consciência dos valores que regem a vida humana, existe uma estreita relação entre a história da educação e a mutação dos valores em cada sociedade. Em um período de crise de valores se ressentem a ação educadora, que acusa essa debilidade e anula a eficácia educativa¹⁴⁶.

Todos devem ser educados em uma cultura de direitos humanos que promova a pluralidade e o respeito mútuo, além de uma convivência cívica pacífica para a tolerância e o progresso social. Autoestima, responsabilidade pessoal e solidariedade são os objetivos básicos da educação voltada para a concretização de direitos fundamentais e para a formação da cidadania. A consciência dos infantes não é propriedade do Estado, nem da sociedade, nem da escola. As obrigações do Estado, da sociedade e da escola são instrumentais ao serviço da livre formação da consciência, ficando radicalmente excluída qualquer forma de imitação ou clonagem intelectual ou espiritual. A consciência como percepção de si mesmo e do seu entorno é o ponto nevrálgico de toda a formação educacional, não para formar ou modelar a consciência pelo lado de fora, mas para colocar à sua disposição todos os saberes, dados e instrumentos que lhe permitam descobrir-se a si mesma, desenvolver sua própria personalidade e decidir livremente, assumindo as responsabilidades por suas escolhas¹⁴⁷.

É preciso desenvolver atitudes e comportamentos nos alunos que permitam alcançar o objetivo de exercício e defesa de seus direitos democráticos e responsabilidades na sociedade. Insta possibilitar-lhes o conhecimento da diversidade de valores e conferir-lhes a capacidade para desempenhar um papel ativo na vida democrática, visando a construção de uma cultura de efetivação de direitos.

Destarte, é imperioso destacar que a cidadania plena ainda é um ideal a ser alcançado, somente podendo ser instrumentalizada com educação para a democracia e promoção de direitos humanos na sociedade, a fim de que cada indivíduo logre êxito no processo de emancipação de sua consciência e possa participar, ativa e politicamente, dos destinos de sua comunidade, além de ter direitos a prestações positivas por parte do Estado. No

146 JAEGER, Werner. *Paideia: los ideales de la cultura griega*. 11. ed. Madrid: S.L. Fondo de Cultura Economica de España, 1990, p. 04.

147 FERNÁNDEZ, Dionísio Llamazares. *Educación para la ciudadanía democrática y objeción de conciencia*. Madrid: Dykinson, 2008, p. 87-88.

caso do trabalho da prostituta, a concretização do princípio é de fulcral importância para que lhe possam ser deferidos os direitos trabalhistas, na qualidade de cidadã e trabalhadora de primeira categoria, como qualquer outra.

2.2.4 Direito de liberdade de escolha da profissão

A liberdade de escolha de profissão é uma norma constitucional com eficácia relativa restringível, insculpida no artigo 5º, inciso XIII, da Carta Política de 1988. Como norma de eficácia restringível, significa que, até que lei posterior discipline o exercício da atividade, estabelecendo limitações, não é possível a oposição de qualquer óbice ao exercício da garantia¹⁴⁸.

O exercício de atividades sexuais por pessoa maior de 18 (dezoito) anos, não estando viciado o seu consentimento por erro, dolo, coação, simulação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores, indubitavelmente, é trabalho. Quando a casa mantém em seus quadros prostitutas para prestação de serviços sexuais a seus clientes, não há dúvida de que o trabalho é prestado com pessoalidade e mediante remuneração. A permanência, por seu turno, é evidente, vez que a contratada exerce suas atribuições em determinados dias da semana, ou em todos, a depender da exigência de seu empregador. Quanto ao elemento da subordinação jurídica, é indene de dúvidas que o dono do prostíbulo ou empreendedor determina como devem se portar no atendimento dos clientes, como deve ser abordagem, se deve ou não ser oferecida bebida alcoólica, qual o período de tempo deve ser utilizado com cada cliente e qual o montante do seu pagamento. Tudo, enfim, caracteriza a prostituição em estabelecimento comercial como relação de emprego, existindo subordinação aos poderes de direção do empregador ou sócio do empreendimento.

Tratando-se, porém, de serviços prestados a um cliente, fora da casa de prostituição e sem permanência, não será configurado o vínculo empregatício, mas a prestação de serviços na qualidade de autônomo, razão pela qual podem surgir litígios relativos aos honorários de pagamento.

O trabalho realizado pelos profissionais do sexo, homens ou mulheres, consiste em acompanhar clientes e atender aos seus pedidos e fantasias sexuais, sem colocar

148 SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 221.

em risco a sua saúde ou a de terceiros. A Classificação Brasileira de Ocupações – CBO, instituída pela Portaria Ministerial nº 397, de 9 de outubro de 2002, do Ministério do Trabalho e Emprego, reconhece em seu código 5198-05 o denominado Profissional do Sexo - garota de programa, garoto de programa, meretriz, messalina, michê, mulher da vida, prostituta, trabalhador do sexo. A CBO tem por finalidade a identificação das ocupações no mercado de trabalho, para fins classificatórios junto aos registros administrativos e domiciliares.

Formalmente, portanto, é reconhecida a profissionalização do sexo como ocupação, denominação para a qual há discordância, por consistir, efetivamente, em trabalho, com todos os efeitos jurídicos inerentes à típica relação de trabalho autônomo ou subordinado. Como destacado pela doutrina¹⁴⁹, trabalho, ofício e profissão, termos utilizados pela norma constitucional, são conceitos distintos, estando protegidos pelo princípio da liberdade de escolha profissional, insculpido no artigo 5º, inciso XIII, da Constituição Federal.

Também não é possível olvidar a existência de diferenças marcantes entre profissão e categoria, pois enquanto aquela é espontânea, surgindo como resultante de uma convergência de fenômenos e circunstâncias, esta é estabelecida intencionalmente com uma finalidade específica, e pode se extinguir independente das profissões que a compõem, quando se exaurir a sua finalidade ou quando a sua continuidade se tornar incompatível com a realidade fática. Segundo Ronaldo Lima dos Santos,

A profissão possui um universo complexo, podendo ser dividida em partes e, por seu caráter dinâmico, possibilita a constituição de novas profissões, sua expansão ou extinção de modo natural. Já a categoria reveste-se de um caráter simples; sua configuração é estática, somente se alterando com a mudança nos critérios utilizados para a sua própria construção. [...]

Profissão tem existência natural e concreta; torna-se inerente a cada um que a exerce; qualifica o indivíduo e determina seu *modus vivendi* (alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene). Categoria tem existência artificial, absorve todos os indivíduos que se inserem nos critérios adotados pelo legislador para a caracterização de determinado círculo de pessoas (identidade, similaridade ou conexidade de interesses econômicos ou de condições de vida)¹⁵⁰.

Há que se considerar, outrossim, uma crítica à nomenclatura utilizada pela CBO – garota de programa, garoto de programa, meretriz, messalina, michê, mulher da vida,

149 SILVA NETO, Manoel Jorge e. Proteção constitucional ao trabalho da prostituta. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, n.º 36, ano XVIII, set./ 2008, p. 13-34.

150 SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Sindicatos e ações coletivas: acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 221-222.

prostituta, trabalhador do sexo. Ora, muitos dos termos, considerados lícitos e legítimos para denominação do profissional do sexo, em verdade camuflam uma visão preconceituosa e misógina quanto ao exercício da prestação de serviços sexuais, de sorte que a nomenclatura que melhor se coaduna com o exercício do trabalho e que açambarca diversas atividades, não apenas a realização de atos sexuais propriamente ditos, seria a de trabalhador(a) do sexo, e deveria ser esta a denominação a ser registrada em Carteiras de Trabalho e Previdência Social, caso solicitada, para atender tecnicamente ao dispositivo constitucional e à realidade fática dos serviços prestados.

A denominação prostituta/ prostituição possui uma relevância histórica e social, conquanto *tecnicamente* seja possível afirmar que não seja a mais adequada. Ademais, a denominação é consagrada pelo uso e é utilizada, no presente estudo, repita-se, para designação de trabalhadores do sexo, de quaisquer gêneros ou orientações sexuais.

A liberdade de profissão é um direito individual umbilicalmente relacionado às vocações e opções de cada pessoa, estando à mercê de restrições legais, exclusivamente, quando houver um interesse público que justifique a intervenção estatal. Trata-se, pois, de direito inviolável, que poderá ser submetido a uma regulamentação, segundo Pinto Ferreira:

No que tange à escolha das profissões, a liberdade é inviolável, porém é legítimo o poder de polícia para legalizar e permitir *in totum* a admissão e o exercício da profissão. Determinadas profissões exigem habilitações especiais para o seu exercício (advocacia, medicina, engenharia, etc.); outras atividades preveem condições materiais adequadas (p. ex., estabelecimentos de ensino) para seu funcionamento. Não somente as atividades liberais estão sujeitas à vigilância do poder de polícia, mas também outras, por razões de segurança pública (hospedagem, hotéis, indústrias pirotécnicas), como por motivo de saúde (produção de produtos farmacêuticos, como afinal por motivos de polícia penal, vedando a prática de crimes e contravenções). Quando o exercício de determinada atividade concerne ao interesse público, exigindo regulamentação, a parte pode recorrer à justiça, caso julgue arbitrária a regulamentação¹⁵¹.

A qualidade do trabalho não pode ser utilizada como instrumento, pelo poder público, para edição de norma inconstitucional que restrinja o direito de escolha profissional. A restrição ao direito individual, destarte, somente se justifica se pautada em interesse público e no princípio da proporcionalidade, porquanto em um Estado Democrático de Direito as pessoas são livres para escolher uma ocupação que lhes pareça proveitosa e compatível com suas aptidões.

151 FERREIRA, Luiz Pinto. *Comentários à Constituição brasileira – vol. 1*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 89.

Há que se destacar, porque oportuno, que a liberdade de escolha da profissão também envolve, primordialmente, o direito à liberdade de trabalho, consagrado no ordenamento jurídico pátrio desde o advento da Lei Áurea, em 13 de maio de 1888, e atualmente chancelado pela Emenda Constitucional n.º 81/2014 que, conquanto não tenha estabelecido o conceito de trabalho escravo, estabeleceu a possibilidade de expropriação terras para destinação à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções legais, caso se verifique a ocorrência de trabalho escravo na referida propriedade, urbana ou rural. A conceituação de trabalho escravo, por seu turno, encontra-se disciplinada no artigo 149 do Código Penal em vigor¹⁵², que contempla as formas contemporâneas de escravidão, cuja configuração fática é muito distante daquela ocorrida durante a escravidão dos séculos XVI a XIX. No âmbito internacional, impende citar ainda a existência da Convenção n.º 29 da Organização Internacional do Trabalho, que define como trabalho forçado ou obrigatório o serviço exigido sob ameaça de qualquer finalidade, sem oferecimento espontâneo de serviços pelo trabalhador, além de determinar aos países que a ratificaram a obrigatoriedade de supressão do emprego do trabalho forçado ou obrigatório, sob todas as suas formas, no mais curto prazo possível¹⁵³, e a Convenção n.º 105, também da OIT, que repudia qualquer forma de trabalho forçado ou obrigatório como meio de coerção ou de educação política, como medida disciplinar no trabalho, como punição pela participação em greve e como medida de discriminação¹⁵⁴.

O direito à escolha da profissão, sob o aspecto social, está relacionado ao direito de formação profissional, ou seja, o direito à educação, assim como tem por pressuposto o direito ao trabalho, visando ambos à melhoria das condições sociais dos trabalhadores.

Segundo José Afonso da Silva, é possível distinguir a liberdade interna, que se conceitua como livre-arbítrio, ou seja, manifestação de vontade no interior do homem, da

152 BRASIL. Código Penal. Redução a condição análoga à de escravo. Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§1º. Nas mesmas penas incorre quem:

I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

§2º. A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:

I – contra criança ou adolescente;

II – por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

153 RODRIGUES JÚNIOR, Edson Beas (Org.). *Convenções da OIT e outros instrumentos de direito internacional público e privado relevantes ao direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2013, p. 224.

154 *Ibidem*, p. 277.

liberdade externa, que consiste na expressão externa do querer individual, implicando o afastamento de obstáculos ou coações que impeçam o homem de agir livremente. Enquanto a liberdade interna é subjetiva, ou seja, é a liberdade de querer, a liberdade externa é objetiva, e se plasma materialmente como o poder de fazer tudo que se quer. Este poder, evidentemente, deve sofrer restrições pelo poder público, sob pena de esmagamento dos fracos pelos fortes e ausência de total liberdade dos primeiros¹⁵⁵.

A concepção que melhor se compatibiliza com a tese ora sustentada, de que deve ser respeitado o direito de escolha da profissão de trabalhador do sexo, é o conceito de liberdade em Jean-Paul Sartre.

2.2.4.1. Concepção de liberdade em Sartre

A existência humana, segundo Sartre, está intrinsecamente relacionada à liberdade, dentro de uma concepção ontológica do ser. Trata-se, pois, de uma condição intransponível para o homem, pois todos estão condenados a fazer escolhas, porém não existe nada que obrigue o ser humano a agir deste ou daquele modo.

O pensamento de Sartre tem por elemento-chave a negativa do predeterminismo divino. Afinal de contas, Deus não existe; logo, não existe um *script* para a vida de cada indivíduo – o homem está condenado à liberdade.

Estou condenado a existir para sempre além da minha essência, além das causas e motivos dos meus atos. Estou condenado a ser livre. Isso significa que nenhum limite da minha liberdade pode ser encontrado, exceto a liberdade em si, ou, se preferir, não somos livres para deixar de sermos livres¹⁵⁶.

E, em outra passagem, ratifica a liberdade não como um atributo, mas como existência:

O homem não pode ser algumas vezes escravo e algumas vezes livre; ele é totalmente e para sempre livre ou ele não o é¹⁵⁷.

155 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 231-232.

156 SARTRE, Jean-Paul. *O ser e o nada – ensaio de ontologia fenomenológica*. Trad. Paulo Perdiggão. 6. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1998, p. 439.

157 *Ibidem*, p. 441.

Para Sartre, a frase escorreita não é “penso, logo existo”; a frase que estabelece a ontologia humana é “escolho, logo existo”. O ser humano pode fazer todas as escolhas e assumir as responsabilidades por cada uma delas; a única escolha que o homem não pode fazer é a de deixar de ser livre. Desta sorte, os valores morais não são limites para a liberdade; pelo contrário, as escolhas devem ser feitas pelo indivíduo sempre tendo por bússola o fato de que terá de responder pelos seus atos. A escolha é absolutamente livre; os seus efeitos é que devem ser suportados pelo indivíduo. É mister destacar que o existencialismo de Sartre descarta a consciência desincorporada e as almas desencarnadas. Não contém noção algum de vida após a morte e é profundamente ateu e antimetafísico.

No conjunto do seu pensamento, conclui-se que a existência precede a essência, ou seja, o homem é um ser que se apresenta no mundo sem qualquer projeto concebido previamente por um Deus. Logo, primeiro o indivíduo existe; a sua essência será definida pelas escolhas que fará ao longo da vida, dado que será um ente num estado em que as possibilidades estão sempre irrealizadas. De acordo com Franklin Leopoldo e Silva:

Justamente porque a realidade humana consiste em existir, e que a existência é um processo, o sentido e a verdade da existência são constituídos no seu próprio curso, através da liberdade. Em outras palavras, o fato de que temos a liberdade de nos determinar a cada instante da existência não decorre que possamos vir a alcançar uma determinação completa, como se fôssemos capazes de construir aquela essência que não estava originariamente em nós. Nunca seremos inteiramente determinados, nem mesmo por nós mesmos, porque a liberdade é originária e constitutiva - e nunca poderemos deixar de ser livres. A célebre frase 'o homem está condenado a ser livre' significa que, na sucessão das escolhas pelas quais nos constituímos ao constituir nossa subjetividade, a única coisa que jamais poderemos escolher é cessar de ser livres¹⁵⁸.

A liberdade, portanto, é sempre situada, ou seja, somente é exercida em meio a circunstâncias fáticas, históricas, sociais e econômicas; nunca é uma abstração ou uma categoria metafísica. A relação entre liberdade e situação, portanto, é sempre dialética: parte da facticidade para a representação e desta para a facticidade, e assim sucessivamente. A facticidade é o conjunto de fatos, sejam sociais ou naturais, que constituem o contexto em que o indivíduo exerce a sua liberdade. São os caracteres psicológicos, biológicos, sociais, familiares, de classe social, culturais, políticos, etc. A representação, por seu turno, é a interpretação que o indivíduo confere a estes mesmos fatos, que ensejará determinadas reações

¹⁵⁸ SILVA, Franklin Leopoldo e. Sartre. In: PECORARO, Rossano (Org.). *Os filósofos: clássicos da filosofia – vol. III*. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 103-125.

positivas ou negativas ou até mesmo a sua passividade. Logo, não há fato "neutro", isento, porquanto a todo fenômeno o homem atribui uma significação. Esta significação, que está em plena consonância com a sua liberdade, tornará os fatos benéficos ou maléficos, e tornará diferentes os efeitos de um mesmo fato sobre indivíduos distintos. Ao mesmo tempo, como a significação e a interpretação nortearão a conduta do ser humano, haverá uma transformação da facticidade pela influência da subjetividade. Por esta razão o existencialismo significa a negação do determinismo: o homem pode transformar as circunstâncias do meio em que vive, seja através da interpretação da facticidade (num âmbito interno), seja através da sua conduta (no âmbito externo).

O homem possui a liberdade de escolha – o seu agir é sempre intencional. Entrementes, não existem princípios e valores prontos e acabados (estabelecidos quiçá por um ser divino) que possam guiar a escolha humana; compete ao próprio indivíduo construí-los, a fim de que possam orientar suas escolhas. Neste processo, a responsabilidade pelas consequências destas escolhas é inafastável – deste contexto origina-se a angústia. A liberdade, destarte, não é uma conquista humana, é a condição da sua própria existência:

Com efeito, sou um existente que aprende sua liberdade através de seus atos; mas sou também um existente cuja existência individual e única temporaliza-se com liberdade. [...] Assim, minha liberdade está perpetuamente em questão em meu ser; não se trata de uma qualidade sobreposta ou uma propriedade de minha natureza; é bem precisamente a textura do meu ser¹⁵⁹.

Como o homem é sempre um conjunto infinito de possibilidades, origina-se a angústia de ter de escolher, de estar fadado a optar por uma conduta ou por outra, de ser um herói ou ser um covarde¹⁶⁰, a todo tempo. A angústia, portanto, é inseparável da condição humana. Tudo é indefinido e incerto, não há um Deus para oferecer respostas e todas as possibilidades estão abertas. Em cada decisão, o homem se reinventa.

A má-fé, portanto, surge no momento em que o indivíduo pretende negar a

159 SARTRE, Jean-Paul. *O ser e o nada – ensaio de ontologia fenomenológica*. Trad. Paulo Perdigão. 6. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1998, p. 782.

160 Neste sentido, há uma passagem do livro “Existencialismo e humanismo” deveras intrigante, cuja transcrição se impõe: “Uma das críticas mais comuns sobre os ‘Caminhos da liberdade’ é esta: ‘Mas, afinal, estas pessoas são tão básicas, como você pode transformá-las em heróis?’ A objeção é realmente cômica, pois sugere que as pessoas são heróis natos; e isso, no fundo, é o que as pessoas gostariam de pensar. Se você nasceu covarde, não se preocupe, nada poderá fazer a respeito e será covarde a vida inteira, não importa o que faça; e se você nasceu herói, novamente não se preocupe, será sempre um herói, a vida inteira, comendo e bebendo heroicamente. Enquanto que o existencialismo diz que o covarde se faz covarde, o herói se faz heróico; e existe sempre a possibilidade do covarde deixar de ser covarde e do herói deixar de ser herói”. SARTRE, Jean-Paul. *Existencialism and humanism*. Trad. Philip Mairet. Londres: Methuen, 1993, p. 43. Tradução nossa.

sua liberdade e a sua responsabilidade, fingindo desempenhar um papel que representaria a sua identidade, e buscando escapar da angústia pela negação de suas decisões. No momento em que o ser humano coloca-se como produto de seu meio ambiente ou de sua genética, negando a sua liberdade, age de má-fé. Também ocorrerá a má-fé quando o indivíduo transferir para o outro o poder de tomada de suas decisões. Para Sartre, contudo, o existencialismo não é a anarquia, o caos e o escândalo; muito ao contrário, como a responsabilidade é a tônica do seu pensamento, o indivíduo deve suportar as consequências de seus atos.

Após a Segunda Guerra Mundial, e com a invasão da França pelas tropas alemãs, toda a filosofia de Sartre voltou-se para o atuar politicamente do homem e para a defesa dos ideais sociais, econômicos e humanitários. Surge então a importância do outro na sua concepção; o homem vive em meio a outros sujeitos, outras liberdades, outras individualidades. Entretanto, o outro é visto, para o observador, como um objeto, como um fenômeno, e por esta razão é compreendido como algo pronto e acabado – o que, definitivamente, o outro não é. Assim, considerando que a compreensão do outro é equivocada, vez que ele é, assim como o próprio observador, um processo, um vir a ser, surge o conflito. O outro, portanto, é essencial ao projeto do ser humano, porque é o único objeto que não pode ser compreendido como algo realizado e acabado, mas que frequentemente o é, acarretando por este motivo diversos conflitos, que são fundamentais ao crescimento e ao processo de escolhas.

A originalidade de Sartre consistiu em tentar incorporar a liberdade humana, que é o conceito-chave do existencialismo, ao materialismo histórico marxista, que entende o ser humano como produto de condições materiais e históricas. É a tentativa de conciliação, portanto, entre o subjetivismo e a liberdade, de um lado, e o determinismo econômico e histórico, de outro.

A liberdade, portanto, está no cerne da vida coletiva, presente nas relações intersubjetivas de convivência com o outro, podendo ser relativizada no caso concreto, vez que nenhum direito é absoluto. Segundo Ronaldo Lima dos Santos,

A noção de autonomia da pessoa, como ser individuado e inserido numa ordem maior (comunidade, sociedade, coletividade, família, etc.), não condiz com o ilimitado da sua esfera de liberdade, pois o homem não existe sozinho no mundo, convive em sociedade. Essa inserção da microesfera individual na macroesfera social justifica as limitações à autonomia individual em favor da proteção de interesses coletivos, observada a proporcionalidade¹⁶¹.

¹⁶¹ SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Teoria das normas coletivas*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 105.

Indubitavelmente, a liberdade sartreana se constitui no âmago do direito à liberdade de escolha da profissão. O fundamento desta prerrogativa, destarte, é o próprio direito de autodeterminação, que fará emergir consequências para toda a comunidade, pois há uma necessidade social na escolha de todas as profissões, para que possa aquela civilização florescer e se autorrealizar. Não há como negar: dentre as várias espécies de liberdade, encontra-se a liberdade de escolha de trabalho, ofício ou profissão, de acordo com a vocação de cada pessoa e na medida em que o indivíduo também opte por romper as barreiras pessoais, sociais, históricas e geográficas que se antepõem a esta escolha. Confere, igualmente, a liberdade de exercer o que foi escolhido, no sentido de que o poder público não pode constranger a pessoa a escolher outro trabalho.

É mister gizar, porque oportuno, que a liberdade de escolha deve ser compreendida no contexto de que a existência de vagas de trabalho também é condição essencial para a escolha de uma profissão, qualquer que seja a atividade econômica. Sobre este direito o próximo item se debruçará.

2.2.4.2. O direito social ao trabalho como condição para a liberdade profissional

A escolha da profissão tem por pressuposto a liberdade sartreana, porém também está submetida a circunstâncias sociais, relacionadas à remuneração, disponibilidade de vagas de trabalho e retorno pessoal e econômico que a profissão irá proporcionar. Neste diapasão, cumpre destacar que o direito ao trabalho, implícito no texto constitucional, tem um papel decisivo para direcionamento desta escolha.

Com efeito, os artigos 6º e 7º da Carta Magna de 1988 não estipulam, de modo expreso, o direito ao trabalho; entretantes, como destacado por José Afonso da Silva, o artigo 1º, inciso IV, declara que a República Federativa do Brasil tem por fundamento o valor social do trabalho; já o artigo 170 estatui que a ordem econômica encontra-se fundada na valorização do trabalho e, por derradeiro, o artigo 193 estabelece que a ordem social tem como base o primado do trabalho. Existe, portanto, um direito social ao trabalho, como condição para uma existência digna, que envolve o direito à formação profissional e o direito à própria relação de emprego, dentre outros aspectos¹⁶².

162 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 289-290.

O direito ao trabalho, evidentemente, é social e não individual. Esta afirmação significa que não é admissível, com espreque no direito ao trabalho, que o indivíduo bata às portas do Poder Judiciário exigindo a concessão de uma vaga de emprego, o que violaria o princípio da livre contratação. Não há que se cogitar da existência de um direito de crédito a uma prestação positiva. O que pode e deve ser exigido, pelos legitimados legais, é a adoção de políticas públicas pelo Estado, que assegurem o pleno emprego e garantam o desenvolvimento econômico sustentável, para que as pessoas possam ter acesso aos postos de trabalho. Impende aos poderes constituídos (Legislativo e Executivo, em destaque) a elaboração e implementação de políticas públicas que, voltadas à concretização dos direitos sociais, possam efetivar o direito ao trabalho a todas as pessoas que, livremente, queiram exercer uma profissão. Ao Poder Judiciário, por outro lado, compete, através de ações coletivas, densificar os preceitos constitucionais, estabelecendo tempo, modo e forma destas políticas públicas, quando ausente a sua realização¹⁶³.

Indubitavelmente, a constitucionalização dos direitos sociais significou a publicização das relações contratuais, anteriormente erigidas sob um autoritarismo empresarial, baseado em um individualismo orientado para a integração e colaboração a um projeto organizativo empresarial definido unilateralmente, vigiado e sancionado disciplinarmente, com aprovação do Estado. O direito ao trabalho é um ponto nevrálgico das sociedades democráticas modernas, porquanto por seu intermédio vários outros direitos sociais se concretizarão.

Os direitos sociais estarão sempre no núcleo do paradoxo entre o Estado social e a liberdade de empresa, noções que confluirão, com sentidos diametralmente opostos, na determinação do alcance e dos limites dos direitos fundamentais. No direito comparado, verifica-se que a Constituição espanhola estabeleceu, em seu artigo 35, que “todos os espanhóis têm o dever de trabalhar e o direito ao trabalho e à livre escolha de profissão ou ofício”¹⁶⁴. No artigo 15 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000 – Carta de Nice – foi reconhecido o direito de “trabalhar e de exercer uma profissão livremente escolhida ou aceita”¹⁶⁵. O direito ao trabalho, destarte, encontra-se vinculado às concepções de igualdade material e dignidade humana, com forte caráter prestacional por parte do Estado.

163 Para defesa da possibilidade de controle de políticas públicas pelo Judiciário Trabalhista, vide LACERDA, Rosângela Rodrigues Dias de. *Controle de políticas públicas na Justiça do Trabalho*. Curitiba: Editora CRV, 2012.

164 ESPANHA. *Constituição Espanhola*. Disponível em: <<http://www.boe.es/aeboe/consultas/enlaces/documentos>>. Acesso em: 01 mar. 2014.

165 UNIÃO EUROPEIA. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 18 de dezembro de 2000*. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2014.

Trabalhar é a condição de exercício de importantes prerrogativas de cidadania e a privação dessa qualidade, de maneira incorreta ou injustificada, não só implica a vulneração do direito ao trabalho, mas a dificuldade de exercício de outros importantes direitos fundamentais reconhecidos constitucionalmente ao trabalhador¹⁶⁶.

O direito social ao trabalho congloba o direito a um posto de trabalho, através da adoção de políticas públicas de fomento ao pleno emprego, e o direito à sua manutenção, continuidade ou estabilidade. No ordenamento jurídico pátrio, o entendimento majoritário entre os juristas é de que a estabilidade decenal, prevista originariamente nos artigos 477 e seguintes da norma consolidada, foi substituída pelo regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, que prevê o pagamento de uma indenização compensatória em caso de despedida sem justa causa. Em outras palavras, a doutrina e a jurisprudência trabalhistas majoritárias entendem que não existe, efetivamente, um direito à manutenção do emprego; há apenas a previsão constitucional do direito a uma indenização, caso exercido o denominado direito de rescisão unilateral pelo empregador – conquanto esta não seja a melhor interpretação do inciso I do artigo 7º da Constituição Federal¹⁶⁷.

A liberdade profissional, em síntese, está fundamentada na liberdade de escolha sartreana, repita-se, mas também está sujeita a toda uma conjuntura social e econômica que determina se existem ou não vagas de emprego ou oportunidades de trabalho para aquela determinada profissão, se o nível de remuneração desta é condigno, se existe uma formação profissional específica para exercê-la e como alcançar esta escolaridade exigida e, por fim, mas não menos importante, se existe aptidão, vocação, prazer e realização pessoal do indivíduo em exercer aquela atividade.

166 BAYLOS, Antonio. Proteção de direitos fundamentais na ordem social: o direito ao trabalho como direito constitucional. Trad. Dalton Ricoy Torres. *Revista Trabalhista Direito e Processo*, vol. X, São Paulo, Forense, p. 21-51.

167 Afirmando que advém da própria dicção do artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal, o direito à garantia de emprego efetiva, vide VALE, Sílvia Isabelle Ribeiro Teixeira do. O devido processo legal como solução para motivação na despedida. *Revista LTr*, São Paulo, ano 78, n. 05, maio/2014, p. 564-573.

2.2.4.3 A liberdade de escolha da profissão na prostituição

O direito de liberdade de escolha profissional rege as relações trabalhistas de prestação de serviços sexuais, porquanto o trabalhador tem a possibilidade de, sendo maior de 18 (dezoito) anos e não tendo a sua vontade maculada por qualquer vício de consentimento, optar livremente pela profissão e auferir remuneração pelo seu exercício.

Segundo a teoria abolicionista, nenhuma mulher ou homem, em sã consciência, escolheria o meretrício como atividade econômica, por considerar que se trata de uma profissão indigna em si mesmo, que vilipendia a qualidade de ser humano do prestador dos serviços sexuais, devendo haver, por conseguinte, uma libertação das pessoas que os realizam. Para os que sustentam esta teoria, as pessoas não escolhem a prostituição; são as circunstâncias de vida social, baixa escolaridade, pobreza e necessidade de sustento que as conduzem a este caminho.

O presente estudo sustenta que, ao contrário do quanto asseverado pela teoria abolicionista, existe liberdade na escolha da prostituição como profissão, consideradas todas as premissas filosóficas sartreanas acerca do direito de escolha e considerando, outrossim, o fato de que o homem não é consequência de um determinismo, seja divino, seja social. Cada pessoa atua em seu meio, modificando-o, ao passo em que é também modificada em sua essência pelas circunstâncias em que se encontra, sejam biológicas, sociais, educacionais, econômicas, geográficas, históricas ou políticas.

As escolhas são sempre individuais e, paradoxalmente ou logicamente, são solitárias, radicalmente solitárias. Como salienta o velho ditado indiano, parafraseado por José Ortega y Gasset, “onde quer que o homem ponha o pé, pisa sempre cem caminhos”. A vida, portanto, é permanente encruzilhada e constante perplexidade. Não há um único caminho, não há uma única escolha, não há determinismos porque o homem é a sua essência e as suas circunstâncias¹⁶⁸.

A mulher ou o homem, qualquer que seja a sua orientação sexual, pode escolher entre exercer a prostituição ou dedicar-se a outra atividade, sopesando a demanda de tempo, de trabalho, de escolaridade e de qualificação para o seu exercício, bem como o valor da remuneração pelo seu trabalho. Estas possibilidades e estes critérios também serão utilizados por outros trabalhadores, quando das suas respectivas escolhas profissionais. Destarte, uma

168 GASSET, José Ortega y. *O homem e a gente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livro Ibero-Americano, 1973, p. 83-85.

pessoa poderá escolher ser professor, por exemplo, porque esta atividade, conquanto não seja remunerada em um padrão tão elevado quanto deveria, assegurar-lhe-á imensa satisfação pessoal e realização vocacional; poderá exercer a atividade de médico, mesmo tendo ojeriza por pessoas e por doenças, porque considera que a profissão lhe ensinará *status* profissional e financeiro; poderá, ademais, escolher ser engenheiro de projetos, mas não engenheiro de obras, porque tem bastante facilidade no trato com números, mas nenhuma no trato com pessoas, e assim sucessivamente.

Existem muitas variáveis em atuação na escolha de uma atividade profissional, e nunca é demasiado frisar que sempre há a possibilidade de o indivíduo mudar de profissão, se não estiver satisfeito.

Sartre captou com agudeza a interação entre o indivíduo e seu meio, destacando que a existência humana, em uma visão externa e *a posteriori*, possui a forma de uma *espiral ascendente*, porquanto há interferência do homem no meio e, reciprocamente, interferência deste no indivíduo, que não será mais o mesmo da posição inicial – por esta razão, não se cogita de relação de linearidade, mas de conformação espiralar. O método progressivo-regressivo proposto por Sartre, portanto, num conceito genérico, é a relação dialética entre subjetividade e história.

De acordo com a concepção marxista, o indivíduo é um produto das condições sociais, históricas e econômicas do meio em que vive, sendo determinado o seu comportamento pelas condições materiais objetivas, tais como a divisão social do trabalho, as relações de produção e o seu papel na cadeia econômica. O homem, em resumo, é produto de seu meio, não possuindo capacidade e nem vontade suficientes para escapar a este determinismo.

Sartre critica o marxismo, afirmando que as condições objetivas determinam o comportamento do homem; porém, em contrapartida, o homem também faz a história, influenciando no seu meio social através de sua liberdade. Existe, portanto, uma relação dialética entre a subjetividade e a realidade concreta, não se constituindo em uma via de mão única, mas bilateral. Segundo Sartre, quaisquer que fossem os princípios gerais, o marxismo precisava respeitar a liberdade individual do homem e reconhecer circunstâncias existenciais concretas que diferem uma comunidade de outra.

Assim, a concepção progressiva-regressiva afirma que, no sentido progressivo (ou sintético, porque parte do geral para o individual), a realidade concreta exerce sua influência e domínio sobre o homem, estabelecendo premissas para o seu comportamento, numa relação que nega o determinismo absoluto, porém jamais olvida a importância fulcral

destas condições materiais sobre a individualidade. No sentido regressivo (ou analítico, porque parte do individual para o geral), o indivíduo exerce influência sobre o meio social, por causa de suas escolhas e de sua liberdade ontológica, e transforma estas condições materiais, assumindo a responsabilidade pelos seus atos. E este processo é um ir e vir dialético e ininterrupto, que deve ser visualizado como uma unidade, somente devendo ser explicado desta maneira (primeiro em um sentido e depois em outro) para melhor compreensão. As condições sociais, históricas e objetivas representam o passado, os fatos já consumados, as relações econômicas já definidas; o indivíduo é o futuro, o vir a ser, o eterno campo dos possíveis.

O sujeito se constitui a partir das relações e, conseqüentemente, das mediações que estabelece com o mundo. Situado num contexto histórico específico, o sujeito está em meio a conflitos, contradições, negações, afirmações e superações, as quais estão impressas nas suas ações cotidianas. Ao mesmo tempo, e nisto encontra-se a originalidade da concepção progressiva-regressiva de Sartre, a individualidade também exerce influência sobre a coletividade, sobre as condições objetivas de sobrevivência, porquanto através das escolhas o homem pode transformar o meio que o cerca, influenciando nas decisões políticas, na conjuntura econômica, ou ainda sendo elemento impulsionador das mudanças sociais. As condições sociais, econômicas e históricas, por conseguinte, não exercem os mesmos efeitos em todos os indivíduos, porque cada um tem o seu projeto próprio, o seu campo dos possíveis, e cada um processará estas mesmas condições de modos distintos – alguns, com maior agressividade, outros de modo mais passivo, outros de maneira mais intimista ou politizada, etc. Não há uma eliminação das forças da realidade concreta, mas diferentes efeitos em diferentes subjetividades.

A compreensão da concepção de vida progressiva-regressiva não pode ser feita sem a noção de que, embora esquematicamente se configure como um eterno vaivém, no mesmo plano, em verdade a sua visualização espacial deve ser realizada como uma *espiral ascendente*: na ida, a realidade objetiva estabelece premissas do comportamento do indivíduo e exerce influência sobre o seu cotidiano; na volta, o indivíduo também exerce influência sobre o meio, pela sua liberdade, mas não sobre aquela mesma realidade de antes, mas sobre outras condições objetivas, já transformadas por outras conjunturas econômicas e históricas e por outras subjetividades; que por seu turno retornarão a influenciá-lo em seus projetos, que já não serão mais os mesmos, e assim sucessivamente, num movimento de espiral, porque sempre ascendente e porque nunca haverá uma realidade concreta idêntica àquela do ponto de partida, nem uma individualidade idêntica à do ponto de chegada (que se transforma novamente em ponto de partida, e assim por diante). Neste mesmo sentido, assevera Sartre que "por este

motivo, uma vida desenvolve-se em espirais; ela volta a passar sempre pelos mesmos pontos mas em níveis diferentes de integração e de complexidade"¹⁶⁹.

Os sujeitos e as situações históricas podem se fazer diferentes do que são, já que estão submersos na temporalidade e na mudança. A filosofia de Sartre busca evitar reducionismos e certo conformismo com a realidade objetiva. Com base em sua teoria sobre a liberdade, é possível afirmar que existe liberdade na escolha da profissão da prostituição, assim como há liberdade de escolha em todas as demais profissões.

169 SARTRE, Jean-Paul. *Questão de método*. Trad. Rita Correia Guedes, Luiz Roberto Salinas Forte, Bento Prado Jr. Coleção Os Pensadores. 3. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987, p. 158.

3 RECONHECIMENTO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO PARA O TRABALHO DA PROSTITUTA

A tese central sustentada no presente trabalho é de que os serviços prestados pelas prostitutas, a despeito de seu caráter sexual, podem ser reconhecidos como objeto de vínculo empregatício válido e eficaz, caso presentes os demais elementos da relação de emprego, em especial a subordinação. Inicialmente, porém, torna-se imperiosa uma breve digressão acerca dos modelos jurídicos adotados para tratamento da questão, no escopo de sustentar ser o modelo laboral o que melhor se coaduna com o propósito de emancipação e de obtenção de respeito e dignidade para o trabalhador neste ramo de atividade.

3.1 Modelos jurídicos sobre a prostituição: sistema de proibição, sistema de regulamentação e sistema abolicionista

A prostituição é um fenômeno universal, cuja existência se verifica em países ocidentais e orientais, submetidos aos mais diversos regimes econômicos e que ao longo da história tem recebido diferentes tratamentos normativos. Conquanto a simplificação não seja imune a riscos e imprecisões, é possível distinguir, basicamente, quatro sistemas legais sobre a prostituição: o sistema de proibição, o sistema de regulamentação da atividade, o sistema abolicionista e o sistema laborista¹⁷⁰.

Na prática, esta classificação não é tão rígida, pois comporta inúmeras e significativas variações entre os diversos regimes jurídicos vigentes. Todos estes sistemas, por seu turno, com exceção do sistema laboral, comungam entre si da mesma condenação moral da atividade da prostituição e foram elaborados no intuito de erradicar ou controlar a indústria do sexo.

A primeira perspectiva se apoia na premissa de que a prostituição é um problema social a ser erradicado, devendo ser adotadas todas as medidas legais, inclusive penais, para sua extirpação da realidade social. A maioria dos países preocupa-se com a criminalização da própria atividade, porém poucos são aqueles que tipificam a conduta do

¹⁷⁰ WIJERS, Marjan. Delincuente, víctima, mal social o mujer trabajadora: perspectivas legales sobre la prostitución. In: OSBORNE, Raquel (Ed.). *Trabajador@s del sexo: derechos, migraciones y tráfico en el siglo XXI*. Barcelona: Edicions Bellaterra, 2004, p. 209.

cliente que se utiliza dos serviços da prostituta, com exceção da Suécia¹⁷¹. Este é o regime mais repressivo, dentre todos os que se verificam nos países ocidentais, embora os estudos indiquem que não é alcançada a sua finalidade, nem mesmo remotamente. Assim, todas as atividades relacionadas com a prostituição são proibidas, apenando-se igualmente as partes envolvidas, inclusive a prostituta, que é considerada um ser primitivo e movido por forças atávicas que a impulsionam inexoravelmente para os impulsos delinquentes. Há, portanto, um forte embasamento teórico na criminologia positivista.

Na atualidade, são poucos os países que declaram seguir este modelo; na maioria dos casos, o Estado formalmente se declara abolicionista, embora empregue técnicas de criminalização da prostituição e do seu entorno, cominando multas pesadas pela sua prática ou determinando a prisão de quem oferece tais serviços. Na França, desde 2003, a prostituição de rua é sancionada com multa de aproximadamente quatro mil euros, além de pena de até dois meses de prisão. Na Grã Bretanha, conquanto o comércio de serviços sexuais não seja em si mesmo um delito, muitas das atividades relacionadas o são, como por exemplo abordar os clientes, oferecer e negociar serviços sexuais, além de manter um prostíbulo, de sorte que a atividade das prostitutas inglesas somente pode ser exercida individualmente em seu próprio domicílio¹⁷². Segundo Alexandra Oliveira,

O proibicionismo acentuou a exposição das prostitutas a perigos vários, onde às agressões e assaltos havia que juntar as rusgas policiais. O medo da polícia que as levava presas não residia apenas na consequente perda de liberdade, com o que isso significava, nomeadamente o abandono forçado dos filhos e a humilhação. O temor da polícia também advinha das experiências de abusos policiais e da forma discricionária como estes exerciam a autoridade¹⁷³.

Como já asseverado, embora a finalidade almejada por este tipo de sistema seja a de eliminar a prostituição, não existem evidências de que tenha alcançado o seu escopo

¹⁷¹ Muito embora seja uma unanimidade entre os pesquisadores que a criminalização da denominada conduta de "compra do sexo" não tenha dissuadido os clientes, pois não se tornou uma questão de debate importante, nem um problema. Para a maioria, a decisão na hora de contratação de serviços sexuais estava relacionada a outras questões, distintas da legalidade (ÖSTERGREN, Petra; DODILLET, Susanne. Ley sueca sobre la compra de sexo: presuntos éxitos y resultados demostrables. In: ESTIARTE: Carolina Villacampa (Org.). *Prostitución: hacia la legalización?* Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 130-132).

¹⁷² SKULJ, Agustina Iglesias. La prostitución y el trabajo sexual: las relaciones entre sexualidad y género. In: ESTIARTE, Carolina Villacampa (Org.). *Prostitución: hacia la legalización?* Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 61.

¹⁷³ OLIVEIRA, Alexandra. *As vendedoras de ilusões - estudo sobre prostituição, alterne e striptease*. Lisboa: Editorial Notícias, 2004, p. 31-32. Apenas a título de esclarecimento, alterne é a atividade realizada por mulher contratada por estabelecimento noturno para fazer companhia aos clientes e estimular as suas despesas de consumo.

e, ao revés, engendra uma situação perversa de dependência da prostituta em relação a terceiras pessoas, em especial os proprietários de bordéis ou intermediários, já que não encontram nenhuma proteção legal. Em diversas oportunidades, especialmente nos países menos desenvolvidos, observa-se, ao contrário, que o sistema termina por ser extremamente lucrativo para a polícia e para alguns funcionários públicos que aceitam vantagens pecuniárias, ou serviços sexuais gratuitos, em troca da não fiscalização da legislação repressiva.

A partir da segunda metade do século XIX, a necessidade de controle de doenças venéreas, da desordem social e da indecência originaram uma regulamentação da prostituição, considerada como um mal necessário que o Estado deveria reconhecer e regular para o bem de toda a sociedade, da moral e dos bons costumes¹⁷⁴.

No início do século XX, as autoridades do governo encampam um discurso centrado na preocupação com a higiene da família, do ambiente em que ela vive, trabalha e circula, com o intuito de criar normas gerais de vida em sociedade. Há uma constante ênfase na limpeza dos prédios, no aumento da iluminação pública e na necessidade do aterro sanitário, sendo imperiosa a contratação de médicos higienistas para imposição de uma regulamentação das rotinas e dos corpos. As instituições de ensino, a Igreja, o exército e os hospitais tinham a necessidade de proteger a honestidade da família, por meio de proteção à mulher e à criança, considerados seres frágeis, delicados, assexuados, puros e que precisavam da proteção masculina.

O corpo – e tudo que diz respeito ao corpo, a alimentação, o clima, o solo – é o lugar de *Herkunft*¹⁷⁵: sobre o corpo se encontra o estigma dos acontecimentos passados do mesmo modo que dele nascem os desejos, os desfalecimentos e os erros; nele também eles se atam e se exprimem, mas nele também eles se desatam, entram na luta, se apagam uns aos outros e continuam seu insuperável conflito¹⁷⁶.

¹⁷⁴ Há um dado intrigante sobre a prática proibicionista/ sanitarista na cidade de São Paulo. Segundo Puccini, na “década de 1940, o governador Adhemar de Barros instituiu a lei de confinamento do meretrício. As prostitutas foram para as casas das ruas Aimoré e Itaboca, no Bom Retiro. ‘A Aimoré era a Amsterdã brasileira. As mulheres ficavam expostas nas vitrines, como ainda hoje se vê na cidade holandesa’, relembra o cineasta José Mojica Marins, o Zé do Caixão. Doenças como sífilis e gonorréia tinham algum controle e as prostitutas, proteção do Estado. ‘As moças eram obrigadas a fazer exames médicos semanais e as casas de tolerância eram pintadas com cores diferentes das casas de família’, conta Geraldo Francisco de Sales, professor de Geografia, boêmio à época. ‘À noite, as cortinas das casas de tolerância eram abertas e a luz vermelha, acesa: o acesso estava aberto.’ Mas o governador Lucas Nogueira Garcez, em 1953, derrubou a lei. A prostituição se espalhou para os lados da Estação da Luz, em direção à Avenida São João, Rua Vitória, Rua Aurora. A mudança do perfil da região atraiu produtoras e distribuidoras de cinema. As estações facilitavam a distribuição e as prostitutas seriam atrizes. Também surgiram as primeiras salas de cinemas pornôs da região – como os cines Jussara, Aurora e Ouro”. A revogação da lei de confinamento das prostitutas foi oriunda de uma grande movimentação das famílias católicas e de classe média alta que então residiam no Bairro da Luz. Para maiores detalhes, vide PUCCINI, Daniela Bessa. Do luxo ao lixo. *Revista dos bancários*, n. 85, dez. 2002. Disponível em: <<http://www1.spbancarios.com.br/rdbmateria.asp?c=304>>. Acesso em: 27 out. 2014.

¹⁷⁵ *Herkunft*, em alemão, pode ser traduzido como origem étnica.

¹⁷⁶ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 25. ed. São Paulo: Graal, 2012, p. 65.

Com influência da política médico-higienista da Europa do século XIX, várias cidades brasileiras adotaram um modelo de controle de condutas, especialmente destinadas ao comportamento da mulher – esposa, mãe e doméstica – base do novo modelo de família preconizado. A família espelhará na intimidade o discurso político-institucional e a ordem republicana, devendo a mulher ser “a mais extremosa das mães, a mais carinhosa das mães e creio – a experiência o confirmará – a esposa mais dedicada do mundo”¹⁷⁷.

Às mulheres estava reservada a função procriadora e de alicerce moral do lar, o que a excluiu da participação política e do mercado de trabalho. Conforme Foucault, a organização familiar assentada no complexo pais-filhos torna-se a instância primeira da medicalização dos indivíduos, respondendo aos objetivos gerais da medicina social relativos à boa saúde do corpo social. Para tanto, instaura-se uma ética privada da boa saúde (dever recíproco de pais e filhos), controlando minuciosamente a higiene¹⁷⁸.

No âmbito da família, o processo de higienização tinha início pela normatização e disciplina do espaço e tempo para brincar, trabalhar, passear, procriar, etc. A crianças e as mulheres não escaparam da sanha classificatória médica, cujo alicerce encontrava-se no discurso da identidade nacional, do progresso republicano e da construção da família saudável e útil.

As mulheres prostituídas, à época, não mais estavam à mercê da polícia, vez que a sua conduta tornara-se um indiferente penal, porém estavam agora submetidas às autoridades administrativas da vigilância sanitária. A atividade, portanto, tornou-se tolerada e regulada, mas não legalizada, vez que restrita a algumas zonas de meretrício. Pelo sistema de regulamentação da atividade, portanto, a prostituição é algo moralmente reprovável, porém impossível de erradicar da sociedade. Trata-se, pois, de um "mal necessário" ou, por vezes, inevitável. Ao mesmo tempo em que se reconhece a sua existência — porém em espaços restritos, para não colocar em risco a sociedade — são estabelecidas regras para a atividade, a fim de que não traga uma ameaça à saúde, à higiene ou à ordem pública. Apenas a título ilustrativo, em muitos países europeus foi determinado que as prostitutas deveriam ter uma identificação própria, além de poderem oferecer os serviços sexuais em determinados lugares (prostíbulos) ou bairros mais afastados da cidade. Também foram prescritos controles médicos que velavam pela saúde pública — isto é, pela saúde dos clientes e de suas esposas, não pela saúde das próprias mulheres que se prostituíam. Com a regulamentação, criou-se a categoria de prostituta e foi imposta uma relação de docilidade-utilidade sobre o corpo feminino, que servia

¹⁷⁷ FREYRE, Gilberto. As mulheres sul-americanas. *Diário de Pernambuco*. Recife, 06 jan. 1920, p. 01.

¹⁷⁸ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 25. ed. São Paulo: Graal, 2012, p. 235-242.

de lastro, e porque não dizer sustentáculo, para o puritanismo vigente. A inscrição nos registros, pois, convertia a mulher em "puta", ou mulher "pública", em contraposição à mãe de família, confinada ao âmbito privado e submetida aos cuidados domésticos.

A regulamentação, por seu turno, atendia também às necessidades masculinas, à proteção das mulheres decentes e ao pagamento de impostos, evitando assim um prejuízo público e assegurando a invisibilidade social das prostitutas. Não eram destinatárias, portanto, de direitos trabalhistas, e tampouco o Estado assumia responsabilidades em relação a suas condições laborais. Mesmo hodiernamente, muitos países, tais como França, Alemanha, Bélgica e Áustria, fazem incidir impostos sobre as atividades sexuais, conquanto se proíba formalmente o lucro obtido por estas atividades. A finalidade do modelo de regulamentação, por conseguinte, não é a de defender os interesses das prostitutas, nem tampouco protegê-las da violência ou de possíveis abusos, mas proteger a sociedade deste denominado "mal necessário".

O sistema vigente no Brasil e na maioria dos países ocidentais, entretanto, é o modelo abolicionista, que se alicerça na proibição da exploração da prostituição alheia. Segundo esta perspectiva, as prostitutas são vítimas de um sistema econômico e social que as impele para a marginalidade, e não podem ser encaradas como delinquentes ou como pessoas com desvio moral congênito.

O movimento abolicionista tem sua origem na Inglaterra, no final do século XIX, com grande projeção em todo o século XX, quando um grupo de mulheres inglesas de classe média se lança em uma cruzada moral internacional contra a regulamentação da prostituição. O vocábulo "abolicionista" está intimamente relacionado à abolição da escravidão do século XIX, pois pretendiam erradicar a escravidão sexual e o denominado "tráfico de brancas". As prostitutas, destarte, são vistas igualmente como escravas que necessitam ser libertadas, para que tomem consciência da opressão que sofrem. A abolição destas mulheres contra este mal seria realizada precisamente pela punição das denominadas "terceiras pessoas", ou seja, todas aquelas pessoas que recrutam, organizam e obtêm benefícios da prostituição; a mulher que oferece os serviços, por seu turno, não deve ser sancionada, porque é uma vítima da sociedade. A prostituição é uma violência contra a mulher e contra os direitos humanos; desta sorte, pouco importa se a sua inserção neste mercado foi voluntária ou mediante coerção, na medida em que se concebe a prostituição como algo forçado por definição intrínseca.

O posicionamento da Igreja Católica, quanto à prostituição, esteve quase sempre orientado para a teoria proibicionista e, mais recentemente, a teoria abolicionista. Com efeito, a prostituição, para o catolicismo, é sempre e intrinsecamente má, pois não se destina à procriação, mas à busca de prazeres mundanos. A Igreja Católica, entretanto, entende que as

prostitutas devem ser resgatadas da sua vida errática, não sendo defendida uma estigmatização, mas uma assistência inicial, seguida de uma capacitação que possa torná-las aptas ao exercício de outras profissões. Um bom exemplo desta política abolicionista encampada pela Igreja Católica encontra-se na Congregação de Nossa Senhora da Caridade do Bom Pastor, mais conhecida como Congregação do Bom Pastor, fundada em 1835 por Santa Maria Eufrásia Pelletier, no Convento de Angers, na França. Este movimento religioso espalhou-se por diversas cidades em todo o mundo, existindo atualmente em mais de setenta países, inclusive nas cidades portuguesas de Lisboa e do Porto, bem como em Maceió, Estado de Alagoas, Campinas, em São Paulo, e Belo Horizonte, em Minas Gerais, no Brasil¹⁷⁹. Buscam as religiosas dar assistência às prostitutas e a todas as mulheres em situação de pobreza, sempre sob a égide do princípio de que, assim como o Cristo sempre acolheu a fraqueza humana, devem todos os cristãos amar com ternura a imagem de Deus em cada pessoa. A sua missão, portanto, é a de acolhimento de jovens e mulheres, com ou sem filhos, excluídos ou em situação de risco, a fim de que possam se converter para o caminho do bem e da virtude¹⁸⁰. Não há, evidentemente, a consideração de que a prostituição é um trabalho ou, quiçá, pode fazer emergir um vínculo empregatício – a tônica, destarte, é de que as mulheres devem abandonar a prática¹⁸¹.

A perspectiva abolicionista ficou claramente refletida na Convenção Internacional para Repressão do Tráfico de Pessoas e Exploração da Prostituição, firmada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em Nova Iorque, em 02 de dezembro de 1949. Como estabelecido em seu preâmbulo, a prostituição se considera "incompatível com a dignidade e o valor da pessoa, e põe em perigo o bem-estar dos indivíduos, da família e da comunidade", ou, na dicção dos feministas mais modernos, é uma exploração sexual das mulheres e uma violação de seus direitos fundamentais¹⁸².

¹⁷⁹ Disponível em: <<http://www.bom-pastor.org>>. Acesso em: 27 out. 2014.

¹⁸⁰ O serviço das Irmãs apostólicas do Bom Pastor dirige-se particularmente a mulheres, jovens e crianças, feridas pela injustiça, marginalizadas, tais como: jovens em situação de risco, por razões sócio/familiares; mulheres e crianças vítimas de abuso; mães solteiras; mulheres vítimas do "tráfico de mulheres"; junto de famílias vulneráveis; junto de mulheres que, tendo conhecido a prostituição, desejam levar uma vida normal; junto dos "sem abrigo" e dos prisioneiros; etc.. [...] A oração é uma parte importante da vida quotidiana das Irmãs. Vivem em comunidades mais ou menos numerosas segundo as necessidades, incluindo as "comunidades de inserção" no meio dos mais carenciados. As Irmãs Contemplativas do Bom Pastor apoiam o trabalho das Irmãs apostólicas, através da sua vida silenciosa e de intensa oração. Disponível em: <<http://www.cirp.pt/index.php/institutos-religiosos/femininos/83-congregacao-do-bom-pastor-cbp>>. Acesso em: 27 out. 2014.

¹⁸¹ Há que se citar, ademais, o trabalho da Pastoral da Mulher Marginalizada – PMM, fundada na década de 1960 e que atualmente existe em mais de 46 (quarenta e seis) cidades do Brasil, também voltada para a assistência às prostitutas e demais hipóteses de marginalização da mulher, sendo desde 1987 uma das Pastorais Sociais da CNBB - Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. O Secretariado Nacional, criado em 1990, tem sede em São Paulo e objetiva articular e integrar as equipes da PMM em todo o Brasil.

¹⁸² OLIVEIRA, Alexandra. *As vendedoras de ilusões - estudo sobre prostituição, alterne e striptease*. Lisboa: Editorial Notícias, 2004, p. 31-32.

Esta proteção, contudo, tem um preço: o de ser considerada a prostituta mais como um objeto do que como um sujeito de direitos. Não são iguais aos demais cidadãos, e nem são companheiras de luta; não podem adensar o debate como pessoas capazes de assumir suas atividades, julgar sua situação e formular suas próprias necessidades, demandas e perspectivas. Na verdade, são seres dignos de tutela pelo Estado, em face dos abusos sofridos e do preconceito da sociedade.

Embora teoricamente se possa distinguir a prostituição da prostituta, resulta deveras difícil entender como se pode promover o respeito às prostitutas quando a sua própria atividade laborativa é considerada ontologicamente degradante. O sistema abolicionista, supostamente, pretende proteger a prostituta da exploração de terceiros; entretanto, está impregnado pela estigmatização, marginalização e exclusão social das mulheres que fornecem serviços sexuais. Não é possível uma organização de prostitutas, para debate e crítica de sua situação formal e material, porque a legislação não favorece a que as mulheres assumam publicamente a sua profissão. Ademais, o incremento de certas condições laborais poderia ser interpretado como "promoção da atividade", e restaria submetido a sanções penais. Em verdade, tanto o modelo abolicionista quanto o de regulamentação da atividade contêm fortes cargas de moralidade e dão uma resposta satisfatória à lógica do controle da sexualidade extraconjugal.

Conquanto seja o modelo mais disseminado na atualidade entre os países ocidentais, o abolicionismo não está imune a críticas e discussões. De acordo com Chapkis¹⁸³, o aprofundamento dos debates sobre a prostituição, no campo do feminismo, a partir da década de 1980, deu origem a uma “guerra de posições” bastante hostil. Enquanto alguns setores do feminismo entendem a prostituição como a forma mais vil de escravidão sexual, outros destacam a positividade invariável do sexo, que é concebido como a origem do prazer e do poder na vida das mulheres. A prostituição, nessa perspectiva, é considerada a mais subversiva das práticas sexuais dentro da ordem social sexista.

Esse novo enfoque feminista se desenvolveu com maior expressão nos Estados Unidos e na Holanda, como resultado de articulações e parcerias múltiplas e diferenciadas entre prostitutas, *clubbers* e ativistas feministas — essas, em sua maioria, lésbicas ligadas a movimentos e entidades de homossexuais. No Brasil, este posicionamento ganha adeptos mais fortemente no final dos anos 1980, quando as prostitutas começam a se organizar politicamente, reivindicando o reconhecimento da prática enquanto um trabalho, de caráter comercial, que inclui um comprador, um vendedor e uma mercadoria a preço contratado.

¹⁸³ CHAPKIS, Wendy. *Live sex acts - women performing erotic labor*. New York: Routledge, 1997, p. 14-15.

3.2 O modelo laboral. Críticas aos sistemas tradicionais

Há aproximadamente três décadas, uma parte do movimento feminista tem revisto alguns de seus posicionamentos mais radicais acerca da prostituição, fenômeno decorrente, em grande parte, da organização das prostitutas em movimentos sociais, o que lhes confere voz e força para reivindicação de direitos. Os homens e mulheres que prestam serviços sexuais agora protagonizam uma relevante mudança na consciência de seus pares e de toda a sociedade, com o escopo de trazer para a prostituição a mesma legitimidade política, social e econômica que detém os demais trabalhadores, enfatizando o direito de decidir como devem viver e resistir à exploração de terceiros.

O movimento teve início em 02 de junho de 1975, quando um grupo de cerca de 150 (cento e cinquenta) prostitutas ocuparam a Igreja de Saint-Nizier, em Lyon, na França, em protesto contra a denominada "guerra contra o rufianismo", que costumava processar maridos e filhos de prostitutas, por se beneficiarem dos rendimentos auferidos por suas mulheres e mães. Esta era, indubitavelmente, uma guerra pautada no modelo abolicionista, que reprimia toda e qualquer conduta de terceiros que auferissem quaisquer benefícios da prostituição, ainda que de modo indireto. Além das multas, prisões e violências cometidas por autoridades públicas, muitas tabernas deixaram de alugar quartos para as trabalhadoras do sexo, em face da repressão policial.

A Igreja e a população de Lyon apoiaram a manifestação e deram proteção às prostitutas; a ocupação ganhou espaço na mídia e foi transmitida por todos os meios de comunicação, no país e no exterior, inclusive no Brasil. As mulheres exigiam que o seu trabalho fosse considerado "útil à França como qualquer outro". Uma carta foi enviada ao então presidente da França, Giscard d'Estaing.

O movimento se ampliou para outras cidades francesas, como Marselha, Montpellier, Grenoble e Paris, onde profissionais do sexo entraram em greve. Dez dias após a tomada da Igreja, em 10 de junho de 1975, as mulheres foram expulsas de Saint-Nizier pela polícia. A coragem de denunciar o preconceito, a discriminação e as arbitrariedades fez com que as prostitutas de Lyon entrassem para a história.

Em 1985 foi aprovada, pelo Comitê Internacional dos Direitos das Prostitutas, a "Carta Mundial dos Direitos das Prostitutas", sendo que o termo prostituta foi substituído, nos

finais de 1990, por trabalhador do sexo¹⁸⁴.

Neste manifesto, as prostitutas exigem que a atividade seja retirada do rol de atividades ilícitas, desde que a escolha da profissão tenha sido resultado de uma escolha adulta, individual e livre de coerção. Sob o aspecto legal, exigem que a atividade e os terceiros parceiros sejam tratados de acordo com os códigos comerciais existentes para as demais atividades econômicas, devendo ser incluídas cláusulas especiais para prevenir o abuso e a estigmatização das prostitutas (autônomas ou não).

Protestaram ainda para que fossem erradicadas leis que restringiam a sua liberdade de associação ou de viajar, dentro do mesmo país ou em países diferentes. Há um ponto nevrálgico a ser destacado: exigem que seja respeitada a vida privada das prostitutas e que lhes sejam assegurados direitos trabalhistas e previdenciários, como os demais trabalhadores. Lutam, ademais, para que não existam normas jurídicas que estabeleçam o zoneamento da cidade para a prática de suas atividades, pugnando pela liberdade de escolha de moradia e de trabalho pelas prostitutas¹⁸⁵. Exigem ainda a implementação de políticas públicas específicas e que sejam discutidas com as próprias organizações, exigindo direito de voz para a tomada de decisões políticas a respeito de sua profissão.

Todos estes novos paradigmas esfacelam a tese de que a prostituição é uma escravidão, que é uma atividade indigna de respeito e de mérito por si mesma. O modelo laboral, por conseguinte, não comunga das mesmas premissas teóricas do modelo abolicionista, e nem compreende a prostituição sob a ótica moralista. Para a perspectiva de justiça social do modelo laboral, não há nada e nem ninguém para libertar. Deste sentido não discrepa Cinara Nahra:

A ideia jesuítica, pois, de que os profissionais do sexo devem ser conscientizados para procurar outra profissão já que estão nela por necessidade pode ser válida para alguns casos, mas não universalmente. Trata-se exatamente da mesma coisa que acontece com a maioria das profissões. Há bancários que trabalham em banco porque necessitam, outros porque gostam e outros porque necessitam e gostam. O mesmo ocorre com professores, médicos, operários e todas as outras profissões. Mas os moralistas de plantão nunca pensaram em *salvar* os bancários, os médicos, os professores, enfim, todos aqueles que estão descontentes com suas profissões, exercendo-as apenas por necessidade¹⁸⁶.

¹⁸⁴ RIBEIRO, Fernando Bessa. Proibições, abolições e a imaginação de políticas inclusivas para o trabalho sexual. *Revista Bagoas*, Natal: Universidade Federal do Rio Grande do Norte, v. 02, n. 02, jan./ jun. 2008, p. 17-31.

¹⁸⁵ COMITÊ INTERNACIONAL DOS DIREITOS DAS PROSTITUTAS. *Carta Mundial pelos Direitos das Prostitutas*. Disponível em: <http://www.walnet.org/csis/groups/icpr_charter.html>. Acesso em: 05 ago. 2014.

¹⁸⁶ NAHRA, Cinara Maria Leite. *Malditas defesas morais*. Natal: Cooperativa Cultural UFRN, 1999, p. 21-22.

Em consonância com o sistema laboral, o debate deixa de questionar a moralidade dos serviços, tornando-se as condições de trabalho o seu foco prioritário. Esta perspectiva possibilita toda uma série de instrumentos para combater a violência e os abusos existentes na indústria do sexo, ou seja, permite a implementação de estratégias que reconheçam com um trabalho legítimo todo aquele desempenhado por mulheres nos setores informais da economia, incluindo os serviços sexuais. A consideração do trabalho sexual como uma atividade laboral comum permitiria a utilização de uma legislação trabalhista e civil em proteção aos direitos dos prestadores de serviços¹⁸⁷.

Em uma sociedade forjada após a Revolução Industrial, o acesso à cidadania e aos serviços sociais está ligado à condição de trabalho das pessoas. Esta definição de prostituição como trabalho tem ainda a vantagem de corresponder à própria percepção que têm as prostitutas acerca de suas atividades, como ficou explícito no Comitê Internacional dos Direitos dos Trabalhadores do Sexo na Europa, reunido em Bruxelas (Bélgica), no ano de 2005, onde os participantes demandaram reconhecimento, auto-organização e a possibilidade de pactuar suas condições de trabalho, assim como os demais trabalhadores¹⁸⁸.

Conceber que o sexo é um trabalho implica uma ruptura com a ideia de que as mulheres devem ter uma entrega ilimitada nas relações heterossexuais. Este mito sexual patriarcal alicerça as visões tradicionais sobre a prostituição, ocultando a capacidade de decisão e de negociação das prostitutas. Talvez por causa deste entendimento seja difícil aceitar sua independência pessoal e econômica, voltando-se o imaginário popular para uma imagem distorcida da realidade, na qual as prostitutas são sempre vistas apenas como exploradas ou vítimas. Esta imagem, embora distante da realidade, é reforçada em muitos paradigmas de políticas institucionais e também pela mídia, na formação da opinião pública. Neste mesmo sentido, destaca Contardo Calligaris:

É por isso que a prostituição continua maldita, porque se funda, em tese, no escândalo que é o prazer do sexo sem amor. Em geral, quem tolera dificilmente essa ideia considera as pessoas que se prostituem como eternos menores (seja qual for sua idade), sem liberdade, sem vontade própria – apenas vítimas de cafetões, miséria e traumas de infância¹⁸⁹.

¹⁸⁷ WIJERS, Marjan. Delincuente, víctima, mal social o mujer trabajadora: perspectivas legales sobre la prostitución. In: OSBORNE, Raquel (Org.). *Trabajador@s del sexo: derechos, migraciones y tráfico en el siglo XXI*. Barcelona: Edicions Bellaterra, 2004, p. 217.

¹⁸⁸ PRECIOSO, Magdalena López; MESTRE I MESTRE, Ruth. *Trabajo sexual: reconocer derechos*. Valencia: Ediciones La Burbuja-Bocanadas, 2006, p. 103.

¹⁸⁹ CALLIGARIS, Contardo. O prazer (ainda) é um escândalo. *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 05 set. 2013, Folha Ilustrada, p. E10.

São inúmeros os casos em que o exercício da prostituição significa um *plus* na renda dos prestadores de serviços, que também exercem outras atividades. O depoimento de uma prostituta sobre as funções que desempenha e sobre a naturalidade com que presta os serviços sexuais, assim como os outros, é lapidar:

Às vezes eu trabalho como camareira de apartamentos em hotéis de quatro estrelas, porque já que eu decidi ser uma faxineira, a menos que seja em lugares melhor remunerados. A exploração do trabalho é a mesma, mas pagam mais. Eu tenho um horário e um salário fixos. Quando trabalho na prostituição, o horário sou eu que determino e não tenho salário fixo; o salário sou eu que estabeleço, eu ponho preço em meus serviços sexuais e em meu tempo. Algumas pessoas me dizem, "É que você se vende." Isto é completamente errado. Eu, simplesmente, presto uns serviços em troca de dinheiro. Todos nós empregamos o nosso tempo, porque somos pagos no fim do mês.

Tenho trabalhado em muitos lugares, em alguns me respeitam como trabalhadora e em outros, não. No trabalho sexual acontece o mesmo. Há clientes que pensam que são os patrões, aqueles que ordenam, dentro e fora da prostituição. Eu trato todos os meus clientes com respeito e, às vezes, consigo que me tratem com o mesmo respeito. Me interessa, sobretudo, que eles sejam pacíficos, tenhamos um encontro tranquilo. Trabalho sexual não é apenas um relacionamento físico, há também diálogo, comunicação... As pessoas procuram companhia porque a pior doença deste século é a solidão. Os clientes pensam em passar um período agradável e em deixar o encontro com os seus egos alimentados.

Há aqueles que, sem saber, afirmam: "É que, sendo uma prostituta, você não se sente realizada." Eu trabalhava em um navio, o *busquebus*, que faz o trajeto entre Barcelona e a Ilha de Maiorca, ida e volta, e perdoe-me, mas eu não me sentia nada realizada limpando o vômito dos passageiros.

Acabo como comecei. Pensem sempre que, antes de tudo, somos pessoas e depois trabalhadoras. Trabalhadoras do sexo¹⁹⁰.

A prostituição, por conseguinte, deve ser encarada pela legislação como uma atividade econômica lícita e legítima, que produz riquezas e deve ser tutelada. É mister destacar que o modelo laboral é aplicado em alguns países, como a Holanda, porém não de maneira pura, sendo por vezes mesclado a elementos abolicionistas.

Cumpre, nesta ordem de ideias, elucidar as circunstâncias e os elementos caracterizadores da relação de emprego para o trabalho das prostitutas.

¹⁹⁰ CARRERAS, Margarita. Por qué no? In: BRIZ, Mamen; GARAIZÁBAL, Cristina (Coords.). *La prostitución a debate: por los derechos de las prostitutas*. Madrid: Talasa Ediciones, 2007, p. 154-155. Tradução nossa.

3.3 Prostituição como relação de emprego

O reconhecimento do vínculo empregatício para o trabalho da prostituta implica o abandono do modelo abolicionista, ainda tão predominante no cenário jurídico pátrio, e a adoção do modelo laboral, que confere aos profissionais do sexo direitos trabalhistas, civis e previdenciários, e enseja um apoderamento das supostas vítimas de seus corpos e vozes. Tecnicamente, contudo, impende abordar a questão da subordinação estrutural, que consistirá no elemento caracterizar da relação empregatícia, bem como os argumentos contrários à regulamentação da prostituição como liame obrigacional, devidamente ponderados e criticados.

3.3.1 *Em defesa da prostituição como trabalho*

O respeito ao profissional do sexo dificilmente coincide com o grau e a magnitude daquele que é dirigido e reconhecido para os demais profissionais, como médicos, engenheiros, advogados, etc., especialmente devido à constatação de que a escala de prestígio profissional geralmente coincide com uma escala de valoração moral, que se encontra baseada na concepção judaico-cristã.

A moral, tal como a compreende o homem contemporâneo, encontra-se baseada nas noções de culpa e nos ideais ascéticos de humildade, pobreza e castidade¹⁹¹. O asceta não admite qualquer predomínio dos sentidos e rechaça tudo que é humano, instintivo, primitivo e material. Tem por objetivo de vida afastar-se dos elementos que o desvinculem do mundo espiritual e o prendam aos objetivos menos nobres de satisfação do corpo material. A concepção de virtude e de moral, por conseguinte, não se coaduna com o exercício de uma profissão cuja prestação de serviços consiste basicamente na satisfação dos desejos sexuais, das mais variadas formas.

A defesa da prostituição como trabalho implica uma desconstrução do discurso moral dominante, indagando em que medida a sua escala de valores promove o desenvolvimento social, a melhoria da qualidade de vida das pessoas, a igualdade de gênero, a erradicação da marginalização, enfim, em que medida é socialmente defensável. É

191 NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da moral*. São Paulo: Brasiliense, 1987, p. 120.

imprescindível, portanto, a construção de uma nova escala de valores, de uma nova racionalidade jurídica, como já sustentado anteriormente no presente trabalho, para que o trabalho das prostitutas seja observado por uma outra ótica, menos opressiva e patriarcal.

A sutileza do discurso dominante impregna todos os aspectos da vida cotidiana, desde as relações familiares até as relações entre os Estados, de sorte que é preciso atenção acurada para evitar a repetição de fórmulas obsoletas, deixando à margem de benefícios trabalhistas pessoas que deles necessitam. No caso do trabalho sexual, esta situação se torna ainda mais delicada, pois o correto enquadramento jurídico irá definir e determinar as políticas públicas que podem ser implementadas.

Por definição, se o trabalho for compreendido como a realização de uma atividade física ou intelectual continuada, feita com habitualidade, torna-se indene de dúvidas que a prostituição é um trabalho. Entrementes, a melhor definição de trabalho é, indubitavelmente, a econômica. Ora, a sociedade capitalista divide as pessoas em apenas duas categorias, qualquer que seja a sua origem, cor, raça, credo ou orientação sexual: os que detêm os meios de produção e, por isso, oferecem vagas de emprego, e os que vendem a sua força de trabalho para sobreviver, porque não possuem os meios de produção. Neste diapasão, torna-se evidente que a prostituição é um trabalho, pois o profissional vende a sua força de trabalho em troca de remuneração ou de vantagens econômicas – o objetivo das pessoas dedicadas a esta atividade é de garantir a sua subsistência ou obter melhores condições de vida. Trabalho, em economia, é qualquer atividade que se realiza para obter recursos econômicos – assim, a atividade sexual, por autodefinição e pela lógica de mercado, deve ser considerada um trabalho.

A atividade das prostitutas sempre foi cercada por preconceitos e mitos. É lugar-comum entre a maioria das pessoas que a compra e venda de sexo é humilhante, inescrupulosa ou desprezível, e existe uma profunda crença de que a prostituição sempre foi e será para sempre um tabu. Ao mencionar a prostituição para as pessoas, o interlocutor observará que muitas vão reagir com um certo nojo, enquanto qualquer menção à legalização da prostituição é geralmente encarada com risadas, incredulidade ou até mesmo um certo choque psicológico. Há um entendimento predominante de que a prostituição simplesmente não pode ser encarada de modo sério ou ocupar uma posição social tão relevante quanto as demais ocupações profissionais¹⁹².

Parte dos doutrinadores também sustenta uma visão deturpada e parcimoniosa das prostitutas, apresentando uma visão miserável das mulheres, que são vistas como incapazes

192 WEITZER, Ronald. *Legalizing prostitution: from illicit vice to lawful business*. New York: New York University Press, 2012, p. 03. Tradução nossa.

de defender seus direitos ou de lutar com opiniões próprias. Trata-se de uma posição vitimista extrema, que simplifica os múltiplos fatores existentes e reduz toda prestação de serviços sexuais a engodos e exploração. Na maioria dos casos, as legislações que são elaboradas com base neste entendimento produzem efeitos perversos e contraproducentes, pois aumentam o valor de mercado exatamente daquilo que proíbem, ao mesmo tempo em que tornam mais vulnerável a posição das prostitutas.

Uma atividade não pode ser considerada ilícita ou criminosa apenas pelo fato de haver de uma cobrança pecuniária ou econômica pela sua realização. Ora, a prestação de serviços sexuais é um acordo entre adultos que não prejudica terceiros – não reconhecer o vínculo trabalhista significa também não reconhecer as prostitutas como titulares dos direitos do Estado do bem-estar social, ou ainda reconhecer a existência de cidadãos de segunda categoria¹⁹³.

A sociedade construiu uma imagem dicotômica da prostituta, que se apresenta entre duas figuras polarizadas: a da mulher fatal e a da vítima. A projeção masculina ora a concebe como *femme fatale*, com enorme capacidade destruidora de sedução, ora como vítima de movimentos exteriores contra os quais não há possibilidade de luta. A realidade econômica das prostitutas também é muito diversa: se por um lado há garotas de programa com vida dupla, algumas regularmente matriculadas em universidades particulares, com carros importados e roupas de grife, existem aquelas que necessitam da profissão para sobreviver, muitas vezes em condições subumanas. Sobre esta nova configuração do fato social, discorre Margareth Rago:

Mas, com certeza, dificilmente poderíamos dizer que as “trabalhadoras do sexo”, como se definem em todo o mundo, na atualidade, estejam ali forçadas pela imposição de algum cafetão cruel, ou simplesmente pela pressão de condições econômicas insuportáveis. As estatísticas recentes e inúmeras matérias jornalísticas têm registrado um crescente número de jovens, inclusive das classes médias, muitas das quais universitárias, que complementam seu orçamento com esse tipo de atividade, que lhe parece mais fácil e lucrativa¹⁹⁴.

O presente estudo, portanto, compreende que a desmistificação da imagem da prostituição, retirando toda e qualquer carga dramática ou pejorativa do seu conteúdo, em muito poderá contribuir para a concretização de direitos fundamentais e para a regularização de sua

193 PRECIOSO, Magdalena López; MESTRE I MESTRE, Ruth. *Trabajo sexual. reconocer derechos*. Valencia: Ediciones La Burbuja-Bocanadas, 2006, p. 18.

194 RAGO, Margareth. *Os prazeres da noite: prostituição e códigos da sexualidade feminina em São Paulo (1890-1930)*. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2008, p. 11.

atividade. Pretende-se, portanto, conceituar a prostituta como sujeito de direitos e obrigações em uma relação contratual que pode ser caracterizada, a depender das circunstâncias, como contrato de emprego. Algumas prostitutas estão na profissão porque querem e têm realização pessoal nos seus misteres:

Precisava de novos ventos e novos papos. Eu tinha fome de entender a complexidade de uma formação baseada em valores católicos, e por isso conversava muito. Queria fazer sexo e exercer minha sexualidade sem culpa. Queria abraçar, beijar, conhecer melhor o corpo masculino, seus desejos e fantasias. Queria ser uma mulher desejável, usar calcinhas e sutiãs vermelhos, sentir os homens em meu corpo, transar muito e nunca me faltar. Não queria casar nem viver junto com ninguém. Somente ver e sentir muitos homens me desejando¹⁹⁵.

No âmbito trabalhista, cumpre gizar ainda que sustentar a tese da nulidade do contrato e, por consequência, de ausência de direitos, significa deixar à margem da jurisdição pessoas que necessitam da proteção jurídica e que a todo momento têm os seus direitos violados devido a uma compreensão equivocada de que a sua atividade não é trabalho, mas "vadiagem". Em outras palavras, a nulidade do contrato *somente favorece o empregador*, que mantém a atividade, dele obtendo lucros, muitas vezes com exploração extorsiva dos valores auferidos, e não têm em contrapartida quaisquer deveres em face dos contratados. Ao invés da proteção do hipossuficiente, a nulidade beneficia a torpeza do dono do empreendimento, que deixa de recolher impostos, não paga as verbas trabalhistas e ainda submete seus empregados a condições de meio ambiente de trabalho insalubres.

Quanto às vicissitudes da exploração a que são submetidas as mulheres, salienta ainda Margareth Rago:

Como muitos, ambos [Robert Neumann e Albert Londres] revoltavam-se profundamente contra a extrema exploração sexual das prostitutas europeias pelos caftens, contra a intensificação do seu ritmo de trabalho, contra a maneira pela qual eram devoradas por um mecanismo vampiresco e cruel. [...]

No entanto, à percepção desolada e trágica dos jornalistas, contrapunha-se a representação que os próprios rufiões elaboraram sobre as mulheres que comandavam, como se depreende de seus depoimentos. A reificação das relações entre os sexos é aqui levada ao limite: as prostitutas se tornam capital fixo, título de renda e frequentemente são identificadas com metáforas das máquinas e do cavalo. [...]

¹⁹⁵ LEITE, Gabriela. *Filha, mãe, avó e puta: a história de uma mulher que decidiu ser prostituta*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 49.

Na lógica mercantil que permeia a relação entre os sexos, segundo essa forma de sociabilidade subterrânea, a constituição da prostituta como força de trabalho que deve produzir lucro ao proprietário, taylorizando a ativação sexual de seu corpo serializado, não é incompatível com a construção da autoimagem protetora do rufião¹⁹⁶.

É imprescindível, por conseguinte, que a relação mantida pela prostituta com o dono da casa de prostituição seja alçada à categoria de relação jurídica, e que seja descriminalizada a manutenção do próprio prostíbulo, até mesmo para evitar o abuso de poder das autoridades policiais. Segundo Gabriela Leite, fundadora da ONG¹⁹⁷ Davida, em 1992, e da grife de roupas Daspu, em 2005:

As cafetinas tinham como rotina fazer o famigerado “PP”, pagamento à polícia. Mas às vezes a Rota, uma polícia especial de São Paulo, entrava no prédio com a prerrogativa de “caçar” bandidos. Parava aqueles operários que só tinham ido ao prédio para ter uma satisfação sexual e tirava todo o dinheiro deles, chamando-os de otários para baixo¹⁹⁸.

A prostituta, indubitavelmente, ocupa um lugar no imaginário sexual dominante, representando a mulher que se entrega a todos os homens e que não pertence a nenhum, o que por vezes pode engendrar uma fantasia excitante e outras vezes uma repulsa social indisfarçável. Todos os mitos que cercam a profissão obscurecem e deformam o que ocorre na realidade e são um instrumento de controle social sobre as prostitutas e, por extensão, sobre a sexualidade feminina como um todo. Dificilmente haverá uma definição no imaginário sexual de prostituta como trabalhadora, pois a mulher que exerce atividades sexuais mediante remuneração geralmente é vista como uma categoria particular de pessoa, apartada das demais – é a mulher vil, objeto de desejo, sujeito de paixões baixas, transgressora de limites, que concita o desprezo e a repulsa. O estigma social é uma constante que acompanha todos os profissionais do sexo.

A sociedade espera que a sexualidade feminina seja menos explícita e mais controlada que a masculina; caso contrário, o preço da autodeterminação sexual será o

¹⁹⁶ RAGO, Margareth. *Os prazeres da noite: prostituição e códigos da sexualidade feminina em São Paulo (1890-1930)*. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2008, p. 308-309.

¹⁹⁷ ONG é a abreviação de organização não governamental, pessoa jurídica de direito privado, normalmente em forma de associação, criada para realização de fins específicos, em geral de assistência ou serviço social.

¹⁹⁸ LEITE, Gabriela. *Filha, mãe, avó e puta: a história de uma mulher que decidiu ser prostituta*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 56.

preconceito e a estigmatização. As prostitutas, portanto, são exemplos de mulheres que estão à margem dos códigos de conduta, muitas vezes rotuladas de perversas, viciosas, transtornadas ou enfermas. São consideradas mães desnaturadas (já que no imaginário coletivo prostituta e mãe são categorias que se excluem), não é respeitada sua vida particular (seus companheiros, maridos ou namorados são sempre considerados exploradores), são consideradas sempre manipuladas por outros e se lhes negam os mais elementares direitos. A conduta é também transgressora na medida em que são refutadas as premissas patriarcais de comportamento feminino, como a entrega ilimitada da mulher em uma relação heterossexual, não lhe sendo lícito ter poder de decisão sobre o que lhe causa prazer, mas tendo apenas a função de dar prazer ao homem. Assim:

O sexo com homens como trabalho implica uma ruptura quanto à entrega ilimitada que se pressupõe que as mulheres devem ter nas relações heterossexuais. Este mito sexual patriarcal da entrega ilimitada aos homens atua nas visões tradicionais sobre a prostituição, ocultando a capacidade de decisão e de negociação das prostitutas. Esta invisibilidade impede que possamos ver sua transgressão aos mandatos patriarcais. Talvez por isso, socialmente resulta difícil aceitar sua independência pessoal e econômica, e o imaginário popular tende a vê-las sempre exploradas por proxenetas, chegando à vitimização extrema das trabalhadoras do sexo, imagem bastante distante da situação real da maioria das prostitutas, mas que se reforça em muitos discursos e políticas institucionais e que fazem eco com frequência nos meios de comunicação¹⁹⁹.

A prostituição, tecnicamente, é um trabalho, e como tal deve ser valorizada, na forma do artigo 1º, inciso IV, da Carta Magna. Em síntese, o sexo é uma necessidade humana e biológica como qualquer outra, e o seu tratamento como tabu pela sociedade somente privilegia o esfacelamento das relações familiares e torna desprotegidos os trabalhadores, que são colocados à margem da proteção jurídica e da tutela constitucional e celetista. Em face do tema se confundem sentimentos de desprezo radical, compaixão, apoio e oposição, por isso é um assunto tão incômodo, mesmo entre os sociólogos e juristas menos conservadores²⁰⁰.

As propostas abolicionistas também reforçam o estigma ao apresentar as prostitutas como mulheres sem vontade própria para enfrentar os problemas e sempre necessitadas de uma proteção estatal específica, que as liberte da vida que foram forçadas a se

199 GARAIZÁBAL, Cristina. El estigma de la prostitución. In: BRIZ, Mamen; GARAIZÁBAL, Cristina (Coords.). *La prostitución a debate: por los derechos de las prostitutas*. Madrid: Talasa Ediciones, 2007, p. 48. Tradução nossa.

200 PHETERSON, Gail. *El prisma de la prostitución*. Trad. Rafael Heredero. Amsterdam: Amsterdam University Press, 1996, p. 80.

submeter devido a problemas econômicos, familiares ou de abuso sexual. Nem sempre os usuários dos serviços sexuais são homens prepotentes, com o intuito de dominar e de abusar das trabalhadoras – esta, definitivamente, não é a regra geral. Ordinariamente, são homens solitários, com dificuldades para manter relações sexuais e pessoais satisfatórias ou então homens que querem encontrar um momento de satisfação sexual sem maiores complicações²⁰¹.

A desvalorização do trabalho sexual também pode ser considerada uma estratégia pedagógica em relação às demais mulheres, para que sejam confrontadas com os riscos inerentes à transgressão da norma dominante. Ora, na sociedade pós-moderna, na qual as experiências sexuais são valorizadas entre as pessoas e onde se considera legítima a cobrança por serviços prestados e por atividades laborais, não há lógica em ser a atividade laborativa sexual tão fortemente desprezada. A crítica poderia até ser compreensível se fosse adotada a ideia de pecado, baseada em ideais ascetas de vida, sempre no entorno de prescrições religiosas – dos mais diferentes matizes, como por exemplo o catolicismo, o protestantismo, o judaísmo, o islamismo, o espiritismo, etc. Todavia, esta é uma objeção ideológica, não jurídica.

Se a sexualidade e o comércio, em separado, não são considerados degradantes, não há razão para considerá-los desta maneira quando estão unidos em uma mesma atividade laboral. Por outro lado, atribuir a existência da prostituição à falta de opção profissional de muitas mulheres ou ainda a necessidades financeiras é demasiado simplificado para um fenômeno social de tal magnitude e com tantas variáveis envolvidas. Existem mulheres que escolhem a prostituição por lhes parecer mais rentável; há outras que já têm um histórico familiar de prostituição e ainda aquelas que têm realmente necessidade de subsistência.

Para a presente tese, pouco importa qual o desiderato de ordem pessoal que ensejou a prostituição, desde que a pessoa seja capaz e tenha escolhido o labor mediante ato volitivo não viciado. O que importa desmistificar é o resultado desta escolha, ou seja, uma vez que esteja ocorrendo a prestação de serviços sexuais com subordinação, permanência, pessoalidade e onerosidade, não há como afastar o reconhecimento jurídico de um vínculo empregatício.

As mulheres são agentes sociais ativas, capazes de atuar politicamente, com planejamento e organização, para consecução de objetivos próprios e com alto nível de autodeterminação. Todas as medidas salvacionistas ou protecionistas alicerçadas na ideia de que algumas mulheres devem ser tratadas como incapazes ou relativamente capazes, ou que devem ser salvas de si mesmas, ou libertadas da escravidão sexual, são posições que merecem

201 GARAIZÁBAL, Cristina. El estigma de la prostitución. In: BRIZ, Mamen; GARAIZÁBAL, Cristina (Coords.). *La prostitución a debate: por los derechos de las prostitutas*. Madrid: Talasa Ediciones, 2007, p. 54.

ser reavaliadas, porquanto não enfocam o problema da garantia de direitos para estas trabalhadoras. Ademais, nenhuma destas medidas salvacionistas ou protecionistas logrou êxito, historicamente, em efetivamente erradicar a prostituição. Logo, se a prostituição existe, nada mais justo e equânime do que conferir às trabalhadoras a sua dignidade, à luz da Constituição Federal, como cidadãos de primeira grandeza, e lhes assegurar direitos trabalhistas, além dos previdenciários e civis.

Outra questão que precisa ser trazida a lume na discussão é o caráter desconstrutivo da prostituição, em relação ao sistema patriarcal. Estando inserida no sistema e dele se alimentando, não é demasiado salientar que a prostituta também exerce um papel de questionamento das perspectivas dominantes. Quando se observa quais são os instrumentos através dos quais as instituições sociais se perpetuam, é possível verificar que os elementos mais questionadores e discrepantes são precisamente aqueles aos quais está vinculada a maior estigmatização social, porque são potencialmente destruidores da estrutura formalizada. Desta sorte, a prostituição também é um destes elementos perigosos, sendo o antímodo do que as mulheres devem ser. As mulheres devem controlar sua aparência, sua conduta, sua sexualidade, o que dizem e como dizem, os lugares que frequentam e suas amizades para não serem confundidas com prostitutas ou serem como elas tratadas. Este comportamento é aprendido desde a mais tenra idade entre as meninas – e se alguma mulher viola uma norma, ainda que seja de trânsito, logo a chamam de “puta”, “vagabunda”, mesmo que sua conduta nada tenha de sexual. Como destacado por Dolores Juliano, na prostituição o rei está literalmente nu²⁰²; as trabalhadoras sexuais têm o potencial de atacar as bases sólidas da masculinidade e do controle sobre a sexualidade feminina.

A desconstrução social da imagem da prostituta, que na Antiguidade clássica era diametralmente oposta, vez que detentora de grande prestígio, decorreu da necessidade de legitimar a prole oriunda do casamento para resguardo do direito de herança, para que não ocorresse o esfacelamento do direito de propriedade.

O *empowerment paradigm*, como é denominado na doutrina norteamericana o entendimento ora esposado, entende que não existe nada de inerente no trabalho sexual que o impeça de ser objeto de um contrato regular, como outras atividades. Segundo Ronald Weitzer, trabalhadores do sexo podem adquirir uma *expertise* profissional, tino comercial, proficiência em relacionamentos com clientes, valiosas habilidades interpessoais e perspicácia para ter

202 JULIANO, Dolores. El peso de la discriminación: debates teóricos y fundamentaciones. In: OSBORNE, Raquel (Ed.). *Trabajador@as del sexo: derechos, migraciones y tráfico en el siglo XXI*. Barcelona: Edicions Bellaterra, 2004, p. 46. Tradução nossa.

controle sobre determinadas situações²⁰³. Sustenta-se que muitos problemas ocasionados pela prostituição são decorrentes, em verdade, de sua criminalização, não são intrínsecos ao próprio comércio sexual.

Na sociedade contemporânea, o que confere visibilidade, identidade e respeito a uma pessoa é o seu trabalho. Destarte, negar à prostituta o reconhecimento de sua atividade como trabalho é despojá-la da condição de titular de direitos fundamentais.

3.3.2 A subordinação e o vínculo empregatício da prostituta

A doutrina já consolidou as distinções entre relações de trabalho e relações de emprego, sendo todavia imprescindível a realização de digressões sobre a matéria para elucidação da natureza jurídica da atividade de prostituição.

A relação de trabalho é gênero do qual é espécie a relação de emprego. Toda relação de trabalho é, em sua essência, relação de labor humano, na qual há uma obrigação fundamental do contratado, de fazer, e outra fundamental do contratante, de remunerar. Toda e qualquer relação de prestação de serviços, admitida no ordenamento jurídico pátrio, é relação de trabalho, não existindo uma especificação quanto à obrigação de fazer para caracterização do vínculo jurídico²⁰⁴. Engloba, portanto, a relação de trabalho subordinado, autônomo, eventual, avulso, dentre outras figuras congêneres.

A relação de emprego configura-se quando presentes os elementos essenciais de prestação de serviços por pessoa física, com pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação.

Não há que se cogitar de vínculo trabalhista quando a prestação de serviços for realizada por pessoa jurídica, salvo nas hipóteses de fraude ao regime de emprego. Este fenômeno, mediante o qual o efetivo empregador busca eximir-se do pagamento de obrigações trabalhistas, é denominado na atualidade de "pejotização", em alusão à sigla de pessoa jurídica

203 WEITZER, Ronald. *Legalizing prostitution: from illicit vice to lawful business*. New York: New York University Press, 2012, p. 07. Tradução nossa.

204 Hannah Arendt apresentou uma síntese lapidar sobre a evolução da noção de trabalho na contemporaneidade. “A súbita e espetacular promoção do labor, da mais humilde e desprezível condição à mais estimada de todas as atividades humanas, começou quando Locke descobriu que o 'Labor' é a fonte de toda propriedade; prosseguiu quando Adam Smith afirmou que esse mesmo 'labor' era a fonte de toda riqueza; e atingiu o clímax no 'system of labour' de Marx, no qual o labor passou a ser a origem de toda a produtividade e a expressão da própria humanidade do homem”. Vide ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 263.

– PJ – e se caracteriza pela contratação formal de uma pessoa jurídica para prestação de serviços, estando porém presentes, na realidade fática, todos os elementos caracterizadores da relação de emprego.

A pessoalidade do vínculo significa que o empregado não poderá se fazer substituir por outra pessoa na prestação de serviços, ou seja, existe uma infungibilidade da obrigação quanto ao trabalhador. Além de serem prestadas por uma pessoa física, as atividades somente poderão ser prestadas pelo contratado, jamais por um terceiro. É evidente, contudo, que uma substituição eventual do trabalhador, e consentida pela parte contratante, não descaracterizará o liame empregatício.

O contrato de trabalho é concretizado mediante pagamento de remuneração, que comporta diversas modalidades de adimplemento, e não apenas em moeda. A prestação de serviços gratuitos, motivados por questões religiosas, por voluntariado ou por assistência social descaracteriza o vínculo empregatício, sendo imprescindível gizar que a simples falta de pagamento, durante relevante interstício de tempo, não demonstra a ausência de pactuação em sentido contrário. É, portanto, precipitado rejeitar a alegação de existência de contrato de trabalho, na hipótese de não pagamento de salários, sem a apreciação dos demais elementos de convicção do caso concreto.

O elemento da não eventualidade suscita inúmeras divergências doutrinárias e jurisprudenciais. De logo, cumpre destacar que a Consolidação das Leis do Trabalho expressamente não adotou a teoria da continuidade, de modo que não há a exigência de que o serviço seja prestado todos os dias da semana. Ao revés, uma pessoa contratada para laborar apenas nos finais de semana, tais como os garçons ou folguistas, não será eventual, mas empregado efetivo, com todos os direitos e deveres trabalhistas inerentes ao vínculo. A eventualidade deve ser avaliada de acordo com a finalidade do empreendimento, ou seja, de acordo com a atividade desenvolvida pelo empregador. Desta sorte, deve ser sopesada a necessidade do serviço prestado, sob o ângulo do desenvolvimento ordinário das atividades empresariais – se necessidade corriqueira, permanente ou eventual, esporádica, cujo labor do empregado, por longo período de tempo, não se justifica.

Dentre todos os elementos conformadores, contudo, o de maior relevância para caracterização da relação de emprego é a subordinação jurídica. Na dicção de Maurício Godinho Delgado:

De fato, a subordinação é que marcou a diferença específica da relação de emprego perante as tradicionais modalidades de relação de produção que já foram hegemônicas na história dos sistemas socioeconômicos ocidentais (servidão e escravidão). Será também a subordinação o elemento principal de diferenciação

entre a relação de emprego e o segundo grupo mais relevante de fórmulas de contratação de prestação de trabalho no mundo contemporâneo (as diversas modalidades de trabalho autônomo)²⁰⁵.

O contrato de trabalho gera para o empregado um *status subjectiones*, ou seja, deverá o contratado se submeter aos ditames do empregador quanto ao *modus faciendi* da sua obrigação de fazer, bem como ao tempo e lugar de sua execução. Mesmo quando se tratar de empregado com maior grau de escolaridade ou que não dependa das determinações técnicas do empregador, verifica-se a existência de subordinação jurídica, vez que não se afasta, ainda nestas hipóteses, o poder diretivo daquele que assume o risco do empreendimento. Os critérios de dependência econômica ou dependência técnica são ordinariamente rejeitados pela doutrina, sendo prevalecente o entendimento de que a subordinação do empregado é jurídica ou hierárquica. Ora, sói acontecer, em pequenos empreendimentos, que a remuneração do empregado encontra-se muito próxima dos valores obtidos a título de lucro pelo empregador, o que descaracteriza a dependência econômica; ademais, a exclusividade não é um elemento conformador do contrato de trabalho, de sorte que o sustento do trabalhador pode ser obtido por diversas fontes, e não apenas pelo vínculo empregatício. A dependência técnica, como já asseverado, em muitas oportunidades não se encontra presente na relação de emprego, porquanto o trabalhador detém conhecimento técnico ou acadêmico muito superior ao contratante, de modo que a execução do seu trabalho não é determinada *ad minuciam*, mas apenas em termos de resultados. Orlando Gomes dirimiu quaisquer controvérsias sobre o tema:

O equívoco dos que adotam critérios extrajurídicos reside exatamente no fato de se não preocuparem com a fixação do elemento característico do contrato de trabalho, mas, sim, com a qualidade da pessoa que deve ser juridicamente protegida. Evidentemente, focalizam mal a questão. Que os indivíduos economicamente fracos devem ser juridicamente tutelados, não resta a menor dúvida. Estendam-se a todos os sujeitos de contratos de atividade que necessitam dos benefícios do Direito do Trabalho, ou se lhes protejam de outro modo. Mas se não subverterem as coisas, afirmando que estão ligados por contrato de trabalho, que são empregados, somente porque esta categoria de trabalhadores está especialmente protegida e amparada.

Assim, somente o critério da subordinação jurídica, extraído de rigorosa análise da relação de emprego, pode fornecer uma orientação segura para a identificação do contrato de trabalho, e, portanto, da *condição de empregado*. Todas as vezes, por conseguinte, em que se manifesta a subordinação hierárquica numa relação jurídica que tenha por objeto o trabalho do homem, o contrato de que provém esta

²⁰⁵ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 292.

relação é desenganadamente um *contrato de trabalho*, e o trabalhador é insofismavelmente, um *empregado*²⁰⁶.

Toda esta digressão, portanto, tem por objetivo elucidar a caracterização do contrato de trabalho e de emprego, a fim de configurar a relação jurídica travada pela prostituta com a casa de prostituição.

O conceito de subordinação jurídica, contudo, tem evoluído paulatinamente desde o final do século XX, especialmente em função das mudanças tecnológicas ocorridas no período histórico. Com efeito, a noção clássica de subordinação foi modelada há quase cem anos pela doutrina e pela jurisprudência como critério de distinção entre o contrato de trabalho e os demais contratos de locação de mão de obra regulados pelas normas civis. A subordinação, destarte, foi o divisor de águas que precisamente tornou autônomo o direito do trabalho e conferiu aos que vendem a sua força de trabalho uma proteção jurídica mais abrangente e tuitiva.

Destaque-se, *ab initio*, que a noção de subordinação jurídica continua válida, porquanto os argumentos em favor de sua subsistência não se esgotaram. A uma, é imperioso afirmar que a subordinação jurídica justifica a existência do próprio direito do trabalho e é a essência dos contratos de emprego, vez que possui a função de proteção do empregado e de garantia de conquistas sociais²⁰⁷. A duas, o termo subordinação jurídica não deve ser abandonado, porque sintetiza a condição de dependência do trabalhador, em face de sua condição de assalariado. A três, por questões históricas, porquanto a subordinação demarcou a luta de classes para construção do direito laboral pátrio, tendo possuído um papel decisivo no que se convencionou chamar “um motor da luta operária”²⁰⁸. Por derradeiro, o conceito de subordinação jurídica não deve ser rechaçado porque explicita a situação de sujeição do trabalhador ao empregador, em vez de mascará-la. A subordinação jurídica confere uma clara

²⁰⁶ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. revista e atualizada de acordo com a Constituição de 1988. Atualizador: José Augusto Rodrigues Pinto. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 126.

²⁰⁷ Esta circunstância foi destacada por Thérèse Aubert-Monpeyssen, nos seguintes termos: “ainsi l'existence même d'un droit du travail, dont l'une des caractéristiques, sinon la seule, est d'être un droit de protection du salarié, constitue une atténuation de la subordination inhérente aux rapports de travail”. Em tradução nossa, entendemos que “assim, a própria existência de um direito do trabalho, cuja característica, senão a única, é o de ser um direito de proteção do trabalhador, constituindo uma atenuação da subordinação inerente aos relatos de trabalho”. Vide AUBERT-MONPEYSEN, Thérèse. *Subordination juridique et relation de travail*. Paris: CNRS, 1988, p. 87.

²⁰⁸ AUBERT-MONPEYSEN, Thérèse. *Subordination juridique et relation de travail*. Paris: CNRS, 1988, p. 87. Tradução nossa.

noção do conflito social: a questão fulcral reside na proteção ou não proteção social, vez que o contrato de emprego ainda é o mecanismo de inserção e reinserção dos excluídos²⁰⁹.

Entrementes, conquanto o conceito clássico de subordinação não deva ser abandonado, a realidade fática contemporânea trouxe uma riqueza de circunstâncias extravagantes, sobre as quais o conceito tradicional não consegue responder satisfatoriamente.

Após a Crise do Petróleo dos anos 1970, houve uma grande modificação no modo de produção dos países capitalistas centrais, especialmente na Europa e nos Estados Unidos. Pode-se afirmar que ocorreu uma verdadeira implosão do modelo taylorista-fordista, concepção sobre a qual se assentou a ideia de subordinação como hierarquia, controle, produção em massa e separação entre concepção e execução de tarefas. Embora muitos economistas apontem causas diversas e discrepantes para este fenômeno, há coincidência em alguns pontos fundamentais das análises: a) quaisquer que sejam as causas e origens da transformação organizacional, houve, de meados dos anos 1970 em diante, uma divisão importante na organização da produção e dos mercados, na economia global; b) as transformações organizacionais interagiram com a difusão da tecnologia da informação, mas não guardaram com esta uma relação de dependência e foram anteriores à proliferação da tecnologia da informação nas empresas comerciais; c) o objetivo principal das transformações organizacionais era lidar com a incerteza causada pelo ritmo das mudanças no ambiente econômico, institucional e tecnológico da empresa, aumentando a flexibilidade em produção, gerenciamento e *marketing*; d) muitas transformações organizacionais visavam redefinir os processos de trabalho e as práticas de emprego, introduzindo o modelo de “produção enxuta”, com o objetivo de economizar mão de obra mediante automação de trabalhos, eliminação de tarefas e supressão de camadas administrativas²¹⁰.

Segundo Lorena Vasconcelos Porto, a subordinação clássica pode ser identificada como

[...] a presença constante de ordens intrínsecas e específicas, com a predeterminação de um horário rígido e fixo de trabalho, como o exercício da prestação laborativa nos próprios locais da empresa, sob a vigilância e controle assíduos do empregador e de seus prepostos. A subordinação, em sua matriz clássica, corresponde à submissão do trabalhador a ordens patronais precisas, vinculantes, “capilares”, penetrantes, sobre o modo de desenvolver a sua prestação, e a controles contínuos sobre o seu respeito, além da aplicação de sanções disciplinares em caso de descumprimento. É essa a acepção clássica ou tradicional do conceito, que podemos sintetizar como a sua plena identificação

209 JAVILLIER, Jean-Claude. *Le trasformazioni del lavoro*. Milano: Fondazione Giulio Pastore/ Franco Angeli, 1999, p. 49. Tradução nossa.

210 CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 5. ed. Trad. Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 174-175.

com a ideia de uma forte heterodireção patronal dos diversos aspectos da prestação laborativa²¹¹.

Etimologicamente, a palavra deriva de *sub* (baixo) e *ordinare* (ordenar), o que, em análise generalizante, denota uma sujeição de um indivíduo perante outro. No sentido tradicional, a subordinação está estreitamente vinculada à produção das fábricas, ao controle rígido de horários e ao capitalismo típico dos séculos XIX e primeira metade do século XX.

A situação econômica e social, contudo, sofreu profundas transformações nas últimas décadas. Os grandes conglomerados fabris, que aglutinavam uma grande massa homogênea de trabalhadores, com elevado grau de solidariedade, já não mais existem hodiernamente, tendo ocorrido grandes avanços na automação industrial, robotização e telecomunicações. A maioria das pessoas dedica-se atualmente a atividades do setor terciário, com prestação de serviços em empresas localizadas em prédios comerciais, sendo ainda muito comum o teletrabalho, em galpões ou grandes salas localizados fora do espaço empresarial e normalmente situados em bairros descentralizados, para facilitar o acesso de grande número de funcionários que residem nas periferias, ou ainda no teletrabalho em domicílio, com a utilização maciça de instrumentos de telemática e de informática para realização dos serviços. As relações de trabalho como um todo e, em especial, a subordinação, transformaram-se e foram liquefeitas²¹²; entretantes, não podem ser diluídas as garantias fundamentais dos trabalhadores.

A própria exigência de qualidade dos produtos oferecidos ao mercado obriga o empregador a conceder maior autonomia a seus empregados, que indubitavelmente também possuem uma escolaridade e um *know how* muito mais elevados do que no início século XX – por uma demanda estrutural do próprio sistema capitalista. Estas modificações assinaladas anteriormente não ocorreram da mesma maneira, no mesmo grau e em todas as localidades do mundo, ou seja, não foi um fenômeno universal – por esta razão, não pode ser simplesmente desprezado ou rechaçado o conceito tradicional de subordinação, mas reconstruído.

Ao mesmo tempo em que o empregador deve conceder maior autonomia a seus empregados, para uma maior qualidade do trabalho, a sujeição não deixa de existir, pela apropriação dos frutos do seu trabalho. Em vez de obrigações de meio, o trabalhador precisa cumprir obrigações de resultado – seus horários são flexíveis, mas as metas precisam ser alcançadas, pouco importando se estará conectado em tempo integral à empresa pelo

211 PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária*. São Paulo: LTr, 2009, p. 43.

212 BAUMANN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien. São Paulo: Zahar, 2001, p. 157-158.

smartphone ou pelo tablete; a frequência é flexibilizada, e até nas sextas-feiras é possível ficar em casa para o denominado *home day work*, porém o resultado precisa ser apresentado em relatórios, que serão avaliados e que causam inevitavelmente ansiedade para o trabalhador; não há uma hierarquia rígida e nem problemas gerenciais a serem discutidos com o chefe, e é possível conversar até mesmo com o “dono” da empresa, *por e-mail*, que entretanto nenhuma solução apresentará, vez que somente está preocupado com o resultado, não com o *modus faciendi* e muito menos com as possíveis violações às normas protetivas do meio ambiente de trabalho que determinada rotina provoca. Os empregados, portanto, podem até mesmo negociar com os clientes – até um determinado teto limite. Devem ser arrojados e proativos; devem querer sempre se superar e superar os demais colegas em qualificação e vender uma autoimagem positiva – para conquistar clientes para o empregador e impulsionar o seu empreendimento, não para criarem o próprio negócio. Não devem mais ser *workaholics*, porque este traço de personalidade tornou-se obsoleto; devem ser multitarefa e ainda conciliar a vida pessoal e profissional com maestria, além de fazer exercícios físicos para estarem sempre em forma – e para evitar que os seus problemas particulares ou de saúde prejudiquem a produtividade. Segundo Lorena Vasconcelos Porto,

Características que anteriormente se faziam presentes apenas nos empregados ocupantes de cargos de direção e gerência – como a autonomia funcional, a responsabilidade e o compartilhamento dos objetivos empresariais – passam a ser exigidas de todos os trabalhadores. Dá-se, assim, maior autonomia ao empregado para o exercício e efetivação de sua prestação, inclusive para a solução dos problemas surgidos nesse processo. Mas, em contrapartida, cobra-se mais dele na fase posterior, quando são apresentados os resultados do trabalho efetuado²¹³.

Esta nova configuração das relações laborais enseja uma falsa percepção de que a subordinação não mais existe, que os trabalhadores têm plena autonomia, que hoje o gerenciamento é feito em rede e não mais em estrutura piramidal e que, portanto, não há mais que se cogitar de aplicação das normas celetistas, de resto já tão vetustas, segundo o discurso neoliberal. Em verdade, a subordinação apenas modificou a sua configuração fática, porém a exploração do trabalho alheio continua a existir, a despeito de todo o discurso pós-modernista. Na síntese de José Carlos Callegari:

²¹³ PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária*. São Paulo: LTr, 2009, p. 80.

Dessa forma – firmes no entendimento de que o trabalho explorado representa uma das essências do capitalismo, por detrás de todas as possíveis aparências tomadas por essenciais que o próprio capitalismo produz e reproduz, e que o direito nada mais faz do que revestir de aparência complexa algumas essências óbvias da realidade social – podemos afirmar que o trabalho subordinado é o trabalho explorado, bem como que a subordinação jurídica é a exploração do trabalho pelo capital²¹⁴.

No caso do trabalho da prostituta, esta exploração torna-se verdadeira espoliação, porquanto sequer é reconhecida liceidade ou juridicidade à prestação dos serviços.

É possível concluir, nesta ordem de ideias, que o poder diretivo do empregador não se extinguiu, apenas se adaptou e encontra-se cada mais presente na organização empresarial, embora menos visível. Na prática, um dos maiores instrumentos para implementação das novas formas de subordinação, mais sutis e camufladas, é precisamente a remuneração variável do empregado. A partir do instante em que o empregador estabelece um salário por produção ou institui o ganho de prêmios de produtividade, o próprio empregado interioriza na sua consciência e no seu corpo a diretriz de que deve maximizar os ganhos da empresa, comportando-se como se fosse um trabalhador autônomo.

Torna-se imperiosa, destarte, a adoção de um novo critério para caracterização da subordinação, visando reestruturá-la. Dentre as muitas teorias que procuram oferecer uma resposta às novas demandas da sociedade contemporânea, por vezes no escopo de ampliar a incidência das normas celetistas, por vezes pretendendo restringi-la, destaca-se a teoria da subordinação estrutural, oriunda do conceito de subordinação objetiva da doutrina italiana, e que no Brasil tem sido adotada por autores de escol e pela jurisprudência. Na lição de Maurício Godinho Delgado, a subordinação resultaria do fato objetivo da inserção do trabalhador na dinâmica estrutural do tomador de serviços, independente de receber ou não suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua forma de organização e funcionamento. Esta concepção visa alargar o campo de incidência da subordinação, além de conferir resposta a algumas práticas desestabilizantes e flexibilizadoras do direito do trabalho, como a terceirização²¹⁵. Assim, a subordinação não se encontra atuando sobre a pessoa do trabalhador, criando-lhe um estado de sujeição; ao revés, na medida em que a pessoa se insere no âmago da

214 CALLEGARI, José Carlos. *Uma releitura da subordinação*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP.

215 DELGADO, Maurício Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, LTr, ano 70, n. 06, jun./ 2006, p. 657-667.

estrutura empresarial, está subordinada ao seu *layout* organizacional (estaticamente) e ao seu funcionamento (dinamicamente).

Não há, por conseguinte, necessidade de recebimento de ordens diretas do empregador para configuração do vínculo empregatício, o que aumenta o número de pessoas sob a disciplina das normas trabalhistas, incrementando o rol de efetivação de direitos sociais. A subordinação, portanto, não é um *status subjectiones*; o nexó fundamental entre empregado e empregador é objetivo, relacionado à própria atividade desempenhada. Em suma, pela aplicação da teoria da subordinação estrutural, se o trabalhador estiver inserido na cadeia produtiva de bens ou de serviços de uma empresa, será um trabalhador subordinado, um empregado, independentemente de estar sujeito a controle rígido, fiscalização ou submissão ao empregador.

A subordinação estrutural é um marco de engrandecimento da cidadania, voltada para a inclusão social de muitos que se encontram à margem da proteção das normas trabalhistas. Não se pode olvidar, porque oportuno, o conceito de supersubordinação, criado por Jorge Luiz Souto Maior, nos seguintes termos:

Assim, se há uma relação de trabalho, pela qual o trabalho alheio é utilizado para o desenvolvimento de um projeto de acumulação de capital, *sem o efetivo respeito aos direitos sociais* (que servem, muitos deles, para preservação da saúde e para o convívio social e familiar), quebra-se o vínculo básico de uma sociedade sob a égide do Estado de Direito Social. O dado da exploração é o único que sobressai. É a exploração pela exploração, nada mais. Aliás, a ausência de compensação de natureza social gera uma superexploração. Juridicamente falando, a subordinação se potencializa fazendo surgir, então, a figura da superexploração²¹⁶.

Com efeito, na medida em que os direitos sociais não são diuturnamente desrespeitados – em uma situação que poderia até mesmo ser configurada como *dumping* social – origina-se uma superexploração da mão de obra, o que faz surgir a supersubordinação destes trabalhadores. Os conceitos de subordinação estrutural e de supersubordinação não se atritam; pelo contrário, se complementam, para viabilizar a compreensão de um fenômeno tão complexo quanto as relações trabalhistas, em seus mais variados matizes.

Na casa de prostituição, o labor da prostituta insere-se na dinâmica empresarial e estruturalmente deve ser compreendido como trabalho subordinado. Trata-se,

216 MAIOR, Jorge Luiz Souto. A supersubordinação. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; CANTELLI, Paula Oliveira; PORTO, Lorena Vasconcelos; NIGRI, Fernanda (Coords.). *Parassubordinação: homenagem ao Professor Márcio Túlio Viana*. São Paulo: LTr, 2011, p. 60.

efetivamente, de uma prestação de serviços inserida na cadeia produtiva do bordel, visando à obtenção de lucro e com apropriação da mais-valia.

Outrossim, é mister destacar que, mesmo para aqueles que não admitem a teoria da subordinação estrutural, é possível ainda assim configurar o vínculo empregatício, pois há a efetiva obediência de ordens por parte das prostitutas, tais como oferecer bebidas aos clientes e incentivar que sejam consumidas; muitas vezes há proibição do uso de preservativos; o modo de realização da atividade sexual e o tempo despendido com cada cliente são especificados pelo gerente do estabelecimento; o preço das variadas práticas sexuais é fixado pelo bordel; o oferecimento e tais ou quais instalações, a depender do cliente, é determinado pela organização da casa, a depender do número de quartos e sua disponibilidade, etc. Por esta razão, não há qualquer violação ao direito à intimidade do empregado ou do cliente, pelo exercício do poder diretivo do empregador, vez que as ordens são explicitadas em momento anterior à realização dos atos de sexualidade, não durante a sua prática²¹⁷.

A subordinação estrutural é um conceito que, de certo modo, não olvida a questão acerca da exploração do labor humano, pois reconhece que o valor gerado pelo trabalho está sendo direcionado para geração de riquezas de terceiros, e que os direitos sociais devem ser expandidos para alcançar também os trabalhadores que, pelo conceito tradicional de subordinação, não estariam incluídos na categoria de empregados.

3.4 O direito penal e a suposta ilicitude do objeto contratual

Um dos pontos mais sensíveis com relação à possibilidade de reconhecimento do vínculo empregatício da prostituta diz respeito à sistemática alegação de que o objeto contratual do referido vínculo seria ilícito e, por esta razão, tornar-se-ia impossível o desdobramento laboral, ou seja, o pagamento de créditos tipicamente trabalhistas, para os serviços prestados.

217 A propósito, *concessa maxima venia*, discordamos do entendimento esposado na tese de doutorado de Renato Muçouçah, no sentido de que “o poder diretivo do empregador, máxime seu poder de fiscalização, é de aplicabilidade fática quase impossível sem que se agrida, de maneira frontal e direta, o direito fundamental à intimidade tanto do trabalhador quanto do cliente da prestação sexual de serviços. Desta feita, consideramos que o trabalho do sexo somente poderá dar-se de forma *autônoma*, ao menos enquanto não houver lei específica que regulamente, de maneira pormenorizada, o trabalho sexual”. (Grifos originais). MUÇOUÇAH, Renato de Almeida Oliveira. *Trabalhadores do sexo e seu exercício profissional: um enfoque pelo prisma da ciência jurídica trabalhista*. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, p. 218.

Com efeito, é consabido que, para que um contrato seja válido, é necessário que possua agente capaz, objeto lícito e possível e forma prescrita ou não defesa em lei. No caso do vínculo empregatício da prostituta, sustenta parte da doutrina que o objeto seria ilícito e, por conseguinte, estaria impossibilitada a geração de efeitos trabalhistas.

Prima facie, é mister destacar e afirmar peremptoriamente que prostituição não é crime e nem contravenção penal. Não existe ilegalidade no exercício da prostituição, em ambiente fechado ou mediante oferecimento de préstimos sexuais na rua. O Código Penal e a Lei de Contravenções Penais não estabelecem, em nenhum dos seus artigos, que seja crime ou contravenção a prática de atos sexuais mediante pagamento, como autêntica prestação de serviços.

Entrementes, como o Brasil adota o modelo abolicionista no trato da prostituição, no qual o trabalhador sexual é considerado uma vítima que precisa ser libertada da exploração de terceiros, são tipificadas as condutas de lenocínio, rufianismo, casa de prostituição e tráfico de pessoas para prostituição, conquanto a própria prostituição, em si mesma, não seja ilícita. A legislação penal brasileira considera, pois, que o trabalhador do sexo está fora dos tipos penais enunciados nos artigos 228 a 231-A do Código Penal, cujos agentes serão sempre os que exploram a atividade econômica da prostituição.

Antes, porém, do comentário sobre cada um dos tipos penais que versam sobre o modelo abolicionista brasileiro, torna-se imperiosa uma breve digressão acerca das teorias tradicionais e contemporâneas acerca do crime, a fim de que seja elucidada a importância da tutela do bem jurídico para a mais avançada teoria hodierna do direito penal.

3.4.1 Teorias penais tradicionais

Assim como acontece em outros ramos da ciência jurídica, o direito penal passou por uma evolução sistemática e filosófica ao longo do tempo, especialmente no período histórico compreendido entre o final do século XIX e o final do século XX, com modificações por vezes radicais e intransponíveis na concepção do delito e da sua finalidade existencial, em termos de política criminal. Embora o presente estudo esteja fundamentado na teoria funcionalista de Claus Roxin, como será demonstrado no presente capítulo, torna-se imperiosa uma explanação acerca das principais teorias penais tradicionais que se constituem na base do entendimento do funcionalismo teleológico-valorativo, ainda que seja para refutar as suas

conclusões. É o que se passa a discorrer.

3.4.1.1 Teoria penal clássica

A denominada teoria clássica do delito, com forte influência do positivismo jurídico do século XIX, possuía nítidos contornos iluministas e representou, à época, um grande avanço da ciência penal, precipuamente por estabelecer o conceito de tipicidade.

A filosofia positivista científica ou naturalista, cujo apogeu foi experimentado na segunda metade do século XIX, sustentava a ideia de que as valorações filosóficas, sociológicas ou históricas consubstanciavam um conhecimento menor, em contraponto ao saber científico, único capaz de conduzir a humanidade ao progresso, em face da sua certeza e neutralidade. No âmbito jurídico, o positivismo representou uma aplicação dos métodos científicos das ciências naturais e exatas ao direito, que deveria ser enquadrado como ciência jurídica, no escopo de ser alcançada uma padronização e homogeneidade das possibilidades de construção do conhecimento.

O positivismo, portanto, visou blindar o direito da ignomínia de não ser reconhecido como conhecimento científico e procurou afastar o subjetivismo e a incerteza da aplicação da norma, especialmente a norma penal. Assim, o direito penal deveria ter por objeto de estudo exclusivamente as normas positivadas, excluídas de qualquer juízo de valor²¹⁸, e este estudo deveria estar relacionado à ação ou omissão humana e suas consequências causais.

O injusto configurava-se como a causação física de um resultado socialmente danoso, devendo ser analisada a causalidade sob o aspecto puramente objetivo e mecânico, cujas consequências poderiam ser conhecidas através da observação e da experimentação. Conquanto o crime fosse reconhecido como um fato essencialmente jurídico, devido à necessidade de prévia legislação que o estabelecesse, a ação humana foi considerada a pedra angular do crime, que deveria ser composta por três elementos: vontade, resultado e nexo de causalidade entre a vontade e a modificação do mundo exterior. Os principais expoentes da Escola Clássica, hegemônica no período compreendido entre o final do século XIX e início do século XX, são Ernst Von Beling e Franz Von Liszt, o primeiro relacionado ao positivismo lógico-normativo e o segundo ao positivismo empirista ou naturalista.

218 PUIG, Santiago Mir. Limites del normativismo em derecho penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 64, ano 15, jan./ fev. 2007, p. 197-221.

Segundo Liszt:

Acção é pois o fato que repousa sobre a vontade humana, a mudança do mundo exterior referível à vontade humana. Sem acto de vontade não há acção, não há injusto, não há crime; *cogitationis panam nemo patitur*. Mas também não há acção, não há injusto, não há crime sem uma mudança operada no mundo exterior, sem um resultado²¹⁹.

A proposta de Liszt estava francamente vinculada a uma concepção causalista de mundo, ao passo que Beling compreendia o fenômeno sob uma ótica lógico-normativa. No sistema causal-naturalista não se cogita da finalidade, ou seja, da intenção do agente no momento da ação, se dolosa ou culposa. Na ação comissiva, haveria uma modificação do mundo exterior em razão de um movimento corporal ligado à vontade humana²²⁰ – esta vontade deveria ser compreendida como verdadeira voluntariedade, pois somente seria afastada em caso de ato meramente reflexivo, inconsciente ou resultante de uma coação mecânica. Na ação omissiva (equivalente apenas a uma distensão dos músculos²²¹), a causalidade estaria configurada pela não evitação do resultado exterior, desde que esta fosse voluntária e houvesse o dever de agir.

A concepção de Beling acerca da tipicidade, incorporada à teoria clássica penal, foi baseada na concepção de tipicidade de Feuerbach, do final do século XVIII. O *Tatbestand* tornou-se, a partir de Beling, um dos elementos constitutivos do crime, ao lado da antijuridicidade e da culpabilidade, e passou a ser reconhecido com o elemento descritivo e objetivo do delito, composto por uma enunciação legal despida de componentes valorativos. Já o conceito de ilicitude foi desenvolvido por Liszt, como a “transgressão de uma norma do Estado, de um preceito proibitivo ou imperativo da ordem jurídica²²²”. Destarte, a conduta seria ilícita se houvesse a violação de uma norma legal e não estivesse presente nenhuma causa de justificação – seria um juízo de desvalor, uma contrariedade à ordem jurídica. Deve-se a Max Ernst Mayer a concepção da tipicidade como indício de antijuridicidade, de modo que toda conduta típica seria provavelmente antijurídica, salvo se ocorresse alguma exceção ou causa de justificação:

“um indício, porém nada mais que um indício da antijuridicidade. [...] Portanto, a tipicidade da conduta é um indício que nos coloca na pista para saber ou advertir que pode ser antijurídica, mas tal indício pode ser confirmado ou desmentido pelo

219 LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão – tomo I*. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C, 1899, p. 193.

220 *Ibidem*, p. 198.

221 BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal*. Trad. Sebastian Soler. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944, p. 20.

222 LISZT, Franz von. *Op. cit.*, p. 219.

contrário ou desacreditado no âmbito da antijuridicidade²²³.

A antijuridicidade é um juízo de valor, mas puramente formal, ou seja, basta haver a prova de que a conduta está prevista no tipo penal e que não há nenhuma causa que a justifique para valorá-la negativamente como antijurídica, sem precisar discutir razões ou conteúdos materiais para esta valoração.

O terceiro e único elemento subjetivo do delito foi denominado de culpabilidade, ou seja, o nexó psicológico entre o agente e o fato delituoso, localizando-se, destarte, no psiquismo do criminoso²²⁴. É corrente a afirmação, entre os penalistas, que o grande contributo da teoria clássica foi a separação entre antijuridicidade e culpabilidade. São elementos da culpabilidade, na teoria clássica, o dolo (a intenção de produzir o resultado) e a culpa (constituída pela imprudência, imperícia ou negligência). O conceito de culpabilidade, na estrutura clássica do delito, congloba todos os processos espirituais e psíquicos que, em relação ao fato, se desenvolviam na intimidade do autor. A capacidade de compreender o fato delituoso – imputação – foi concebida como pressuposto da culpabilidade.

No sistema Liszt-Beling, o propósito do agente destina-se a definir o elemento da culpabilidade, ou seja, o dolo ou a culpa. Na lição de Regis Prado,

De consequência, a conduta voluntária é cindida em dois momentos: o externo-objetivo (ação/ resultado) e o interno-subjetivo (conteúdo da vontade/ querer). O primeiro figura no injusto típico e o segundo, na culpabilidade²²⁵.

A teoria clássica do crime, quando do seu advento, obteve grande prestígio entre os doutrinadores, porquanto significou uma estipulação expressa e pormenorizada das limitações que o Estado poderia empreender na vida do indivíduo. Correspondeu aos anseios de um determinado momento histórico, marcado pelo iluminismo e pelo positivismo, no qual a sociedade exigia o primado da segurança jurídica e da legalidade. A teoria clássica do delito, por conseguinte, refletiu os ideais de sua época e teve o grande mérito de elaborar um conceito de delito dotado de grande clareza, abrangência e simplicidade, como era salutar ao positivismo naturalista.

223 PEÑA, Diego-Manuel Luzón. *Curso de derecho penal – parte general I*. Madrid: Universitas, 1996, p. 229.

224 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. 13. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 219-222.

225 PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 154.

Todavia, como toda concepção jusfilosófica, a teoria clássica sofreu críticas, especialmente devido à pretensão de aplicação de um método próprio das ciências exatas a uma ciência social – o direito – ou, em outras palavras, porque pretendia aplicar ao direito as mesmas técnicas de investigação e observação empregadas nas disciplinas experimentais. Os conceitos de tipicidade e de antijuridicidade possuíam um conteúdo eminentemente lógico-formal, olvidando-se a pauta axiológica que deve sempre fundamentar a aplicação e a interpretação do direito.

Outra crítica contundente à teoria clássica foi precisamente o fato de que, nos denominados delitos formais, não há a produção de resultado no mundo físico, na realidade exterior – logo, caso adotada a causalidade naturalista, estes fatos não seriam crimes. Outra dificuldade não totalmente dirimida dizia respeito aos crimes tentados, nos quais o *animus* do agente é fundamental para enquadramento do fato como crime – todavia, pela doutrina clássica, somente seria analisada a sua intenção na culpabilidade após ter sido reconhecida a tipicidade do fato.

3.4.1.2 Teoria penal neoclássica

Considerando as inconsistências da teoria clássica, muitos teóricos adeptos do neokantismo, capitaneados por Edmund Mezger, passaram a sustentar a impossibilidade de compreensão do delito por aspectos puramente lógico-formais, sem qualquer referência a valores. Houve, portanto, uma profunda revisão crítica e sistemática do conceito causal-naturalista de delito, embasada nos pressupostos da filosofia kantiana.

Dentre as várias ramificações do neokantismo é possível estabelecer um núcleo comum: a radical distinção entre realidade e valor, entre ser e dever ser e entre natureza e cultura. Ao lado das ciências naturais e exatas, que são pautadas na lógica do ser, há as ciências históricas fundadas na metodologia do dever ser. Na mesma medida em que é possível afirmar a ingente influência do positivismo na teoria clássica, também é admissível asseverar que o neoclassicismo está embasado na filosofia dos valores de Kant. Todavia, o neoclassicismo não é compreendido pelos teóricos como a negação do classicismo, mas a sua complementação.

Segundo os neokantistas, as denominadas ciências do espírito, dentre elas o direito, deveriam ser observadas sempre com referência a valores, e a interpretação das leis deveria analisar a sua finalidade, ou seja, a sua teleologia, restando superada a interpretação

meramente literal.

A teoria neoclássica entende, assim como a teoria clássica, que o delito é composto por tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade; a diferença, porém, é que estes elementos não são apenas lógico-formais, mas possuem conteúdo material e referente a valores.

O conceito de tipicidade passa a englobar também os elementos subjetivos e normativos, que carregam conteúdo valorativo, ao lado dos elementos objetivos do tipo; já a antijuridicidade passa a ser compreendida também como a afetação do estado ideal, ou seja, a conduta capaz de ensejar o prejuízo social – onde não houver lesão, não há antijuridicidade. Com esta conclusão, admitem-se outras causas de exclusão da ilicitude. Na lição de Jescheck,

A consideração material abriu a possibilidade de graduar o injusto segundo a gravidade da lesão a determinados interesses. Supondo que não haja em verdade nenhuma lesão de interesses, o fato não pode ser antijurídico. Se chegou assim, com a ajuda da doutrina material, à elaboração de novas causas de justificação, mais além do círculo de casos reconhecidos legalmente, v. g., o estado de necessidade supra legal, que se fundamenta na consideração de que há utilidade social se, em uma situação irremediável, um bem jurídico de valor superior é conservado a custo de outro menos valioso²²⁶.

A culpabilidade, de outro lado, passou a ser normativa, porquanto valorada segundo a reprovabilidade da conduta típica e ilícita. Segundo Muñoz Conde e García Arán, somente pela teoria normativa de culpabilidade “poderia ser explicado satisfatoriamente porque ficava impune o autor de um fato antijurídico que havia atuado dolosa ou culposamente, quando se encontrava em uma situação extrema de motivação anormal ou de necessidade²²⁷”. Ao lado do dolo e da culpa, também seriam elementos da culpabilidade a imputabilidade e a exigibilidade de conduta diversa, ou seja, a possibilidade de que o agente observasse e respeitasse a norma, no caso concreto. Além de haver a modificação na estrutura da culpabilidade, a teoria neoclássica também introduziu um novo elemento ao dolo – além da intenção de produzir o resultado, haveria também um elemento normativo: a consciência atual da ilicitude.

A culpabilidade, por conseguinte, não mais seria considerada apenas um vínculo psicológico entre o agente e o fato praticado, como na teoria clássica, numa acepção meramente naturalista e física. Este elemento tornou-se então psicológico-normativo:

²²⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal – parte general*. 4. ed. Trad. José Luís Manzanares Samaniego. Granada: Comares Editorial, 1993, p. 186.

²²⁷ CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. *Derecho penal – parte general*. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 228.

reprovabilidade da conduta pela formação de vontade do autor contrária ao dever. A conduta humana teria de ser valorada e compreendida, não mais observada e descrita, além de estar voltada esta análise para a finalidade a que se destinava o agir.

Indubitavelmente, o grande mérito da teoria neoclássica foi de estabelecer um método dualista de compreensão da lógica do ser e do dever-ser. Em termos conceituais, a incorporação de conteúdos valorativos, normativos e subjetivos ao delito conferiu uma maior complexidade ao instituto, mais consentânea com a realidade, em comparação às lucubrações naturalistas sobre o fenômeno.

Entrementes, embora a teoria neoclássica estivesse totalmente fundamentada na filosofia dos valores kantiana, o fato é que não apresentava um critério material para definição vinculante desta pauta axiológica, o que a tornava vazia de conteúdo e apta a ser utilizada, inclusive, pelo estado totalitário nazista²²⁸. Outrossim, a teoria neoclássica incluiu na culpabilidade, além do dolo e da culpa, a reprovabilidade da conduta, o que de certo modo é equivocado metodologicamente, porquanto estes elementos distintos passaram a formar uma espécie de conglomerado heterogêneo, na dicção de Jorge de Figueiredo Dias²²⁹. A teoria ainda manteve muitas das estruturas elaboradas pelos clássicos, inclusive a causalidade naturalista, porém moderada. Em razão destas inconsistências, os doutrinadores do direito penal passaram a adotar, ao final da Segunda Guerra Mundial, uma nova teoria do crime, fundada na filosofia fenomenológica.

3.4.1.3 Teoria penal finalista

A teoria finalista surge na Alemanha, na década de 1930, e ganha prestígio entre os doutrinadores penais a partir do final da Segunda Guerra Mundial, com a descoberta de inúmeras violações a direitos humanos ocorridas durante o nazismo, que afetaram duramente a compreensão positivista predominante à época.

É neste contexto histórico que Hans Welzel estabelece os princípios fundamentais da doutrina finalista, aduzindo críticas ao posicionamento do neokantismo, que

²²⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal – parte general*. 4. ed. Trad. José Luís Manzanares Samaniego. Granada: Comares Editorial, 1993, p. 187.

²²⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal – parte geral*. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 244.

conferia *status* jurídico a normas de conteúdo extremamente injusto. Trata-se de uma concepção que define o homem como um ser livre, digno e responsável, pautada pelos valores fundamentais da segurança jurídica e justiça substancial. Sua influência no direito penal brasileiro é inegável, especialmente porque a reforma penal de 1984 acolheu muitos dos seus postulados e, na doutrina nacional, predomina o pensamento finalista²³⁰.

A teoria de Hans Welzel, portanto, foi uma reação ao neokantismo, tendo sido abandonado o pensamento logicista e acrítico. Sustenta, ademais, que existem verdades eternas e imutáveis, que seriam o objeto perene sobre o qual a ciência jurídica estruturaria as suas posteriores valorações e construções teóricas, porém estas verdades permanentes seriam efetivas limitações insuperáveis ao legislador, que não poderia violá-las, sob pena de incorrer em arbitrariedade.

A ação humana, destarte, é a pedra angular da teoria finalista, que a compreende como uma categoria ontológica distinta de qualquer outro processo causal e cuja singularidade reside na finalidade pretendida. Por esta razão, o modelo de ação causal utilizado pelas teorias clássica e neoclássica era insuficiente e anacrônico – porque toda conduta humana possui uma finalidade que lhe é intrínseca, inerente e inafastável. Ao praticar uma ação, o indivíduo está realizando um plano – uma meta que transmigra dos desvãos de sua subjetividade para a realidade concreta. Destarte, o escopo do direito penal deve ser o de desvalorar condutas que possuam conteúdo ético negativo, não desvalorar o resultado destas condutas. Segundo Welzel,

A missão primária do direito penal não é a proteção atual de bens jurídicos, isto é, a proteção do indivíduo, de sua propriedade, etc. Pois, quando entra efetivamente em ação, geralmente já é demasiado tarde. Mais essencial que a proteção de determinados bens jurídicos concretos é a missão de assegurar a real vigência (observância) dos valores da ação da consciência jurídica; eles constituem o fundamento mais sólido que sustenta o Estado e a sociedade²³¹.

Para Welzel, a ação exige algo mais que a mera produção de um resultado, como preconizado nas teorias clássica e neoclássica. A ação implica uma vontade que dirige o acontecer causal. Na medida em que configura um acontecer guiado e dirigido pela vontade, a

²³⁰ Destacam-se, dentre outros, os seguintes autores nacionais: Heleno Cláudio Fragoso, Juarez Tavares, Francisco de Assis Toledo, Damásio de Jesus, Júlio Mirabete, Nilo Batista, Juarez Cirino dos Santos, Luiz Regis Prado, José Henrique Pierangeli, César Bitencourt, Luiz Flávio Gomes, etc.

²³¹ WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sergio Yañes Pérez. Santiago do Chile: Editora Jurídica de Chile, 1987, p. 03. Tradução nossa.

ação é uma manifestação de vontade que se objetiva – assim, o resultado e o nexo de causalidade não fazem parte da conduta humana, ao contrário do quanto sustentado nas teorias anteriores.

Para a teoria finalista, objetivar uma determinada finalidade não é sinônimo de alcançá-la, no plano físico. Se o resultado não foi atingido, mesmo assim houve a conduta humana. Por esta razão, o resultado e o nexo de causalidade localizam-se na tipicidade, assim como o dolo, pois, “se a estrutura da ação é finalista, isso também tem que valer para a ação típica²³²”.

Na teoria finalista, o dolo e a culpa são elementos do tipo penal, não da culpabilidade do agente. Desta maneira, a tipicidade passou a ter dois componentes nítidos e demarcados: um objetivo e outro subjetivo.

O dolo, na teoria finalista, foi concebido como resultante do amálgama de dois elementos: a) a cognição, ou seja, a consciência ou representação mental de todos os elementos do tipo, inclusive do resultado naturalístico, quando houver, dos meios de execução para sua realização e das consequências secundárias normais ou necessárias e b) a vontade de praticar a ação, isto é, a vontade direcionada à realização do tipo, incluída também a mera aceitação de sua realização, haja o que houver, como no dolo eventual. A culpabilidade é esvaziada e passa a ser composta apenas de elementos normativos, ou seja, a imputabilidade, a consciência potencial da ilicitude do fato e a exigibilidade de conduta diversa. Também o injusto ganha novos contornos: passa-se do injusto naturalístico para o injusto pessoal, formado pelo desvalor da ação e do resultado. Após algumas correções, foi considerado pelos adeptos da teoria finalista que o mais importante elemento caracterizador da culpa seria a infração à norma de cuidado objetivo.

A contribuição inestimável da teoria finalista para o direito penal, sem sombra de dúvida, reside no fato de que foi estruturada uma tipicidade subjetiva, ao tempo em que foi conferida autonomia ao elemento da consciência potencial da ilicitude, que estava confundido no dolo, nas teorias anteriores, e dele se apartou na teoria finalista, passando a compor um dos elementos da culpabilidade, como já mencionado.

Embora tenha sido adotada na reforma penal de 1984, a teoria finalista também sofreu muitas críticas, especialmente porque a sua elaboração implicou um certo retorno à dogmática penal abstrata, calcada na perfeição do sistema jurídico e não na resolução de problemas cotidianos. A teoria é pautada na busca da neutralidade política e axiológica da dogmática penal – considerando que, à época, a política criminal refletia os interesses do

²³² WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sergio Yañes Pérez. Santiago do Chile: Editora Jurídica de Chile, 1987, p. 78. Tradução nossa.

nazismo, era preciso dela se afastar. A crença exacerbada de que a dogmática atuaria como verdadeiro escudo quanto às arbitrariedades políticas revelou-se ingênua, na dicção de Claus Roxin²³³, pois as decisões políticas continuaram a ser adotadas, mas em um novo patamar, à parte da dogmática penal.

Também foram apresentadas objeções quanto aos elementos do delito. Em especial, houve uma crítica severa quanto ao fato de que os finalistas conferiam excessiva importância ao desvalor da ação, em detrimento do desvalor do resultado, cuja necessidade de verificação era, até certo ponto, dispensável. Ora, caso a teoria finalista fosse levada a extremos, deveria ser punível a tentativa inidônea, que se caracteriza pela total ausência de dano ou de perigo ao bem jurídico tutelado, porque o desvalor estaria na conduta do agente, não no resultado produzido. Este entendimento contraria a legislação penal de quase todos os países ocidentais e viola a compreensão do crime como fato ou ofensa a bens jurídicos. Outra crítica foi endereçada à compreensão puramente normativa da culpabilidade, que esvaziou o seu conteúdo e a tornou um juízo subjetivo do julgador, sujeito a arbitrariedades.

Houve calorosas discussões entre os doutrinadores penalistas, defendendo ou rechaçando a teoria finalista, no período de 1960 a 1970, especialmente na Espanha e nos países latino-americanos. No Brasil, a teoria finalista ainda encontra muitos adeptos e possui grande prestígio, conquanto paulatinamente estejam sendo difundidos o sistema teleológico-valorativo e político-criminal de Claus Roxin e o funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs.

Estas concepções contemporâneas do direito penal interessam de forma imediata para a conclusão, esposada no presente trabalho, de que os fatos tipificados nos artigos 228 a 231-A do Código Penal, referentes a rufianismo e casa de prostituição, dentre outros, não devem ser considerados crimes, por estar ausente a relevância social quanto à tutela do bem jurídico-penal. Entretanto, toda esta digressão acerca das teorias penais mais tradicionais era absolutamente necessária para a compreensão dos novos paradigmas do direito penal, que irão sustentar a presente tese.

²³³ ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Trad. Carmen Gómez Rivero e María del Carmen García Cantizano. Valência: Tirant lo Blanch, 2000, p. 17-18.

3.4.2 Teorias penais contemporâneas

Assim como os demais ramos, o direito penal também enfrenta a crise da pós-modernidade, cujo aporte teórico irá compreender o crime sob uma nova perspectiva, mais atrelada à sua finalidade do que à sua ontologia. Com efeito, há uma crise de sentido das teorias tradicionais acerca do delito, precipuamente em decorrência do seu afastamento da criminologia, na sociedade erigida após os anos de 1980.

A teoria penal finalista sofreu inúmeras críticas a partir dos anos 1960, devido à necessidade de reestruturação do pensamento dogmático penal. Passou a doutrina a considerar que o fato típico está inserido em uma realidade social concreta, não na abstração pura da legislação, e que estas circunstâncias justificam a existência do crime, na sociedade de risco.

À medida em que a contemporaneidade avança, a produção social de riqueza vem sempre acompanhada da produção de riscos, que se referem primeiramente a toda uma transformação tecnológica, do trabalho e da organização das empresas, mas não apenas – modificam-se também as características sociais, os estilos de vida, as formas de amar, as estruturas de poder, as formas de opressão e de participação, enfim, as concepções de realidade e de normas de conhecimento.

Na modernidade, a cultura teocrática predominante foi abandonada e passou-se a atribuir a um indivíduo, não mais a Deus, a responsabilidade por um prejuízo causado por uma decisão humana. Assim, a ideia do risco foi estabelecida entre os séculos XVI e XVII, momento histórico da expansão marítima, e o vocábulo era utilizado para designar a navegação em águas não cartografadas. Entretanto, risco não é o mesmo que infortúnio ou perigo, pois se refere a infortúnios efetivamente avaliados e dimensionados em relação a possibilidades futuras. O *Welfare State*, por sua vez, pode ser afirmado como o Estado que administra e distribui riscos, devido à criação, promoção e desenvolvimento da previdência social. Destarte, destina-se a proteger os indivíduos de acontecimentos que eram tratados como desígnios de Deus – as doenças, a invalidez, a perda do emprego e a velhice.

No direito penal, observa-se a criação de normas que pretendem proteger a sociedade de comportamentos não desejados. Incriminar é definir um crime, no sentido amplo da infração penal. Ao mesmo tempo, é nomear uma situação ou comportamento e dividir o espaço de liberdade por uma nova interdição (ou nova obrigação, caso se trate de um delito de ação)²³⁴. Com esta política, os gestores governamentais pretendem oferecer segurança à

²³⁴ DELMAS-MARTY, Mireille. *Os grandes sistemas de política criminal*. São Paulo: Manole, 2004, p. 379.

população.

Se no início da Revolução Industrial estes riscos eram controláveis, na sociedade contemporânea os riscos adquiriam um novo e intenso significado, diante do fracasso das condições de seu cálculo, sua previsibilidade e processamento institucional. São riscos que escapam do controle e antecipam catástrofes, tornado a sua prevenção um dever estatal²³⁵.

O Estado, para conferir segurança à sua população, passou a descrever como crimes determinadas condutas que anteriormente eram indiferentes penais, dando azo, por vezes, a um certo populismo punitivo e a uma expansão atípica verificada nas últimas décadas. Consoante Silva Sánchez, esta criminalização torrencial decorre de causas múltiplas: por vezes são tutelados bens que ascenderam em importância na sociedade contemporânea, como as instituições financeiras e econômicas; por vezes são bens que anteriormente eram abundantes e passaram a ser escassos, como o meio ambiente; por vezes passaram a ser tutelados bens anteriormente ignorados, como o patrimônio artístico e histórico²³⁶.

O despontar do século XXI assinala uma fase de crise de fundamento das categorias tradicionais do Direito Penal perante a complexidade da sociedade hodierna, que deposita expectativas de elevado patamar na normatização das condutas, na busca pela segurança.

Em sua história, o direito penal tem sido fundamentado em dois elementos distintos, que se contrapõem e direcionam para caminhos diametralmente opostos na elaboração de normas penais. O primeiro fundamento, denominado ontológico, perscruta o ilícito, qual a sua essência, qual a sua natureza, ou seja, pretende responder à indagação sobre o que vem a ser o crime. Todas as teorias que pesquisam esta resposta são denominadas de *teorias ontológicas*, e nesta categoria se inserem a teoria penal clássica, a teoria penal neoclássica e a teoria finalista de Welzel. Há muitas críticas às teorias ontológicas tradicionais, de forma geral, em especial quanto ao fato de que ocasionam uma espécie de hiperdimensionamento sistemático, ou seja, conduzem a raciocínios muito abstratos, muito lógico-sistemáticos e desvinculados da prática, e que pretendem conferir uma única resposta correta ou uma única regulação jurídica correta, mesmo sob a égide da diversidade e da multiplicidade que traduzem a sociedade contemporânea. Estas teorias tradicionais costumam limitar as possibilidades de construção da legislação penal e não oferecem respostas aos problemas cotidianos enfrentados

²³⁵ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo mundial – en busca de la seguridad perdida*. Trad. Rosa Carbó. Barcelona: Paidós Ibérica, 2008, p. 23-29.

²³⁶ SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A expansão do direito penal – aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 27.

pela população. A normatização penal estaria, portanto, subordinada a circunstâncias lógico-objetivas, com validade atemporal. Ademais, teoricamente falando, também são muito criticadas porque significam um retorno à lógica do ser, aplicada a uma ciência do dever-ser. Em outras palavras, é como se pretendessem derivar as leis jurídicas (do dever-ser) das leis da natureza (do ser)²³⁷. A teoria finalista, por seu turno, trabalha com categorias ontológicas eternas e imutáveis, não condicionadas ao tempo ou ao espaço.

O segundo fundamento utilizado pelo direito penal, ao longo de sua história, para sua legitimação, é precisamente o da função da norma penal – que papel deve exercer na sociedade. Todas as teorias que pretendem responder a esta pergunta são denominadas *teorias funcionalistas*, ou seja, não visam estabelecer qual é a natureza do crime, mas a determinar para que serve a norma penal, qual a sua finalidade dentro de uma contemporaneidade complexa, fluida e insegura.

Conquanto o funcionalismo penal tenha sido inaugurado em 1970, com a obra *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*, de Claus Roxin, a teoria foi sistematizada posteriormente por Schünemann e por Wolter, e recebeu muitos incrementos por Günther Jakobs, de sorte que é possível asseverar que hoje existem muitos funcionalismos. Há, entretanto, um traço comum em todos eles:

Os defensores desta orientação estão de acordo – com muitas diferenças no demais – em rechaçar o ponto de partida do sistema finalista e partem da hipótese de que a formação do sistema jurídico penal não pode se vincular a realidades ontológicas prévias (ação, causalidade, estruturas lógico-reais, etc.), senão que única e exclusivamente pode guiar-se pelas finalidades do direito penal²³⁸.

Assim, todas as teorias funcionalistas da atualidade têm por escopo responder à indagação sobre qual é a função da norma penal, não importando o que seja o crime.

Dentre as muitas teorias funcionalistas, duas detêm grande destaque na doutrina penal contemporânea e, especialmente, na brasileira: o funcionalismo teleológico de Claus Roxin, segundo o qual os conceitos da dogmática penal deveriam estar submetidos à funcionalização, ou seja, deveriam ser construídos em função das finalidades concretas deles exigidas pelo ordenamento jurídico, de modo a auxiliar e promover a sua persecução, e o funcionalismo radical ou sistêmico de Günther Jakobs, que criou o denominado direito penal

²³⁷ LAMPE, Ernst Joaquim. Sobre la estructura ontológica del instituto punible. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 16, ano IV, jan. /maio 2004, p. 31-47.

²³⁸ ROXIN, Claus. *Derecho penal – parte general*. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Peña; Miguel Diaz Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2008, p. 203.

do inimigo, segundo a qual o bem jurídico alvo da tutela penal deve mudar de foco, deixando de ter uma natureza individual (pessoa, patrimônio, administração pública, etc.) e passando a ter uma conotação coletiva, de proteção da sociedade. Sobre cada uma destas duas novas teorias penais contemporâneas se debruçarão os próximos itens.

3.4.2.1 Teoria penal de Claus Roxin – funcionalismo racional teleológico

O sistema funcional-racionalista ou teleológico do direito penal orienta-se por um critério de sistematização especificamente jurídico-penal: as bases político-criminais da moderna teoria dos fins da pena.

No funcionalismo, o conceito de ação passa a ser normativo e não ontológico; por outro lado, ocorre o deslocamento do elemento volitivo do dolo da tipicidade para a culpabilidade, que deixa de ser exclusivamente normativa e passa a conter também um elemento psicológico. A conduta cometida dolosa ou culposamente será punida de acordo com a necessidade da pena ou os fins desta. A culpabilidade e a prevenção estão inseridas em um conceito mais amplo, o de responsabilidade. Na lição de Sebastián Mello:

Claus Roxin adota uma concepção de culpabilidade estreitamente relacionada com a ideia de prevenção, em que a culpabilidade e prevenção são elementos que se limitam mutuamente, e se encontram reunidas numa categoria maior: a responsabilidade, que representa um juízo de valoração que fazer um sujeito ser considerado penalmente responsável²³⁹.

A teoria funcionalista pretende explicar não apenas o sistema jurídico, mas todo o sistema social, a fim de torná-lo mais estável. Assevera ainda que os conceitos das teorias precedentes (ação, tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade) não podem ser trabalhados em dissonância com a realidade, vez que a política criminal preventiva será mais eficiente que as teorizações sobre o crime. O direito penal, portanto, deve realizar as finalidades da pena e da política criminal a que se propõe.

Roxin refuta a separação intransponível, propugnada por Franz von Liszt,

²³⁹ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. A evolução do conceito de culpabilidade e a moderna doutrina alemã. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 7, n. 12, jan./ jun. 2010, p. 261-291.

entre a política criminal e o direito penal, aduzindo que as decisões valorativas político-criminais deveriam ser inseridas no sistema do direito penal, de modo que a submissão ao direito e a adequação a fins político-criminais fossem unidas em uma síntese, não podendo ser contraditórias²⁴⁰. Asseverou ainda que a compreensão do direito penal como sistema não é uma unanimidade, nem mesmo em países com elevado desenvolvimento cultural²⁴¹. Segundo Luís Greco, fortemente influenciado por esta doutrina, o paradigma funcionalista exige que as categorias de ação, tipicidade, ilicitude e culpabilidade sejam capazes de desempenhar consequências justas e adequadas, devendo cada uma estar acoplada a determinadas funções político-criminais²⁴².

Para Roxin, um sistema jurídico penal deve possuir as seguintes características: a) capacidade de facilitar a análise dos casos concretos; b) capacidade de propiciar uma aplicação uniforme do direito; c) capacidade de simplificar a aplicação do direito e d) capacidade de atuar como guia para a posterior elaboração e desenvolvimento do direito²⁴³.

A teoria funcionalista também foi revolucionária na conceituação do crime, que passou a ter por elementos o tipo (*Tatbestand*), cujo conceito é o de ação valorada do ponto de vista da necessidade abstrata de pena; o injusto (*Unrecht*), todo comportamento a que deve ser cominada uma pena por razões ligadas à proteção de bens jurídicos e a responsabilidade (*Verantwortlichkeit*), ou seja, a prevenção limitada pela culpabilidade. Resumidamente: o tipo estrutura-se a partir da finalidade político-criminal da pena em abstrato (prevenção em geral); o injusto estrutura-se a partir da função do direito penal de proteção de bens jurídico-penais e, por derradeiro, a responsabilidade estrutura-se a partir do fim político-criminal da pena a ser aplicada concretamente (prevenção geral e especial).

A verificação da ocorrência de um delito deveria ter por instrumento a interpretação teleológica, segundo o fim da norma, que poderia ser restritiva ou ampliativa, para que pudessem ser abarcadas da maneira mais completa possível todas as condutas legalmente censuradas. Além disto, incumbia ao intérprete buscar a maior precisão e clareza da lei, requisito indispensável não apenas para uma prevenção geral quanto para uma legitimação constitucional²⁴⁴.

²⁴⁰ ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Trad. Carmem Gómez Rivero e Maria del Carmem García Cantizano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 20.

²⁴¹ ROXIN, Claus. Reflexões sobre a construção sistemática do direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 82, jan./fev. 2010, p. 24-47.

²⁴² GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 32, out./dez. 2000, p. 120-163.

²⁴³ ROXIN, Claus. *Derecho penal – parte general*. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Peña, Miguel Diaz Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2008, p. 207-2010.

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 218-219.

Outro conceito fulcral na teoria funcionalista é o da imputação objetiva. O sistema funcional-teleológico buscou corrigir as inconsistências da causalidade naturalista esposada pelas teorias anteriores, a partir de um conjunto de regras voltadas à valoração jurídica. Desta sorte, a imputação exigiria não apenas a análise da causalidade física, mas também a análise de um valor, qual seja, a “realização de um perigo não permitido dentro do fim de proteção da norma”²⁴⁵.

A teoria da imputação objetiva, no funcionalismo teleológico, é um conceito vinculado ao garantismo penal e se propõe a assegurar os direitos constitucionais do acusado. Pode ser assim definida: somente pode um indivíduo ser responsabilizado penalmente por um fato se ele criou ou incrementou um risco proibido relevante e, ademais, se o resultado jurídico decorreu deste risco. Segundo Luís Greco,

O desvalor da ação, até agora subjetivo, mera finalidade, ganha uma face objetiva: a criação de um risco juridicamente proibido. *Somente ações intoleravelmente perigosas são desvaloradas pelo direito*. Também o desvalor do resultado é enriquecido: nem toda causação de lesão a bem jurídico referida a uma finalidade será desvalorada; apenas o será a causação em que se realize o risco juridicamente proibido criado pelo autor. Ou seja, a imputação objetiva acrescenta ao injusto um desvalor objetivo da ação (a criação de um risco juridicamente desaprovado), e dá ao desvalor do resultado uma nova dimensão (realização do risco juridicamente desaprovado)²⁴⁶.

Para atribuição de um resultado a uma pessoa, é necessário um outro nexos, além do causal – a realização de um risco proibido pela norma. É mister destacar, porque oportuno, que a imputação objetiva não se confunde com responsabilidade penal objetiva (que atribui a responsabilidade do crime ao agente independente da verificação de dolo ou culpa na sua conduta) e nem com imputabilidade penal (capacidade de querer e compreender o fato ilícito).

Roxin pretendeu deslocar o centro de gravidade do sistema jurídico-penal do ilícito para as finalidades da pena criminal²⁴⁷.

A teoria funcionalista está fundamentada ainda nos princípios da subsidiariedade – segundo o qual o direito penal somente deve atuar como *ultima ratio*, ou seja,

²⁴⁵ ROXIN, Claus. *Derecho penal – parte general*. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Peña, Miguel Diaz Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2008, p. 204.

²⁴⁶ GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 12.

²⁴⁷ HIRSCH, Hans Joachim. Sobre o estado atual da dogmática jurídico-penal na Alemanha. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (Orgs.). *Doutrinas essenciais – direito penal – vol. 2*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 245.

para defesa daquelas violações consideradas relevantes para a sociedade – e pelo princípio da lesividade – segundo o qual o direito penal só atua quando há ofensa a um bem jurídico. Assim, a finalidade da política criminal é a defesa do princípio da legalidade, pedra fundamental em um Estado de Direito, e dos princípios da subsidiariedade e da lesividade, pontos nevrálgicos em um Estado Democrático de Direito.

É preciso destacar que o funcionalismo teleológico representou uma reação ao positivismo legalista presente na dogmática penal desde o advento da teoria finalista. Nesta teoria, as categorias penais são ontológicas, desprovidas de conteúdo axiológico, imutáveis, eternas e eminentemente abstratas. Verificada a perda de sentido e o esgotamento explicativo da teoria finalista, buscou-se uma teoria que pudesse resgatar o valor, ou seja, a pauta axiológica mais relevante para uma determinada comunidade, na teoria penal.

Este resgate, por sua vez, será de grande contribuição na fundamentação do presente trabalho, porquanto deve-se atentar para o fato de que são os bens jurídicos, e não a ação humana, o novo cerne do direito penal. É preciso destacar, porque imperioso, que o direito penal somente tutela bens socialmente relevantes, é a *ultima ratio* do ordenamento jurídico. Logo, se houver uma norma penal tutelando um determinado bem que não tenha mais nenhuma relevância social, o fato deixará de ser criminoso. Antes, porém, de elucidar esta conclusão, é preciso distinguir o funcionalismo racional-teleológico de Claus Roxin do funcionalismo sistemático de Günther Jakobs.

3.4.2.2 Teoria penal de Günther Jakobs – funcionalismo sistêmico

Em um primeiro momento, a expressão “direito penal do inimigo” foi utilizada pelo próprio Jakobs em uma conferência em Frankfurt, em 1985, na qual criticava a teoria de maximização do direito penal e de aplicação mais severa das normas penais já existentes. Posteriormente, já em 2003²⁴⁸, Günther Jakobs apresentou um estudo no qual defende o direito penal do inimigo para os crimes de maior potencial ofensivo, precipuamente considerando-se o contexto histórico dos atentados terroristas e a guerra declarada às nações que o sustentam.

A teoria funcionalista de Jakobs, também denominada de funcionalismo

²⁴⁸ Ano de publicação da obra de Günther Jakobs *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*.

sistêmico ou radical, pugna pela severa aplicação das normas punitivas e consequente eliminação de direitos e garantias fundamentais, incluindo as garantias de direito material e de direito processual. Trata-se, portanto, não apenas de punir um criminoso, mas de defenestrar do organismo social um elemento pernicioso, incapaz de seguir as normas e portar-se de modo ajustado à sociedade. Cabe ao cidadão – que se opõe ao inimigo – o papel de eliminar perigos. O conceito de inimigo deita raízes no contratualismo de Thomas Hobbes, que já se reportava aos inimigos como os transgressores do contrato social, aduzindo que estes elementos deveriam ter a sua cidadania suprimida.

Segundo Hobbes, aqueles que delinquem são indivíduos que rompem com o contrato social e passam a viver no primitivo “estado da natureza”, no qual somente há o predomínio da força, prevalecendo sempre o mais forte sobre o mais fraco, para fins de preservação ou de subsistência. Na medida em que os homens resolvem se unir em sociedade e abandonar o estado natural, renunciam a parte de sua liberdade em prol do Estado e dos demais membros da sociedade, tendo por contrapartida a segurança e a civilização. Todavia, alguns indivíduos não se adaptam a este pacto social e não conseguem seguir as normas para convívio social. Estes são, portanto, os inimigos – aqueles que se distanciam dos cidadãos, que cumprem as normas. Os inimigos devem ser tratados com rigor, devendo haver uma inflexibilidade punitiva aliada a uma relativização dos direitos fundamentais. Segundo Jakobs, um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa.

A teoria de Günther Jakobs também é denominada de funcionalismo sistêmico porque embasa na teoria dos sistemas autopoieticos de Luhmann, que concebe a sociedade como um conjunto de sistemas sociais – não como um conjunto de pessoas. Segundo a teoria sistêmica de Luhmann, o Direito é um subsistema social autopoietico de segundo grau, funcional, que trabalha com o binômio lícito/ ilícito e cujo núcleo institucional é formado pelos Tribunais.

O direito penal, por seu turno, também é um subsistema social autopoietico de terceiro grau, que trabalha com o binômio lícito/ ilícito e funcional – sua função é proteger a norma, e apenas tangencialmente tutelar os bens jurídicos mais relevantes.

Em apertada síntese, portanto, enquanto o funcionalismo de Claus Roxin coloca a norma penal com a função de tutela dos bens jurídicos mais relevantes para uma determinada sociedade, sendo portanto a sua *ultima ratio*, o funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs defende que a norma penal também possui uma função – a de ratificar a norma penal.

Parece estranho mas, na teoria de Jakobs, quando um delito é cometido e sancionado, não há violação da norma penal, mas a sua afirmação como instrumento de proteção social. Destarte, a “missão da pena é a manutenção da norma como modelo de orientação para os contatos sociais”²⁴⁹ – ou seja, a missão da pena é reafirmar a vigência da norma.

A pena é sempre *preventiva*, porque o exercício da confiança na norma faz com que se reforce o modelo geral de conduta como válido, estabilizando-se as expectativas e diminuindo o número de decepções, prevenindo-as; *geral*, porque se opera quanto a todos os seres humanos e *positiva*, porque a aplicação da pena restaura a confiança das pessoas na norma como modelo geral de conduta e, portanto, a validade de suas expectativas normativas²⁵⁰.

Com esboço no pensamento sistêmico de Luhmann, Jakobs concluiu que o direito penal existe como garantidor de suas próprias normas, devendo a pena restaurar a confiança na validade das normas penais.

Retomando, portanto, a conceituação, tem-se que o inimigo é todo aquele que deve estar sob a égide de um direito penal de exceção, sendo totalmente indiferente o seu grau de culpabilidade ou o bem jurídico tutelado. É preciso apenas, para configurar o inimigo, verificar qual o grau de periculosidade do cidadão – a punição volta-se para o autor, não para o fato. O direito penal do inimigo é a vertente filosófica do pensamento penal maximalista na Europa, precisamente na Alemanha; todavia, em outros países, especialmente nos Estados Unidos, com origem na cidade de Nova Iorque, adquire a teoria uma outra nomenclatura: movimento da tolerância zero, movimento lei e ordem (*law and order*) ou teoria das janelas quebradas²⁵¹. Todas estas teorias sustentam que deve haver um maior rigor e maior punição

²⁴⁹ JAKOBS, Günther. *Derecho penal – fundamentos y teoría de la imputación*. Parte general. Trad. Joaquim Cuello Contreras e Jose Luís Serrano G. de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 14.

²⁵⁰ GUARAGNI, Fábio André. *As teorias da conduta em direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 296.

²⁵¹ Segundo Pellegrini, a “teoria das janelas quebradas ou *broken windows theory* é um modelo norte-americano de política de segurança pública no enfrentamento e combate ao crime, tendo como visão fundamental a desordem como fator de elevação dos índices da criminalidade. Sustenta a teoria que, se não forem reprimidos, os pequenos delitos ou contravenções conduzem, inevitavelmente, a condutas criminosas mais graves, em vista do descaso estatal em punir os responsáveis pelos crimes menos graves. Torna-se necessária, então, a efetiva atuação estatal no combate à criminalidade, seja ela a microcriminalidade ou a macrocriminalidade. Esta teoria começou a ser desenvolvida em 1982, quando o cientista político James Q. Wilson e o psicólogo criminologista George Kelling publicaram um estudo na revista *Atlantic Monthly* estabelecendo, pela primeira vez, uma relação de causalidade entre desordem e criminalidade. Posteriormente, a Universidade de Stanford (EUA) realizou uma interessante experiência de psicologia social. Deixou dois carros idênticos, da mesma marca, modelo e cor, abandonados na rua. Um no Bronx, zona pobre e conflituosa de Nova York e o outro em Palo Alto, zona rica e tranquila da Califórnia. Dois carros idênticos abandonados, dois bairros com populações muito diferentes e uma equipe de especialistas em psicologia social estudando as condutas das pessoas em cada local. Resultado: o carro abandonado no Bronx começou a ser vandalizado em poucas horas. As rodas foram roubadas, depois o motor, os espelhos, o rádio, etc. Levaram tudo o que fosse aproveitável e aquilo que não puderam levar, destruíram. Contrariamente, o carro abandonado em Palo Alto manteve-se intacto. Quando o carro abandonado no Bronx já estava desfeito e o

para os infratores da norma penal, além de serem considerados crimes determinadas condutas até então indiferentes.

Trata-se, destarte, de uma nítida política de controle social, baseada no medo e na denominada sociedade de risco. É explicitamente um direito penal do autor, pois é aplicada a pena em função do que o indivíduo é, não do que ele fez. Há três pilares que sustentam o chamado direito penal do inimigo (*Feindstrafrecht*): a) a necessidade de antecipação do inimigo, ou seja, não importa o cometimento fático de qualquer crime, vez que podem ser punidos também os atos preparatórios, mesmo que não signifiquem crimes autônomos por si mesmos, modelo oposto ao que vige atualmente no Brasil; b) desproporcionalidade das penas e relativização e/ ou supressão de certas garantias processuais, pois as penas devem ser eficazes para defenestrar o indivíduo perigoso, ou seja, o inimigo, e c) a criação de leis mais severas direcionadas diretamente para os inimigos. Haveria, portanto, dois direitos penais vigentes e diametralmente opostos: o dos cidadãos e o dos inimigos²⁵². Enquanto a teoria funcionalista de Claus Roxin defende a função do direito penal, o funcionalismo de Günther Jakobs defende a função da pena.

Sobejamente, a teoria do direito penal do inimigo é uma teoria que viola direitos fundamentais, normas constitucionais de escol e admite todas estas violações sob o argumento de que o infrator deixa de ser pessoa.

O processo expansionista do direito penal, verificado na Europa e nos Estados Unidos, também produziu consequências no Brasil. Indubitavelmente, a Lei 8.072/1990 (lei dos crimes hediondos) é um exemplo da presença do direito penal do inimigo na legislação brasileira. Outros exemplos podem ainda ser enumerados, que ocorrem principalmente quando a mídia resolve conferir relevância a determinado tema. Assim, quando houve fragor social devido ao porte de arma de fogo, houve o advento da Lei 9.437/1997, posteriormente revogada pela Lei 10.826/2003; movido ainda pela pressão da mídia, o Poder Legislativo editou a Lei 11.340/2006, também conhecida como Lei Maria da Penha, com a finalidade de combater a violência doméstica e familiar, após ter sido condenado o Estado do Ceará perante a Comissão

de Palo Alto estava há uma semana impecável, os pesquisadores quebraram um vidro do automóvel de Palo Alto. Resultado: logo a seguir foi desencadeado o mesmo processo ocorrido no Bronx. Roubo, violência e vandalismo reduziram o veículo à mesma situação daquele deixado no bairro pobre. [...] Um vidro quebrado num carro abandonado transmite a ideia de deterioração, de desinteresse, de despreocupação. Faz quebrar os códigos de convivência, faz supor que a lei encontra-se ausente, que naquele lugar não existem normas ou regras. [...] Cada novo ataque depredador reafirma e multiplica essa ideia, até que a escalada de atos cada vez piores torna-se incontrolável, desembocando numa violência irracional". PELLEGRINI, Luís. *A teoria das janelas quebradas na segurança pública*. Disponível em: < <http://jornalggn.com.br/noticia/a-teoria-das-janelas-quebradas-na-seguranca-publica>>. Acesso em: 08 set. 2014.

²⁵² LEITE, Gisele. Breves considerações sobre o direito penal do inimigo. *Revista Bonijuris*, Curitiba, ano XXV, n. 592, v. 25, n. 3, mar./ 2013, p. 06-12.

Interamericana de Direitos Humanos da OEA (Organização dos Estados Americanos), sob o fundamento de que o referido Estado brasileiro não respeitava os direitos humanos; quando da divulgação, também na imprensa falada e escrita, de que o fazendeiro Vitalmiro Bastos de Moura, alcunhado de “Bida”, julgado pela morte da missionária Dorothy Stang, no Pará, foi absolvido, logo se alvoroçou o Congresso Nacional em editar a Lei 11.689/2008, que revogou os artigos 607 e 608 do Código de Processo Penal, que versavam sobre o protesto por novo júri.

Enfim, as normas penais brasileiras acompanharam, de certo modo, após a Constituição de 1988, o movimento expansionista do direito penal verificado no mundo inteiro, sem conferir a atenção devida ao texto da Carta Magna. Nesta ordem de ideias, afirmam André Callegari e Cristina Motta:

Diante desse quadro, visualiza-se o Direito Penal como único instrumento eficaz de psicologia político-social, como mecanismo de socialização, de civilização, mas a consequência é a sua incontida expansão, submetendo-o a cargas que não pode suportar. Enquanto outros ramos do Direito vivem momentos de adaptação constitucional, revogação de leis ou apenas regulamentação administrativa, no âmbito do Direito Penal se verifica o contrário: há cada vez mais tipos penais intangíveis e abstratos; também se incrimina variadas atividades e comportamentos em inumeráveis setores da vida social [...]. O problema é que a tendência atual da política criminal centraliza a resposta à crise vivenciada na utilização da pena, como se não existissem outros mecanismos de controle social válidos, ou ao menos igualmente eficazes. Portanto, segue-se com a antiga política ultrapassada de criminalizar cada vez mais condutas, aumentar as penas das já existentes e sujeitar cada vez mais o indivíduo à pena de prisão, política já demonstrada ineficaz na teoria e na prática²⁵³.

O presente estudo, por conseguinte, observa a existência de uma verdadeira esquizofrenia no direito penal contemporâneo. Enquanto uma vertente do pensamento, denominada de direito penal mínimo, pretende descriminalizar, desestigmatizar e despenalizar, uma segunda corrente, coerentemente chamada de direito penal máximo, pretende implementar o direito penal do inimigo no ordenamento jurídico pátrio, extinguindo garantias constitucionais e expandindo o rol de condutas tipificadas.

Esta tensão é percebida em diversas legislações esparsas e normas incorporadas ao Código Penal em vigor. Os artigos que versam sobre rufianismo, casa de prostituição, favorecimento à prostituição e seus congêneres²⁵⁴ não poderiam escapar a esta

²⁵³ CALLEGARI, André Luís; MOTTA, Cristina Reindolff. Estado e política criminal: a expansão do direito penal como forma simbólica de controle social. In: CALLEGARI, André Luís (Org.). *Política criminal: Estado e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 03.

²⁵⁴ Artigos 228 a 231-A do Código Penal em vigor.

tensão, de sorte que é preciso asseverar, enfaticamente, que a tese ora esposada é consentânea com o funcionalismo racional-teleológico de Claus Roxin, sendo rechaçado veementemente o funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs, devendo ser adotada, no caso da prostituição, uma postura minimalista e garantista do direito penal. Torna-se imprescindível, nesta ordem de ideias, uma digressão acerca do funcionalismo de Roxin, da teoria da tipicidade conglobante e do princípio da intervenção mínima, dentre outros, e sua influência sobre os tipos previstos nos artigos 228 a 231-A do Código Penal, o que será realizado no tópico seguinte.

3.4.3 Ausência de tipicidade nos denominados crimes relacionados à prostituição

São crimes relacionados à prostituição e que serão objeto de investigação no presente estudo, capitulados nos artigos 228 a 231-A do Código Penal, o favorecimento da prostituição, a casa de prostituição, o rufianismo e o tráfico internacional e interno de pessoa para fim de exploração sexual²⁵⁵.

²⁵⁵ BRASIL. *Código Penal*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 95-97.

Favorecimento da prostituição

Art. 228 - Induzir ou atrair alguém à prostituição, facilitá-la ou impedir que alguém a abandone:

Pena - reclusão, de dois a cinco anos.

§1º - Se ocorre qualquer das hipóteses do §1º do artigo anterior:

Pena - reclusão, de três a oito anos.

§2º - Se o crime, é cometido com emprego de violência, grave ameaça ou fraude:

Pena - reclusão, de quatro a dez anos, além da pena correspondente à violência.

§3º - Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa.

OBS: **Art. 227, §1º:** Se a vítima é maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos, ou se o agente é seu ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro, irmão, tutor ou curador ou pessoa a quem esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda: Pena - reclusão, de dois a cinco anos.

Casa de prostituição

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.

Rufianismo

Art. 230 - Tirar proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§1º - Se ocorre qualquer das hipóteses do §1º do art. 227:

Pena - reclusão, de três a seis anos, além da multa.

§2º - Se há emprego de violência ou grave ameaça:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, além da multa e sem prejuízo da pena correspondente à violência.

Tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual

Art. 231. Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro.

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos.

Para sedimentar a tese de que tais dispositivos do Código Penal não possuem tipicidade, sob a ótica da mais avançada teoria penal funcionalista, é preciso inicialmente tecer comentários acerca da proteção do bem jurídico, da teoria da tipicidade conglobante de Zaffaroni, dos princípios da intervenção mínima e da ofensividade, bem como devem ser analisadas as correntes de descriminalização e de despenalização do direito penal contemporâneo.

Prima facie, impende gizar que a teoria do bem jurídico como fundamento de legitimidade para o direito penal não foi criada por Claus Roxin, pois existe desde o século XIX – porém, inafastavelmente, foi por ele aprimorada na teoria penal funcionalista.

Com efeito, um dos principais méritos do seu pensamento, hoje em franca expansão em diversos países no mundo, foi o afastamento das concepções formalistas, legalistas e assépticas da teoria de Welzel e a reintrodução do valor na análise do delito. Sustenta Roxin que somente devem ser tipificadas condutas que representem a violação de bens jurídicos reputados fundamentais para a sociedade, que configurem, ademais, uma violação intolerável ao bem jurídico tutelado. O direito penal, destarte, é fundamental para selecionar e individualizar racionalmente os interesses merecedores da proteção penal. Isto significa uma verdadeira revolução da teoria penal, que estava completamente direcionada para a investigação da conduta humana, não para o valor que deveria ser objeto da *ultima ratio* normativa. A pena

§1º. Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la.

§2º. A pena é aumentada da metade se:

I - a vítima é menor de 18 (dezoito) anos;

II - a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato;

III - se o agente é ascendente, padrasto, madrastra, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou

IV - há emprego de violência, grave ameaça ou fraude.

§ 3º. Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

Tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual

Art. 231-A. Promover ou facilitar o deslocamento de alguém dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

§1º. Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar, vender ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la.

§2º. A pena é aumentada da metade se:

I - a vítima é menor de 18 (dezoito) anos;

II - a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato;

III - se o agente é ascendente, padrasto, madrastra, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou

IV - há emprego de violência, grave ameaça ou fraude.

§3º. Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

imposta é uma consequência ocasionada pela condição axiológica do bem. Na lição de Francisco de Assis Toledo,

Os bens são, pois, coisas reais ou objetos ideais dotados de “valor”, isto é, coisas materiais ou objetos imateriais que, além de serem o que são, “valem”. Por isso são, em geral, apetecidos, procurados, disputados, defendidos, e, pela mesma razão, expostos a certos perigos e ataques ou sujeitos a determinadas lesões²⁵⁶.

A atuação do direito penal, no Estado Democrático e Social de Direito, deve ser subsidiária e fragmentária, ou seja, deve haver a intervenção estatal penal apenas para proteção de determinados bens, não todos (por isso o princípio da fragmentariedade) e, mesmo assim, somente deve ser utilizada quando os demais ramos do direito não forem suficientes para oferecimento de uma tutela adequada (por esta razão a subsidiariedade).

Desta sorte, somente os interesses ocupantes do centil superior da pauta axiológica de uma sociedade poderá ser objeto de proteção penal mediante tipificação da conduta que o viole. Ratificando este entendimento, Mir Puig assinala que, para um bem jurídico ser considerado bem jurídico penal, são necessárias duas condicionantes: importância social e necessidade de proteção pelo direito penal²⁵⁷. Para uma existência em comum, é preciso que o direito penal assegure os bens mais valiosos da sociedade – e somente estes.

A eleição dos bens jurídicos a serem tutelados pelo direito penal, por seu turno, não é arbitrária, mas deve estar pautada nos preceitos constitucionais, sendo esta a verdadeira bússola a orientar a atuação do legislador e do jurista. Nas palavras de Ferrajoli, defensor do garantismo penal:

É nas constituições que o Direito Penal deve encontrar os bens que lhe cabe proteger com suas sanções. E o penalista assim deve orientar-se, uma vez que nas constituições já estão feitas as valorações criadoras dos bens jurídicos, cabendo ao penalista, em função da relevância social desses bens, tê-los obrigatoriamente presentes, inclusive a eles se limitando, no processo de tipologia criminal²⁵⁸.

²⁵⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. 13. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 15.

²⁵⁷ PUIG, Santiago Mir. *Direito penal: fundamentos e teoria do delito*. Trad. Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 97.

²⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 372.

Observa-se a existência de uma diversidade de conceituações de bem jurídico na doutrina, bem como dos critérios a serem eleitos pelo legislador para tipificação de condutas. Considerando-se a impossibilidade de indicação de um conceito material positivo, que estabelecesse *numerus clausus* quais seriam os bens merecedores de tutela penal, adota-se o entendimento, no presente estudo, de que devem ser buscados critérios negativos para deslegitimação da atuação legiferante – neste sentido, pode-se afirmar que não devem ser consideradas condutas penalmente relevantes as que violem normas morais, religiosas ou ideológicas.

Inúmeras foram as ocasiões, segundo Pierangeli, em que o direito penal pretendeu tutelar bens relacionados à disciplina moral, aos bons costumes e à religião. Dentre estes, é possível citar: a) nas Ordenações Filipinas, havia a punição de alcoviteiros de mulheres casadas; b) no Código Criminal do Império, era também sancionada a conduta de celebração de culto de outra religião, que não fosse a Católica, à época a religião do Estado; c) no Código Penal de 1940, em dispositivo em vigor até 2005, o adultério também era tipificado no Brasil. Apenas a título ilustrativo, na Alemanha, até 1969, o homossexualismo entre adultos era severamente punido²⁵⁹.

Exsurge de todos estes exemplos que o bem jurídico a ser protegido pela norma penal não deve estar relacionado a questões de disciplina ou ascetismo moral, como ocorre atualmente com a prostituição.

Nesta ordem de ideias, a tipicidade adquire novos contornos. Pelas teorias tradicionais, a tipicidade é a adequação da conduta ao modelo previsto na lei. Trata-se, portanto, de uma conceituação lógico-formal da tipicidade, que apenas avalia a subsunção do fato à moldura do tipo penal. Não obstante os esforços de Welzel, que carrou um elemento subjetivo para a tipicidade – o dolo – o fato é que este elemento do delito continuou a representar “um juízo formal de adequação de fatos reais a modelos abstratos”²⁶⁰.

A teoria funcionalista acrescenta um elemento axiológico à tipicidade: a concreta lesão a bens jurídicos socialmente relevantes. É com fundamento na teoria funcionalista de Roxin e na teoria da imputação objetiva que se pode defender, atualmente, que os artigos 228 a 231-A do Código Penal são destituídos de tipicidade, vez que não protegem bens jurídicos penalmente relevantes. Incumbe ao aplicador e intérprete do direito, por

²⁵⁹ PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 118.

²⁶⁰ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da insignificância no direito penal: análise à luz da Lei 9.099/95, Juizados Especiais Criminais, Lei 9.503/97, Código de trânsito brasileiro e da jurisprudência atual*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 113.

consequente, adotar uma postura crítica quanto à atuação legiferante e admitir que, em algumas situações, já não existe qualquer relevância social na tipificação da conduta e nem se deve considerar que a prostituta é uma vítima que precisa ser libertada, pelo aparato estatal, da exploração sexual – postura tipicamente abolicionista adotada no ordenamento jurídico pátrio.

A tipicidade, no funcionalismo, é constituída pela tipicidade formal e pela tipicidade material. Não é suficiente a subsunção do fato à norma: é preciso que a tipicidade também esteja em consonância com as modernas teorias de direito penal subsidiário, fragmentário e de *ultima ratio*. Segundo Luiz Flávio Gomes, “do método subsuntivo passa-se ao ponderativo”²⁶¹. Maurício Antonio Ribeiro Lopes assevera que determinadas condutas, que não violem gravemente bens jurídicos penalmente tutelados, devem ser consideradas atípicas, com fulcro no princípio da insignificância. E continua:

O juízo de tipicidade, para que tenha efetiva significância e não atinja fatos que devam ser estranhos ao Direito Penal, por sua aceitação pela social ou dano social irrelevante, deve entender o tipo, na sua concepção material, como algo dotado de conteúdo valorativo, e não apenas sob o aspecto formal, de cunho eminentemente diretivo²⁶².

Além de possuir um conteúdo valorativo, a verificação da tipicidade de determinada conduta também deve tomar em consideração a denominada tipicidade conglobante de Zaffaroni, segundo a qual é preciso observar se, na mesma ordem jurídica, existe a convivência de duas normas contraditórias, uma proibindo a conduta, de natureza penal, e outra permitindo-a ou fomentando-a, de natureza não penal. Se esta circunstância ocorrer na realidade fática, é imperioso afastar o tipo penal. No seu entendimento, a tipicidade não é exclusivamente um conceito legal e de subsunção do fato à norma:

O juízo de tipicidade não é um mero juízo de *tipicidade legal*, mas que exige um outro passo, que é a comprovação da *tipicidade conglobante*, consistente na averiguação da proibição através da indagação do alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente, e sim *conglobada* na ordem normativa. A *tipicidade conglobante* é um corretivo da *tipicidade legal*, posto que pode excluir do âmbito do típico aquelas condutas que apenas aparentemente estão proibidas²⁶³.

²⁶¹ BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio (Coords.). *Direito penal: introdução e princípios fundamentais*. 2. ed. Coleção Ciências Criminais, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 468.

²⁶² LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Op. cit.*, p. 117.

²⁶³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral – vol. 1*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 394.

Pode-se afirmar que a tipicidade conglobante pode ser verificada, no caso concreto, quando a conduta do agente é considerada antinormativa, ou seja, contrária à norma penal, e não imposta, fomentada ou tolerada por outra norma, bem como ofensiva a bens de relevo para o direito penal (tipicidade material). A teoria da tipicidade conglobante não refuta a teoria funcionalista de Roxin; pelo contrário, ratifica os seus postulados. Ora, é paradoxal que a prostituição não seja em si mesma um crime, porém o seja a casa de prostituição, o favorecimento à prostituição e o rufianismo. Pela teoria da tipicidade conglobante, a conduta deve estar proibida pelo ordenamento jurídico como um todo, de forma global.

É importante acrescentar ainda que, ao lado da teoria funcionalista de Roxin e da teoria da tipicidade conglobante de Zaffaroni, há também princípios de direito penal que fundamentam a tese de que os artigos 228 a 231-A do Código Penal, dogmaticamente, não plasmam condutas dotadas de tipicidade.

O *princípio da intervenção mínima* estabelece que a intervenção estatal, na elaboração de normas que tipifiquem condutas, deve ser a menor possível, porquanto primeiramente devem ser utilizados outros mecanismos jurídicos de controle social, sendo o direito penal a última escolha do legislador. De fato, a pena significa a máxima intervenção do Estado na esfera dos direitos fundamentais e da liberdade individual. Por esta razão, somente pode ser utilizada a sanção penal, que em geral se consubstancia em uma pena privativa de liberdade, nos casos mais graves, ou seja, para aquelas condutas que efetivamente representem uma violação intolerável a bens jurídicos reputados essenciais e imprescindíveis para a boa convivência social. Na lição de Heleno Cláudio Fragoso,

Saber quais bens jurídicos devem ser protegidos sob a ameaça de pena, ou seja, quais devem ser os critérios de criminalização, é uma questão empírica e não filosófica. Devem ser protegidos os bens de maior valor. Convém, no entanto, ter presente o princípio da intervenção mínima, que decorre do caráter subsidiário do direito penal. Só deve o Estado intervir com a sanção jurídico-penal quando não existam outros remédios jurídicos, ou seja, quando não bastarem as sanções jurídicas do direito privado. A pena é a *ultima ratio* do sistema²⁶⁴.

O princípio da intervenção mínima deve atuar, especialmente, restringindo a voracidade legiferante do poder estatal, que somente deverá tipificar condutas, através da lei, quando outras formas de sanção não forem eficazes como instrumentos de controle social. Em outras palavras, deve o legislador atentar para o fato de que o direito penal deve ficar restrito

²⁶⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 279.

ao mínimo imprescindível à convivência social. O princípio da intervenção mínima é um princípio limitador do *jus puniendi* e é um pressuposto político do Estado Democrático de Direito, além de uma bússola para o dimensionamento da política criminal.

Quanto à casa de prostituição, é evidente a tolerância social quanto ao fato capitulado no artigo 229 do Código Penal, porquanto dentre os seus frequentadores é possível e até provável encontrar policiais e agentes da lei, além de servidores e membros dos Poderes Legislativo, Executivo, Judiciário e do Ministério Público. Ademais, muitas casas de prostituição funcionam no centro da cidade, à luz do dia, por vezes nas vizinhanças das delegacias, sem que ninguém incomode as pessoas que usufruem dos seus serviços. O mesmo pode-se dizer quanto ao favorecimento da prostituição, que somente deveria ser uma conduta típica nas hipóteses em que os serviços sexuais são prestados por menores de 18 (dezoito) anos e nas hipóteses de emprego de violência ou grave ameaça, porque em ambos os casos está sendo conspurcada a livre manifestação de vontade da pessoa. Também há que se dizer que o crime de rufianismo, na estrita observância da tipicidade formal, abrange inclusive os filhos e o companheiro ou cônjuge da prostituta, pois podem ser sustentados por ela, com os valores decorrentes dos serviços sexuais. Axiologicamente falando, não é relevante e não traz nenhuma comoção ou fragor social a destinação que a prostituta confere ao dinheiro auferido pelo seu trabalho, do mesmo modo que a ninguém interessa saber onde os demais trabalhadores empregam o seu salário. Se a prostituta sustenta alguém com o dinheiro proveniente do seu trabalho, não é adequado socialmente que esta pessoa seja encarcerada pelo cometimento do crime de rufianismo. Nenhum dos fatos abrangidos pelos artigos 228 a 231-A da Lei Penal, nos dias atuais, pode mais ser considerado como relevante – salvo, evidentemente, se houver o emprego de violência ou grave ameaça ou se houver exploração sexual de crianças e adolescentes, que não consentem validamente.

O princípio da intervenção mínima existe desde o século XVIII, como reação da burguesia ao Estado absolutista e à inflação penal, que já naquela época era observada. Segundo Luiz Régis Prado,

O uso excessivo da sanção penal (inflação penal) não garante uma maior proteção de bens; ao contrário, condena o sistema penal a uma função meramente simbólica negativa²⁶⁵.

²⁶⁵ PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 171.

Esta utilização excessiva do direito penal, denominada de inflação legislativa, vem ocorrendo também no Brasil, especialmente a partir dos anos de 1990. Foi acentuada uma tendência retribucionista no direito penal, que passou a ser caracterizado por uma legislação fortemente incriminadora. Além de configurar uma violação ao Estado Democrático de Direito, a inflação legislativa contribui para a desconstrução do próprio sistema, que não tem estrutura para aplicação de um direito penal jakobsiano²⁶⁶ e passa a ser desacreditado.

Quando o direito penal passa a ter um caráter eminentemente promocional e simbólico, tipificando, por exemplo, certos delitos fiscais ou os crimes relacionados à prostituição, está o legislador tentando estabelecer uma “ética fiscal” ou uma “ética ascética” com a utilização do instrumento equivocado – além de estar utilizando o direito penal como instrumento de arrecadação, no primeiro caso. O mesmo pode ser afirmado quando o legislador, ao invés de proteger bens jurídicos socialmente relevantes, delibera por tipificar condutas que são vilipendiadas e verdadeiramente massacradas pela mídia, que faz toda a opinião pública voltar-se contra determinada pessoa. Nestas ocasiões, passa-se a impressão de atuação legislativa consentânea com a realidade e com a opinião pública, porém apenas está-se legitimando o caráter simbólico da norma penal e a máxima intervenção. A criminalidade, por seu turno, não é reduzida estatisticamente em função destas leis, ou seja, o seu objetivo não é alcançado.

O sacrifício da liberdade para proteção de um bem jurídico somente deve ocorrer em consonância com a estrita necessidade, devendo ser observado o contexto social, econômico, histórico e cultural em que o tipo penal será inserido. Um dos maiores indicadores para a elaboração das normas penais é, precisamente, a Constituição Federal:

O legislador ordinário deve sempre ter em conta as diretrizes contidas na Constituição e os valores nela consagrados para definir os bens jurídicos em razão do caráter limitativo da tutela penal. Encontram-se, portanto, na norma constitucional, as linhas substanciais prioritárias para a incriminação ou não de condutas. O fundamento primeiro da ilicitude material deita, pois, suas raízes no texto magno. Só assim a noção de bem jurídico pode desempenhar uma função verdadeiramente restritiva²⁶⁷.

Há efetivamente uma relação íntima entre o princípio da intervenção mínima e o princípio da insignificância, porém os conceitos não se confundem. O princípio da

²⁶⁶ De Günther Jakobs, principal idealizador do funcionalismo sistêmico.

²⁶⁷ PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e a Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 77.

intervenção mínima acentua a necessidade de serem escolhidas com maior rigor e cautela, pelo legislador, as condutas a serem inseridas como tipos penais. Já o princípio da insignificância diz respeito ao direito penal já posto, já em vigor, e é uma causa excludente de tipicidade quando há uma efetiva violação ao bem jurídico, porém a gravidade do fato é pequena, insignificante. O princípio da insignificância, destarte, atua na exclusão da tipicidade levando em consideração o resultado obtido ou a motivação do agente. Enquanto o princípio da intervenção mínima orienta o legislador, o princípio da insignificância orienta o aplicador e o intérprete do direito.

O princípio da intervenção mínima, portanto, está implícito no texto constitucional, não sendo admissível ser olvidado em um Estado Democrático de Direito. O argumento de que o uso da força policial e da maior repressão penal garantirá o mais amplo gozo e exercício dos direitos individuais é falacioso porque, onde houver sociedade, sempre haverá crime, sendo imperioso destacar que a conduta a ser tipificada é escolhida pelo legislador, segundo a política criminal adotada.

O *princípio da ofensividade*, também denominado de princípio da lesividade, está intimamente relacionado a uma concepção realística do crime, devendo haver a distinção entre os fatos lesivos e não lesivos no sistema jurídico-penal. Visa conferir a certeza de que as criminalizações de condutas somente ocorrerão quando o bem jurídico tutelado sofrer uma lesão relevante. Em outras palavras, o Estado não está autorizado e nem legitimado a atuar, tipificando condutas, quando a lesão for irrelevante. O princípio da ofensividade pode ser analisado sob dois critérios: sob o aspecto qualitativo, deve o legislador e/ou o intérprete analisar a natureza jurídica do bem violado; sob o aspecto quantitativo, deve ser analisada a extensão da lesão causada ao bem jurídico protegido. Seja considerado como princípio autônomo ou como consequência do princípio da intervenção mínima, como sustentado por Guilherme Nucci²⁶⁸, trata-se de princípio extremamente caro ao Estado Democrático de Direito, na medida em que impossibilita o Estado de exercer excessivamente o *jus puniendi*.

Impende ainda destacar, quando aos denominados crimes relacionados à prostituição, a existência dos *movimentos de descriminalização e despenalização*, sustentados pelo funcionalismo racional-teleológico.

A descriminalização pode ser formal, quando um determinado tipo penal é revogado ou cai em desuso, porque reconhecidamente não mais relevante para o convívio social, e pode ser também substitutiva, quando as sanções penais (que em geral envolvem penas

²⁶⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 48.

privativas de liberdade e multas) são substituídas por outras sanções de natureza civil, administrativa, fiscal, etc. A lição de Raúl Cervini, neste sentido, é lapidar:

É sinônimo de retirar formalmente ou de fato do âmbito do Direito Penal certas condutas, não graves, que deixam de ser delitivas. Descriminalização formal, de jure ou em sentido estrito, que em alguns casos sinaliza o desejo de outorgar um total reconhecimento legal e social ao comportamento descriminalizado, como por exemplo no caso da relação homossexual entre adultos, do aborto consentido e do adultério. Outras vezes esse tipo de descriminalização responde a uma apreciação que difere do papel do Estado em determinadas áreas, ou a uma valoração dos direitos humanos que levam o Estado a abster-se de intervir, deixando em muitos casos a resolução desse fato em si mesmo indesejável às pessoas diretamente interessadas (autocomposição). Descriminalização substitutiva, casos nos quais as penas são substituídas por sanções de outra natureza, como por exemplo, a transformação de delitos de pouca importância em infrações administrativas ou fiscais punidas com multas de caráter disciplinar²⁶⁹.

Pode ocorrer a descriminalização, entretanto, sem a revogação do dispositivo legal, pelo desuso e pela falta de eficácia social, como ocorreu, por exemplo, com o crime de adultério, no Brasil, que somente foi formalmente excluído do Código Penal em 2005, mas muito antes já não havia nenhuma condenação²⁷⁰. A descriminalização e a despenalização também são defendidas por Claus Roxin, que elaborou a conceituação do delito de bagatela nos anos de 1960:

Comportamentos que somente infrinjam a moral, a religião ou *political correctness*, ou que levem a não mais autocolocação em perigo, não devem ser punidos num estado social de direito. Afinal, o impedimento de tais condutas não pertence às tarefas do direito penal, ao qual somente incumbe impedir danos a terceiros e garantir as condições de coexistência social. [...] Assim, distúrbios sociais com intensidade de bagatela – pequenas infrações de trânsito, barulho não permitido ou incômodos à comunidade – não são mais sujeitos à pena, e sim, como infrações de contraordenação, somente a uma coima (*Geldbusse*). O direito penal do futuro tem aqui um extenso campo – especialmente as numerosas leis extravagantes – para descriminalização²⁷¹.

A descriminalização é um instrumento para a deflação legislativa, no escopo de assegurar a manutenção do próprio sistema, evitando a sua hipertrofia. A despenalização

²⁶⁹ CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 72-73.

²⁷⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral* – vol. 1. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 310-311.

²⁷¹ ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 12-13.

envolve a substituição de uma pena privativa de liberdade por outra menos grave, porém o fato continua a ser crime. O entendimento esposado no presente estudo é o de que as condutas capituladas nos arts. 228 a 231-A do Código Penal são destituídas de tipicidade, com fulcro na teoria funcionalista de Claus Roxin e na teoria da tipicidade conglobante de Zaffaroni, aliadas aos princípios da intervenção mínima, da ofensividade ou da lesividade e aos movimentos da descriminalização e da despenalização.

O entendimento de que a prostituição não é crime, na jurisprudência, já foi pacificado desde o início da década de 1980, quando o Supremo Tribunal Federal concedeu um *habeas corpus* a uma prostituta que fazia o *trottoir* na cidade de São Paulo, nos seguintes termos:

EMENTA. Habeas corpus. Salvo-conduto. Hipótese em que se concede, na conformidade da orientação da Primeira Turma do STF, consubstanciada no acórdão do RE n.º 58.974-SP, após vencido o Relator, que propunha a remessa do feito ao Plenário, em face do entendimento contrário da Segunda Turma (RHC n.º 58.179-3) sobre a mesma matéria. Recurso provido²⁷².

Na hipótese, uma mulher chamada Geni de Arruda Spalaor, casada e mãe, com documentação pessoal em ordem e contribuinte do imposto de renda, como ressaltado no voto, foi detida pela polícia por estar fazendo *trottoir* na conhecida “boca do lixo” da cidade de São Paulo. O seu *habeas corpus* foi denegado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, sob o fundamento de que havia a configuração de ato contrário aos bons costumes, ofensivo à moralidade pública e fonte de constrangimento para transeuntes e residentes. A interessada então recorreu ao Supremo Tribunal Federal, sendo de se destacar que, à época, não existia ainda o Superior Tribunal de Justiça, somente criado com o advento da Constituição de 1988. O voto vencedor foi lavrado, por notas taquigráficas, nos seguintes termos:

Senhor Presidente, prostituição não é crime e ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem de autoridade competente. Crime é o ultraje ao pudor. Ultraje público ao pudor, na nossa lei, pode ser de duas maneiras de agir. Ou há prática em público de ato obsceno, ou há exposição à venda de objetos, figuras e textos obscenos, como dispõe o Código Penal. Essas são as figuras do ultraje público ao pudor, com que se avizinhará o trafegar dessa mulher, que é meretriz, mas que quando caminha nas ruas não transpõe os limites da lei penal, com prática de ultraje ao pudor público²⁷³.

²⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso de Habeas Corpus RHC n.º 59.114-1 – São Paulo*. Recorrente: Geni de Arruda Spalaor; Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; Órgão julgador: Primeira Turma; Relator: Ministro Néri da Silveira; Redator: Ministro Clóvis Ramalhete; Data de julgamento: 11.12.1981; Data de publicação: DJ de 22.04.1983.

²⁷³ *Ibidem*.

Logo em seguida, o Ministro redator dá exemplos práticos da tolerância social, que era observada já em 1981, há mais de 30 (trinta) anos:

A propósito de ponderações sobre a localização do *trottoir*, não sei se não serão os próprios fatos da vida urbana – pois que uma cidade, no dizer dos sociólogos da urbanização, é um organismo complexo composto de vísceras – que conduzem à localização espontânea do *trottoir* e casas de tolerância, por vários fatores, por moralidade ou por possibilidade de afreguesamento. Brasília, capital da República, vê diariamente o *trottoir* perto do Hotel Nacional. Ele não faz mal a ninguém, se não há ali ultraje público ao pudor, ou seja, prática de atos obscenos. E nas montras mais elegantes das nossas livrarias estão em exposição revistas eróticas, que trazem textos obsceníssimos, gravuras obsceníssimas, fazendo a fortuna da má imprensa. Mas as autoridades não se preocupam com elas, no Rio de Janeiro ou em São Paulo. Mas agora em São Paulo a polícia prende mulher que caminha na rua. Talvez tenha sido detida em frente a uma banca de jornais que expõe o erotismo no nu feminino, e a polícia ficou-lhe indiferente, não obstante o Código Penal definir gravura e texto obsceno oferecido à venda como sendo ultraje ao pudor.

O mero *trottoir* não é ainda prostituição. E, quando fosse, não seria crime. Lenocínio, sim, é crime; prostituição não o é. [...] Como é que essa moça, andando pra lá e pra cá num lugar chamado “boca do lixo”, está ofendendo os bons olhos e a virtude de alguém?²⁷⁴

E finaliza o voto de maneira magistral ao sustentar o garantismo penal:

Não sei como votar de outro modo senão concedendo a ordem, e repetindo a menção de que a autoridade policial só pode prender nos casos da Constituição, art. 153, §12. Ninguém, nem prostituta, será preso senão em flagrante delito ou por ordem de autoridade competente. Ninguém – diz a Constituição. Essa mulher se queixa de ser presa e de ficar dias na polícia, certamente exposta a tudo, tendo sido detida só porque caminhava pelas ruas de um lugar chamado “boca do lixo”. Esta prisão é ilegal²⁷⁵.

Desenvolvendo as ideias esposadas pelo Supremo Tribunal, já houve várias decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul considerando atípica a conduta de manutenção de casa de prostituição:

Casa de Prostituição. Descriminalização por força social. À sociedade civil é

²⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso de Habeas Corpus RHC n.º 59.114-1 – São Paulo*. Recorrente: Geni de Arruda Spalaor; Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; Órgão julgador: Primeira Turma; Relator: Ministro Néri da Silveira; Redator: Ministro Clóvis Ramalhete; Data de julgamento: 11.12.1981; Data de publicação: DJ de 22.04.1983.

²⁷⁵ *Ibidem*.

reconhecida a prerrogativa de descriminalização do tipo penal configurado pelo legislador. A eficácia da normal penal nos casos de casa de prostituição mostra-se prejudicada em razão do anacronismo histórico, ou seja, a manutenção da penalização em nada contribui para o fortalecimento do estado democrático de direito, e somente resulta num tratamento hipócrita diante da prostituição institucionalizada com rótulos como 'acompanhantes', 'massagistas', motéis, etc., que, ainda que extremamente publicizada, não sofre qualquer reprimenda do poder estatal, haja vista que tal conduta, já há muito, tolerada, com grande sofisticação, é divulgada diariamente pelos meios de comunicação, não é crime, bem assim não serão as de origem mais modesta e mais deficiente economicamente. *Apelação improvida*²⁷⁶.

Em acórdão de 2009, o aludido Tribunal também se posicionou da mesma forma:

2.1. Casa de Prostituição

Não desconheço que o tema é polêmico, porém concordo com o entendimento de que a conduta não chega a lesar a coletividade, uma vez que admitido socialmente o fato, inclusive pelo próprio poder público, que permite o funcionamento de estabelecimentos desta natureza, mascarados muitas vezes por nomes fictícios, mas de notório prostíbulo, seja a cidade que for.

A partir da ideia da necessidade, para configuração do tipo, também de uma tipicidade material, ou seja, o exame da lesividade causado ao bem jurídico protegido, sob aspecto social, cabível a conclusão adotada.

A norma penal incriminadora, em dado momento e considerada a espécie, não se pode negar, cede à nova realidade social. Foi o que aconteceu com o delito de adultério, como exemplo²⁷⁷.

E mais recentemente ainda:

EMENTA. Código Penal. Art. 228. Favorecimento à prostituição. Art. 229. Manter casa de prostituição. Atipicidade. A manutenção de casa de prostituição com conhecimento das autoridades, sem imposição de restrições, desfigura o delito previsto no art. 229 do CPP. Conduta que, embora prevista como ilícita, é aceita pela sociedade atualmente. No caso dos autos, não há prova de que a ré induziu ou atraiu a vítima para a prostituição, visto que a mesma já fazia programas antes de a acusada adquirir o estabelecimento. Absolvição mantida²⁷⁸.

²⁷⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação n.º 70000586263*. Apelante: Ministério Público; Apelado: Marcos Marcelo Pereira de Carvalho; Relator Desembargador Aramis Nassif; Órgão julgador: Quinta Câmara Criminal; Data de julgamento: 16.02.2000; Data de publicação: DJ de 04.04.2000.

²⁷⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação n.º 70023422744*. Apelante: Ministério Público; Apelados: Ariovaldo dos Santos Neves, Arno Henrichsen e Maria Elisabete da Rosa; Relator Desembargador Danúbio Edon Franco; Data de publicação: DJ de 30.10.2009.

²⁷⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação n.º 70059523357*. Apelante: Ministério Público; Apelado: A. G. S.; Relator Desembargador Ivan Leomar Bruxel; Órgão julgador: Quinta Câmara Criminal; Data de Julgamento: 02.07.2014; Data de publicação: DJ de 10.07.2014.

No mesmo sentido o Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

CASA DE PROSTITUIÇÃO - CP, ART. 229 - ILICITUDE AFASTADA PELA REALIDADE SOCIAL E EVOLUÇÃO DOS COSTUMES - CONCEITO MORAL ULTRAPASSADO E JÁ SEM SUSTENTÁCULO NA ATUALIDADE - SUA CONSEQÜENTE ATIPICIDADE. - Embora ainda figure no Código Penal vigente, - este dos idos de 1940 -, a conduta a que se refere o seu art. 229 (casa de prostituição) deixou de ser vista à conta de delituosa. E deixou de sê-lo, porque se trata de um conceito moral reconhecidamente ultrapassado e que já não tem mais como se sustentar nos dias atuais. A sociedade hodierna culminou por ditar uma realidade que acabou por afastar a ilicitude daquela conduta - a do art. 229 -, tornando-a, em consequência, atípica, em nome da evolução dos costumes²⁷⁹.

É possível asseverar, destarte, que a supremacia dos princípios democráticos e a efetivação dos direitos fundamentais requerem a urgente inversão dos rumos expansionistas do poder punitivo estatal. É preciso resgatar com veemência os princípios da interferência mínima penal e da lesividade, aliados aos movimentos de descriminalização e de despenalização. É imperioso construir – ou reconstruir – pensamentos e práticas libertários e igualitários, fundados na solidariedade e no respeito ao outro.

3.4.4 Críticas aos artigos 228 a 231-A do Código Penal

Ainda que não seja adotada a teoria da imputação objetiva do funcionalismo racional teleológico de Claus Roxin, o que se admite apenas por amor ao debate, é possível tecer críticas aos artigos 228 a 231-A do Código Penal.

No crime de mediação para servir a lascívia de outrem, previsto no artigo 227 do Código Penal, encontra-se tipificada formalmente a conduta de induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem. Induzir é incutir a ideia na pessoa que irá praticar a lascívia com outrem, bem como convencê-la à prática prevista no dispositivo legal. Entende-se que satisfazer a lascívia de outrem é o comportamento de natureza sexual, com finalidade de satisfação de desejos libidinosos, mas não obrigatoriamente o ato sexual propriamente dito.

Trata-se, portanto, do denominado crime de lenocínio, praticado por

²⁷⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação n.º 1.0151.02.001455-2/001*. Apelante: Maria da Conceição Ferreira Silva; Apelado: Ministério Público; Relator Desembargador Hyarco Immesi; Data de publicação: DJ de 26.02.2008.

proxenetas, cuja conduta, de acordo com a teoria abolicionista, deve ser punida. Todavia, considerando que a “vítima”, no tipo previsto no artigo 227, não recebe remuneração pelo mediador ou pelo terceiro que satisfaz a sua lascívia, não há que se cogitar de prostituição. Uma vez percebida esta remuneração pela “vítima”, a conduta deixa de estar capitulada no artigo 227 do Código Penal para inserir-se na moldura do artigo 228 do mesmo diploma legal, objeto do presente estudo. Em outras palavras, o artigo 227 do Código Penal não será objeto de análise mais detalhada, no presente estudo, porquanto encontra-se fora do recorte metodológico ora adotado.

No crime de favorecimento da prostituição, estabelecido no artigo 228 do Código Penal, observa-se uma extensão do poder punitivo estatal para tentar açambarcar todas as pessoas que trabalham com condutas coadjuvantes da prostituição.

Exploração sexual é gênero do qual a prostituição é espécie, ao lado do turismo sexual, da pornografia e do tráfico para fins sexuais, entre outras atividades²⁸⁰. O delito pode ser consumado por diversas condutas. Induzir é incutir a ideia, é convencer alguém de alguma coisa; atrair é fazer com que a pessoa se sinta estimulada à prática do comércio sexual. Em verdade, são situações muito próximas, sendo difícil, na prática, estabelecer uma linha divisória entre os dois verbos. Ambos, porém, concernem ao início da prostituição, ou seja, à etapa em que o trabalhador do sexo ainda não iniciou suas atividades laborais, e é induzido ou atraído para o trabalho. No caso de facilitar – que deve ser compreendida como toda conduta tendente a proporcionar meios eficazes para exercer a prostituição – a pessoa já encontra na atividade, sendo-lhe apenas facilitados os meios para a prestação de serviços sexuais. Se o agente impede ou dificulta que a “vítima” abandone a prostituição, também estará cometendo, formalmente, o delito previsto.

Desta sorte, conclui-se que o artigo 228 do Código Penal interessa sobremaneira ao presente estudo, vez que, hipoteticamente, poderia ser argumentado que a conduta do empregador estaria inserida no aludido dispositivo.

O bem jurídico tutelado é a disciplina da vida sexual, dos bons costumes e da moralidade pública, como destaca Magalhães Noronha:

Quem mantém um prostíbulo está *sempre* favorecendo esse gênero de vida devassa e corrupta. O bem jurídico, pois, tutelado é ainda o do interesse da sociedade em que a vida sexual seja disciplinada, desenvolvendo-se de acordo com a moral e os bons costumes, não permitindo, assim, que alguém se torne, se não causa ou origem do desregramento, pelo menos fator de seu favorecimento ou facilitação, explorando, na maior parte das vezes, as infelizes vítimas que se

²⁸⁰ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal – parte especial – vol. III*. 11. Ed. Niterói: Ímpetus, 2014, p. 605-606.

entregam a esse gênero de vida, seja a prostituição propriamente dita, seja a corrupção. Sintetizando, podemos dizer que a lei tem em vista a proteção da moralidade sexual, sob os prismas individual e social²⁸¹.

Torna-se evidente, demonstrado que o bem jurídico tutelado, segundo a doutrina unânime²⁸², é a moralidade pública e os bons costumes, que a conduta deve ser descriminalizada, tornando-se um indiferente penal, pois não se pode conceber que a *ultima ratio* jurídica tenha por finalidade disciplinar a vida sexual das pessoas.

Guilherme de Souza Nucci tece duras críticas ao tipo legal. Ora, a primeira dificuldade a ser enfrentada pelo intérprete é precisamente o conceito de exploração sexual, pois é muito abrangente e fluido. De fato, a exploração sexual somente poderia ser incriminada caso estivesse relacionada à fraude ou ao abuso em qualquer área da sexualidade humana. Quanto à delimitação de exploração sexual como pornografia e turismo sexual, é preciso destacar que os filmes, *shows* eróticos, escritos pornográficos e fotografias são comercializados e pagam impostos – exceto quando são veiculados através da *internet*, que contém vastíssimo conteúdo pornográfico. São, por conseguinte, atividades lícitas, e muito procuradas por pessoas dos mais diferentes níveis culturais e econômicos. O turismo sexual também não deve ser considerado como atividade de exploração sexual, pois se traduz na viagem empreendida por alguém em busca de prostituição ou pornografia em local distante de seu domicílio, devido à estigmatização social que o consumidor de tais serviços também sofre. Não há efetivamente exploração porque são atividades desenvolvidas por pessoas adultas, que consentem validamente no comércio sexual. Nas palavras de Nucci:

Este crime, hoje, é muito mal interpretado. Pretende-se alcançar somente o proxeneta pobre, de baixo nível cultural, que leva pessoas à prostituição para repartir os lucros. Mesmo que o negócio se faça entre adultos e capazes, a lei penal insiste em domar tais costumes como se fossem imorais, a ponto de ter alguma gravidade penal, com o que não concordamos.

Sem violência, ameaça ou fraude, inexistente qualquer ofensa a bem jurídico tutelado – dignidade da pessoa humana, no cenário sexual. Não importa – ao menos não deveria – a sociedade se uma pessoa adulta combina com outra de repartir lucros no comércio sexual. Enquanto uma cuida do local, da propaganda e da proteção, a outra participa dos atos sexuais. Cuida-se de um negócio entre pessoas capazes: dividem-se os lucros²⁸³.

²⁸¹ NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal* – vol. 3. Atualizada por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 224.

²⁸² PIERANGELI, José Henrique; SOUZA, Carmo Antonio de. *Crimes sexuais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 121.

²⁸³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Prostituição, lenocínio e tráfico de pessoas – aspectos constitucionais e penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 184-185.

Ora, se houver fraude, violência ou grave ameaça, evidentemente haverá uma conduta criminosa, mas esta circunstância não impede a descriminalização do favorecimento à prostituição, pois qualquer constrangimento ilegal cometido, para qualquer fim, já tem tipificação própria no artigo 146 do Código Penal²⁸⁴.

Atualmente, a nova redação dada ao artigo 229 do Código Penal pela Lei n.º 12.015/2009 lhe retirou o título de casa de prostituição, porém já se trata de denominação consagrada na doutrina e na jurisprudência.

A conduta tipificada formalmente é de manter estabelecimento (casa de prostituição) em que ocorra a exploração sexual. Este estabelecimento pode ser mantido por conta própria ou de terceiro, com ou sem mediação direta do proprietário ou gerente, com ou sem intuito de lucro.

Em inúmeras oportunidades, os Tribunais têm admitido a existência do crime em face da ocorrência de outras condutas socialmente reprováveis, tais como a exploração sexual de crianças e adolescentes ou vulneráveis – quanto a estes, sim, pode-se afirmar que existe exploração, pois não consentem validamente. Ora, a tese ora defendida é de *liceidade da conduta de manutenção de estabelecimento comercial destinado à prestação de serviços sexuais por pessoas maiores de 18 (dezoito) anos e que validamente consentiram para a prática do sexo seguro como atividade econômica*. É evidente que, se a prestação de serviços for obtida mediante violência ou grave ameaça, ou se houver qualquer indício de trabalho escravo, degradante ou por menores, deverão ser responsabilizados criminal e civilmente os donos do estabelecimento. Aliás, a repressão a tais condutas pelo Ministério Público do Trabalho e pelo Ministério do Trabalho, sempre notória e de grande impacto social, tem muito contribuído para a erradicação do trabalho escravo no Brasil.

A casa de prostituição, ora referida, é o típico prostíbulo, localizado em zona de meretrício, que funciona como estabelecimento comercial destinado à prática de atos sexuais, nos quais a manifestação de vontade das contratadas e dos clientes é livre e não eivada

²⁸⁴ BRASIL. *Código Penal*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 79.

Constrangimento ilegal. Art. 146. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

Aumento de pena

§1º - As penas aplicam-se cumulativamente e em dobro, quando, para a execução do crime, se reúnem mais de três pessoas, ou há emprego de armas.

§2º - Além das penas cominadas, aplicam-se as correspondentes à violência.

§3º - Não se compreendem na disposição deste artigo:

I - a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida;

II - a coação exercida para impedir suicídio.

por vícios de consentimento.

Quem mantém uma casa de prostituição está abrigoando uma conduta rigorosamente lícita, e por esta razão não deve ser incriminado. Ademais, com a mudança da redação do dispositivo, em 2009, tornou-se admissível a interpretação de que não apenas os proprietários ou gerentes dos prostíbulo incidiriam no delito, mas todos que mantivessem casas de massagem, saunas, hotéis ou hotéis onde houvessem encontros sexuais com exploração sexual – conceito que ainda suscitará muitas controvérsias jurisprudenciais.

O modelo social da contemporaneidade não mais se coaduna com uma tipificação penal que busca guarnecer a família, a moral e os bons costumes, nestes termos. Outrossim, o fato de ter sido tipificada formalmente conduta, desde o advento do Código Penal, em 1940, não impediu a proliferação dos prostíbulo, muitas vezes frequentados por pessoas que, em tese, deveriam reprimir a sua existência. É inviável a pretensão de moralização do ser humano pela via coercitiva do *jus puniendi*.

Sob nenhum ponto de vista a moral em sentido estrito pode ser considerada um bem jurídico. A ‘moral pública’ é um sentimento de pudor, que se supõe ter o direito de tê-la, e que é bom que a população a tenha, mas se alguém carece de tal sentimento, não se pode obrigar a que o tenha, nem que se comporte como se o tivesse, na medida em que não lesionem o sentimento daqueles que o têm²⁸⁵.

É imprescindível verificar se determinada conduta afeta as necessidades do sistema social em seu conjunto, para que seja incluída no Código Penal. Somente possuem dignidade penal as condutas que afetem bens jurídicos – e a moral e os bons costumes não são bens jurídicos – e que sejam socialmente relevantes. No entendimento de Guilherme Nucci, é preciso atentar para a discriminação sofrida pelos prostíbulo mais humildes e para o fato de que não se trata sequer de hipótese de aplicação do princípio da adequação social, mas dos princípios da legalidade e da intervenção mínima, este último sufragado no presente trabalho:

Mas, estranhamente, o tipo do art. 229 mudou, continuando a polícia a investigar as velhas e pobres casas de prostituição, as únicas que terminam julgadas pela seletiva Justiça Criminal. [...]

Todas essas linhas servem para a reflexão do leitor, pois algo está errado – muito errado. Em nosso entendimento, o tipo penal do art. 229 não deve mais ser aplicado por ferir a taxatividade (legalidade) e porque invade a intimidade alheia. Nem é uma questão de se discutir o princípio da adequação social, ou seja, casas

²⁸⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro – parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 467.

de prostituição são consensualmente assimiladas pela sociedade? Não importa, pois o tipo penal abriu mão dessa expressão, elencando outra, que diz respeito à exploração sexual. Por certo, a sociedade não assimila qualquer forma de exploração ao ser humano, muito menos a sexual.

Então, não é pela via da adequação, mas da ferida à legalidade e da lesão à intervenção mínima, com agressões à intimidade e à vida privada, que não se deve aplicar o art. 229. A incongruência tomou conta da nova figura incriminadora, impedindo a sua justa validade na prática²⁸⁶.

Até mesmo Rogério Greco, doutrinador penalista profundamente religioso e que adota os paradigmas gerais da teoria abolicionista, vislumbra diversas consequências nefastas ao próprio sistema penal, em face da tipificação da casa de prostituição:

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

O Estado, no entanto, não está acostumado a abrir mão de sua força, deixando-a de reserva para “algum momento oportuno”. Entendemos que a revogação de alguns delitos que giram em torno da prostituição de pessoas maiores e capazes contribuiria para a diminuição da corrupção existente no Estado, pois a licitude de determinados comportamentos, hoje tidos como criminosos, impediria solicitações ou, mesmo, exigências indevidas por parte de determinados funcionários públicos, que fazem “vista grossa” quando obtêm alguma vantagem indevida e, ao contrário, retaliam, quando seus interesses ilegais não são satisfeitos²⁸⁷.

Por um fundamento ou por outro, o fato é que, nem na teoria e nem na prática, é defensável a postura de manutenção do tipo legal insculpido no artigo 229 do Código Penal.

No caso do rufianismo, capitulado no artigo 230 do Código Penal, os bens jurídicos tutelados são a moralidade pública e os bons costumes, na medida em que o proxenetismo é uma modalidade de lenocínio consistente em viver à custa da prostituição alheia²⁸⁸.

Caso seja interpretado literalmente, o tipo penal considera ilícita a conduta do marido ou companheiro da prostituta, além de seus filhos ou pais inválidos, que de alguma

²⁸⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Prostituição, lenocínio e tráfico de pessoas – aspectos constitucionais e penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 187-188.

²⁸⁷ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal – parte especial – vol. III*. 11. Ed. Niterói: Ímpetus, 2014, p. 614-615.

²⁸⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 915.

forma tiram proveito econômico da prostituição ou vivem às suas custas.

O crime costuma suscitar repulsa, pelo senso comum, pois a figura do *caften* está sempre associada ao espancamento de prostitutas, à violência, à extorsão do seu dinheiro, enfim, a uma série de condutas que, caso não estivessem no contexto da prostituição, seriam evidentemente crimes, especificados em outros dispositivos do Código Penal, pois haveria violência ou grave ameaça à pessoa.

Entretanto, nem sempre a realidade fática corresponde a este imaginário social. Há situações em que a prostituta possui um sócio, que pode até auxiliar e promover a sua atividade, de sorte a aumentar os seus rendimentos e a exercer, com maior desenvoltura, a atividade lícita. Por esta razão, a descriminalização da conduta não seria reputada uma lacuna no ordenamento jurídico, vez que as hipóteses em que são empregadas violência, grave ameaça, fraude ou outro meio que dificulte a livre manifestação de vontade da vítima (artigo 230, §2º, Código Penal) podem ser subsumidas em outros tipos penais, no qual esteja prevista, inclusive, a pena correspondente à violência.

O tráfico interno ou internacional de pessoa para fim de exploração sexual, condutas previstas nos artigos 231-A e 231 do Código Penal, respectivamente, deve ser destinado a coibir a prática de tráfico com escravidão sexual, hipótese em que a pessoa, homem ou mulher, é verdadeiramente mantida em cativeiro, no Brasil ou no exterior, para prostituição, contra a sua vontade, mediante violência, grave ameaça ou fraude.

Pela dicção literal do dispositivo, uma prostituta brasileira, por exemplo, que possuísse uma amiga, também prostituta e italiana, se lhe pagasse passagem aérea para vir da Itália para o Brasil exercer a sua profissão, de modo esporádico ou permanente, estaria praticando o crime de tráfico de internacional de pessoas estabelecido no artigo 231 do diploma penal, quando em verdade a situação descrita é de realização de atividades comerciais lícitas por duas mulheres maiores e que consentiram validamente para a realização de um trabalho. Ou, em outra hipótese, pratica o crime também o vendedor da agência de viagens que sabe que a cliente irá para o país estrangeiro se prostituir. Nas palavras de Nucci:

Porém, auxiliar de qualquer maneira uma pessoa a ir para o exterior, para o exercício da prostituição individual – atividade lícita – não deveria ser objeto de incriminação. Nem tampouco facilitar a entrada no Brasil de qualquer um que queira se dedicar à prostituição.

Encaixem-se essas duas hipóteses em acordos consensuais entre o favorecedor e o viajante, que pretende prostituir-se lá ou aqui. São maiores, capazes, inexistente fraude, abuso ou qualquer espécie de violência ou grave ameaça. Não se

vislumbra qualquer lesão à dignidade sexual²⁸⁹.

Desta sorte, adota o presente estudo o entendimento de que os artigos 231 e 231-A do Código Penal devem ser suprimidos, assim como os artigos 228 a 230 do mesmo diploma legal, porque já existe uma outra tipificação legal mais consentânea com a tutela efetiva do bem jurídico adequado, que é a liberdade individual e, mais precisamente, a liberdade sexual ou a liberdade profissional – nas hipóteses em que estas forem conspurcadas. Deve-se buscar reprimir a conduta de recrutamento de pessoas mediante ameaça, força, coação, rapto, fraude, engano, abuso, vício de consentimento, enfim, quando se tratar de nítida atividade em que se verifica o trabalho escravo ou a violação da liberdade individual. A propósito, nada impede, antes determina, que sejam aplicadas àqueles que realizam a escravidão sexual interna ou internacional as penas cominadas nos artigos 149, 203, 206 e 207 do Código Penal²⁹⁰:

Redução a condição análoga à de escravo

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§1º. Nas mesmas penas incorre quem:

I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

§2º. A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:

I – contra criança ou adolescente;

II – por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

Frustração de direito assegurado por lei trabalhista

Art. 203 - Frustrar, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho:

Pena - detenção de um ano a dois anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§1º. Na mesma pena incorre quem:

I - obriga ou coage alguém a usar mercadorias de determinado estabelecimento, para impossibilitar o desligamento do serviço em virtude de dívida;

²⁸⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Prostituição, lenocínio e tráfico de pessoas – aspectos constitucionais e penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 189-190.

²⁹⁰ BRASIL. *Código Penal*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 79-80 e 91-92.

II - impede alguém de se desligar de serviços de qualquer natureza, mediante coação ou por meio da retenção de seus documentos pessoais ou contratuais.

§ 2º. A pena é aumentada de um sexto a um terço se a vítima é menor de dezoito anos, idosa, gestante, indígena ou portadora de deficiência física ou mental.

Aliciamento para o fim de emigração

Art. 206 - Recrutar trabalhadores, mediante fraude, com o fim de levá-los para território estrangeiro.

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos e multa.

Aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional

Art. 207 - Aliciar trabalhadores, com o fim de levá-los de uma para outra localidade do território nacional:

Pena - detenção de um a três anos, e multa.

§1º. Incorre na mesma pena quem recrutar trabalhadores fora da localidade de execução do trabalho, dentro do território nacional, mediante fraude ou cobrança de qualquer quantia do trabalhador, ou, ainda, não assegurar condições do seu retorno ao local de origem.

§2º. A pena é aumentada de um sexto a um terço se a vítima é menor de dezoito anos, idosa, gestante, indígena ou portadora de deficiência física ou mental.

Em síntese, destarte, sustenta-se que os artigos 228 a 231-A do Código Penal não atendem à sua função social de proteção de bem jurídico socialmente relevante e, por esta razão, devem ser defenestrados do ordenamento jurídico pátrio, ressaltando-se inclusive a existência de outros tipos penais que tutelam legitimamente a liberdade individual, a liberdade sexual e a liberdade profissional.

3.4.5. Os artigos 228 a 231-A do Código Penal como indiferentes trabalhistas

Considerando a ausência de uma sistematização, na norma legal trabalhista, acerca das nulidades, torna-se imprescindível a adaptação da teoria civilista às relações de emprego. Como destaca José Augusto Rodrigues Pinto, a nulidade é o efeito da ocorrência de um vício do ato ou negócio jurídico²⁹¹. Para que seja válido, o contrato de emprego necessita, como os demais contratos, possuir agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei, segundo dicção do artigo 104 do Código

²⁹¹ PINTO, José Augusto Rodrigues. *Tratado de direito material do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007, p. 231.

Civil.

Entrementes, não será aplicada, no âmbito do direito do trabalho, a teoria civilista das nulidades *in totum* e em seu estado puro, vez que, evidentemente, a força laboral do obreiro não poderá lhe ser restituída. Por esta razão, a doutrina entende que os efeitos da observância da existência de vícios no contrato de trabalho devem ser mitigados, quando não afastados por completo. A questão não é pacífica, porém o argumento de ser impossível o retorno ao *status quo ante* é francamente aceito na doutrina e jurisprudência majoritárias, além da adoção do princípio da proteção do hipossuficiente.

A sociedade capitalista, como já asseverado, divide todas as pessoas em somente duas espécies de indivíduos: os que detêm o capital e, por esta razão, necessitam de empregados para realização do trabalho, quando não os substituem por máquinas, e aqueles que não detêm o capital, somente podendo sobreviver através da alienação do único bem que possuem: sua força de trabalho. Ora, uma teoria das nulidades que produzisse efeitos *ex tunc*, como a teoria civilista, quanto às nulidades absolutas, seria absolutamente danosa e vilipendiante para o hipossuficiente, que não pode receber de volta a prestação entregue, ou seja, o trabalho executado. Por outro lado, uma declaração de nulidade sem a necessária adaptação apenas beneficiaria o empregador, que se locupletaria da própria torpeza. Não há dúvida, destarte, que se deve atentar para a finalidade social do contrato de emprego. Os autores clássicos são uníssonos quanto a este entendimento e, segundo Américo Plá Rodriguez, há vários motivos para se sustentar a irretroatividade dos efeitos da nulidade:

- a) o trabalhador em sua atividade despende determinada energia que por seu caráter de sucessividade não se pode restituir, nem anular, nem reparar. Atribuir à nulidade efeitos retroativos seria beneficiar o empregador, que poderia reter o salário devido e até exigir os salários pagos;
- b) o direito do trabalho tende essencialmente a proteger o trabalhador. As normas nele contidas, assim como as sanções que as garantem, foram estabelecidas para beneficiar o trabalhador. Se pelo não-cumprimento de algum item essencial o contrato for nulo, isso não pode redundar em prejuízo para o trabalhador;
- c) o salário do trabalhador tem função alimentícia, geralmente. Privá-lo dele significa colocar o trabalhador e sua família em situação de miséria que lei não pode tolerar nem muito menos impor²⁹².

Destarte, por se tratar de contrato de trato sucessivo, em que é impossível o retorno ao *status quo ante*, as nulidades terão eficácia *ex nunc*, ou seja, sem efeito retroativo,

²⁹² RODRIGUEZ, Américo Plá. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1982, p. 23.

sendo válidos os atos praticados no passado. Com espeque no enriquecimento ilícito, com empobrecimento alheio, ou com fundamento na circunstância de que a relação de emprego existe mesmo sem contrato, o fato é que a nulidade terá efeitos *ex nunc*, falhando o cânone usual *quod nullum est, nullum effectum producit*, porque é impossível a restituição da prestação laboral.

Deste entendimento não discrepa a doutrina majoritária, por exemplo, quando há trabalho realizado por criança ou adolescente com idade inferior a 16 (dezesseis) anos, que não esteja inserido em uma relação jurídica de aprendizagem – somente permitida a partir dos 14 (catorze) anos. Neste caso, o trabalhador terá direito ao pagamento de todas as verbas trabalhistas, como se fosse maior de 16 (dezesseis) anos, pois a nulidade não poderá lhe retirar direitos e fazer com que o seu empregador se beneficie de sua força laboral. Na lição de Eduardo Rothenbach Pires:

No caso dos menores, a solução, conquanto não seja pacífica, parece apontar para a quitação de todos os haveres trabalhistas que seriam devidos se não houvesse a causa de nulidade. O fundamento dessa conclusão é que a norma proibitiva do trabalho do menor tem como missão tutelar o interesse da própria criança ou adolescente; não haveria sentido, portanto, em acolher a nulidade do contrato de trabalho por menoridade, e isentar o tomador dos serviços do pagamento das verbas inerentes à contratação trabalhista regular. Nessa hipótese, a aplicação da norma protetiva causaria o efeito de prejudicar as pessoas que ela visa a tutelar²⁹³.

A teoria mitigada das nulidades não deve ser aplicada, segundo Maurício Godinho Delgado, nas hipóteses em que o objeto da contratação, em si mesmo, é ilícito, e não apenas proibido, devendo ser destacado que, segundo a sua conceituação, nesta hipótese:

Aqui, não existe efetivo trabalho (à luz da perspectiva constitucional, que enfoca o labor como produção humana de bens e serviços sob a ótica social), mas, sim, atividade que conspira francamente contra o interesse público, não merecendo, a qualquer fundamento, proteção qualquer da ordem jurídica²⁹⁴.

Seriam exemplos de inaplicabilidade da teoria trabalhista das nulidades os casos em que houvesse a contratação de um matador de aluguel, para assassinato de um

²⁹³ PIRES, Eduardo Rothenbach. Entre o crime e o castigo: a situação jurídico-trabalhista do apontador do jogo do bicho no Brasil. In: MAIOR, Jorge Luiz Souto; GNATA, Noã Piatã Bassfeld (Orgs.). *Trabalhos marginais*. São Paulo: LTr, 2013, p. 260-272.

²⁹⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 525.

desafeto, ou a contratação de pessoas para tráfico de drogas. Infelizmente, ainda prevalece este entendimento, no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, para o apontador do jogo do bicho, como se observa na Orientação Jurisprudencial n.º 119 da Subseção de Dissídios Individuais I da referida Corte Trabalhista:

O. J. 119 da SDI-I do TST. JOGO DO BICHO. CONTRATO DE TRABALHO. NULIDADE. OBJETO ILÍCITO. É nulo o contrato de trabalho celebrado para o desempenho de atividade inerente à prática do jogo do bicho, ante a ilicitude de seu objeto, o que subtrai o requisito de validade para a formação do ato jurídico.

Este entendimento, como já sustentado no presente trabalho, não se coaduna com a teoria funcionalista de Roxin, com a teoria da tipicidade conglobante de Zaffaroni, muito menos com os princípios da intervenção mínima e da lesividade, aliados aos movimentos da descriminalização e da despenalização. O jogo do bicho, como é consabido, nada mais é do que uma contravenção penal, e mesmo assim apenas formalmente. Muitos policiais praticam esta modalidade de jogo de azar e há diversos casos em que a banca do jogo do bicho está localizada a poucos metros da delegacia. Há, efetivamente, uma tolerância social e, porque não dizer, até um certo estímulo para que a população exerça a prática. Retirar o direito a verbas trabalhistas do apontador do jogo do bicho, ou seja, aquela pessoa que conhece a suposta ilicitude da empresa e labora em sua atividade-fim, significa deixar à míngua de proteção um trabalhador como qualquer outro, que cumpre horários, deve ser assíduo e tem responsabilidades a cumprir. É, antes de tudo, uma pessoa com dignidade que necessita trabalhar para sustentar a si mesmo e a sua família.

Idêntico raciocínio deve ser aplicado em relação à prostituição. Ora, a prostituição em si mesma não é crime e, ademais, há toda uma tolerância social quanto aos denominados crimes previstos nos artigos 228 a 231-A do Código Penal – esta tolerância da opinião pública só desaparece quando é conspurcada a liberdade individual, por violência, grave ameaça, fraude ou ardil. A Orientação Jurisprudencial n.º 199 da SDI do Tribunal Superior do Trabalho não possui respaldo nas modernas teorias da tipicidade e do crime, nem nos princípios que regem o ilícito penal, estando atrelada ao conceito tradicional, formalista e legalista de crime proveniente da teoria finalista de Welzel. Parte da jurisprudência, e até mesmo o Tribunal Superior do Trabalho, já admite o adimplemento de consectários trabalhistas até mesmo para apontadores do jogo do bicho:

EMENTA. JOGO DO BICHO. RECONHECIMENTO DA RELAÇÃO DE EMPREGO. PRINCÍPIOS DA PRIMAZIA DA REALIDADE E DA PROTEÇÃO. Seria incompatível com os princípios da primazia da realidade e da proteção negar, por completo, eficácia jurídica ao contrato celebrado entre as partes, para coleta do “jogo do bicho”, em razão da ilicitude do objeto contratual. No Direito do Trabalho, a nulidade do contrato pode não acarretar negação plena dos efeitos jurídicos do ato. É o que acontece com a contratação sem concurso pela Administração Pública. Declara-se a nulidade do ato, sem prejuízo da obrigação de pagar os salários dos dias trabalhados (Orientação Jurisprudencial nº 85 da SBDI-1). Assim, a tutela jurisdicional prestada pela Justiça do Trabalho obsta o enriquecimento sem causa, valorizando a força de trabalho despendida, considerada a impossibilidade de restabelecimento do estado anterior. Recurso conhecido e desprovido²⁹⁵.

O mais intrigante é que este acórdão foi lavrado em 2002, oportunidade em que a Relatora, Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, já destacava a necessidade de ser repensada a Orientação Jurisprudencial n.º 199 – há quase 12 (doze) anos.

EMENTA: Vínculo empregatício. Jogo do bicho. A ilicitude da atividade empresarial não contamina o trabalho efetuado pelo empregado. Recurso Ordinário a que se dá parcial provimento para determinar o retorno dos autos ao Juízo de origem para que, afastando a impossibilidade que ensejou a extinção do processo sem julgamento do mérito, profira novo julgamento como entender de direito²⁹⁶.

O argumento é exatamente o não enriquecimento sem causa do empregador e o relevante prejuízo suportado pelo obreiro:

Assim é que não reconheço a nulidade do contrato de trabalho invocada pelo demandado, ora recorrido, e acatada pela instância inferior. Com efeito, a ninguém é dado beneficiar-se de sua própria torpeza para dela auferir vantagem. A atividade ainda que ilícita do «jogo do bicho» é um fato, entretanto, sua ilicitude é amenizada pela tolerância social e complacência das autoridades. A tese é por demais absurda, devendo ser rejeitada²⁹⁷.

Ora, se até mesmo a afronta à regra constitucional de aprovação prévia em concurso público, para validade da contratação pela Administração Pública, não enseja a

²⁹⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista* n.º 2439700-39.2002.5.06.0900. Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi; Recorrente: Casa Lotérica A Predileta; Recorrido: Moacyr Roseno de Melo; Órgão julgador: Terceira Turma; Data de julgamento: 04.12.2002; Data de publicação: 19.12.2002.

²⁹⁶ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região. *Recurso Ordinário* n.º 0000200-85.2004.5.06.0321. Relatora Desembargadora Zeneide Gomes da Costa; Recorrente: Pedro Manoel da Silva; Recorrida: Banca Nova Ideal (José César Vieira); Órgão julgador: Terceira Turma; Data de julgamento: 30.06.2004; Data de publicação: 23.07.2004.

²⁹⁷ *Ibidem*.

aplicação da teoria civilista das nulidades, com maior razão ainda esta teoria deve ser afastada quando o objeto do contrato for precisamente a prostituição que, repita-se até o esgotamento, não é crime e nem é contravenção. Na hipótese da Súmula 363 do TST, o vício existente é exponencialmente mais relevante, pois representa a consumação do apadrinhamento político, do clientelismo, do nepotismo, enfim, há toda uma desobediência direta e frontal da moralidade pública e da impessoalidade e, na maioria dos casos, importa em desperdício de dinheiro público. Se nem mesmo nesta hipótese é aplicada a eficácia *ex tunc* da declaração de nulidade do ato jurídico, também não é razoável e nem proporcional que o seja nas hipóteses de prostituição.

Destarte, são devidos às prostitutas que trabalham com subordinação todos os direitos inerentes à relação de emprego, tais como férias acrescidas de um terço, décimo terceiro salário, irreduzibilidade salarial, horas extraordinárias acrescidas de, no mínimo, cinquenta por cento de adicional, aviso prévio proporcional, adicional noturno, proteção ao meio ambiente de trabalho, dentre outras.

3.5 A questão do trabalho de crianças e adolescentes e do registro na Carteira de Trabalho e Previdência Social

Trabalho infanto-juvenil é todo trabalho desempenhado por pessoa com idade inferior a 16 (dezesseis) anos, em quaisquer atividades, exceto se houver celebração de contrato de aprendizagem, a partir dos 14 (catorze) anos. Em outras palavras, tem-se que:

a) Todo trabalho para a pessoa com idade inferior a 14 (catorze) anos é proibido;

b) Dos 14 (catorze) aos 16 (dezesseis) anos é possível a contratação do adolescente, mas apenas sob a forma de contrato de aprendizagem²⁹⁸, sendo vedado trabalho noturno, em condições insalubres, penosas ou perigosas;

²⁹⁸ Contrato de aprendizagem é um contrato especial, formal, celebrado obrigatoriamente por escrito, por um prazo máximo de 02 (dois) anos, destinado à formação técnico-profissional metódica, cujo empregado é pessoa física entre 14 (catorze) e 24 (vinte e quatro) anos, disciplinado nos artigos 428 e seguintes da CLT. O menor necessita estar inscrito em programa de aprendizagem e frequentando a escola, neste último caso se não concluiu o ensino fundamental. A formação técnico-profissional caracteriza-se por atividades teóricas e práticas, metodicamente organizadas em tarefas de complexidade progressiva, desenvolvidas no ambiente de trabalho. Normalmente os cursos são oferecidos pelas entidades do Serviço Nacional de Aprendizagem (SESI, SESC, SENAC, SENAI, etc.), por Escolas Técnicas de Educação ou por entidades sem fins lucrativos (geralmente ONG's) que tenham por objetivo a assistência ao adolescente e a educação profissional, registradas no Conselho Municipal dos Direitos da

c) Dos 16 (dezesseis) aos 18 (dezoito) anos é permitida a contratação, porém continua vedado o labor em condições perigosas, insalubres ou em trabalho noturno;

d) A partir dos 18 (dezoito) anos a contratação continua a ser permitida, porém abrange todas e quaisquer atividades, devendo haver o pagamento da contraprestação respectiva, não havendo restrição quanto à espécie de labor.

O conceito encontra-se disciplinado no artigo 7º, inciso XXXIII, da Constituição Federal, que adotou a teoria da proteção integral da criança e do adolescente, porém somente aumentou a idade mínima para o labor em 1998, pela Emenda Constitucional n.º 20.

O primeiro marco internacional de combate ao trabalho infantil encontra-se plasmado na Convenção n.º 138 da OIT, que estabelece a idade mínima para admissão em emprego (nunca inferior a quinze anos), não podendo ser inferior à idade de conclusão da escolaridade compulsória de cada país. Este documento foi ratificado pelo Brasil somente em 28.06.2001, porém encontra-se em vigor na ordem internacional desde 1976.

Observa-se que a Organização Internacional do Trabalho, na elaboração da Convenção n.º 138 e respectiva Recomendação n.º 142, flexibiliza em parte a proibição de labor, no escopo de evitar que o Estado membro negue a sua adesão à norma internacional mas, ao mesmo tempo, pretendendo também que busque a concretização de melhorias necessárias à erradicação do trabalho infanto-juvenil. O artigo 6º do referido diploma normativo excepciona a sua aplicação em algumas hipóteses, a saber: (1) no trabalho desenvolvido por crianças e jovens em escolas de educação profissional ou técnica ou em outras instituições de treinamento em geral ou (2) no trabalho feito por pessoas de, no mínimo, 14 (catorze) anos de idade, em empresas em que esse trabalho é executado dentro das condições prescritas pela autoridade competente, após consulta às organizações de empregadores e de trabalhadores interessadas, onde as houver, e é parte integrante de: a) curso de educação ou treinamento pelo qual é principal responsável escola ou instituição de formação; b) programa de treinamento principal ou inteiramente numa empresa, que tenha sido aprovado pela autoridade competente; ou c) programa de orientação para facilitar a escolha de uma profissão ou de uma linha de formação.

Oris de Oliveira observa que o referido dispositivo exclui de sua aplicação dois tipos de trabalho, com um elemento comum (vinculação à formação profissional da criança e do adolescente) e um elemento diferenciador (o local da execução dos serviços). Com base no elemento diferenciador, a exclusão da aplicação da Convenção n.º 138 da OIT será total

quando o trabalho se realizar em estabelecimento de ensino em geral, em escolas técnicas e profissionais ou em instituições de formação profissional; será parcial quando o adolescente, com mais de 14 (catorze) anos, trabalhar em uma empresa em regime de formação profissional, dentro de um programa de aprendizagem²⁹⁹.

É mister destacar ainda a Convenção n.º 182 da OIT, ratificada pelo Brasil em 02.02.2000 e em vigor internacionalmente desde 1999, regulamentada pelo Decreto 6.481/2008.

O nível de incidência do trabalho infantil no Brasil tem decaído desde 1997, quando foi realizado o primeiro estudo PNAD³⁰⁰ sobre a matéria, porém ainda está muito elevado, principalmente se comparado aos demais países da América Latina.

No Brasil, o trabalho infantil concentra-se nas Regiões Nordeste, Sul e Norte, nesta ordem, que respondem por mais da metade dos casos encontrados. Considerando-se as diferenças econômicas entre estas regiões, principalmente Nordeste e Sul, demonstra-se que o fenômeno do trabalho infantil não está unicamente imbricado ao fator pobreza ou nível de renda.

Em muitas famílias, predomina a incerteza sobre os resultados que a educação formal pode conferir ao futuro da criança; por esta razão, principalmente os adolescentes são inseridos no mercado de trabalho, no escopo de que alcancem uma ilusória "independência financeira". O mercado, por seu turno, também aceita e emprega esta mão de obra, em razão de sua baixa remuneração. A exploração é ainda legitimada pelo entendimento de que se trata de uma simples ajuda, um complemento na renda do adulto.

Destarte, conclui-se que, ao lado da pobreza, uma das principais causas do trabalho infantil é a falta de valorização da educação por parte dos pais. Na trilha da conceituação do trabalho infantil como fenômeno multifacetado, que possui inúmeras causas, torna-se imperioso aduzir que o elemento cultural é um dos fatores determinantes para o problema, além da ausência de políticas públicas inclusivas e eficazes. Na lição de Oris de Oliveira:

Num olhar do futuro, os números atuais são desafiadores, porque deve ser afastada a explicação unicausal e reconhecer que vários fatores condicionantes do trabalho

²⁹⁹ OLIVEIRA, Oris de. A Convenção n. 138 da OIT sobre idade mínima e sua ratificação pelo Brasil. *Revista de Direito do Ministério Público*, São Paulo, v. 1, n. 6, 1996, p. 61-79.

³⁰⁰ A pesquisa PNAD – Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio é realizada pelos recenseadores do IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, e visa obter informações anuais sobre características demográficas e socioeconômicas da população, como sexo, idade, educação, trabalho e rendimento, assim como características dos domicílios, que são sua unidade de coleta. Temas específicos abrangendo aspectos demográficos, sociais e econômicos também são investigados. Geralmente as pesquisas são divulgadas em setembro de cada ano, relativas ao ano anterior.

infantil ainda persistem: em nível macroeconômico na alta concentração de renda, em nível micro, a pobreza das famílias, a insuficiência das medidas compensatórias, a fragilidade do aproveitamento escolar desacompanhado da falta de programas socioeducativos no contraturno escolar.

As ações, que visem a eliminação do trabalho proibido da criança e do adolescente, só terão êxito se forem propositivas: ou seja, a proibição deve vir sempre acompanhada de programas alternativos executáveis que preencham o “vazio da proibição”³⁰¹.

Uma das maiores dificuldades encontradas no processo de erradicação e prevenção ao trabalho infantil é o enfrentamento da falsa crença de que o trabalho, independentemente da idade em que é exercido, sempre enobrece e dignifica. Assim, com relativa naturalidade as crianças foram absorvidas em trabalhos perigosos, penosos, insalubres, ignorando-se que a infância constitui um espaço separado da vida adulta, configurando-se mesmo um *status* especial.

Uma nova definição de infância, baseada nos direitos humanos, foi entabulada na Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Organização das Nações Unidas em 1989. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 inovou ao adotar a *teoria da proteção integral à criança e ao adolescente*, tratando-os como verdadeiros titulares de interesses juridicamente protegidos e ampliando a idade mínima para o trabalho para 16 (dezesesseis) anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 (catorze) anos.

Boa parte das famílias brasileiras ainda alimenta a ingênua crença de que é melhor que a criança trabalhe do que fique na rua, sem atividades produtivas, porque “cabeça vazia é caldeirão do diabo”, entre outras formas de supervalorização do trabalho, que em verdade escamoteiam o entendimento de que a brincadeira é uma perda de tempo, que a criança precisa aprender a ter responsabilidades desde a mais tenra idade. Na verdade, a pedagogia e a psicologia contemporâneas afirmam exatamente o contrário: que as brincadeiras da infância são necessárias e indispensáveis para a formação de adulto saudável e produtivo economicamente. Afirmar-se que a criatividade, a capacidade inventiva e a criação de alternativas originais da pessoa adulta dependem destes elementos lúdicos que somente povoam o imaginário humano na sua infância. Por outro lado, as brincadeiras também socializam a criança e a tornam capaz de trabalhar em equipe, fortalecendo os seus laços emocionais com o outro. Uma vez perdida ou suprimida esta etapa, a formação mental e emocional fica comprometida. Em resumo,

³⁰¹ OLIVEIRA, Oris de. Reflexões sobre o trabalho da criança e do adolescente. *Revista da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região – AMATRA XV*, número 5, abril 2012, p. 35-42.

brincar é importantíssimo para o ser humano, inclusive sob o aspecto econômico e organizacional.

É preciso ainda afirmar outra dimensão do elemento cultural: um padrão de convivência familiar idealizado, no qual o pai é o provedor da família e à mãe compete cuidar do lar e da prole. Considerando-se que, na maioria dos casos, os pais são desempregados ou subempregados, e não assumem as suas responsabilidades paternas, termina por recair para os filhos esta responsabilidade de manutenção das despesas da casa. Em síntese, "é preciso trabalhar para ajudar a mãe", cuja figura também é muitas vezes simbolicamente idealizada pelas crianças como a grande cuidadora. A impossibilidade de concretização da entidade familiar nos moldes da ideologia dominante torna necessário o trabalho de crianças e adolescentes, no intuito de garantir o sustento de seus membros.

Quanto aos efeitos deste fenômeno, é indene de dúvidas que o trabalho infantil prejudica a escolaridade e, mesmo quando a criança estuda, há *deficits* no seu aprendizado. Esta circunstância conduz à conclusão de que o trabalho infantil perpetua o círculo vicioso de pobreza da própria família da criança ou do adolescente. Em geral, pais pobres e com baixa escolaridade inserem seus filhos no mercado de trabalho; estes, por sua vez, não conseguem adquirir o nível de formação profissional indispensável para a obtenção de um bom emprego. Destarte, apesar de inseridos precocemente no mercado de trabalho, a sua remuneração é inferior à das demais pessoas que não tiveram a sua infância tolhida. Engrossam as fileiras, portanto, do exército de não empregáveis, ou seja, pessoas que estão excluídas do mercado de trabalho devido à ausência de mínimas capacidades intelectuais de trabalho. E, por derradeiro, com subemprego ou desempregados, estes adultos repetirão a mesma história de vida de seus pais e colocarão seus filhos no mercado de trabalho. Desta maneira, perpetua-se o círculo vicioso da pobreza, de modo que se torna mais difícil, geração após geração, romper com este destino de carência de bens materiais e de luzes intelectuais.

Há ainda efeitos de ordem física relacionados ao trabalho precoce. Em geral, as atividades desenvolvidas empregam a força física para a realização do trabalho, o que acarreta problemas ósseos, ergonômicos e de fadiga em inúmeras crianças, cujo esqueleto e estrutura muscular ainda se encontram em formação. Além disso, expõe a criança a ambientes violentos, inseguros e que comprometem a sua formação emocional.

Assim, as decisões das famílias decorrem principalmente do efeito combinado entre cultura, pobreza e mercado de trabalho. Neste sentido, o entendimento do trabalho do adolescente está longe de corresponder apenas a um indicador de participação social, pois o seu ingresso e a sua permanência no mercado de trabalho pode estar significando,

em muitos casos, um sinal de pauperização. Além de ser fruto do aviltamento dos níveis salariais, constitui um fator de realimentação deste processo, por representar mão de obra mais barata, contribuindo para o rebaixamento da remuneração média do conjunto de trabalhadores.

Inscrevendo-se, predominantemente, numa estratégia de sobrevivência econômica das famílias mais pobres, o trabalho de crianças e adolescentes acaba por lhes impor um custo social elevado: a renúncia a um grau de escolarização maior, capaz de lhes garantir, no futuro, melhor colocação no mercado de trabalho, ou uma sobrecarga de tarefas da qual resulta considerável desgaste físico e mental, pois a atividade laborativa é uma fonte de estresse emocional de origem social na infância e adolescência. Além disso, tal atividade diminui o tempo disponível para o lazer, a vida em família, a educação e para o estabelecimento de relações de convivência com seus pares e outras pessoas da comunidade em geral. Por outro lado, o adolescente está em desvantagem nas relações de força no trabalho, quando sujeito a inadequadas condições e a regras disciplinares próprias do processo produtivo.

No caso da prostituição, é imperioso gizar que, abaixo dos 14 (catorze) anos de idade, é presumida *jure et de jure* a violência nas relações sexuais ou atos libidinosos, por expressa dicção do art. 217-A do Código Penal:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:
Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

Desta sorte, ainda que esteja fora do contexto da prostituição, a prática de atos da sexualidade, com ou sem conjunção carnal, com criança ou adolescente com idade inferior 14 (catorze) anos, de ambos os sexos, consuma o crime de estupro de vulnerável, em face da ausência de discernimento da pessoa que pratica o ato.

Em outras palavras, o direito não admite como válido o consentimento de pessoas com idade inferior a 14 (catorze) anos para a prática de atos sexuais. Nesta hipótese, a exploração sexual se configuraria como trabalho proibido com espeque no artigo 7º, inciso XXXIII, da Constituição Federal, bem como no artigo 217-A do Código Penal.

Dos 14 (catorze) aos 16 (dezesesseis) anos, a prestação de serviços sexuais continua proibida, por expressa determinação constitucional, porquanto não existe necessidade de curso de formação técnico-profissional para a realização de atos sexuais, e sequer existe a possibilidade de celebração de contrato de aprendizagem.

Questão sensível reside no trato da prostituição de adolescentes entre 16 (dezesseis) e 18 (dezoito) anos, porquanto nesta idade o trabalho já é permitido, com algumas limitações. Com efeito, o Decreto n.º 6.481/2008, que enumera as formas de trabalho proibidas a pessoas com idade inferior a 18 (dezoito) anos, dispõe que são trabalhos prejudiciais à moralidade: a) aqueles prestados de qualquer modo em prostíbulos, boates, bares, cabarés, danceterias, casas de massagem, saunas, motéis, salas ou lugares de espetáculos obscenos, salas de jogos de azar e análogos; b) de produção, composição, distribuição, impressão ou comércio de objetos sexuais, livros, revistas, fitas de vídeo ou cinema e cd's pornográficos, de escritos, cartazes, desenhos, gravuras, pinturas, imagens e quaisquer outros objetos pornográficos que possam prejudicar a formação moral; c) de venda, a varejo, de bebidas alcóolicas, d) de exposição a abusos físicos, psicológicos ou sexuais.

Não é possível olvidar, outrossim, que o texto da Carta Magna proíbe o exercício de atividades noturnas, perigosas, penosas ou insalubres por menores de 18 (dezoito) anos, na forma do artigo 7º, inciso XXXIII, primeira parte. A própria CBO – Classificação Brasileira de Ocupações, elaborada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, que tem por finalidade a identificação das ocupações no mercado de trabalho, identifica os profissionais do sexo no seu item 5198 desde outubro de 2012, aduzindo como condições gerais para o exercício da profissão a exposição a intempéries e à discriminação social, havendo ainda riscos de doenças sexualmente transmissíveis, maus-tratos, violência de rua e morte³⁰². Destarte, por aplicação principiológica da teoria da proteção integral, adicionada ao texto literal do Decreto 6.481/2008, não é admissível esta prática por adolescentes com idade inferior a 18 (dezoito) anos.

Conclui-se, destarte, que a prestação de serviços sexuais por crianças e adolescentes é proibida pelo ordenamento jurídico pátrio, fundamentada a vedação em normas constitucionais e/ou infraconstitucionais. Repise-se que a tese ora sustentada é de liceidade da prestação de serviços sexuais por maiores de 18 (dezoito) anos, de ambos os sexos e qualquer orientação sexual, desde que tenha manifestado validade a sua vontade, não estando eivada por vícios de consentimento, como já destacado.

Sufraga-se o entendimento, inclusive, de que a exploração sexual de crianças e adolescentes deve ser severamente combatida, pelos poderes constituídos e com o auxílio de toda a sociedade, porquanto a manifestação de vontade, se existente, não é válida e não pode isentar o infrator de responder pelo ilícito, seja na órbita penal ou trabalhista. Indiscutivelmente,

³⁰² BRASIL. *Classificação Brasileira de Ocupações*. Ministério do Trabalho e Emprego. Item 5198: Profissionais do sexo. Disponível em: <<http://www.mtecbo.gov.br/cbsite/pages/home.jsf>>. Acesso em: 15 set. 2014.

a criança ou adolescente em situação de exploração sexual é vítima de uma violência física e psíquica, não se cogitando de existência de liberdade em sua vontade. Nas palavras de Eliane Araque,

Porque muitas vezes num discurso daquela criança abusada o prazer é evidenciado, e isso muitas vezes faz com que cada um, desavisadamente, queira se justificar dizendo que aquela situação existe porque foi querida, porque é aquilo que aquele adolescente quer, que por isso que não sai daquela situação, daquele ciclo vicioso de exploração. E isso é duplamente cruel, porque as oportunidades não existem, as políticas de atendimento se existem não são eficazes, o entrosamento, o acompanhamento da família e daquela criança também não se faz, ou se faz não é eficaz, e aí nós penalizamos mais uma vez, e deixamos de ver mais uma vez a criança e o adolescente como vítima³⁰³.

Entrementes, se houver a prestação de serviços sexuais por pessoa com idade inferior a 18 (dezoito) anos, todos os direitos trabalhistas deverão ser pagos pelo seu empregador, para evitar que se locuplete de sua própria torpeza. Destarte, ainda que se trate de serviços sexuais prestados por crianças ou adolescentes, deverão ser adimplidas todas as verbas trabalhistas, tais como férias acrescidas de um terço, décimos terceiros salários, gratificações, adicional noturno, recolhimento de FGTS e de contribuições previdenciárias, horas extraordinárias e sua incorporação à remuneração, se habituais, domingos e feriados laborados em dobro, entre muitas outras, inclusive fará jus a indenização por danos morais e materiais em caso de acidente de trabalho. O mesmo ocorre nas demais formas de trabalho proibido devido à idade do trabalhador:

EMENTA. ACIDENTE DE TRABALHO. REPARAÇÃO POR DANO MORAL. O nexa causal entre o acidente e o dano pessoal restou incontroverso. E ressalta dos elementos postos a exame a conduta ilícita da Ré, não justificando desconsiderá-la o depoimento do Autor no sentido de que “por descuido” tivera a mão atingida, acrescentando, porém, que outro empregado já sofrera acidente igual e que não havia outra maneira de trabalhar com a máquina. O Autor era menor, tinha dezesseis anos, por isso que deveria ter sido colocado a salvo de labor perigoso – assim entendida, obviamente, independentemente de regulamentação posterior, a operação de máquinas de padaria, com misturadores e cilindros de massa. Vale anotar que a Ré sequer alegou treinamento e supervisão, resultando caracterizada, preponderantemente, a sua culpa pelo acidente. Faz jus o Autor, portanto, a reparação. Recurso Ordinário conhecido e parcialmente provido³⁰⁴.

³⁰³ ARAQUE, Eliane. A sociedade civil no enfrentamento à exploração sexual-comercial de crianças e adolescentes. In: LIMA, Antonio de Oliveira; PEREIRA, Cicero Rufino; SANTOS, Enoque Ribeiro dos (Orgs.); MARQUES, Rafael Dias (Coord.). *Enfrentamento à exploração sexual comercial infanto-juvenil*. São Paulo: LTr, 2012, p. 99.

³⁰⁴ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. *Recurso Ordinário n.º 0001800-32.2006.5.01.0024*.

Algumas decisões são lapidares ao invocar as normas protetivas do trabalho da criança e do adolescente:

EMENTA. MENOR DE 16 ANOS. ART. 7º, INCISO XXXII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. TRABALHO E SEU VALOR SOCIAL - ART. 1º, INCISO IV, DA MESMA CONSTITUIÇÃO. A proibição contida no art. 7º, inciso XXXII, da Constituição, num primeiro momento, dirige-se às empresas, enquanto instituições concebedoras, organizadoras e utilizadoras do trabalho alheio, e num segundo momento ao responsável legal pelo menor, ao próprio Estado e a toda a sociedade, enquanto co-partícipes, diretos e indiretos, pelo bem estar do menor, que até os dezesesseis anos deve dedicar a maior parte do seu tempo à educação, a sua formação moral e intelectual, seja o âmbito da escola, seja no seio familiar, seja nos demais espaços culturais, esportivos e recreativos. A vedação de ordem constitucional não pode se constituir numa espécie de habeas corpus, eximindo a empresa ou quem a ela equiparada de qualquer responsabilidade legal, moral e social, neste tema tão delicado: as crianças e os adolescentes de hoje, serão os homens de amanhã. Quem não investe no ser humano, deixa ao relento o mais precioso de todos os bens.

[...]

Ademais, se infringência à lei houve, esta ocorreu por parte de quem contratou o menor que estava proibido de trabalhar e que, por essa razão, deveria até estar impedida de suscitar a nulidade, que, diga-se de passagem, não está disposta no texto constitucional proibitivo. Na Carta Magna não há, nem poderia haver tal cominação, que tem de ser analisada à luz do princípio da irretroatividade das nulidades (efeitos *ex nunc*) própria do Direito do Trabalho. Por outro lado, existem situações em que o círculo da moral, mais amplo do que o do Direito, rompe as suas fronteiras com a pena do equilíbrio social, redimensionando-a com a tinta da justiça e da equidade³⁰⁵.

O acórdão ainda reforça o dano a interesses difusos:

Pelo menos teoricamente, este período subtraído da formação educacional do menor, também é subtraído de toda a sociedade, que quer e que contribui para que tal tipo de trabalho não seja utilizado. Em casos desta natureza, enquanto for vantajosa a utilização da mão-de-obra da criança ou do adolescente, dificilmente o preceito constitucional será observado integralmente, por isso que, a par do reconhecimento do contrato de trabalho em toda a sua extensão, representado pelo pagamento integral, sem exceção, de todos os direitos trabalhistas, inclusive para fins previdenciários, o Ministério Público do Trabalho, o Ministério do Trabalho e Emprego (DRT) e o INSS, devem ser oficiados para as providências cabíveis, imprimindo ações, principalmente a multa pelo ilícito trabalhista, nas esferas das respectivas competências para fins de coibição da utilização da mão de obra infante-juvenil. A teoria geral das nulidades do Direito Civil não pode ser

Redatora Designada Desembargadora Glória Regina Ferreira Mello; Recorrente: Alex Sandro da Silva; Recorrida: Panificadora Inhaúma Ltda.; Órgão julgador: Terceira Turma; Data de julgamento: 05.03.2007; Data de publicação: 24.05.2007.

³⁰⁵ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. *Recurso Ordinário n.º 0082200-67.2005.5.03.0006*. Relator Desembargador Luiz Otávio Linhares Renault; Recorrente: Comercial Gleison Ltda.; Recorrido: Édipo Alax Félix; Órgão julgador: Quarta Turma; Data de julgamento: 26.10.2005; Data de publicação: 12.11.2005.

transposta cegamente para o Direito do Trabalho, de molde a sufocar a realidade social envolta em valores éticos e morais da valorização do trabalho e da dignidade humana³⁰⁶.

Deve-se atentar, sempre e antes de qualquer outra consideração, que a norma existe para proteção da criança e do adolescente, não para o seu prejuízo; deixar de efetuar o adimplemento das verbas a que faz jus beneficia o tomador de serviços, em face da impossibilidade de restituição da força de trabalho.

É preciso ainda deslindar a delicada questão do registro do contrato de emprego na Carteira de Trabalho e Previdência Social, tanto para os trabalhadores do sexo maiores de 18 (dezoito) anos quanto, e mais gravemente, para os que estão abaixo deste limite etário.

Com efeito, o registro em Carteira de Trabalho e Previdência Social já teve grande importância para o trabalhador, vez que os benefícios previdenciários eram calculados e pagos, pelo Instituto Nacional do Seguro Social, em função do tempo de serviço de cada segurado, apurado de acordo com os registros de contratos de emprego no documento oficial – a Carteira de Trabalho e Previdência Social.

Todavia, desde a reforma da previdência oficial da década de 1990, que ocorreu por intermédio da Emenda Constitucional n.º 20, de 15 de dezembro de 1998, o tempo de serviço deixou de ser o critério utilizado para pagamento de benefícios, que passaram a ser devidos e calculados em conformidade com o tempo de contribuição. Logo, atualmente, o registro do contrato de trabalho em CTPS não tem influência sobre a aposentadoria ou outros benefícios previdenciários do empregado, porquanto a previdência social contabilizará apenas o seu tempo de contribuição. As datas de início e término do vínculo empregatício, registradas na Carteira de Trabalho, terão uma função meramente *indiciária* da existência do liame, que precisará ser demonstrado em processo administrativo próprio, a fim de que sejam recolhidas as contribuições previdenciárias já vencidas, ou seja, relacionadas a período de tempo retroativo.

Em outras palavras, mesmo existindo registro regular em CTPS, com a observância do artigo 29 Consolidado, se não houver a respectiva contribuição do período, para o INSS, não será o interstício computado para nenhum efeito. Conclui-se, destarte, que

³⁰⁶ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. *Recurso Ordinário n.º 0082200-67.2005.5.03.0006*. Relator Desembargador Luiz Otávio Linhares Renault; Recorrente: Comercial Gleison Ltda.; Recorrido: Édipo Alax Félix; Órgão julgador: Quarta Turma; Data de julgamento: 26.10.2005; Data de publicação: 12.11.2005.

hodiernamente as anotações do contrato de emprego somente beneficiam o empregado na medida em que, através delas, pode demonstrar a *experiência profissional* adquirida no mercado de trabalho.

No caso da prostituição, como regra geral, a experiência não é exigida para exercício da profissão, e nem os valores de contratação são majorados pelo maior tempo de serviço na aludida atividade econômica.

Na hipótese de pessoa com idade inferior a 18 (dezoito) anos, considerando todas as normas constitucionais, infraconstitucionais e até mesmo penais que regulamentam a matéria, não seria efetuado o registro do contrato de emprego em Carteira de Trabalho, embora o seu direito à percepção de todas as verbas trabalhistas permaneça existente, válido e eficaz.

A criança ou adolescente, neste caso, foi vítima de exploração sexual comercial, e não pode ser penalizada duas vezes: a primeira, pela violência em si mesma, e a segunda, pelo estigma social. O registro como “trabalhador do sexo” ou “profissional do sexo”, em Carteira de Trabalho, somente seria aplicável para os maiores de 18 (dezoito) anos que livremente consentiram na prática profissional e não foram vítimas de trabalho escravo ou qualquer outra sorte de vício de consentimento, e mesmo assim apenas na hipótese de manifestação de vontade do trabalhador. Com efeito, os registros no CAGED³⁰⁷, quanto à movimentação da mão de obra, que devem ser prestados mensalmente pelo empregador, supririam a falta deste registro em CTPS. Caso fosse necessário, bastaria ao interessado, trabalhador do sexo que pretendesse demonstrar a sua experiência profissional, requisitar a emissão de uma certidão de tempo de serviço pelo Ministério do Trabalho e Emprego, vez que todos os dados sobre admissão e dispensa de empregado, bem como remuneração, devem estar regularmente inseridos, mensalmente, em seus sistemas de informática. Esta certidão, por outro lado, também poderia ser emitida pelo próprio empregador, mas em documento à parte da Carteira de Trabalho e Previdência Social, a fim de evitar a discriminação por parte de outros futuros e eventuais empregadores e o estigma social da prostituição. Esta declaração evitaria, por exemplo, que uma prostituta ficasse impedida de mudar de profissão ou que esta escolha lhe fosse dificultada, pelo fato de possuir em sua CTPS a anotação de contrato de emprego como profissional do sexo.

³⁰⁷ CAGED significa Cadastro Geral de Empregados e Desempregados. Trata-se de uma declaração, efetuada pelo empregador até o dia 07 do mês subsequente àquele em que ocorreu movimentação de empregados, obrigatória, para o Ministério do Trabalho e Emprego, feita por meio eletrônico. É através do CAGED que são elaboradas as estatísticas sobre emprego e desemprego no Brasil.

Em síntese, pois, o fato de existir o labor de pessoas com idade inferior a 18 (dezoito) anos em atividades sexuais não afasta o direito ao pagamento das verbas trabalhistas, a fim de evitar o locupletamento ilícito do tomador de serviços. Não haveria, ademais, o registro do contrato de emprego como “profissional do sexo” em CTPS para as crianças e adolescentes e nem mesmo para os maiores de 18 (dezoito) anos que não o quisessem, porquanto este registro seria substituído, em toda a sua extensão e efeitos, por uma certidão emitida pelo Ministério do Trabalho e Emprego, com base nos dados registrados no CAGED, ou por uma declaração emitida pelo próprio empregador, em documento separado da Carteira de Trabalho e Previdência Social.

3.6 Entendimentos do movimento feminista sobre a prostituição

A priori, é mister conceituar que movimento sociais são ações sociais coletivas de caráter sócio-político e cultural, que viabilizam distintas formas de população se organizar e expressar suas demandas³⁰⁸.

Na prática, os movimentos sociais podem adotar diferentes estratégias de atuação política, que passam pelas marchas, mobilizações, passeatas, distúrbios à ordem constituída, atos de desobediência civil, negociações, bem como atuação por meio de redes sociais e *internet*, na atualidade.

É possível firmar, como marco inicial do movimento social feminista, a própria Revolução Francesa e seus ideais iluministas, que indiretamente sufragavam a igualdade entre os gêneros. É neste contexto histórico que o feminismo se torna uma ação política organizada, com discurso próprio, pautado na especificidade da luta da mulher. Durante o século XIX, o movimento feminista, internacionalmente, irá permanecer aliado do movimento sindical, reivindicando melhores condições de trabalho em fábricas e mobilizando forças contra a exploração pelo capital.

Somente a partir do início do final do século XIX observa-se uma separação entre os movimentos sindicais e feministas, em termos de estruturas organizacionais, manifestações, discursos e formas de reivindicação de direitos. A primeira fase do movimento

³⁰⁸ GOHN, Maria da Glória. Movimentos sociais na atualidade: manifestações e categorias analíticas. In: GOHN, Maria da Glória (Org.). *Movimentos sociais no início do século XXI: antigos e novos atores sociais*. 4. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010, p. 13.

feminista, que se desenvolve durante o final do século XIX e início do século XX, tem por primordial objetivo assegurar o direito ao sufrágio das mulheres, e ocorre especialmente nos Estados Unidos e Inglaterra. Obtido o direito ao voto, na maioria dos países ocidentais, a segunda fase, que ocorreu a partir da segunda metade dos anos 1960, e representa o apogeu do movimento social, está mais voltada à liberação feminina, especialmente quanto à sua sexualidade, bem como à reivindicação de direitos civis, tais como o direito à plena capacidade para contratar, adquirir propriedade e intelectualmente desvincular-se de uma cultura predominantemente sexista, que dividia os papéis sexuais com menosprezo à independência da mulher. A terceira e última fase do movimento feminista desenvolve-se a partir dos anos de 1990 até os dias atuais, e propõe-se a discutir o papel da mulher negra, a discriminação duplamente sofrida, e faz críticas às feministas do século XX por utilizarem como estereótipos de liberação as mulheres brancas da classe média americana ou inglesa. Procura, portanto, contornar lacunas deixadas pela segunda fase do feminismo.

Nos anos 1960, internacionalmente, o cenário político era muito propício ao surgimento e crescimento de movimentos libertários: foi nesta década a criação da pílula anticoncepcional; em 1963, a americana e marxista Betty Friedan lançou o livro “A mística feminina”, espécie de Bíblia do movimento social, destacando as relações de poder entre homens e mulheres. No Brasil, entretanto, o momento histórico não era favorável ao recrudescimento de movimentos sociais, especialmente em função do Golpe Militar de 1964. Todos os líderes de movimentos libertários ou de emancipação do ser humano passaram para o exílio ou para a clandestinidade, se não estivessem mortos, desaparecidos ou “suicidados”. Somente a partir do final dos anos 1970 inicia-se uma mobilização feminista no Brasil com maior expressão política, principalmente para reivindicação da anistia aos exilados. Com a redemocratização do país, nos anos 1980, o movimento feminista adquire maior notoriedade e organização, expandindo suas reivindicações e ampliando o rol de discussões para diversos temas, relacionados à sexualidade, aos tabus, ao trabalho da mulher, à sua independência financeira, à violência doméstica, dentre outros.

O Conselho Nacional da Condição da Mulher, criado em 1984, representou a institucionalização do movimento, tendo sido o primeiro passo para a criação da Secretaria Especial de Políticas para Mulheres, com *status* de Ministério, em 2003³⁰⁹.

Não há dúvidas de que, quanto ao tema da prostituição, existem diferentes

³⁰⁹ PINTO, Céli Regina Jardim. Feminismo, história e poder. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, Universidade Federal do Paraná, v. 18, n. 36, jun. 2010, p. 15-23.

correntes do movimento feminista que sufragam teses diametralmente opostas³¹⁰. Durante as décadas de 1970 e 1980, nos Estados Unidos e na Inglaterra, a luta das prostitutas estava centralizada na questão da descriminalização da atividade profissional e no assédio das forças policiais. A partir de 1980, tendo sido adotada em diversos países ocidentais a teoria abolicionista, que não tipifica a conduta de prostituição, a tensão ideológica adquiriu novos contornos, passando a residir no confronto entre parte do movimento feminista que defende as prostitutas como trabalhadoras e que, portanto, protesta contra a violência e a exploração na indústria do sexo, e outra parte do movimento social que compreende a prostituição como uma violência contra a mulher, devendo haver uma rigorosa intervenção estatal para interditar esta atividade. Nas palavras de Joyce Outshoorn,

Dentro do movimento feminista mais amplo, a prostituição nunca foi uma questão onde o consenso tenha sido alcançado, com frequentes e agudas controvérsias entre facções conflitantes. Além disso, entre os atores do movimento social havia frequentemente as denominadas ativistas tradicionais, que tinham suas raízes em períodos de mobilização anteriores, como as organizações de mulheres de partidos políticos e sindicatos, organizações de donas de casa e grupos de mulheres para o serviço social e religioso. Também estavam envolvidos grupos feministas independentes cujos ancestrais datavam do movimento para o voto feminino na primeira metade do século XX. Algumas destas organizações estavam interessadas em prostituição e aderiram a um entendimento mais tradicional e conservador, definindo prostituição como uma questão moral, social e de saúde pública³¹¹.

Há, portanto, duas perspectivas na literatura feminista. A primeira defende que mulheres, trabalhando como prostitutas, são exploradas por todos aqueles que fazem a intermediação e a organização da indústria do sexo, a maioria composta por homens. A prostituição, sob esta ótica, é uma instituição patriarcal que afeta todas as mulheres e todas as relações de gênero. Para uma segunda corrente, a prostituição, para muitas mulheres, é escolhida livremente como uma forma de trabalho, e mulheres trabalhando na indústria do sexo merecem os mesmos direitos e liberdades que todas as demais trabalhadoras, incluindo o de não serem exploradas e não sofrerem violência no curso de suas atividades laborais³¹². Ademais,

³¹⁰ OLIVEIRA, Alexandra; MANITA, Celina. *Estudo de caracterização da prostituição de rua no Porto e em Matosinhos*. Lisboa: Editora CIDM (Comissão para a Igualdade e para os Direitos das Mulheres), 2002, p. 30 e ss.

³¹¹ OUTSHOORN, Joyce. Comparative prostitution politics and the case for state feminism. In: OUTSHOORN, Joyce (Ed.). *The politics of prostitution: women's movements, democratic states and the globalisation of sex commerce*. New York: Cambridge University Press, 2004, p. 277. Tradução nossa.

³¹² O'NEILL, Maggie. *Prostitution & feminism: towards a politics of feeling*. Oxford: Blackwell Publishers, 2001, p. 16.

o trabalho erótico também pode ser realmente um “terreno de libertação” para a sexualidade feminina³¹³.

Para a parte do movimento feminista que ratifica as teorias abolicionistas, a prostituição é um modelo de dominação masculina da sexualidade e produz uma aceitação acrítica da “naturalização” das “necessidades sexuais dos homens”, não equacionando a própria desconstrução da masculinidade. Segundo Patteman, estão fortemente imbricados a indústria do sexo e a dominação masculina, pois o fato de os homens poderem adquirir comercialmente o sexo está intimamente relacionado ao poder público e privado que exercem sobre as mulheres. Assim, masculinidade e feminilidade são identidades confirmadas em atividades sexuais e, em particular, via relação sexual heterossexual – identidade esta que implica a existência de relações de poder e de dominação.

Quando os corpos das mulheres são vendidos como mercadorias no mercado capitalista, os termos do contrato original (que é sobre o poder civil dos homens) não pode ser esquecido; a lei do direito sexual masculino é publicamente afirmada, e os homens ganham reconhecimento público como proprietários sexuais das mulheres³¹⁴.

Para este segmento do movimento feminista, o trabalho das prostitutas é moralmente e politicamente questionável. A indústria do sexo – assim como outras instituições sociais – está estruturada sobre valores e atitudes que são opressivas para as mulheres, o que faz com que não seja aceitável que a prostituição dependa da naturalização de certos princípios que marginalizam mulheres. Estes princípios, por sua vez, estão baseados em comportamentos e crenças que legitimam a subordinação feminina. Para Shrage, a prostituição e a indústria do sexo simplesmente perpetuam a ideologia patriarcal e a heterossexualidade hegemônica. Segundo o entendimento da autora, a resposta encontra-se no boicote dos consumidores da indústria do sexo e na mudança de paradigmas culturais que sustentam a prostituição³¹⁵.

A causa da prostituição é a discriminação e a violência machista que sofre a mulher, fatores aos quais se somam a exclusão econômica e social. O mercado do sexo, portanto, implica uma maior coisificação – ou consideração da mulher como simples objeto – e hierarquização das relações de gênero³¹⁶. Destarte, o reconhecimento do vínculo empregatício

³¹³ CHAPKIS, Wendy. *Live sex acts – women performing erotic labor*. New York: Routledge, 1997, p. 01.

³¹⁴ PATEMAN, Carole. *O contrato sexual*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993, p. 208.

³¹⁵ SHRAGE, Laurie. Should feminists oppose prostitution? *Ethics Journal*, Chicago, University of Chicago Press, n. 99, 1989, p. 347-361. Tradução nossa.

³¹⁶ CURIEL, Pedro Brufao. *Las miserias del sexo – prostitución y políticas públicas*. Madrid: Fundación

da prostituta significará: a) um prêmio para os rufiões, proxenetas e todos os membros da indústria do sexo, em sua maioria homens que se beneficiam do trabalho alheio; b) haverá um fomento à prostituição e um recrudescimento da exploração sexual infantil; c) não pressupõe um aumento da saúde ou melhora no meio ambiente de trabalho da prostituta; d) não fortalece o poder político ou de organização das prostitutas, como segmento social.

Estes argumentos pecam pela sua generalização e pela falta de dados estatísticos que os comprovem. Não é demonstrado, estatisticamente, que em países como a Holanda, onde a prostituição é legalizada, existam mais prostitutas do que em outros, mesmo porque esta verificação está longe de ser facilitada pelos métodos de pesquisa. Quanto à alegação de que se trata invariavelmente de um instrumento de dominação da ideologia patriarcal, é mister destacar que, para outros setores do feminismo, a conclusão é paradoxalmente oposta, entendendo-se a prostituição como a mais subversiva das práticas sexuais da ordem social sexista³¹⁷, vez que a prostituta assume o poder quanto à escolha de seus clientes, às práticas que irá realizar, etc.

Quanto à questão da efetivação de políticas públicas que melhorem as condições de higiene e de saúde da prestação de serviços, é inarredável a conclusão de que o reconhecimento do vínculo empregatício tornará legítimas e juridicamente exigíveis tais ações governamentais. Na lição de Sheila Jeffreys, não há dúvida de que a situação dos bordéis é uma forma de exploração sexual. Os proprietários dizem não ser empregadores; eles apenas alugam quartos para os clientes. As mulheres prostituídas recebem pagamento por cliente e podem passar até 10 (dez) horas esperando no bordel sem ganhar nada. Não possuem seguro de saúde, licença maternidade e nem hora de almoço. Segundo a autora, tese também sustentada no presente estudo, o primeiro ganho seria reconhecer os donos de bordéis como empregadores, para que as mulheres tivessem benefícios e condições semelhantes a outros trabalhadores; deveriam ganhar um mínimo por hora por reconhecimento do tempo que passam no local, esperando eventuais clientes, mesmo quando não façam sexo³¹⁸.

Por derradeiro, o poder político contemporâneo é muitas vezes exercido através dos denominados movimentos sociais do século XXI, que se organizam através das redes sociais e da *internet*. Logo, a existência de um reconhecimento jurídico da validade do contrato de emprego e sua eficácia tornaria mais fortes e densos os laços da classe trabalhadora formada pelos profissionais do sexo, possibilitando a que se identificassem como um segmento

Alternativas, 2011, p. 61.

³¹⁷ CHAPKIS, Wendy. *Live sex acts - women performing erotic labor*. New York: Routledge, 1997, p. 29.

³¹⁸ JEFFREYS, Sheila. *The idea of prostitution*. Melbourne: Spinifex Press, 2008, p. 192. Tradução nossa.

social titular de direitos prestacionais por parte do Estado.

Outra parte do movimento feminista defende o reconhecimento do vínculo mantido pela prostituta como um trabalho como outro qualquer e, uma vez presentes a onerosidade, pessoalidade, permanência e, principalmente, subordinação, um liame empregatício típico. Os homens e mulheres que laboram como profissionais do sexo merecem ser tratados com toda a dignidade, como quaisquer outros trabalhadores.

Qualquer que seja a perspectiva, o posicionamento sobre a prostituição deve considerar firmemente o contexto socioeconômico e histórico no qual é desenvolvida a atividade. Este contexto inclui as atividades do Estado, incluindo o desenvolvimento, operação e interpretação das normas civis e penais; o fato da globalização da prostituição; desigualdades de renda, educação, desenvolvimento e oportunidades de trabalho; a questão da sexualidade humana como um todo uno e indivisível³¹⁹.

Qualquer atividade exercida lícitamente, voluntariamente escolhida (embora nem sempre espontaneamente escolhida), faz com que o trabalhador sinta-se seguro para buscar a concretização de seus direitos constitucionais e trabalhistas, pois não será julgado como um ser abjeto, que pratica hábitos nocivos, e nem será acusado de realizar um trabalho desonesto. Nas palavras de Cristina Garaizábal:

Querer viver melhor, sem causar dano a ninguém, é legítimo e, em consequência, é necessário legitimar a oferta de serviços sexuais como um meio de vida, como um trabalho. A existência da prostituição não pode reduzir-se ao afã de domínio e prepotência dos homens e de sua sexualidade. [...] Na sociedade mercantil de hoje muitos novos serviços brotam, convertendo-se em produtos para o mercado, como o cuidado de crianças ou idosos, a comida preparada, etc. Por isso não é estranho que os serviços sexuais também tenham se mercantilizado e quem os utiliza não é necessariamente o homem prepotente, com afã de domínio e que abusam das trabalhadoras, mas sim vários homens solitários, com dificuldade para desenvolver relações sexuais e pessoais satisfatórias, homens que querem encontrar um momento de satisfação sexual, mas sem complicações ou compromissos³²⁰.

Há uma confusão na tese sufragada pelas feministas abolicionistas, porquanto não está à venda o corpo da mulher propriamente dito, mas os seus serviços, ou seja, as suas habilidades em satisfazer o cliente e o seu tempo despendido. Do mesmo modo que há mulheres

³¹⁹ O'NEILL, Maggie. *Prostitution & feminism: towards a politics of feeling*. Oxford: Blackwell Publishers, 2001, p. 184. Tradução nossa.

³²⁰ GARAIZÁBAL, Cristina. Las prostitutas toman la palabra: las vicissitudes de su construcción como sujetos sociales. In: FERNÁNDEZ, Isabel Holgado (Org.). *Prostituciones: diálogos sobre sexo de pago*. Barcelona: Icaria Editorial, 2008, p. 106. Tradução nossa.

trabalhando como modelos ou bailarinas, que têm o corpo como instrumento de trabalho, sem qualquer afronta à dignidade da pessoa humana, também não há qualquer óbice à venda de serviços sexuais – a não ser por uma certa afetação de virtude.

O reconhecimento do vínculo empregatício para o trabalho das prostitutas decerto não implicará uma solução mágica e imediata para todos os problemas enfrentados pela categoria, mas significará um novo caminho de possibilidades para a concretização de direitos fundamentais, tais como o direito à liberdade de escolha profissional, de reunião e de associação; direito de imparcialidade dos poderes públicos; direito à intimidade e ao respeito à sua família; direito de locomoção e direito de buscar, perante o Poder Judiciário, o pagamento de verbas trabalhistas inadimplidas, a indenização por acidente de trabalho e o ressarcimento individual, em caso de trabalho escravo, bem como o direito a exigir do poder público a elaboração e implementação de políticas públicas de proteção ao seu trabalho, saúde e integridade física.

Não é função do Estado dizer às pessoas como devem dirigir suas próprias vidas ou impor crenças pessoais morais da maioria para a minoria não convencional. Assim, as ações governamentais devem ser neutras quanto à moralidade da prostituição e devem respeitar a liberdade de consentimento sexual e econômica de adultos, tanto quanto possível³²¹. As pessoas têm direito a escolher o que fazer da vida, como fazer e por que fazer – considerar a prostituição, sempre e em todos os casos, como uma escravidão ou uma violência de gênero, é no mínimo exagerado e falacioso. Os valores da moral e dos bons costumes são variáveis histórica e geograficamente, de sorte que a prostituição, assim como aconteceu com a homossexualidade, pode ser analisada sob uma outra ótica, mesmo para os mais conservadores, dentro de pouco tempo. A questão fulcral, portanto, defendida no presente trabalho, é a de que incumbe às normas trabalhistas assegurar a estes e a todos os demais trabalhadores ao menos condições dignas de existência e de desenvolvimento de suas potencialidades.

³²¹ MARNEFFE, Peter de. *Liberalism and prostitution*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 154.

4 PROSTITUIÇÃO NO BRASIL E NO DIREITO COMPARADO

É imperioso um estudo acurado acerca do tratamento normativo da matéria no Direito Comparado, estabelecendo similitudes e diferenças com relação a países que têm uma regulamentação da profissão, como a Alemanha, e que inspiraria o projeto de lei nacional; países que têm uma regulamentação muito próxima do modelo laborista, como a Holanda; países com regulamentação mais conservadora e que pune a clientela das prostitutas, como a Suécia, e finalmente países com maior proximidade cultural, como a Espanha.

4.1 Legislação da Alemanha

A prostituição na Alemanha é atualmente regida pela Lei Reguladora da Situação Legal das Prostitutas (*Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten – Prostitutionsgesetz – ProstG*)³²², em vigor desde 1º de janeiro de 2002.

Antes do advento do referido diploma, a prostituição era considerada uma atividade legal, embora limitada por uma série de normas: todos os contratos relacionados com a prostituição eram considerados nulos, ou seja, eventual lide não poderia ser conduzida ao Poder Judiciário; a organização de serviços de prostituição por terceiros era considerada crime; somente estava permitida esta atividade em lugares determinados, sendo proibida em zonas residenciais, embora fosse tolerada em alguns casos; os estabelecimentos dedicados à prostituição não tinham uma situação jurídica segura e estavam sujeitos ao controle policial a qualquer momento³²³.

A Lei Reguladora de 2002 foi aprovada pelo Parlamento Alemão em 20 de dezembro de 2001 e entrou em vigor em 1º de janeiro de 2002, trazendo uma nova perspectiva sobre o tema, conquanto se trate de uma norma extremamente sintética, que necessita de uma regulamentação pelos Estados federados da Alemanha (os denominados *Länders*). A matéria encontra-se disciplinada nos seguintes termos:

322 ALEMANHA. *Lei reguladora da situação legal das prostitutas*. Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/prostg/BJNR398310001.html>>. Acesso em: 30 ago. 2014.

323 KAVEMANN, Barbara. Resultados del estudio sobre el impacto de la lei sobre prostitución em Alemania. In: ESTIARTE, Carolina Villacampa (Coord.). *Prostitución: hacia la legalización?* Valencia: Editora Tirant lo Blanch, 2012, p. 81-84.

§1º. Realizada uma relação sexual mediante pagamento previamente acordado, este acordo fundamenta uma obrigação jurídica exigível. O mesmo vale quando, no âmbito de uma relação negocial, uma pessoa, por determinado tempo e mediante contra-pagamento, tiver se colocado à disposição para realização de uma relação dessa espécie.

§2º. A obrigação é intransferível e só pode valer em nome próprio. Contra a obrigação referida na primeira parte do §1º só pode ser oposta a exceção de contrato inteiramente não cumprido; contra a obrigação referida na segunda parte do §1º pode ser oposta a falta de cumprimento parcial, na medida em que corresponda ao tempo acordado. Excetuando-se a exceção de contrato não cumprido, nos termos do §362 do Código Civil, e a exceção de prescrição, estão excluídas quaisquer outras objeções ou exceções.

§3º. Não é oponível às prostitutas, para os termos da previdência social, a instrução normativa que limita a prostituição a uma atividade profissional³²⁴.

Dispõe ainda o Código Penal alemão:

§181a. Rufianismo

(1) Com pena privativa de liberdade de 6 meses a 5 anos será castigado quem

1. explore outra pessoa que pratique a prostituição, ou
2. controle outra pessoa no exercício da prostituição para seu benefício econômico e determine local, hora, dimensão ou outras circunstâncias do exercício da prostituição ou tome medidas tendentes a impedir que a outra pessoa deixe a prostituição, e em vista disso mantenha com ela outras relações que vão além do caso individual.

(2) Será castigado com pena privativa de liberdade de até três anos ou com multa quem viole a liberdade de locomoção pessoal ou econômica de uma pessoa, fomenta o exercício da prostituição dessa pessoa por intermédio do comércio sexual e, com vistas a isso, subvencione-lhe as relações para além de um único caso.

(3) De acordo com os incisos 1 e 2 também será castigado quem pratique contra seu cônjuge as ações descritas nos incisos 1, números 1 e 2, ou as fomenta de acordo com o inciso 2³²⁵.

324 ALEMANHA. *Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten (Prostitutionsgesetz – ProstG)*. Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/prostg/BJNR398310001.html>>. Acesso em: 30 ago. 2014. Tradução nossa. No texto original: **§1.** Sind sexuelle Handlungen gegen ein vorher vereinbartes Entgelt vorgenommen worden, so begründet diese Vereinbarung eine rechtswirksame Forderung. Das Gleiche gilt, wenn sich eine Person, insbesondere im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses, für die Erbringung derartiger Handlungen gegen ein vorher vereinbartes Entgelt für eine bestimmte Zeitdauer bereithält. **§2.** Die Forderung kann nicht abgetreten und nur im eigenen Namen geltend gemacht werden. Gegen eine Forderung gemäß § 1 Satz 1 kann nur die vollständige, gegen eine Forderung nach § 1 Satz 2 auch die teilweise Nichterfüllung, soweit sie die vereinbarte Zeitdauer betrifft, eingewendet werden. Mit Ausnahme des Erfüllungseinwandes gemäß des § 362 des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Einrede der Verjährung sind weitere Einwendungen und Einreden ausgeschlossen. **§3.** Bei Prostituierten steht das eingeschränkte Weisungsrecht im Rahmen einer abhängigen Tätigkeit der Annahme einer Beschäftigung im Sinne des Sozialversicherungsrechts nicht entgegen.

³²⁵ ALEMANHA. *Código penal alemão*. Trad. Cláudia López Díaz. Bogotá: Universidad Externado de Colombia,

A lei permitiu, portanto, que fosse reconhecida a validade dos contratos celebrados entre as prostitutas e seus clientes e entre o dono do bordel e o trabalhador do sexo, de sorte que poderia ser vindicada, judicialmente, a contraprestação remuneratória pelos serviços prestados. O grande benefício, indubitavelmente, foi o de permitir à prostituta a sua filiação ao sistema de seguridade social, o que significa que o empresário e a trabalhadora pagam uma parte da cota do seguro médico e do seguro por desemprego.

Em nosso sentir, porém, os avanços foram tímidos, pois se limitaram a uma singela proteção civil às prostitutas, não uma proteção trabalhista. Ademais, ainda persiste a criminalização do rufianismo, medida indubitavelmente abolicionista.

Em um estudo realizado em 2007³²⁶ para avaliar os impactos da nova regulamentação da prostituição na Alemanha, observou-se que quase nenhuma das prostitutas entrevistadas firmaram contrato de prestação de serviços, por dois motivos: pelo desconhecimento do conteúdo das cláusulas deste contrato, ou seja, o que poderia ser considerado um contrato de prestação de serviços aceitável e, especialmente, pela necessidade de preservação do anonimato.

Para muitas, o estigma social da profissão as afastaria da possibilidade de obtenção de um outro emprego ou as envergonharia perante familiares e amigos.

Verifica-se, neste estudo, que a maioria das prostitutas já contava com uma filiação à seguridade social (serviços médicos, seguro-desemprego, etc.) através de outras atividades, não especificamente com a declaração de sua verdadeira profissão. Ademais, argumenta-se que, para demandar um cliente, há necessidade de conhecimento de seus dados pessoais, tais como nome completo e endereço. Esta circunstância dificulta sobremaneira a tutela jurisdicional, especialmente para as prostitutas que laboram como autônomas.

A lei sobre a prostituição na Alemanha não regulamentou as condições de trabalho das prostitutas, mas criou um marco para uma futura evolução normativa, pois alterou também o Código Penal alemão e tornou atípica a denominada conduta de “promoção da prostituição”, tornado lícita a atividade relativa à casa de prostituição. É mister destacar, porque oportuno, que se o empresário do prostíbulo exigir a prestação de serviços por parte da contratada, contra a sua vontade, mediante violência ou grave ameaça, cometerá crime previsto no Código Penal alemão.

1999. Disponível em: <http://www.juareztares.com/textos/leis/cp_de_es.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2014. Tradução nossa.

326 KAVEMANN, Barbara. Resultados del estudio sobre el impacto de la lei sobre prostitución en Alemania. In: ESTIARTE, Carolina Villacampa (Coord.). *Prostitución: hacia la legalización?* Valencia: Editora Tirant lo Blanch, 2012, p. 81-84.

Todavia, nem a exploração e nem as condições degradantes de trabalho foram extintas, mesmo após a legalização dos negócios da indústria do sexo. Apesar de ser um dos objetivos apresentados para sua aprovação, a lei da prostituição não conseguiu eliminar o preconceito, o conceito de imoralidade e a filosofia de discriminação que permeiam estas relações sociais. Apesar de reconhecida como atividade lícita, não é comum a formalização da prostituição, muito em decorrência de receio, por parte dos trabalhadores, das consequências prejudiciais desta formalização, como o pagamento de impostos. O legislador alemão, portanto, em momento algum pretendeu a profissionalização da prostituição e muito menos tencionou colocar esta atividade sob a égide da Constituição alemã, que assegura a liberdade de profissão³²⁷.

O estudo da legislação alemã sobre a prostituição é de fulcral relevância no presente estudo, porquanto o projeto de lei atualmente em tramitação no Congresso Nacional está baseado em seus parâmetros e diretrizes.

4.2 Legislação da Holanda

Em 1º de outubro de 2000, a Holanda legalizou a atividade da prostituição, extirpando do seu Código Penal algumas normas relativas à proibição de manutenção e prostíbulos e do lenocínio. Em contrapartida, tornaram-se mais rigorosas as normas acerca da exploração sexual de crianças e adolescentes e houve a criminalização de formas indesejáveis de prostituição³²⁸. Atualmente, a partir de uma reforma realizada em 2002, a matéria é tratada no artigo 273F do Código Penal Holandês, que dispõe:

(1) - Se acusado de tráfico, terá pena de prisão de no máximo seis anos ou será punido com pena de multa de quinta categoria:

1. Aquele que força alguém, por meio de violência ou outro ato, ou ameaça de violência ou de outros atos, como extorsão, fraude, engano, abuso de circunstâncias factuais decorrentes da prevalência, abuso de uma posição de vulnerabilidade ou por meio de dar ou aceitar pagamentos ou benefícios, para obter o controle sobre esta pessoa, recrutando, transportando, transferindo, alojando ou acolhendo alguém, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, para fins de exploração ou para a remoção de seus órgãos;

327 HENNING, Juanita Rosina. Alemanha: prostitutas de cristal. In: BRIZ, Mamen; GARAIZABAL, Cristina (Coords.). *La prostitución a debate*. Madrid: Talasa Ediciones, 2007, p. 103-106.

328 DAALDER, A. L. *Prostitutie in Nederland na opheffing van het bordeelverbod*. Haia: Boom Juridische Uitgevers, 2007, p. 39-40.

2. Aquele que recruta, transporta, transfere, aloja ou acolhe alguém, recorrendo à ameaça ou uso da força ou outras formas de coação, para fins de exploração da pessoa ou remoção de seus órgãos, enquanto a vítima ainda não tenha chegado à idade de 18 (dezoito) anos;

3. Aquele que recruta alguém, leva ou rapta outra pessoa com a intenção de induzi-la, em um outro país, a disponibilizar-se a realizar atos sexuais pagos por quem recruta ou por terceiros;

4. Aquele que usa da força contra uma outra pessoa, sob um dos recursos referidos no item 1 mencionado, com o fim de obrigar ou movimentar indivíduos para executar trabalhos ou serviços forçados ou disponibilizar seus órgãos, sabe ou deve razoavelmente suspeitar de que o outro se submeteu e tornou-se disponível para executar trabalhos, serviços ou deixar seus órgãos disponíveis;

5. Aquele que induz alguém a se disponibilizar a realizar atos sexuais pagos pelo contratante ou por terceiros ou a vender seus órgãos, sabe ou deve razoavelmente suspeitar de que o outro se submeteu e tornou-se disponível para executar trabalhos, serviços ou deixar seus órgãos disponíveis para venda, enquanto a vítima ainda não tenha atingido a idade de 18 (dezoito) anos;

6. Aquele que propositalmente tira proveito ou obtém lucro proveniente da exploração de outro indivíduo;

7. Aquele que propositalmente lucra com a remoção de órgãos de outro indivíduo, enquanto sabe ou deveria razoavelmente suspeitar que os órgãos foram retirados nas circunstâncias referidas no item 1 mencionado;

8. Aquele que propositalmente lucra ou tira proveito dos atos sexuais realizados por uma outra pessoa para um terceiro pagante, ou com a retirada de seus órgãos mediante remuneração, enquanto a vítima ainda não tenha atingido a idade de 18 (dezoito) anos;

9. Aquele que usa da força contra uma outra pessoa, dentro dos recursos referidos no item 1 mencionado, movimentando, obrigando ou coagindo a vítima, para se beneficiar dos rendimentos provenientes dos seus atos sexuais, pagos pelo contratante ou por terceiro ou pela retirada de seus órgãos.

(2) – A exploração inclui a exploração do outro indivíduo na prostituição, em outras formas de exploração sexual, em trabalhos ou serviços forçados, escravidão ou práticas similares à escravidão ou à servidão.

(3) - As infrações são puníveis com pena de prisão de até oito anos ou com pena de multa de quinta categoria, se:

1. Os fatos descritos no primeiro parágrafo forem cometidos por duas ou mais pessoas em conjunto;

2. A pessoa contra a qual os delitos descritos no primeiro parágrafo sejam cometidos ainda não tenha completado 16 (dezesseis) anos de idade.

(4) - Os fatos descritos no primeiro parágrafo, cometidos por duas ou mais pessoas sob a circunstância a que se refere o item 3, serão punidos com pena de prisão não superior a 10 anos ou aplicação de pena de multa de quinta categoria.

(5) - Se um dos delitos descritos no primeiro parágrafo resultar em lesão corporal grave ou colocar a vítima em perigo ou medo, a prisão não será superior a 12 anos ou será imposta pena de multa de quinta categoria.

(6) - Se um dos delitos descritos no primeiro parágrafo resultar em morte, será aplicada pena de prisão não superior a 15 anos ou será imposta pena de multa de quinta categoria.

(7) - O artigo 251 aplica-se analogicamente³²⁹.

Em outras palavras, a Holanda não proíbe a prostituição em seu território, desde que ocorra de forma voluntária pelos prestadores de serviços; existindo alguma violência

329 Tradução nossa. A numeração do Código Penal Holandês foi acrescida de parênteses, para melhor compreensão dos seus dispositivos, pois o texto original somente usa os algarismos arábicos, o que causa uma certa confusão para operadores do direito brasileiro. NEDERLAND. *Wetboek van Strafrech*. Disponível em: <<http://www.wetboek-online.nl/wet/Wetboek%20van%20Strafrecht/273f.html>>. Acesso em 30 ago. 2014. O texto original em holandês tem a seguinte redação: Artikel 273f. 1 Als schuldig aan mensenhandel wordt met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vijfde categorie gestraft: 1 degene die een ander door dwang, geweld of een andere feitelijkheid of door dreiging met geweld of een andere feitelijkheid, door afpersing, fraude, misleiding dan wel door misbruik van uit feitelijke omstandigheden voortvloeiend overwicht, door misbruik van een kwetsbare positie of door het geven of ontvangen van betalingen of voordelen om de instemming van een persoon te verkrijgen die zeggenschap over die ander heeft, werft, vervoert, overbrengt, huisvest of opneemt, met het oogmerk van uitbuiting van die ander of de verwijdering van diens organen; 2 degene die een ander werft, vervoert, overbrengt, huisvest of opneemt, met het oogmerk van uitbuiting van die ander of de verwijdering van diens organen, terwijl die ander de leeftijd van achttien jaren nog niet heeft bereikt; 3 degene die een ander aanwerft, medeneemt of ontvoert met het oogmerk die ander in een ander land ertoe te brengen zich beschikbaar te stellen tot het verrichten van seksuele handelingen met of voor een derde tegen betaling; 4 degene die een ander met een van de onder 1° genoemde middelen dwingt of beweegt zich beschikbaar te stellen tot het verrichten van arbeid of diensten of zijn organen beschikbaar te stellen dan wel onder de onder 1° genoemde omstandigheden enige handeling onderneemt waarvan hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat die ander zich daardoor beschikbaar stelt tot het verrichten van arbeid of diensten of zijn organen beschikbaar stelt; 5 degene die een ander ertoe brengt zich beschikbaar te stellen tot het verrichten van seksuele handelingen met of voor een derde tegen betaling of zijn organen tegen betaling beschikbaar te stellen dan wel ten aanzien van een ander enige handeling onderneemt waarvan hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat die ander zich daardoor beschikbaar stelt tot het verrichten van die handelingen of zijn organen tegen betaling beschikbaar stelt, terwijl die ander de leeftijd van achttien jaren nog niet heeft bereikt; 6 degene die opzettelijk voordeel trekt uit de uitbuiting van een ander; 7 degene die opzettelijk voordeel trekt uit de verwijdering van organen van een ander, terwijl hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat diens organen onder de onder 1° bedoelde omstandigheden zijn verwijderd; 8 degene die opzettelijk voordeel trekt uit seksuele handelingen van een ander met of voor een derde tegen betaling of de verwijdering van diens organen tegen betaling, terwijl die ander de leeftijd van achttien jaren nog niet heeft bereikt; 9 degene die een ander met een van de onder 1° genoemde middelen dwingt dan wel beweegt hem te bevoordelen uit de opbrengst van diens seksuele handelingen met of voor een derde of van de verwijdering van diens organen. 2 Uitbuiting omvat ten minste uitbuiting van een ander in de prostitutie, andere vormen van seksuele uitbuiting, gedwongen of verplichte arbeid of diensten, slavernij en met slavernij of dienstbaarheid te vergelijken praktijken. 3 De schuldige wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste acht jaren of geldboete van de vijfde categorie, indien: 1 de feiten, omschreven in het eerste lid, worden gepleegd door twee of meer verenigde personen; 2 de persoon ten aanzien van wie de in het eerste lid omschreven feiten worden gepleegd, de leeftijd van zestien jaren nog niet heeft bereikt. 4 De feiten, omschreven in het eerste lid, gepleegd door twee of meer verenigde personen onder de omstandigheid, bedoeld in het derde lid, onder 2°, worden gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste tien jaren of geldboete van de vijfde categorie. 5 Indien een van de in het eerste lid omschreven feiten zwaar lichamelijk letsel ten gevolge heeft of daarvan levensgevaar voor een ander te duchten is, wordt gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren of geldboete van de vijfde categorie opgelegd. 6 Indien een van de in het eerste lid omschreven feiten de dood ten gevolge heeft, wordt gevangenisstraf van ten hoogste vijftien jaren of geldboete van de vijfde categorie opgelegd. 7 Artikel 251 is van overeenkomstige toepassing.

ou grave ameaça, ou realização de trabalhos ou serviços forçados, estará configurado o crime de tráfico humano, e o infrator estará sujeito a pena de prisão, que poderá ser agravada em função da idade da vítima ou se o ato for cometido por duas ou mais pessoas.

Enfim, consagra-se a prática voluntária e validamente deliberada de atos sexuais mediante pagamento, jamais a obtida mediante uso da violência física ou moral ou mediante aliciamento de crianças e adolescentes menores de 18 (dezoito) anos, medida salutar para proteção do trabalho da prostituta³³⁰. Também é punido o tráfico de pessoas para países no estrangeiro, no escopo de forçá-las a se prostituir ou a realizar trabalhos forçados, como transcrito acima, no Código Penal holandês.

Enfim, a prostituição voluntária é legal na Holanda, e se desenvolve com uma certa normalidade em alguns bairros de Amsterdam, como o Bairro da Luz Vermelha, ou *Red Light District*, onde há inúmeras *sex shops*, bares onde ocorrem *shows* eróticos e cinemas eróticos, além de um museu do sexo. No *Red Light District*, também chamado de *Wallen*, estão localizadas as famosas vitrines com mulheres exibindo-se seminuas ou em roupas sensuais, bem como alguns famosos *coffeeshops*, onde é liberado o consumo de drogas leves pelos clientes. Durante o dia, o bairro é um local frequentado por crianças, famílias e idosos, como qualquer outro bairro da capital holandesa.

É mister destacar que não apenas a prostituição é legalizada na Holanda, mas também há tolerância de consumo de pequenas quantidades de maconha nos *coffeeshops*. Em 2001, a Holanda foi o primeiro país do mundo a legalizar o casamento entre pessoas do mesmo sexo; em 2009, a adoção de crianças por casais de gays ou lésbicas foi oficializada e em 2000, como já ressaltado, a prostituição foi oficialmente reconhecida como uma profissão legal e, a partir desse ano, as prostitutas começaram a pagar impostos. A Holanda, portanto, é conhecida internacionalmente como um dos países mais tolerantes e menos conservadores do mundo.

A prostituição floresceu em Amsterdã desde 1600, quando a Holanda era uma grande potência naval e os marinheiros frequentavam os portos em busca de lazer. Em um primeiro momento, os prostíbulos eram proibidos mas não se perseguiram os trabalhadores do

³³⁰ Na Nova Zelândia, país que também adota a teoria laborista para a prostituição, já houve um caso em que uma prostituta de 22 (vinte e dois) anos processou seu ex-empregador por assédio sexual e obteve indenização equivalente a 21 (vinte e um) mil euros, aproximadamente 50 (cinquenta) mil reais. De acordo com a Revista Marie Claire, que publicou a matéria em março de 2014, com informações do jornal local New Zealand Herald, a jovem se sentiu humilhada e insegura após o dono do prostíbulo passar a controlá-la de forma muito dura. A situação a fez ficar depressiva, sem comer e dormir. Para aliviar a tensão e o medo, a mulher começou a beber e acabou por se tornar uma alcoólatra. O acusado também obrigava a funcionária a ouvir detalhes de suas relações sexuais, incluindo sua preferência por garotas bem jovens, e a questionava sobre sua depilação. *Revista Marie Claire* de 06 mar. 2014. Disponível em: <http://revistamarieclaire.globo.com/Web/noticia/2014/03/garota-de-programa-abre-processo-por-abuso-sexual-e-ganha-quase-r50-mil.html>. Acesso em: 22 set. 2014.

sexo. A partir dos anos 1970, o governo estabelece determinadas zonas para o meretrício. No início dos anos 1980 começa uma discussão geral para legalização do ofício, o que terminou por acontecer em 2000.

A crise econômica de 2008 forçou as autoridades públicas a uma fiscalização mais rigorosa acerca do pagamento de impostos pelos bordéis e pelas prostitutas. Com efeito, a arrecadação teve uma queda significativa na última década, e o fisco holandês resolveu tornar mais efetiva a lei que prevê a taxação da prostituição:

Embora o Estado holandês saiba que não vai encher os cofres pressionando as prostitutas, o comércio de sexo é uma indústria grande no país que passou quase totalmente isento até a legalização.

O Escritório Central de Estatística estima que a prostituição geraria retorno de US\$ 865 milhões anuais, o que é significativo em um país de 16 milhões de pessoas.

Segundo a lei holandesa, as prostitutas deveriam recolher 19% do cobrado na transação em imposto (os clientes pagam em geral US\$ 65 por sessão de 15 minutos). Além disso, a renda pessoal ainda seria taxada, de acordo com faixas de rendimento: 33% para menos de US\$ 23.000 anuais até 52% para mais de US\$ 70.000. Há trabalhadores desta categoria, quase todas mulheres, tanto no mínimo quanto no máximo destas faixas.

Ninguém sabe exatamente quantas prostitutas existem nem quantas delas pagam imposto, mas um estudo estima que há pouco menos de oito mil prostitutas de todos os tipos na cidade e três mil trabalhando atrás das janelas. Um instituto de pesquisa chamado SOR acredita que 40% das prostitutas das janelas já pagam algum tipo de imposto³³¹.

São objetivos declarados da lei holandesa atualmente em vigor: melhorar e proteger a posição dos trabalhadores sexuais, impedir a prostituição de pessoas não legalizadas, além de crianças e adolescentes, bem como impedir a prostituição forçada³³².

Os proprietários dos bordéis atualmente são considerados empresários, de sorte que toda a atividade deve obedecer a parâmetros legais, seja em relação a normas trabalhistas, incluindo as de medicina e segurança do trabalho, seja quanto a normas fiscais, como já destacado. Muito além dos direitos materiais, as prostitutas adquiriram também a prerrogativa processual de submeter suas demandas ao Poder Judiciário, como qualquer outro

331 STERLING, Toby. Fisco holandês vai atrás das prostitutas. *UOL Notícias Internacional*. Associated Press, Amsterdã. 12.01.2011. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2011/01/12/fisco-holandes-vai-atras-das-prostitutas.htm>>. Acesso em: 30 ago. 2013.

332 ALTINK, Sietske. Holanda, burdeles legales. In: BRIZ, Mamen; GARAIZABAL, Cristina (Coords.). *La prostitución a debate: por los derechos de las prostitutas*. Madrid: Talasa Ediciones, 2007, p. 107-112.

empregado. E, como também acontece em muitos outros países, inclusive o Brasil, alguns empresários tentam escamotear a relação de emprego sob o rótulo de uma relação de trabalho autônomo, para eximir-se do pagamento de algumas verbas trabalhistas, especialmente licenças por motivo de doença. As mulheres não precisam se registrar na polícia, mas perante a Fazenda Pública, para fins de arrecadação de impostos.

Como afirmado por uma destas profissionais do sexo³³³, só há uma coisa pior que a legalização da prostituição — a não legalização; só há uma coisa pior que a estigmatização com direitos trabalhistas — a estigmatização sem direitos trabalhistas.

4.3 Legislação da Suécia

A Suécia possui uma peculiaridade muito expressiva acerca do tratamento do trabalho da prostituta: não há proibição da venda, mas da compra dos serviços sexuais. Assim, desde 1º de janeiro de 1999, os clientes são puníveis pela contratação dos serviços de prostituição³³⁴.

O advento desta lei foi precedido por inúmeros debates e controvérsias, desde os anos de 1970. A sua primacial finalidade seria a redução ou erradicação da prostituição mediante tipificação da conduta.

A legislação sueca em matéria sexual é uma das mais severas do mundo, de um modo geral. Apenas a título ilustrativo, também são proibidas a instalação e manutenção de saunas *gays* e os portadores de HIV podem ser encarcerados por ordem médica, sem nenhum julgamento penal, se houver a crença de que não irão divulgar a sua condição de soropositivos aos seus parceiros. Outrossim, é impossível permanecer no anonimato sendo portador de HIV, pois o médico é obrigado legalmente a fornecer às autoridades sanitárias sua identidade³³⁵.

A proibição da prostituição encontra-se disciplinada no Código Penal Sueco, Capítulo 6, seções 8 e 9, que dispõem:

333 ALTINK, Sietske. Holanda, burdeles legales. In: BRIZ, Mamen; GARAIZABAL, Cristina (Coords.). *La prostitución a debate: por los derechos de las prostitutas*. Madrid: Talasa Ediciones, 2007, p. 107-112.

334 SUÉCIA. Conselho Nacional Sueco para a Prevenção da Criminalidade (Brottsförebyggande rådet – Brå). *Preventing illegal export of cultural objects — report n.º 2012:10*. Estocolmo: 2000, p. 5. Disponível em: <http://www.bra.se/download/18.4dfe0028139b9a0cf4080001495/2012_10_preventing_illegal_export_of_cultural_objects_summary.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2014.

335 SUÉCIA. Conselho Nacional de Saúde (Socialstyrelsen). *Kännedom om prostitution 1998-1999*. Estocolmo: Socialstyrelsen, 2000, p. 56-57.

Seção 8

Uma pessoa que promove, ou indevidamente explora financeiramente, as relações sexuais ocasionais mediante pagamento de outra pessoa deve ser sentenciada pelo crime de *procuring*, com prisão de, no máximo, quatro anos.

Uma pessoa que, mantendo o direito à utilização das instalações, concede o direito de usá-las para outrem com conhecimento de que as instalações são totalmente ou de forma substancial usadas para relações sexuais casuais mediante pagamento e omite de fazer o que se pode razoavelmente esperar para encerrar o direito concedido, ele ou ela será, se a atividade continua ou é retomada nas instalações, ser considerado como tendo promovido a atividade e deve ser condenado em conformidade com o primeiro parágrafo. (Lei 1998:393).

Seção 9

Se o crime previsto na seção 8 é grave, deve ser imposta prisão para o crime de *gross procuring*, de no mínimo dois e no máximo seis anos.

Se o crime é grave, deve ser dada uma especial atenção ao fato de os acusados promoverem relações sexuais casuais mediante pagamento em larga escala ou mediante exploração impiedosa de outrem. (Lei 1984:399)³³⁶.

A não tradução da nomenclatura do crime foi proposital; em sueco, o termo utilizado é *koppleri*, que poderia ser traduzido para o português como “procura”, em seu sentido literal³³⁷. Considerando que não existe uma palavra equivalente no Código Penal brasileiro, é de melhor alvitre manter a terminologia em inglês.

A lei sueca foi introduzida por um grupo de políticos feministas de esquerda sob fundamento de que a prostituição é uma forma de violência masculina contra a mulher e que a venda de sexo é física e psicologicamente prejudicial, pois nenhuma mulher exerce a prostituição voluntariamente. Há ainda um terceiro argumento, apresentado por Petra

336 SUÉCIA. *Código Penal*. Disponível em: <<http://www.juareztavares.com/textos/codigosueco.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2014. Tradução nossa. As disposições do Código Penal Sueco, em inglês, têm a seguinte redação: *Section 8*. A person who promotes or improperly financially exploits the casual sexual relations for payment of another person shall be sentenced for *procuring* to imprisonment for at most four years. A person who, holding the right to the use of premises, grants the right to use them to another in the knowledge that the premises are wholly or to a substantial extent used for casual sexual relations for payment and omits to do what can reasonably be expected to terminate the granted right, he or she shall, if the activity continues or is resumed at the premises, be considered to have promoted the activity and shall be sentenced in accordance with the first, paragraph. (Law 1998:393). *Section 9*. If the crime provided for in Section 8 is gross, imprisonment for at least two and at most six years shall be imposed for *gross procuring*. In assessing whether the crime is gross, special consideration shall be given to whether the accused promoted casual sexual relations for payment on a large scale or ruthlessly exploited another. (Law 1984:399).

337 KULICK, Don. La penalización de los clientes y la “política del ahhhh” en Suecia. In: OSBORNE, Raquel (Ed.). *Trabajador@as del sexo – derechos, migraciones y tráfico en el siglo XXI*. Barcelona: Edicions Bellaterra, 2004, p. 223-236.

Östergren, de que todas mulheres se sentiriam aviltadas com a prostituição, pois nela está impregnada a ideia de que o corpo feminino está à venda³³⁸.

Destarte, os efeitos concretos desta legislação na vida de inúmeras mulheres que obtinham seu sustento da prostituição ou eventual violação do princípio da liberdade de autodeterminação não foram relevantes, sendo evidente o caráter simbólico da legislação. Insta destacar, em todo caso, que a legislação foi apoiada por partidos de esquerda e o seu advento ocorreu durante o governo socialdemocrata de 1998. Atualmente, a prostituição de rua de Estocolmo está confinada um endereço: Malmskillnads, rua próxima à estação central, onde laboram cerca de 175 (cento e setenta e cinco) mulheres, número que já alcançou o total de 650 (seiscentas e cinquenta) mulheres na década de 1990. As autoridades suecas entendem que a lei de criminalização dos clientes teve um impacto positivo para a sociedade, tendo resultado em 2.581 (dois mil, quinhentos e oitenta e um) inquéritos e 1.200 (um mil e duzentas) condenações por compra de serviços sexuais entre 2009 e 2011. Trata-se, portanto, de atividade ilícita para a qual existe um sistema legal de condenações extremamente célere (os processos duram no máximo um ano) e um forte aparato policial e de assistência social, inclusive para os clientes³³⁹.

Outra peculiaridade da legislação sueca reside no fato de que as autoridades públicas buscaram divulgá-la para diversos países, tencionando inspirar outros modelos jurídicos no direito comparado – e têm conseguido, especialmente, exportar sua dogmática para a França³⁴⁰.

A conclusão adotada por diversos jornais e outros meios de comunicação é de que a reforma do Código Penal não dissuadiu os clientes. Trabalhadores entrevistados por Anneli Siring afirmaram que a proibição não havia sido uma questão de debate importante e nem um problema. A decisão tomada na hora da contratação de serviços sexuais estava relacionada a outras questões³⁴¹. Siring também sustenta que muitos homens são indiferentes à proibição porque costumam contratar prostitutas em países estrangeiros³⁴².

338 ÖSTERGREN, Petra. *Porr, horor och feminister*. Estocolmo: Pocketförlaget, 2006, p. 20.

339 LANGLOIS, Bertrand. Suécia é modelo antiprostibuição para França. *Jornal Folha de São Paulo*, Caderno Mundo, Folha A8, publicado em 30 dez. 2013.

340 Com efeito, o Parlamento francês, em 04 de dezembro de 2013, aprovou o pagamento de multa equivalente a 1.500 (um mil e quinhentos) euros para os clientes de prostituição, podendo este valor ser majorado para 3.500 (três mil e quinhentos) euros na reincidência. A proposta foi aprovada na Assembleia Nacional (equivalente no Brasil à Câmara dos Deputados) e ainda precisa ser aprovada perante o Senado para ser implementada. NAEGELEN, Jacky. Deputados franceses aprovam multa para cliente de prostituição. *Jornal Folha de São Paulo*, Caderno Mundo, folha A12, publicado em 05 dez. 2014.

341 SIRING, Annelie. Sexhandel, sexköpslagstiftning och myndighetsförstaelse. Ett svenski exempel. In: HOLMSTRÖM, Charlotta; SKILBREI, May-Len (Ed.). *Prostitution i Norden*. Estocolmo: TemaNord, 2008, p. 346.

342 *Ibidem*, p. 345.

Atualmente, porém, esta posição tem sofrido duras críticas, especialmente por jovens dos partidos de esquerda e de centro-direita. Paulatinamente, surge o entendimento de que a prostituição não é um prejuízo em si mesmo e que também não é uma forma de patriarcado ou violência feminina³⁴³.

A legislação sueca adota o modelo jurídico proibicionista, com a peculiaridade de tornar crime a conduta dos clientes que procuram as prostitutas. Estas disposições legais, além de não erradicarem a prostituição da sociedade sueca, negam direitos de cidadania às prostitutas e terminam por obscurecer a questão mais relevante: a sua dignidade como ser humano.

4.4 Legislação da Espanha

Antes de apresentarmos a atual conjuntura espanhola acerca do trato da prostituição, é imperiosa uma pequena digressão histórica acerca da evolução do tratamento do tema neste país, que em face da ingente influência da Igreja Católica aproxima-se culturalmente do Brasil.

O movimento abolicionista, desde o final da Guerra Civil Espanhola e início da ditadura de Franco, em 1939, até princípios de 1955, foi praticamente inexistente na Espanha, contrariamente ao que havia sucedido em todo o período republicano (final do século XIX até 1935), sob fundamento de que o regime de tolerância era um postulado intangível³⁴⁴.

A partir de 1955, contudo, iniciou-se uma forte campanha pelos meios de comunicação e por alguns setores da Igreja Católica, no escopo de proibir a prostituição e fechar os prostíbulos, ao menos oficialmente. Com o ingresso da Espanha na Organização das Nações Unidas, em 1955, e a consequente adesão à Convenção Internacional para Repressão do Tráfico de Pessoas e Exploração da Prostituição, de 1949, tornou-se impossível a continuidade do regime de tolerância. Destarte, a partir do Decreto de 03 de março de 1956, foi determinado o fechamento oficial das casas de prostituição e também teve início a aplicação de duas fortes

343 DODILLET, Susanne; ÖSTERGREN, Petra. Ley sueca sobre la compra de sexo: presuntos éxitos y resultados demostrables. In: ESTIARTE, Carolina Villacampa (Coord.). *Prostitución: hasta la legalización?* Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 137.

344 GUEREÑA, Jean-Louis. *La prostitución en la España contemporánea*. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 431.

medidas abolicionistas: a atuação policial para combater a exploração sistemática das prostitutas e o programa de reinserção das vítimas.

A extinção dos bordéis, contudo, como era de esperar, não significou a erradicação da prostituição, mas a sua adaptação às novas circunstâncias. O mercado sexual continuava próspero e lucrativo, angariando novos clientes devido ao grande desenvolvimento econômico do período. Mesmo antes do final do franquismo, na década de 1970, já havia uma tolerância generalizada, de fato, quanto à prostituição, precipuamente em razão da evolução cultural e econômica dos anos sessenta, além da transformação da Espanha em um grande polo turístico internacional neste interstício.

Nas décadas de 1980 e 1990 houve uma grande mobilização nacional, com a realização de encontros, seminários e debates acerca da situação jurídica das prostitutas, que contou com a participação de sociólogos, organizações não governamentais, sindicais e políticas, e alguns até mesmo com a participação das prostitutas, permitindo-se um melhor entendimento acerca de suas condições de vida e de trabalho³⁴⁵.

O Código Penal atualmente em vigor na Espanha mantém uma posição abolicionista, ao dispor, em sua redação atual, *in litteris*:

Art. 188.

1. Aquele que determine, empregando violência, intimidação ou engano, ou abusando de uma situação de superioridade ou de necessidade ou vulnerabilidade da vítima, a pessoa maior de idade a exercer a prostituição ou manter-se nela, será castigado com penas de prisão de 2 a 4 anos e multa de 12 a 24 meses. Na mesma pena incorrerá aquele que lucre explorando a prostituição de outra pessoa, ainda que com o consentimento da mesma.
2. Se as condutas mencionadas se realizaram sobre pessoa menor de idade ou incapaz, para iniciá-la ou mantê-la em uma situação de prostituição, se imporá ao responsável pena de prisão de 4 a 6 anos.
3. Aquele que leve a cabo a conduta prevista no parágrafo anterior, sendo a vítima menor de 13 anos, será castigado com pena de prisão de 5 a 10 anos.
4. Serão impostas as penas previstas nos parágrafos anteriores na metade superior, em seus respectivos casos, quando ocorra algumas das seguintes circunstâncias:
 - a) quando o culpado se houver prevalecido de sua condição de autoridade, agente desta ou funcionário público. Neste caso se aplicará, ademais, a pena de inhabilitação absoluta de 6 a 12 anos;
 - b) quando o culpado pertencer a uma organização ou grupo criminal que se dedique à realização de tais atividades;
 - c) quando o culpado houver posto em perigo, de forma dolosa ou por imprudência grave, a vida ou a saúde da vítima.

345 PETHERSON, Gail. *Nosotras, las putas*. Madrid: Talasa Ediciones, 1992, p. 395-403.

5. As penas cominadas serão impostas em seus respectivos casos sem prejuízo daquelas que correspondam às agressões ou abusos sexuais cometidos sobre a pessoa prostituída³⁴⁶.

Inicialmente, no período de 1996 a 2003, o Código Penal espanhol não proibia o proxenetismo, mas foi alvo de duras críticas por parte daqueles que entendiam que suas disposições não eram compatíveis com as normas internacionais celebradas pelo país, em especial o Tratado de Lake Success (Convenção Internacional para Repressão do Tráfico de Pessoas e Exploração da Prostituição, de 1949). Assim, após diversas reformas, em especial implementadas no ano de 2010, o Código Penal espanhol passou a criminalizar o rufianismo e a prostituição forçada, mediante violência, grave ameaça, engodo ou ludíbrio da vítima. A prostituição voluntária, por conseguinte, que não tenha a exploração de cafetões, não é considerada crime, assim como no Brasil. As disposições da legislação espanhola, por conseguinte, estão muito próximas do modelo jurídico adotado no ordenamento pátrio.

A prostituição voluntária foi descartada dentro da política espanhola atual. Prioriza-se a atuação frente àquelas pessoas obrigadas e se consideram todas como vítimas, sem considerar que um número indeterminado pode realizá-la de maneira não forçada. Definitivamente, a prostituição não é atualmente considerada como uma atividade laboral, sob nenhum aspecto, na Espanha.

Ainda hoje a prostituição suscita debates acalorados e enseja uma guerra de cifras entre defensores e detratores, que camuflam a realidade e não permitem conhecer com realismo o número de mulheres obrigadas ou que exercem a profissão por vontade própria. Dentro desta situação, que é múltipla e variada, coexistem a voluntariedade, a miséria, o uso de drogas, a solidão, o tráfico de mulheres e crianças, a exploração sexual, as agressões, os benefícios econômicos e, sobretudo, uma evidente estigmatização social, que não alcança o cliente ou o prostituidor, na dicção de Maria José Barahona Gomariz³⁴⁷. O senso comum continua considerando a prostituição como o maior dos pecados e o pior dos estigmas, o que apenas torna mais degradantes as situações de prestação de serviços sexuais e não protege seus trabalhadores.

346 ESPANHA. *Código Penal Espanhol*. Disponível em: <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.l2t8.html#c5>. Acesso em: 30 ago. 2014. Tradução nossa.

347 GOMARIZ, María José Barahona; VICENTE, Luís Mariano García. *Una aproximación al perfil del cliente de prostitución femenina em la Comunidad de Madrid*. Madrid: Publicaciones DGM, 2003, p. 97.

Há dois marcos na jurisprudência espanhola de destacada importância, acerca da matéria: o julgamento pela Sala Social da Audiência Nacional³⁴⁸, em 23 de dezembro de 2003, que admitiu a licitude da prostituição exercida por conta própria e, mais recentemente, uma sentença do Sala do Penal do Tribunal Supremo³⁴⁹, de 14 de abril de 2009, que ressaltou que a questão da prostituição voluntária, bem aquela por conta própria ou dependendo de um terceiro que estabelece condições de trabalho que não infrinjam os direitos dos trabalhadores, não pode ser solucionada com enfoques morais ou concepções ético-sociológicas, já que afeta aspectos da voluntariedade que não podem ser coibidos pelo direito³⁵⁰.

Estender os direitos trabalhistas aos profissionais do sexo traz em seu bojo pelo menos duas vantagens. A primeira é que este posicionamento permite dar cobertura a uma maioria de trabalhadores sexuais que, sob um regime exclusivamente autônomo de trabalho, estaria fora do sistema protetivo laboral – provavelmente os que dispõem dos recursos econômicos mais exíguos e, por esta razão, são mais necessitados do reconhecimento de seus direitos trabalhistas. A própria Audiência Nacional, como órgão do Poder Judiciário, considera reprovável a conduta do Estado, que se autoproclama social e deixa de legislar sobre a matéria, sofrendo de uma verdadeira carência de sensibilidade normativa quanto a estes direitos. Em segundo lugar, é preciso reafirmar que se trata de evitar que os empresários se eximam de suas responsabilidades trabalhistas e enriqueçam ilicitamente pelo labor alheio. Os empregadores, em verdade, se beneficiam do vazio normativo existente e dos *déficits* de tutela jurisdicional, aumentando desta maneira os seus lucros.

Na Espanha, assim como no Brasil, a adoção de leis penais em consonância com a teoria abolicionista não assegura a concretização dos direitos sociais fundamentais dos trabalhadores do sexo.

³⁴⁸ Audiência Nacional é um Tribunal Espanhol, componente do Poder Judiciário, que atualmente é composto por quatro Salas (que seriam os equivalentes, no Brasil, às Turmas ou Câmaras): uma sala penal, uma sala de apelação, uma sala social (para matéria de direito coletivo trabalhista) e uma sala do contencioso administrativo.

³⁴⁹ O Tribunal Supremo, na Espanha, é o órgão de cúpula do Poder Judiciário. Poderia ser o equivalente, no Brasil, ao Supremo Tribunal Federal, porém, ao contrário deste, o Tribunal Supremo Espanhol não possui jurisdição constitucional, a cargo do Tribunal Constitucional, órgão à parte da estrutura do Poder Judiciário.

³⁵⁰ ABREU, María Luisa Maqueda. Hacia una justicia de los derechos: una aproximación a los últimos pronunciamientos judiciales favorables a la legalidad de la prostitución. In: ESTIARTE, Carolina Villacampa (Coord.). *Prostitución: hacia la legalización?* Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 185-193.

4.5 Propostas de regulamentação no Brasil

O Brasil não ficou infenso à controvérsia entabulada em diversos países do mundo acerca da prostituição: se deveria ser proibida, tolerada ou reconhecida como vínculo empregatício e quais os limites da regulamentação. Como país de tradição católica, conquanto formalmente seja um Estado laico, não houve ainda uma discussão acerca do reconhecimento do vínculo empregatício para o trabalho das prostitutas, de maneira explícita. Historicamente, houve apenas duas tentativas de regulamentação da profissão, em ambas sendo estabelecida a disciplina dos efeitos civis da prestação de serviços sexuais. Torna-se imperiosa, portanto, uma breve digressão acerca dos Projetos de Lei 98/2003, de autoria de Fernando Gabeira, e do Projeto de Lei 4211/2012, de Jean Wyllys.

4.5.1 Projetos de lei 98/2003 e 4211/2012

Em 19 de fevereiro de 2003, o então Deputado Federal Fernando Gabeira, do Partido Verde do Rio de Janeiro, apresentou no Plenário da Câmara dos Deputados, em Brasília, o Projeto de Lei tombado sob o n.º 98/2003, que versava sobre a atividade da prostituição, logo encaminhado em abril do mesmo ano para a Comissão de Constituição e Justiça daquela Casa Legislativa. O projeto tramitou perante a Câmara dos Deputados, com alguns embates entre os parlamentares, porém foi arquivado em definitivo em 31 de janeiro de 2011.

Analizando o texto normativo criticamente, é possível destacar-lhes alguns pontos dignos de encômios e outros para os quais seria necessário um maior avanço legislativo. Com efeito, o projeto de lei 98/2003³⁵¹ possuía uma redação simples e muito pragmática, como é recomendável para melhor hermenêutica legal. Dispunha, *in verbis*:

Art. 1º É exigível o pagamento pela prestação de serviços de natureza sexual.

³⁵¹ BRASIL. *Projeto de Lei 98/2003*. Autor: Fernando Gabeira; Ementa: Dispõe sobre a exigibilidade de pagamento por serviço de natureza sexual e suprime os arts. 228, 229 e 231 do Código Penal; Data de apresentação: 19.02.2003. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=104691>>. Acesso em: 22 set. 2014.

§ 1º O pagamento pela prestação de serviços de natureza sexual será devido igualmente pelo tempo em que a pessoa permanecer disponível para tais serviços, quer tenha sido solicitada a prestá-los ou não.

§ 2º O pagamento pela prestação de serviços de natureza sexual somente poderá ser exigido pela pessoa que os tiver prestado ou que tiver permanecido disponível para os prestar.

Art. 2º Ficam revogados os artigos 228, 229 e 231 do Código Penal.

Art. 3º. Esta lei entra em vigor na data da sua publicação.

O texto torna indene de dúvidas a circunstância de que o objeto da prestação de serviços sexuais é lícito, exatamente como vem sendo sustentado no presente estudo, de modo que a o pagamento é exigível, inclusive perante o Poder Judiciário. Outra característica relevante para o projeto de lei é a sua consideração, como tempo de serviço, não apenas do período em que a pessoa estiver efetivamente prestando os serviços, mas também quando estiver à disposição para sua realização, o que aproxima o parágrafo primeiro do referido dispositivo ao quanto disposto no artigo 4º da Consolidação das Leis do Trabalho, segundo o qual considera-se como de serviço efetivo o interstício em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada.

As aproximações, infelizmente, encerram-se neste ponto. De fato, o projeto de lei 98/2003 não previa expressamente a possibilidade de reconhecimento de vínculo empregatício para o trabalho da prostituta em prostíbulos, desde que presentes a onerosidade, pessoalidade, permanência e subordinação. O texto sob comento restringia-se a reconhecer a validade dos efeitos *civis* do liame mantido entre a profissional do sexo e seu cliente ou outro tomador de serviços, declarando, de modo tangencial, a *liceidade do objeto do contrato*. Esta liceidade, ademais, teria de ser reconhecida em face da revogação dos dispositivos penais – artigo 228 (à época, crime de favorecimento à prostituição), artigo 229 (crime de casa de prostituição) e artigo 231 (à época, crime de tráfico de mulheres).

É preciso frisar, entretanto, que este avanço significaria pouco no que concerne ao reconhecimento do vínculo empregatício da prostituta, embora, repita-se, conferisse a possibilidade de uma interpretação mais extensiva, porquanto expressamente legitimado e tornado lícito, *ex vi legis*, o contrato de prestação de serviços sexuais. Também representaria grande avanço a revogação dos aludidos dispositivos do Código Penal, porém não se compreende, nem mesmo na justificativa do projeto de lei, o motivo da permanência do

crime capitulado no artigo 230 do Código, ou seja, crime de rufianismo. Asseverou Fernando Gabeira, *in litteris*:

Já houve reiteradas tentativas de tornar legalmente lícita a prostituição. Todas estas iniciativas parlamentares compartilham com a presente a mesma inconformidade com a inaceitável hipocrisia com que se considera a questão.

Com efeito, a prostituição é uma atividade contemporânea à própria civilização. Embora tenha sido, e continue sendo, reprimida inclusive com violência e estigmatizada, o fato é que a atividade subsiste porque a própria sociedade que a condena a mantém. Não haveria prostituição se não houvesse quem pagasse por ela.

Houve, igualmente, várias estratégias para suprimi-la, e do fato de que nenhuma, por mais violenta que tenha sido, tenha logrado êxito, demonstra que o único caminho digno é o de admitir a realidade e lançar as bases para que se reduzam os malefícios resultantes da marginalização a que a atividade está relegada. Com efeito, não fosse a prostituição uma ocupação relegada à marginalidade – não obstante, sob o ponto de vista legal, não se tenha ousado tipificá-la como crime – seria possível uma série de providências, inclusive de ordem sanitária e de política urbana, que preveniriam os seus efeitos indesejáveis³⁵².

Sem dúvida, a grande responsável pela existência da prostituição é a própria sociedade, que a reprime e que nega aos trabalhadores do sexo a oportunidade de exercício da cidadania, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, como já reiterado. E o autor do projeto continua em suas explanações:

O primeiro passo para isto é admitir que as pessoas que prestam serviços de natureza sexual fazem jus ao pagamento por tais serviços. Esta abordagem inspira-se diretamente no exemplo da Alemanha, que em fins de 2001 aprovou uma lei que torna exigível o pagamento pela prestação de serviços de natureza sexual. Esta lei entrou em vigor em 1º de janeiro de 2002.

Como consectário inevitável, a iniciativa germânica também suprimiu do Código Penal Alemão o crime de favorecimento da prostituição – pois se a atividade passa a ser lícita, não há porque penalizar quem a favorece.

No caso brasileiro, torna-se também consequente suprimir do Código Penal os tipos de favorecimento da prostituição (art. 228), casa de prostituição (art. 229) e do tráfico de mulheres (art. 231), este último porque somente penaliza o tráfico se a finalidade é o de incorporar mulheres que venham a se dedicar à atividade.

³⁵² BRASIL. *Projeto de Lei 98/2003*. Autor: Fernando Gabeira; Ementa: Dispõe sobre a exigibilidade de pagamento por serviço de natureza sexual e suprime os arts. 228, 229 e 231 do Código Penal; Data de apresentação: 19.02.2003. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=104691>>. Acesso em: 22 set. 2014.

Fazemos profissão de fé que o Legislativo brasileiro possui maturidade suficiente para debater a matéria de forma isenta, livre de falsos moralismos que, aliás, são grandemente responsáveis pela degradação da vida das pessoas que se dedicam profissionalmente à satisfação das necessidades sexuais alheias³⁵³.

Com efeito, se comparado o texto proposto em 2003 com o texto normativo alemão, em vigor desde 2002³⁵⁴, verifica-se uma grande similitude quanto à regulamentação da matéria, especialmente quanto ao reconhecimento dos efeitos *civis* do liame obrigacional, não dos efeitos trabalhistas, além da manutenção do crime de rufianismo, tanto no Código Penal brasileiro quanto no alemão. Conquanto o texto alemão seja mais explícito e prolixo, o projeto de lei 98/2003 manteve as suas linhas mestras dogmáticas, não adotando a teoria laborista, mas apenas atenuando a teoria abolicionista, no sentido de não mais proscrever determinadas condutas que estão relacionadas à prostituição.

A maturidade do Legislativo soçobrou às duras críticas tecidas pela imprensa ao projeto de lei. No site de notícias UOL, em matéria publicada em janeiro de 2003, mesmo antes da apresentação do Projeto 98/2003 na Câmara dos Deputados, a mídia já concedia amplo espaço para as opiniões contrárias à sua aprovação:

A POLÊMICA JÁ É GRANDE

Antes mesmo da sua discussão no Congresso, o projeto já causa bastante polêmica. A oposição à proposta existe dentro do próprio partido de Gabeira, o PT.

"Na minha opinião, a regulamentação da profissão seria a própria legalização da degradação do ser humano. Se nós institucionalizarmos a venda do corpo como meio de vida, estaremos institucionalizando a degradação do ser humano", defende o deputado federal Orlando Fantazzini (PT-SP), presidente da Comissão de Direitos Humanos da Câmara.

³⁵³ BRASIL. *Projeto de Lei 98/2003*. Autor: Fernando Gabeira; Ementa: Dispõe sobre a exigibilidade de pagamento por serviço de natureza sexual e suprime os arts. 228, 229 e 231 do Código Penal; Data de apresentação: 19.02.2003. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=104691>>. Acesso em: 22 set. 2014.
³⁵⁴ ALEMANHA. Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten (Prostitutionsgesetz – ProstG). Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/prostg/BJNR398310001.html>>. Acesso em: 30 ago. 2014. No texto: §1º. Realizada uma relação sexual mediante pagamento previamente acordado, este acordo fundamenta uma obrigação jurídica exigível. O mesmo vale quando, no âmbito de uma relação negocial, uma pessoa, por determinado tempo e mediante contra pagamento, tiver se colocado à disposição para realização de uma relação dessa espécie. §2º. A obrigação é intransferível e só pode valer em nome próprio. Contra a obrigação referida na primeira parte do §1º só pode ser oposta exceção de contrato inteiramente não cumprido; contra a obrigação referida na segunda parte do §1º pode ser oposta a falta de cumprimento parcial, na medida em que corresponda ao tempo acordado. Excetuando-se a exceção de contrato não cumprido, nos termos do §362 do Código Civil, e a exceção de prescrição, estão excluídas quaisquer outras objeções ou exceções. §3º. Não é oponível às prostitutas, para os termos da previdência social, a instrução normativa que limita a prostituição a uma atividade profissional.

Fantazzini expressa ainda o receio de "banalização" da prática. "Tenho medo de que a imagem da prostituta seja vinculada a de uma menina que não é quadrada. Me questiono qual seria o impacto sobre as adolescentes. Você poderia solucionar um aspecto e gerar outros problemas", afirma o presidente da Comissão de Direitos Humanos da Câmara.

Gabeira argumenta que não se trata, no entanto, de uma "apologia à prostituição". O texto do projeto de lei ressalta "a hipocrisia com que se trata a questão" e sustenta que já que a prática continua a existir, apesar das inúmeras estratégias já traçadas para suprimi-la, deve-se "admitir a realidade e lançar bases para que se reduzam os malefícios resultantes da marginalização a que a atividade está relegada"³⁵⁵.

Estas vozes contrárias à legalização da prostituição fizeram-se ouvir na Câmara dos Deputados. Segundo notícia veiculada em novembro de 2007 no site da Câmara dos Deputados, após duas horas de debate, a Comissão de Constituição e Justiça acolheu o parecer do relator, então Deputado Federal Antonio Carlos Magalhães Neto, do Partido Democratas, do Estado da Bahia (DEM-BA), contrário à proposta. Segundo ele, "o projeto iria reforçar a indústria da prostituição, e quem iria ganhar dinheiro seriam os grandes empresários, de quem as mulheres ficariam reféns". Quanto ao artigo 228, o relator considera que sua supressão, "além de implicar uma violação da moralidade pública sexual", facilitaria o constrangimento das vítimas. Também contrário ao projeto, o deputado Paulo Maluf, do Partido Progressista, de São Paulo (PP-SP), considerou a legalização da prostituição "uma degradação moral, que não ajuda em nada o desenvolvimento econômico e social do Brasil". Para o deputado Gerson Peres, também do Partido Progressista (PP-PA), legalizar a mercantilização do sexo é uma afronta à dignidade da mulher brasileira³⁵⁶.

O Projeto de Lei de Fernando Gabeira poderia ter insuflado a opinião pública a se manifestar acerca da prostituição, ao menos iniciando um debate que, certamente, teria de enfocar a questão do vínculo empregatício. Todavia, após muitas discussões calorosas e condutas aguerridas por ambas as partes, defensores e detratores, o projeto foi rejeitado e arquivado em janeiro de 2011.

³⁵⁵ MACHADO, Nathália. Gabeira defende direito à carteira assinada para prostitutas. *UOL Últimas Notícias*, 31.01.2003, 15h52, São Paulo, Reuters. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/inter/reuters/2003/01/31/ult27u31085.jhtm>>. Acesso em 22 set. 2014. Entende-se, *data máxima vênia* da opinião da jornalista, que em momento algum o projeto de lei é explícito quanto à concessão de direitos trabalhistas às prostitutas, incluindo o registro em Carteira de Trabalho e Previdência Social. Isto, contudo, não impede que o profissional do sexo autônomo tenha garantidos os direitos previdenciários, como seguro obrigatório.

³⁵⁶ BITTAR, Paula; NEVES, Maria. CCJ rejeita projeto que legaliza a prostituição. *Agência Câmara*, 07.11.2007. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/NAO-INFORMADO/113297-CCJ-REJEITA-PROJETO-QUE-LEGALIZA-PROSTITUICAO.html>>. Acesso em: 22 set. 2014.

Em 12 de julho de 2012, o Deputado Federal Jean Wyllys, do Partido Socialismo e Liberdade, do Rio de Janeiro (PSOL-RJ), apresentou uma nova proposta de regulamentação da atividade dos profissionais do sexo. O aludido projeto encontra-se atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados e, desde maio de 2013, está aguardando a constituição de uma Comissão Temporária pela Mesa da Casa Legislativa.

Já existe um parecer do Relator da Comissão de Direitos Humanos e Minorias (CDHM), Deputado Pastor Eurico, do Partido Socialista Brasileiro, de Pernambuco (PSB-PE), opinando pela rejeição do projeto de lei.

O projeto de lei de 2012³⁵⁷ segue as mesmas linhas mestras daquele apresentado em 2003, não havendo o reconhecimento explícito e expresso do trabalho da prostituta como vínculo empregatício, porém assegurando-lhe os efeitos civis do contrato entabulados:

Art. 1º. Considera-se profissional do sexo toda pessoa maior de dezoito anos e absolutamente capaz que voluntariamente presta serviços sexuais mediante remuneração.

O artigo 1º do projeto de lei, também denominado de Lei Gabriela Leite, em homenagem à ativista da organização não governamental Davida, expressa, de maneira clara e inequívoca, que a lei é destinada apenas às pessoas que possam manifestar validamente a sua vontade quanto à prestação de serviços sexuais, excluindo expressamente as crianças, os adolescentes e os incapazes ou aqueles que manifestarem sua vontade eivada por vícios, assim como defendido no presente estudo. É indene de dúvidas que o trabalho forçado, por violência ou grave ameaça, bem como o trabalho degradante, ambos espécie do gênero trabalho escravo, devem ser punidos com sanções trabalhistas e penais, jamais podendo ser reconhecida a validade do vínculo, conquanto devam ser pagas todas as verbas previstas na CLT e legislação afim devidas aos trabalhadores escravizados. A conceituação dos destinatários da norma, logo em seu primeiro dispositivo, é salutar para a sua interpretação e aplicação. Continua o aludido projeto:

§1º. É juridicamente exigível o pagamento pela prestação de serviços de natureza sexual a quem os contrata.

§2º. A obrigação de prestação de serviço sexual é pessoal e intransferível.

³⁵⁷ BRASIL. *Projeto de Lei 4211/2012*. Autor: Jean Wyllys; Ementa: Regulamenta a atividade dos profissionais do sexo; Data de apresentação: 12.07.2012. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=551899>>. Acesso em: 22 set. 2014.

Os parágrafos do artigo primeiro dispõem acerca da *eficácia civil* da norma, assegurando a todos os profissionais do sexo o pagamento pelos serviços. Assim como no projeto de lei de 2003, de Fernando Gabeira, não estabelece de modo inequívoco a possibilidade de reconhecimento do vínculo empregatício, se presentes os seus elementos, especialmente a subordinação. Ao revés, deixa a cargo dos intérpretes e aplicadores do direito a adoção de uma interpretação restritiva, que apenas englobaria os profissionais autônomos (e esta parece ser a tônica do projeto, como será esclarecido logo adiante), ou uma interpretação extensiva, pois afinal os empregados também percebem pagamento, denominado tecnicamente de salário, pela prestação de seus serviços. O conteúdo do parágrafo segundo é despiciendo, vez que a obrigação, efetivamente, é personalíssima, esteja isto estabelecido ou não na lei positivada. Em síntese, o primeiro artigo do projeto de lei Gabriela Leite praticamente repete o conteúdo do projeto de lei de 2003, este último já arquivado em definitivo.

Os artigos 2º, 3º e 4º do projeto de lei de 2012 encampam em parte a teoria abolicionista, nos seguintes termos:

Art. 2º. É vedada a prática da exploração sexual.

Parágrafo único. São espécies de exploração sexual, além de outras estipuladas em legislação específica:

- I – apropriação total ou maior que 50% (cinquenta por cento) do rendimento de prestação de serviço sexual por terceiro;
- II – o não pagamento do serviço sexual contratado;
- III – forçar alguém a praticar prostituição mediante grave ameaça ou violência.

Segundo este dispositivo, o cliente que se negar a pagar a prostituta não é apenas o inadimplente de um contrato válido e eficaz celebrado pela lei civil – é um explorador sexual. O artigo 2º consagra o sistema abolicionista porque, embora proteja a prestação de serviços pela prostituta, considerando-a lícita, torna ilícita, indesejável e imoral toda a atividade que gira em torno da prostituição. Este prisma paternalista, que vislumbra a prostituta como vítima da pobreza e demais mazelas sociais, não pode ser encampado pela legislação brasileira, devendo ser adotada uma norma mais consentânea com a efetiva proteção dos direitos fundamentais – sufragada pela teoria laborista. Ademais, forçar alguém a se prostituir, mediante violência ou grave ameaça, pode ser conduta capitulada no crime de trabalho escravo, previsto no artigo 149 do Código Penal, desde que seja reconhecida prestação de serviços pela prostituta como trabalho, autônomo ou subordinado, a depender das circunstâncias do caso concreto. Na sua justificativa, aduziu o proponente que:

O escopo da presente propositura não é estimular o crescimento de profissionais do sexo. Muito pelo contrário, aqui se pretende a redução dos riscos danosos de tal atividade. A proposta caminha no sentido da efetivação da dignidade humana para acabar com uma hipocrisia que priva as pessoas de direitos elementares, a exemplo das questões previdenciárias e do acesso à Justiça para garantir o recebimento do pagamento. [...] O atual estágio normativo – que não reconhece os trabalhadores do sexo como profissionais – padece de inconstitucionalidade, pois gera exclusão social e marginalização de um setor da sociedade que sofre preconceito e é considerado culpado de qualquer violência contra si, além de não ser destinatário de políticas públicas.

Apesar das boas intenções, tendo havido inclusive alusão aos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, a dignidade da pessoa humana e o direito à efetivação de políticas públicas, aspectos com os quais a justificativa está em inteira consonância com o presente estudo, o fato é que o projeto realiza muito menos do que promete, pois não há o estabelecimento expresso da possibilidade de reconhecimento de vínculo empregatício do trabalho da prostituta, repise-se, o que somente ocorrerá por interpretação extensiva. O texto ainda continua:

Art. 3º. A/O profissional do sexo pode prestar serviços:

- I – como trabalhador/a autônomo;
- II – coletivamente em cooperativa.

Parágrafo único. A casa de prostituição é permitida desde que nela não se exerce (sic) qualquer tipo de exploração sexual.

Como já asseverado, a tônica do projeto de lei é de reconhecimento dos efeitos *civis* da prestação de serviços sexuais, não do reconhecimento de efeitos *trabalhistas*, porquanto expressamente aduz que o labor somente pode ocorrer a título de trabalho autônomo, seja individualmente ou coletivamente – os associados de uma verdadeira e lúdima cooperativa nada mais são do que trabalhadores autônomos. Por esta razão, dificilmente a interpretação extensiva, que extrairá repercussões trabalhistas do liame obrigacional, poderá ser adotada – em uma interpretação sistemática, o projeto de lei, em seu todo, é específico e direcionado para os vínculos de trabalho *lato sensu*, não para as relações de emprego.

Talvez por um desconhecimento desta distinção, que é consagrada na doutrina trabalhista, o proponente asseverou, em sua justificativa, que

O objetivo principal do presente Projeto de Lei não é só desmarginalizar a profissão e, com isso, permitir, aos profissionais do sexo, o acesso à saúde, ao *Direito do Trabalho*, à segurança pública e, principalmente, à dignidade humana. Mais que isso, a regularização da profissão do sexo constitui instrumento eficaz no combate à exploração sexual, pois possibilitará a fiscalização em casas de prostituição e o controle do Estado sobre o serviço. (Grifos nossos)

Ora, o que o projeto de lei não assegura, por interpretação sistemática, é precisamente a aplicação das normas trabalhistas, ou seja, a tutela do direito do trabalho. Pode até assegurar a aplicação das normas de direito processual do trabalho, vez que todas as demandas serão dirimidas pela Justiça do Trabalho, se o trabalho for autônomo ou subordinado, com a ampliação da competência estabelecida pela Emenda Constitucional n.º 45/2004 – todavia, se apenas o vínculo de trabalho autônomo for convalidado, jamais, sob nenhuma hipótese, incidirão as normas consolidadas de direito material. Outra questão a ser suscitada e criticada no projeto de lei é exatamente a medida desta fiscalização pelo Estado das casas de prostituição. Se houvesse a fiscalização pelos auditores fiscais do trabalho, vinculados ao Ministério do Trabalho e Emprego, ou dos fiscais da previdência social, haveria efetivamente um instrumento para concretização dos direitos trabalhistas e previdenciários e para garantia da dignidade do trabalhador – entretanto, se a fiscalização fosse realizada pela polícia ou pela vigilância sanitária, significaria um retorno ao regime de regulamentação do final do século XIX.

Não se pretende, efetivamente, olvidar o fato de que muitos administradores, gerentes ou donos de prostíbulos auferem lucros extorsivos com a prestação dos serviços alheios. Todavia, estas condutas – concretas e reais – podem ser coibidas pela aplicação da proteção do trabalhador prevista no conjunto das normas trabalhistas, assim como pela proteção consagrada nos artigos 149, 203 e 207 do Código Penal, que versam sobre trabalho escravo ou degradante, frustração de direito assegurado por lei trabalhista e aliciamento de trabalhadores.

Há ainda no projeto, em seu penúltimo dispositivo, a proposta de alteração de vários artigos do Código Penal, *in litteris*:

Art. 4º. O Capítulo V da Parte Especial do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“*Favorecimento da prostituição ou da exploração sexual*

Art. 228. Induzir ou atrair alguém à exploração sexual, ou impedir ou dificultar que alguém abandone a exploração sexual ou prostituição:

.....

“Casa de exploração sexual

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:

.....

Rufianismo

“Art. 230. Tirar proveito de exploração sexual, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça:

.....

“Art. 231. Promover a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a ser submetido à exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro:

.....

Art. 231-A. Promover ou facilitar o deslocamento de alguém dentro do território nacional para ser submetido à exploração sexual:

.....

O projeto de lei busca uma alteração de conceito, em todos os tipos penais acima descritos, da seguinte maneira, em comparação à redação hoje em vigor: onde lê “prostituição”, leia-se “exploração sexual”. Seriam retirados, para melhor e mais escorreita redação, dos tipos penais acima referidos, os termos “e outras formas de exploração sexual”. No caso do artigo 229, somente ocorreria uma mudança no título do tipo penal, nada sendo modificado quanto ao seu conteúdo.

O projeto de lei, é imperioso afirmar e elogiar a iniciativa, torna ilícito penal apenas a exploração sexual, como definida em seu artigo terceiro, não mais subsistindo o crime quando em determinado estabelecimento, por exemplo, for simplesmente exercida a prostituição – se não ocorrer a exploração sexual no seu âmbito, a prostituição, por si só, não torna a manutenção do prostíbulo um ilícito penal.

Estas mudanças propostas são salutares e elogiáveis, porém avançam menos do que se poderia alcançar caso fosse adotada a teoria laborista em sua integralidade. No derradeiro dispositivo, sugere o Deputado Federal Jean Wyllys:

Art. 5º. O profissional do sexo terá direito a aposentadoria especial de 25 (vinte e cinco) anos, nos termos do artigo 57 da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991.

O direito à aposentadoria especial se justifica na medida em que atualmente os trabalhadores do sexo estão sujeitos a condições de trabalho aviltantes, sofrem com o envelhecimento precoce e com a falta de oportunidades da carreira, que cedo termina. Por esta razão existe a necessidade de implementação do direito à aposentadoria especial, preconizada na Lei de Benefícios da Previdência Social.

É indubitável que a prestação de serviços sexuais é uma atividade que, pela própria classificação da CBO, do Ministério do Trabalho e Emprego, está sujeita a condições de trabalho degradantes, desrespeito às normas de segurança, medicina e higiene do trabalho, além de risco de violência física e morte. Destarte, digna de encômios a proposta de ser concedida a aposentadoria especial, após o labor exercido por 25 (vinte e cinco) anos consecutivos ou intercalados.

4.5.2 Proposta de projeto de lei

Com efeito, a proposta de Fernando Gabeira, quanto à supressão dos artigos 228, 229 e 231 do Código Penal era mais consentânea com a teoria laborista, ora adotada no presente estudo. O texto do projeto de lei de 2012 é muito prolixo e não torna infenso a dúvidas e discussões a possibilidade de reconhecimento do vínculo empregatício para o trabalho da prostituta. A redação de uma proposta de lei que vise regulamentar a prostituição deve sempre estar sob égide de uma nova racionalidade jurídica, bem como dos princípios da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho, da cidadania e da liberdade de escolha da profissão, nos seguintes termos:

Art. 1º. Considera-se profissional do sexo toda pessoa maior de dezoito anos e absolutamente capaz que voluntariamente presta serviços sexuais mediante remuneração.

§1º. A prestação de serviços sexuais poderá ocorrer sob a forma de trabalho autônomo ou de vínculo empregatício, neste último caso se presentes a pessoalidade, onerosidade, permanência e subordinação jurídica.

§2º. Todas as normas trabalhistas ou civis em vigor são aplicáveis aos profissionais do sexo.

§3º. É juridicamente exigível o pagamento pela prestação de serviços de natureza sexual a quem os contrata.

Art. 2º. Revogam-se os arts. 228 a 231-A da Parte Especial do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal.

Uma vez estabelecido que a prestação de serviços sexuais configura trabalho autônomo ou trabalho subordinado, automaticamente está sendo reconhecida, *ex vi legis*, a liceidade do objeto do contrato, o que por si só já afasta inúmeras objeções.

Conquanto seja sustentada a tese de que a prostituição é um trabalho lícito e, como tal, pode ensejar a formação de vínculo empregatício, não é admissível olvidar toda a questão da exploração do trabalho sexual, realizada mediante trabalho escravo sexual, como já destacado alhures, sendo imperioso o combate a esta prática pelos órgãos de fiscalização do Poder Executivo, pelo Ministério Público do Trabalho e pelo Judiciário. De fato, o próprio moralismo que permeia todas as opiniões refratárias à tese ora sustentada origina esta situação de escravidão moderna, especialmente em países do exterior, nos quais os documentos e passaportes são retidos por quadrilhas especializadas, a fim de evitar a fuga pelos trabalhadores explorados.

Por outro lado, não seria necessária nenhuma regulamentação especial para o trabalho subordinado da prostituta, pelo menos em um momento inicial – bastaria a aplicação da CLT e, em especial, das Normas Regulamentadoras referentes à segurança, saúde e meio ambiente do trabalho, expedidas pelo Ministério do Trabalho e Emprego. Por fim, a revogação dos dispositivos do Código Penal não deixaria impunes as condutas em que houvesse, efetivamente, a violação da manifestação de vontade ou da liberdade de ir e vir do trabalhador. Como já destacado anteriormente, estas condutas estariam regulamentadas, na órbita penal, de *ultima ratio*, pelos artigos 146, 149, 203 e 207 do Código, na medida em que a prostituição seria efetivamente reconhecida como trabalho lícito – o que efetivamente já é – e as condutas do seu entorno não estariam criminalizadas, podendo ser resolvidas na órbita civil ou trabalhista. A proposta também mantém a ilicitude da exploração sexual infanto-juvenil³⁵⁸ e a tutela dos interesses das crianças, dos adolescentes e dos incapazes de emitir validamente a sua vontade, no sentido de protegê-los e afastá-los da profissão que, por seu risco de violência física

³⁵⁸ Impende ressaltar, porque oportuno, que não existe, tecnicamente, prostituição infantil, vez que a vontade de realização de serviços sexuais não é validamente manifestada. Tecnicamente, para crianças e adolescentes, o termo a ser utilizado é exploração infanto-juvenil.

e morte e extrema invasividade, não deve ser exercido por pessoas com idade inferior a 18 (dezoito) anos.

É mister destacar, por derradeiro, que os trabalhadores do sexo também deverão ser destinatários de políticas públicas pois, na qualidade de trabalhadores e dignos de cidadania, como quaisquer outros, fazem jus à concretização de direitos fundamentais pelo Estado, através de prestações positivas que lhes assegurem, especialmente, melhores condições de labor e um meio ambiente de trabalho seguro e hígido.

5 POLÍTICAS PÚBLICAS

Como todos os demais trabalhadores, empregados ou autônomos, as prostitutas também devem ser destinatárias de preocupação governamental para implementação de políticas públicas. Não se pretende, evidentemente, que estas políticas sejam um estímulo para fomento da prostituição que, como outras profissões, também possui riscos, inclusive físicos e de morte, devido à exposição à violência e ao estigma social. É preciso, portanto, a elaboração e concretização de políticas públicas que sejam inclusivas, que tenham uma perspectiva emancipatória do ser humano, de forma integral, e que principalmente combatam o trabalho escravo e promovam a existência de um meio ambiente de trabalho seguro e sadio.

5.1 Conceito

A definição de um conceito de políticas públicas é uma atividade árdua, visto que a expressão, de um modo, geral, não é uníssona na doutrina quanto aos seus critérios caracterizadores.

Segundo a própria Maria Paula Dallari Bucci, o seu conceito inicial de políticas públicas³⁵⁹ estava incompleto, pois carecia de um desenvolvimento sob o aspecto processual, que conota sequência de atos tendentes a um fim e dimensão participativa de toda a sociedade. Agregando este aspecto, a aludida autora formula o seguinte conceito:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados - processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial - visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua

³⁵⁹ Conceito inicial de Maria Paula Dallari Bucci sobre políticas públicas: "Políticas públicas são programas de ação governamental visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados". Para maiores detalhes, ver BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 239.

consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados³⁶⁰.

Para Eros Roberto Grau, políticas públicas é um termo genérico, que tem por espécies as políticas sociais e as políticas econômicas, designando "todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do Estado na vida social"³⁶¹. As políticas públicas devem ser desenvolvidas de forma soberana e cidadã, respeitando a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, da livre iniciativa e do pluralismo político. Sua função precípua, portanto, é a concretização, a realização fática dos direitos fundamentais. Esta é a tônica do pensamento de Ronaldo Guimarães Gouvêa:

As políticas públicas consistem em instrumentos estatais de intervenção na economia e na vida privada, consoante limitações e imposições previstas na própria Constituição, visando assegurar as condições necessárias para a consecução de seus objetivos, o que demanda uma combinação de vontade política e conhecimento técnico³⁶².

A discussão é tão acirrada que Paulo Meksenas afirma categoricamente que as políticas públicas nada mais são do que um instrumento do capitalismo para manutenção de uma elite no poder. Obviamente, este instrumento propicia aos mais excluídos uma certa possibilidade de ascensão social; todavia, a sua primacial finalidade é fazer com que as classes menos favorecidas não reivindicuem seus direitos legítimos, mantendo, assim, os pilares do capitalismo. A classe operária é mantida afastada das decisões de governo. O seu pensamento encontra-se plasmado nos seguintes termos:

O conceito de políticas públicas aparece vinculado ao desenvolvimento do Estado capitalista e esse às relações de classe. No século XX, as políticas públicas são definidas como um mecanismo contraditório que visa à garantia da reprodução da força de trabalho. Tal aspecto da organização do Estado, nas sociedades industriais, não traduz um equilíbrio nas relações entre o capital e o trabalho. [...]

Um outro aspecto das contradições presentes nas relações políticas do Estado implica a exclusão das classes trabalhadoras nas instâncias de decisão e gerenciamento das políticas públicas e, ao mesmo tempo, no apelo para a incorporação das demandas dessas classes na extensão dos direitos sociais. Tal aspecto integra o receituário de medidas que garantem a legitimidade das

³⁶⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 01-49.

³⁶¹ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 21.

³⁶² GOUVÊA, Ronaldo Guimarães. Políticas públicas, governabilidade e globalização. *Revista do Legislativo da Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais*, jan./mar. de 1999, p. 59-66.

condições de governabilidade presentes no Estado frente ao conjunto da sociedade³⁶³.

A ótica de Meksenas busca seus fundamentos em autores liberais (John Locke, John Rawls e Robert Nozick), que sustentam a tese de que as políticas públicas estão subordinadas ao mercado, ao mesmo tempo em que se apoia em Marx e Lenin para tecer considerações sobre as políticas públicas como instrumento de dominação do poder hegemônico.

As políticas públicas pressupõem uma atuação estatal. Tanto assim que, na visão de Pierre Müller³⁶⁴, política pública é uma ação governamental em um setor da sociedade situado em determinado espaço geográfico. Assevera ainda que é constituída por uma totalidade de medidas concretas que se inscreve em um quadro geral de ação, o que permite distingui-la de uma ação isolada.

Nas políticas públicas, tanto na fase de elaboração quanto na de implementação, é comum a ocorrência de disputas internas, em face da heterogeneidade dos segmentos sociais que delas participam, representando diferentes interesses e reivindicações.

Para que se inicie o contato com a ideia, a partir de elementos comuns delineados por diversos autores que tratam da matéria, podem ser traçadas as seguintes características:

- a) As políticas públicas são um verdadeiro divisor de águas, a distinguir entre o que o governo *pretende fazer*, no discurso, e aquilo que efetivamente *faz*;
- b) Envolvem todos os níveis de governo, e não estão restritas aos atores formais, muito ao contrário;
- c) Determinam um curso de atuação estatal intencional, com uma finalidade específica e delimitada;
- d) Compreendem um processo em desenvolvimento, pois englobam não apenas as decisões de formulação, mas também as ações subsequentes de implementação, apoio e avaliação.
- e) Devem, necessariamente, observar os parâmetros ditados pelas normas constitucionais;

³⁶³ MEKSENAS, Paulo. *Cidadania, poder e comunicação*. São Paulo: Cortez, 2002, p. 77-78.

³⁶⁴ MÜLLER, Pierre. *Les politiques publiques*. Collection Que sais-je? 7. ed. Paris: Presses Universitaires de France – PUF, 2009, p. 04.

f) Voltam-se para a implementação de direitos fundamentais que demandam atuação estatal.

Conjugando-se estas características, é possível definir políticas públicas como programas de ação estatal, sob a forma de processo e com participação popular, para concretização de direitos fundamentais sociais, sempre sob a égide dos parâmetros constitucionais.

Outro aspecto importante acerca da definição de políticas públicas, que contribui ainda mais para destacar a sua complexidade, é o fato de que a atuação positiva do Estado tornou-se imperiosa para implementação de direitos, de modo que muitos autores demarcam uma mudança de paradigma: substitui-se o *government by law*, marca do Estado liberal, por uma espécie de *government by policies*, no Estado Social, na dicção de Gilberto Bercovici:

Com o advento do Estado Social, governar passou a não ser mais a gerência de fatos conjunturais, mas, também, e sobretudo, o planejamento do futuro, com o estabelecimento de políticas a médio e longo prazo. Tornou-se corrente afirmar que, com o Estado Social, o *government by policies* vai além do *government by law* do liberalismo. A execução de políticas públicas, tarefa primordial do Estado, com a consequente exigência de racionalização técnica para a consecução dessas mesmas políticas, acaba por se revelar muitas vezes incompatível com as instituições clássicas do Estado Liberal³⁶⁵.

A catalogação completa das políticas públicas é impossível, porque os próprios direitos sociais que visam dar cumprimento também são múltiplos e variados, bem como os instrumentos processuais e materiais necessários à sua consecução. Neste diapasão, há políticas públicas para cumprimento do direito à saúde, à educação, moradia, lazer, ao trabalho digno, entre muitos outros direitos sociais. O presente estudo, portanto, cinge-se às políticas públicas que visam assegurar direitos fundamentais sociais às prostitutas, cuja matéria e conteúdo são bastante específicos.

³⁶⁵ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 57-58.

5.2 As políticas públicas como processo e a definição da agenda de prioridades

Uma vez adotado o modelo de implementação de políticas públicas como processo, é possível apontar as seguintes etapas do seu ciclo de existência que, de acordo com Vanice Regina Lírio do Valle, é circular e infundável, como infundáveis são as demandas³⁶⁶:

1º) reconhecimento do problema – identifica-se nessa etapa um dado fático (qual seja a situação material a exigir a intervenção estatal) e um dado mais analítico, de reconhecimento de qual seja, descartados os elementos contingentes da situação fática, o efetivo tema em discussão;

2º) formação da agenda – compreendendo um mecanismo mais ou menos aberto a agentes não governamentais, de estabelecimento de priorização para as ações públicas, incluindo (ou não) o problema recém identificado, segundo uma ordem de precedência que reconfigure (ou não) aquela anteriormente estabelecida;

3º) formulação da política pública – momento exploratório das várias possibilidades de ação, tendo em conta o problema identificado na primeira etapa, a agenda traçada na segunda, e as inter-relações entre as várias políticas públicas já em andamento;

4º) escolha da política pública a ser implementada – concretiza-se aqui, à vista das alternativas apontadas na etapa anterior, a decisão acerca de qual a linha de ação a ser adotada, a partir (em princípio) da indicação de qual seja aquela que produz a otimização de esforços e/ou benefícios, tendo em conta os recursos disponíveis e mesmo as iniciativas já em andamento;

5º) implementação da política pública eleita – etapa de concretização das atividades apontadas na formulação, e especificadas pela escolha;

6º) análise e avaliação da política pública executada – na qual se dará a diagnose dos resultados alcançados, com o que se (re)legitima a ação adotada, agregando informações ao capital de conhecimento da Administração, permitindo ainda o redirecionamento de ações futuras.

Acrescente-se ainda que a última etapa é a que consolida a *retroalimentação do sistema*, e que prolonga a fase decisória para a etapa de implementação, não a restringindo à formulação, porquanto fornece os dados capazes de produzir novas escolhas, mais consentâneas com os dados da realidade constatados, e que legitimarão a atuação estatal.

Dentre as etapas do ciclo de existência de políticas públicas, uma se sobressai em relação às outras, pela sua importância e complexidade: a definição da agenda

366 VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Forum, 2009, p. 40-41.

governamental de políticas públicas, ou seja, a definição das prioridades do Estado. A controvérsia reside, portanto, na tentativa de deslindar duas questões: quais são os critérios adotados pela Administração Pública para eleger prioridades em termos de políticas públicas, sabendo-se de antemão que é impossível a execução de todas, e ainda por que algumas questões entram na agenda política, enquanto outras são ignoradas.

Para estas duas perguntas, que estão intrinsecamente relacionadas, os estudiosos apontam três soluções³⁶⁷. A primeira focaliza o problema, ou seja, assevera que a prioridade será escolhida pela Administração Pública na medida de sua sensibilização para o reconhecimento da existência e da gravidade do problema. Há a necessidade de construção de uma consciência coletiva sobre determinada questão, que é o fator determinante na definição da agenda – e esta consciência coletiva, este consenso habermasiano é formado por persuasão racional. A segunda alternativa focaliza a política na definição da agenda de prioridades, e aduz que estas escolhas estarão diretamente relacionadas aos interesses políticos em conflito, que ordinariamente se materializam no *lobby* de um determinado grupo em face do Legislativo ou Executivo, na sua força de pressão eleitoral ou eleitoreira, nos partidos políticos e ainda na ideologia vigente. Quando a definição da agenda focaliza o problema, como já indicado, o consenso é obtido por persuasão; quando focaliza a política, o consenso é obtido por barganha. A terceira resposta afirma que as escolhas são feitas pelos participantes do processo da política pública, que podem ser classificados como visíveis (políticos, mídia, partidos, grupos de pressão, etc.) e invisíveis (acadêmicos e burocratas), sendo que os primeiros definem a agenda e os segundos estabelecem as alternativas.

A terceira resposta oferecida pela doutrina, em verdade, nada acrescenta ao que é possível de constatar na realidade fática e não responde ao cerne da questão: por que os participantes escolhem desta ou daquela maneira e sob quais critérios.

Quanto à segunda alternativa esboçada, não há que se olvidar o caráter político das escolhas da Administração, precipuamente em se tratando de eleição de prioridades em políticas públicas, que visam a atender demandas sociais. Entretanto, este caráter político não pode conspurcar a esfera de diálogo e de interação comunicativa entre os grupos, fora do poder de dominação de cada um deles; do mesmo modo, não pode reduzir todo o processo a uma barganha de interesses. Por esta razão, a melhor resposta ao problema declinado é precisamente a que confere maior ênfase ao problema e à sua discussão na sociedade, sem afastar o seu caráter político, porém rechaçando o seu caráter de discurso de dominação.

367 SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão de literatura. *Sociologias*, n. 16, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, jul./dez. 2006, p. 20-45.

Nas sociedades contemporâneas, surgem novos grupos e organizações que dinamizam o debate e enriquecem a comunicação social, revitalizando a esfera pública. A democracia surge como uma interação comunicativa entre os grupos, baseada no diálogo e não na dominação – simulada ou explícita. Neste diapasão, as razões da conduta do administrador deverão ser convincentes para o restante da comunidade, que ordinariamente não participa diretamente do governo ou da gestão, mas sofre com o erro ou acerto de suas escolhas.

Todo o processo de definição da agenda de políticas públicas, destarte, estaria fulcrado na teoria da comunicação de Jürgen Habermas.

Da mesma forma que, num contexto político-deliberativo de gestão de interesses comunitários, as decisões podem ser melhores qualitativamente, é preciso ressaltar que o debate tem por premissa a circunstância de que cada um dos participantes está aberto a novas ideias e à força dos argumentos, e que está preparado para abandonar seus paradigmas iniciais em benefício da coletividade, sempre sob a forma de consenso, persuasão e convencimento. Como elucida Rogério Gesta Leal:

Numa outra perspectiva, a deliberação pública, fundada numa interlocução cotidiana pelos atores sociais que efetivamente estão envolvidos no processo político de constituição do espaço cívico e republicano da civilidade, pode ter também um efeito transformador das crenças e opiniões destes participantes, e assim, podem produzir-se melhores decisões políticas, no sentido de serem refratárias das demandas da maior parte quantitativa da população atingida³⁶⁸.

A interação dialética entre os diversos grupos, que possuem distintas idiossincrasias sobre a realidade, enriquece o debate e fortalece a cidadania. Contudo, mister se faz a mudança de comportamento dos indivíduos, que historicamente possuem uma tendência de se manterem como beneficiários dos favores estatais, em atitude de aceitação acrítica e acomodada.

Conclui-se, pois, que a agenda de prioridades do Estado, quanto às políticas públicas, deve ser pautada na interação dialética e dialógica dos grupos sociais, mediante formação de um consenso habermasiano.

³⁶⁸ LEAL, Rogério Gesta. Os pressupostos epistemológicos e filosóficos da gestão de políticas públicas no Estado Democrático de Direito: uma perspectiva habermasiana. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 66, jan./abr. 2008, p. 258-292.

5.3 O meio ambiente do trabalho sadio e seguro como direito fundamental dos trabalhadores

O meio ambiente do trabalho pode ser conceituado, segundo Celso Antonio Pacheco Fiorillo, como o local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais, sejam remuneradas ou não, cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, independente da condição que ostentem. O meio ambiente do trabalho, atualmente, é um direito fundamental do ser humano e, por esta razão, foi alçado à categoria de direito constitucionalmente protegido, além de ser assegurado por inúmeras normas internacionais³⁶⁹.

No conceito de meio ambiente do trabalho, deve ser levada em consideração as profundas transformações nos métodos de organização do trabalho e nos processos produtivos ocorridas nas últimas décadas, que ensejaram uma verdadeira desconcentração de trabalhadores das antigas fábricas. Logo, deve-se considerar que, atualmente, o conceito de meio ambiente do trabalho deve ser elástico, passando a abranger também outros lugares dantes não ocupados, tais como a própria moradia do trabalhador, no teletrabalho, e o espaço urbano. Na lição de Ronaldo Lima dos Santos,

Atualmente, o meio ambiente do trabalho possui uma dimensão holística do homem-trabalhador muito mais abrangente que o reducionismo científico que havia marcado a medicina e a segurança do trabalho ao longo do seu desenvolvimento, os quais foram primordialmente centrados nos fatores individuais e biológicos do corpo físico do trabalhador, e estruturados em torno do médico do trabalho como principal agente, cuja atividade se restringia ao micro ambiente do trabalho e à análise da ação patogênica de determinados agentes na insalubridade e condições materiais de trabalho, bem como das condições físico-mecânicas de segurança. O conceito moderno de meio ambiente do trabalho afasta-se desse reducionismo científico para abranger, além das demandas físico-biológicas do trabalhador, as suas necessidades psicossociais³⁷⁰.

O meio ambiente, conceituado legalmente³⁷¹, é o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida

³⁶⁹ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 73.

³⁷⁰ SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Sindicatos e ações coletivas: acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 124.

³⁷¹ O conceito de meio ambiente está previsto no artigo 30, inciso I, da Lei n.º 6.938/1981.

em todas as suas formas. Trata-se de definição extremamente ampla, que é classificada e subdividida pela doutrina em meio ambiente natural, meio ambiente artificial e meio ambiente cultural. O meio ambiente do trabalho é um meio ambiente artificial especial, pois compreende o espaço construído pelo ser humano, caracterizado pela transindividualidade inerente a todo o meio ambiente.

Destarte, é um direito fundamental, difuso e indivisível, que pertence a toda a sociedade, que não possui um titular determinado, que se estende para as presentes e futuras gerações, previsto no artigo 225, *caput*, da Constituição Federal de 1988³⁷². Como ressalta Raimundo Simão de Melo,

O Direito Ambiental do Trabalho constitui direito difuso fundamental inerente às normas sanitárias e de saúde do trabalhador (CF, art. 196), que, por isso, merece a proteção dos Poderes Públicos e da sociedade organizada, conforme estabelece o art. 225 da Constituição Federal. É difusa a sua natureza, ainda, porque as consequências decorrentes da sua degradação, como, por exemplo, os acidentes de trabalho, embora com repercussão imediata no campo individual, atingem, finalmente, toda a sociedade, que paga a conta final³⁷³.

Para que o trabalhador desempenhe suas funções com produtividade, é preciso que seu corpo esteja em total equilíbrio, gozando de boa saúde física, mental, psíquica e emocional. A saúde e a qualidade de vida, por seu turno, são promovidas quando o indivíduo tem asseguradas uma alimentação qualitativa e quantitativamente adequada, atividade física moderada e sono reparador para o alívio das tensões e cargas suportadas na vida cotidiana. Quando ocorre excesso ou carência de um destes elementos, o sistema físico e/ou psicoemocional se desequilibra e, por consequência, tem reduzida a sua capacidade de realização de trabalho, além das demais atividades rotineiras.

Na sociedade contemporânea, mais de um terço da vida das pessoas é utilizado em atividades laborais e no deslocamento de casa para o trabalho e vice-versa. Por conseguinte, as condições de trabalho e de trajeto têm efeitos devastadores sobre a saúde o bem-estar de todos, ainda mais se for considerada a necessidade de produção de resultados e de consecução de metas, o que origina ainda mais estresse.

³⁷² BRASIL. *Constituição Federal*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 136. Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

³⁷³ MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e saúde do trabalhador*. São Paulo: LTr, 2004, p. 32.

Incumbe ao legislador determinar as condições mínimas a serem observadas pelos empregadores para redução ou eliminação dos riscos inerentes à atividade produtiva. Na síntese de Sebastião Vieira, boas condições de trabalho significam: a) meios de produção adequados às pessoas, o que significa o respeito à ergonomia dos equipamentos e utensílios de trabalho; b) objetos de trabalho, materiais e insumos inócuos às pessoas ou ser evitado o contato com materiais tóxicos; c) postos de trabalho ergonomicamente projetados; d) controle de fatores ambientais adversos, como iluminação, temperatura, ruído, partículas tóxicas, poeira, gases, etc.; e) organização do trabalho que garanta a cada pessoa uma tarefa com conteúdo adequado às suas capacidades físicas, psicoemocionais e mentais, que sejam interessantes e motivadoras; f) organização temporal do trabalho que comprometa no menor grau possível a saúde do trabalhador, além de pausas para recuperação das funções fisiológicas, psíquicas e mentais; g) sistema de remuneração adequado e de acordo com as tarefas desempenhadas; h) tratamento cordial e bom relacionamento com colegas, superiores e subalternos; i) supervisão do trabalho que zele pelo cumprimento de normas e regulamentos de segurança, promova treinamentos na área e avalie o desempenho do trabalho em termos qualitativos e quantitativos³⁷⁴.

Para o Ministério do Trabalho e Emprego, são riscos ambientais todos os agentes existentes no ambiente de trabalho que, por sua natureza, concentração, intensidade e tempo de exposição possam causar danos à saúde ou à incolumidade física do trabalhador. São definidas cinco categorias de riscos ambientais: físicos, químicos, biológicos, ergonômicos e de acidentes.

Em síntese, o direito ao meio ambiente de trabalho seguro e hígido é um direito fundamental dos trabalhadores, composto por normas cogentes e de caráter social, que visam garantir direitos indisponíveis, tais como o direito à vida, à integridade física e saúde mental. O interesse público sempre estará presente nas discussões e deliberações sobre meio ambiente do trabalho, vez que se trata de interesse de toda a coletividade.

A proteção jurídica do meio ambiente do trabalho torna-se necessária em face dos inúmeros problemas sociais verificados na realidade prática da execução do contrato de prestação de serviços sexuais, dentre os quais se destaca a violação a regras de segurança do trabalho. Na hipótese do trabalho subordinado da prostituta, os principais riscos, indubitavelmente, são físicos, biológicos e de acidente. Verifica-se a imposição pelo empregador, em alguns casos, de proibição de uso da camisinha³⁷⁵, o que recrudescer

³⁷⁴ VIEIRA, Sebastião Ivone. *Manual de saúde e segurança do trabalho: segurança, higiene e medicina do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 86.

³⁷⁵ SILVA NETO, Manoel Jorge e. Proteção Constitucional ao Trabalho da Prostituta. *Revista do Ministério Público*

sobremaneira o risco da profissão, não apenas no tocante à AIDS, que tem maior mortalidade, mas também quanto a outras doenças sexualmente transmissíveis. As doenças sexualmente transmissíveis, uma vez reconhecida a prestação de serviços pela prostituta como trabalho, autônomo ou subordinado, devem ser caracterizadas como *doenças ocupacionais*, e como tal merecem a tutela relativa aos acidentes de trabalho, pela previdência social, que incluem o auxílio-doença acidentário, auxílio-acidente e aposentadoria por invalidez.

Outra circunstância agravante são os inúmeros casos de alcoolismo observados entre as prostitutas, devido à imposição do empregador para que consumam bebidas alcoólicas juntamente com os clientes, a fim de aumentar a lucratividade do clube noturno.

Estes são, portanto, exemplos de que a situação fática do trabalho da prostituta demanda a proteção das normas constitucionais e trabalhistas e a atuação incisiva dos órgãos incumbidos da proteção do trabalhador, destacando-se, destarte, o papel do Ministério Público do Trabalho, como defensor dos direitos coletivos, difusos, individuais homogêneos e individuais indisponíveis³⁷⁶. É imprescindível uma campanha educativa para prevenção da violência, do alcoolismo, das doenças sexualmente transmissíveis e para melhoria das condições de trabalho.

Reconhecer que a prostituta é destinatária do princípio da dignidade da pessoa humana, não apenas por ser pessoa mas também pelo seu trabalho, é assegurar a cidadania pela concretização dos direitos sociais. Ora, como trabalhador autônomo ou como empregado, a garota de programa ou o michê fazem jus a prestações positivas por parte do Estado brasileiro, que lhe assegurem a fruição dos direitos denominados pela doutrina de segunda dimensão - direitos sociais. Incumbe ao poder público a realização de programas e políticas públicas para proteção dos direitos dos trabalhadores e fomento do pleno emprego, de forma geral; de forma específica, portanto, os profissionais do sexo também estariam tutelados neste roldão e poderiam ser criados programas consentâneos com a sua realidade laboral.

do Trabalho, n.º 36, ano XVIII, p. 13-34, setembro de 2008. Depoimento da Coordenadora-Geral da Associação das Prostitutas da Bahia, Sra. Fátima Medeiros, transcrito do Procedimento Preparatório de Inquérito Civil n.º 001412.2008.05.000/3-05, arquivado na Procuradoria Regional do Trabalho da 5ª Região.

³⁷⁶ Ressalte-se, neste diapasão, o Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta firmado no Procedimento Preparatório de Inquérito Civil n.º 001412.2008.05.000/3-05, arquivado na Procuradoria Regional do Trabalho da 5ª Região. O signatário, hotel da região do baixo meretrício da cidade de Salvador que recebia prostitutas autônomas e seus fregueses para encontros, comprometeu-se à realização de campanha educativa contra a violência, através da afixação de cartazes em sua portaria, bem como à identificação de pessoas, adoção de medidas contra a violência (por exemplo, medida simples como a observação da permanência de alguém no quarto após o encerramento da estadia) e, por fim, mas não menos importante, ao fornecimento de preservativos.

5.4 Políticas públicas em espécie para os trabalhadores do sexo

O presente estudo adota a teoria laborista para tratamento da prostituição e sustenta a necessidade de reconhecimento do vínculo empregatício da prostituta, com todas as garantias que lhe são inerentes, trabalhistas, previdenciárias ou afins, caso presentes a onerosidade, a pessoalidade, a permanência ou não eventualidade e, especialmente, a subordinação.

Este posicionamento, também por vezes denominado de anti-abolicionista, está alicerçado no entendimento de algumas organizações civis de prostitutas, como a *Global Network of Sex Work Projects*³⁷⁷, de que a prostituição é uma opção legítima; de que o trabalho sexual não é sempre mais ou tão explorador quanto outras opções disponíveis no mercado para mulheres; e que, embora os membros da organização civil sejam conscientes do quão abusiva a prostituição possa ser para algumas mulheres na indústria do sexo, as suas próprias experiências e a qualidade de vida que têm como prostitutas são preferíveis às alternativas existentes. Muitas destas mulheres enxergam a prostituição, sob certas condições, como um ato de resistência feminista. A maioria destas mulheres não concebem a prostituição como uma excrescência do machismo, embora elas geralmente tenham em mente o alcance do posicionamento patriarcal e de sua importância e impacto na prática dos serviços sexuais³⁷⁸.

Os posicionamentos esposados pelo movimento feminista, em geral, são favoráveis à descriminalização da prostituição, o que já ocorre em diversos países, como no Brasil; entretanto, a diferença de fundamentação enseja a criação e implementação de políticas e programas governamentais bem distintos.

As políticas públicas devem ser elaboradas e planejadas com o escopo não de promover ou estimular a prostituição, mas de conferir aos trabalhadores do sexo direitos de cidadania, antes não reconhecidos, e respeito pela sociedade. Não devem considerar, outrossim, que a prostituta é uma vítima das mazelas sociais e que somente ingressa na profissão por uma necessidade, rejeição ou doença psíquica. Se estiverem também desconectadas da realidade econômica em que vivem as prostitutas, também serão de pouca ou nenhuma valia.

³⁷⁷ Rede Mundial de Projetos de Trabalho Sexual é uma organização mundial dos direitos dos trabalhadores do sexo, criada por ativistas de direitos humanos para os aludidos profissionais, referida por Lenore Kuo. Para maiores detalhes sobre a organização, vide KUO, Lenore. *Prostitution policy: revolutionizing practice through a gendered perspective*. New York: New York University Press, 2005, p. 20. Também disponíveis informações em: <<http://www.nswp.org>>. Acesso em: 26 set. 2014.

³⁷⁸ KUO, Lenore. *Prostitution policy: revolutionizing practice through a gendered perspective*. New York: New York University Press, 2005, p. 22. Tradução nossa.

Gabriela Leite, em sua biografia, narra que, quando morava na Vila Mimosa, uma das mais famosas áreas de prostituição da cidade do Rio de Janeiro, havia muitas crianças nos arredores que ficavam brincando soltas, em um prédio abandonado, enquanto suas mães trabalhavam. Em um determinado momento, a depoente resolveu brincar com essas crianças, em um campinho bem arborizado localizado ali perto, com papéis, lápis, aquarelas, etc. Próximo a este campinho funcionava um posto de atendimento do Banco da Providência, um projeto social da arquidiocese do Rio, e ela foi convidada, juntamente com as crianças, a ocupar uma sala que estava desativada porque eles não conseguiam atrair as crianças para o local. Gabriela Leite achou que seria melhor ficar na sala do que no campinho, mas os problemas com o estigma social não tardaram a aparecer:

Não demorou muito e as mulheres católicas começaram a implicar com a minha presença. Dizendo, claro, que eu, como prostituta, era um mau exemplo para as crianças. Logo elas, que não mexiam uma palha por aquelas meninas e aqueles meninos. Tinha também uma mulher que insistia em oferecer umas aulas de artesanato para as prostitutas, sem nenhum êxito. A grande ideia dela era ensinar as meninas a pintar florzinha em pote de maionese Hellmann's e colocar babado naquela tampa laranja. E diziam que aquilo era uma alternativa de renda para a puta! Elas partiam do princípio de que a prostituta é uma vítima que não teve chance nenhuma, nem de pintar vidro de maionese³⁷⁹.

Este trecho do depoimento ilustra com maestria o que acontece quando são idealizadas políticas públicas sem a participação dos interessados, ou seja, sem a oitiva dos próprios profissionais do sexo e suas organizações civis – em outras palavras, sem o diálogo habermasiano. Não é admissível, por exemplo, que seja criada um programa de governo visando aumentar o nível de escolaridade das pessoas que trabalham com o sexo ou visando conferir-lhes capacitação para exercício de uma outra profissão se não houver estímulo econômico para esta outra atividade e se não lhes forem questionadas as suas necessidades. Se a voz dos interessados não for ouvida, a sua adesão ao projeto será ínfima.

Ao longo do livro de Gabriela Leite, que em verdade é um depoimento acerca de sua trajetória pessoal na profissão, exsurge *ictu oculi* a necessidade, entre as meretrizes, de escola e creche para seus filhos, a fim de que possam as crianças adquirir maior escolaridade e tenham atividades lúdicas e esportivas no contraturno de aulas – porém esta é uma necessidade

³⁷⁹ LEITE, Gabriela. *Filha, mãe, avó e puta: a história de uma mulher que decidiu ser prostituta*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 139.

de todas as trabalhadoras, quer sejam empregadas domésticas, operárias, comerciárias ou prostitutas.

Em geral, e talvez esta afirmativa seja deveras desconcertante, muito do que se pode recomendar, em termos de políticas públicas, para as prostitutas, é necessário para todas as demais trabalhadoras, e são necessidades da mulher na contemporaneidade que precisam ser atendidas mediante prestações positivas do Estado. É preciso incrementar as oportunidades econômicas e promover o suporte médico e psicológico para todos aqueles que forem sobreviventes de abusos, sexuais ou não. São serviços que podem ser custeados pelo governo, por exemplo, com os valores atualmente destinados a políticas repressivas ao rufianismo ou a todo um aparato policial e judiciário de combate às casas de prostituição.

Há algumas medidas que podem ser adotadas, sempre sob a égide dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho, da cidadania e da liberdade de escolha da profissão:

a) Devem ser criadas comissões para regulamentação apropriada da prostituição, bem como idealização de serviços e práticas direcionadas à proteção do seu trabalho. Estas comissões devem incluir preponderantemente mulheres, com representantes que tenham sido ou sejam prostitutas, além de membros que sejam parte de grupos de ativistas dos direitos dos trabalhadores do sexo e membros de organizações que se intitulem representantes das vítimas da prostituição. Devem possuir uma diversidade racial, étnica e econômica, além de espelhar a multiplicidade de orientação sexual, de diferenças de escolaridade, etc. Esta comissão ficará responsável para determinar o tipo, a forma e o alcance das limitações normativas sobre a venda autônoma de serviços sexuais ou sobre os vínculos empregatícios. Outrossim, esta comissão poderia funcionar como mediadora de grupos em conflito, tais como associações de moradores e associações de prostitutas de rua;

b) Deve ser permitida a imigração de prostitutas estrangeiras para o trabalho, além de lhes serem asseguradas todas as proteções e benefícios endereçados aos demais trabalhadores imigrantes. Poderia ser permitido aos prostíbulos profissionais, inclusive, patrocinar prostitutas estrangeiras para obtenção de visto de trabalho temporário;

c) Considerando que muitos trabalhadores do sexo fazem parte de minorias discriminadas, em especial homossexuais e transgêneros, devem ser providenciados pelo

Estado abrigos, instituições ou alojamentos transitórios, com a finalidade de evitar que retornem para lares abusivos ou instituições que pretendam “curar” a sua orientação sexual;

d) Devem ser realizadas campanhas permanentes, nos prostíbulos, nas ruas, nos hotéis ou motéis, enfim, em todos os lugares onde ocorra o exercício da profissão, de campanhas de prevenção a doenças sexualmente transmissíveis, em especial à AIDS, que possui maior índice de mortalidade. A campanha para utilização de preservativos pelos trabalhadores do sexo deve ter conteúdo simples, direto e pedagógico, devendo ser sancionado o gerente, administrador ou dono de bordel que proibir a utilização destes pelos seus trabalhadores. Como já destacado, as doenças sexualmente transmissíveis, para estes profissionais, são em verdade *doenças ocupacionais* e, como tal, são equiparadas aos acidentes de trabalho. O empregador pode ser obrigado, inclusive, a indenizar o obreiro pelos danos morais e materiais decorrentes da não observância das normas regulamentadoras de saúde e segurança do trabalho, expedidas pelo Ministério do Trabalho e Emprego. Por outro lado, considerando a violação a normas que asseguram um meio ambiente do trabalho hígido, também estará sujeito o infrator às medidas a serem adotadas pelo Ministério Público do Trabalho para proteção dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos envolvidos, por intermédio de celebração de termo de compromisso de ajuste de conduta ou do manejo de ação civil pública;

e) As políticas públicas a serem implementadas devem ser inclusivas, porém não estimulatórias da prática de sexo como profissão, em face dos inúmeros riscos que a atividade envolve. Da mesma maneira que não existem políticas públicas de incentivo à profissão de degustador de cigarros, de degustador de cervejas ou de frentista de posto de gasolina, também não devem existir políticas públicas em que seja fomentada a prostituição. É imperioso gizar, outrossim, que as políticas públicas devem coibir a prática do abuso sexual infanto-juvenil, do trabalho escravo, da frustração de direitos assegurados por leis trabalhistas e do aliciamento de trabalhadores;

f) Programas que prevejam o tratamento de drogas para mulheres em geral e para prostitutas em particular são essenciais, precipuamente para as grávidas. Deve ser considerado o alto índice de alcoolismo e de consumo de drogas psicotrópicas que afeta estes profissionais;

g) É preciso implementar políticas públicas em que sejam fornecidos preservativos masculinos de graça e sem questionamentos nos lugares onde houver maior concentração de prostitutas, prostíbulos, bordéis, hotéis ou motéis, a fim de reduzir os índices de doenças sexualmente transmissíveis;

h) Nas casas de prostituição, devem ser adotadas medidas para garantia da incolumidade física das prostitutas, com prevenção dos atos de violência praticados contra os empregados;

i) Uma campanha de educação para o público em geral, sobre a prostituição, é salutar para a mudança do paradigma social predominante acerca dos profissionais do sexo, desconstruindo o estigma de que sempre foram vítimas, aduzindo, inclusive, que se trata de um exercício profissional como outro qualquer, e não de um desvio de comportamento;

j) Os programas governamentais também devem incluir um treinamento especial para sensibilização de policiais, quando da abordagem dos trabalhadores do sexo, especialmente nas ruas. A descriminalização dos denominados crimes do entorno da prostituição não é suficiente para rechaçar a profunda discriminação e os danos sofridos pelas prostitutas no sistema de justiça criminal;

k) O tratamento médico, em geral, é um problema enfrentado por muitas prostitutas, em face da reação negativa de muitos profissionais de saúde quanto à prostituição. Por esta razão, clínicas especializadas em tratamentos para estes profissionais seriam de enorme relevância para garantia da higidez física e mental das prostitutas, pois estariam mais capacitadas para lidar com os seus problemas mais típicos, inclusive quanto à saúde ocupacional, não havendo necessidade de o paciente esconder os seus misteres cotidianos.

l) Considerando o labor executado pelas prostitutas, é imperiosa uma política pública que preveja educação de qualidade e creches, com atividades lúdicas e esportivas, no contraturno escolar, para todas as crianças da comunidade, a fim de que não fiquem expostas ao trabalho infantil ou à exploração sexual infanto-juvenil;

m) Ao sob a ótica de política pública emancipatória, e considerando que o primacial instrumento de emancipação de ser humana é a educação e a formação de seu senso

crítico, que sejam fornecidos cursos nos locais de maior incidência de prostituição, para facilitar o deslocamento, com um conteúdo que seja discutido entre os interessados, que lhes seja atraente e que lhes possibilite auferir maiores ganhos profissionais e pessoais.

Este é um esboço, portanto, de ideias que podem ser debatidas em uma ampla discussão nacional, que certamente contará com a presença de organizações civis em defesa dos direitos das prostitutas, organizações religiosas, sociólogos, militantes e, de forma imprescindível, atuais e antigas prostitutas, que poderão, com a sua experiência profissional, melhor orientar e dar formatação aos programas governamentais, tornando-os atraentes e eficazes. Em síntese, pois, o reconhecimento do vínculo empregatício do trabalho da prostituta e da liceidade do objeto da contratação, bem como a implementação de políticas públicas para defesa do trabalho dos profissionais do sexo conferirá cidadania e qualidade de vida a estes trabalhadores, de ordinário tão marginalizados pela própria sociedade que os demanda.

Os problemas relacionados à prostituição, portanto, não estão relacionados ao comércio do sexo em si mesmo, mas à criminalização de diversas condutas em seu entorno. Uma vez afastada esta tipificação, tornar-se-á indubitável a validade do objeto do contrato e esta circunstância propiciará a fiscalização das condições de meio ambiente de trabalho pelo Ministério do Trabalho e Emprego e possibilitará, sem quaisquer percalços, a defesa dos direitos metaindividuais das prostitutas pelo Ministério Público do Trabalho, sempre em obediência aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho.

CONCLUSÃO

A prostituição é um dos temas que invariavelmente trazem posicionamentos ideológicos de seus defensores ou opositores, o que também direciona a sua conceituação para muitos sentidos.

O primeiro obstáculo a ser enfrentado na conceituação do fenômeno social encontra-se no gênero. Ora, existem pessoas que praticam a prostituição e que são do sexo feminino, do sexo masculino, heterossexuais, homossexuais, bissexuais, pansexuais, transexuais e seguramente existem ainda outras orientações. A denominação utilizada no presente estudo, por conseguinte, foi a mais geral e mais comum de todas, que deriva precisamente do termo prostituição: prostituta – devendo-se ressaltar que, a despeito de ser uma nomenclatura que, em português, pertence ao gênero feminino, no presente estudo designa todas as pessoas que praticam a prostituição, qualquer que seja o seu gênero ou orientação sexual.

Compreende-se a que a prostituição é a atividade laboral que consiste na prática de atos de sexualidade, mediante contraprestação de natureza econômica, com parceiros variados ou não, em locais fechados ou abertos, por pessoas de ambos os gêneros e com qualquer orientação sexual.

Sustentar a possibilidade de reconhecimento de vínculo empregatício entre a prostituta e a casa de prostituição, caso presentes a pessoalidade, onerosidade, permanência e subordinação, durante ou após a ruptura do liame obrigacional, exige uma nova perspectiva e compreensão do Direito e a adoção de uma nova racionalidade, que tenha por escopo a emancipação do ser humano. O discurso tradicional positivista encontra-se esgotado como modelo teórico, porquanto ancorado em um discurso jurídico liberal-individualista e em uma cultura normativa, formal e técnica. Esta nova racionalidade jurídica é absolutamente imprescindível para o enfrentamento do problema do vínculo empregatício da prostituta, que é diuturnamente examinado sob uma ótica sexista, tradicionalista e metafísica, que nega poder de voz e vontade aos grupos historicamente oprimidos na sociedade.

São premissas para esta nova racionalidade jurídica: a) compreensão do direito baseada na ética humanista, significando que o direito jamais pode ser alienado das forças sociais que o produzem, muito menos alheio aos efeitos que concretiza na sociedade. As normas, em sua elaboração, precisam estar vinculadas a um papel emancipatório da razão humana, no escopo de lhe proporcionar meios de crescimento individual e coletivo; b)

compreensão do direito fulcrada na democracia e na repolitização da vida coletiva; e c) aproximação do direito com o ideal de justiça social, ou seja, compreensão de que o direito deve ser instrumento de reivindicação das classes dominadas e de impedimento do abuso de poder.

O reconhecimento do vínculo empregatício para o trabalho da prostituta, neste diapasão, também encontra-se fundamentado em preceitos constitucionais dotados de força vinculante e de efetividade, que consolidam a aplicação das normas trabalhistas com a perspectiva de uma nova racionalidade jurídica, voltada à emancipação do ser humano. A Constituição é o instrumento jurídico fundamental de organização de uma comunidade jurídica, sendo instrumento primordial para o estabelecimento da pauta de valores mais relevantes e proeminentes para determinada sociedade, imprescindíveis à sua existência e florescimento, em determinado momento histórico. A tese ora sustentada, destarte, está fulcrada nos princípios da dignidade da pessoa humana, sob o seu aspecto crítico, no princípio do valor social do trabalho, da cidadania e da liberdade de escolha da profissão.

Quanto à liberdade de escolha da profissão, impende destacar que está alicerçada no conceito de liberdade em Jean-Paul Sartre e também rege as relações trabalhistas de prestação de serviços sexuais, porquanto o trabalhador tem a possibilidade de, sendo maior de 18 (dezoito) anos e não tendo a sua vontade maculada por qualquer vício de consentimento, optar livremente pela profissão e auferir remuneração pelo seu exercício.

A mulher ou o homem, qualquer que seja a sua orientação sexual, pode escolher entre exercer a prostituição ou dedicar-se a outra atividade, sopesando a demanda de tempo, de trabalho, de escolaridade e de qualificação para o seu exercício, bem como o valor da remuneração pelo seu trabalho. Estas possibilidades e estes critérios também serão utilizados por outros trabalhadores, quando das suas respectivas escolhas profissionais. Destarte, uma pessoa poderá escolher ser professor, por exemplo, porque esta atividade, conquanto não seja remunerada em um padrão tão elevado quanto deveria, assegurar-lhe-á imensa satisfação pessoal e realização vocacional; poderá exercer a atividade de médico, mesmo tendo ojeriza por pessoas e por doenças, porque considera que a profissão lhe ensejará *status* profissional e financeiro; poderá, ademais, escolher ser engenheiro de projetos, mas não engenheiro de obras, porque tem bastante facilidade no trato com números, mas nenhuma no trato com pessoas, e assim sucessivamente.

Existem muitas variáveis em atuação na escolha de uma atividade profissional, e nunca é demasiado frisar que sempre há a possibilidade de o indivíduo mudar de profissão, se não estiver satisfeito.

A prostituição é um fenômeno universal, cuja existência se verifica em países ocidentais e orientais, submetidos aos mais diversos regimes econômicos e que ao longo da história tem recebido diferentes tratamentos normativos. Conquanto a simplificação não seja imune a riscos e imprecisões, é possível distinguir, basicamente, quatro sistemas legais sobre a prostituição: o sistema de proibição, o sistema de regulamentação da atividade, o sistema abolicionista e o sistema laborista.

O presente estudo adota o modelo laborista no trato da prostituição, sustentando o respeito à vida privada das prostitutas e defendendo que lhes sejam assegurados direitos trabalhistas e previdenciários, como os demais trabalhadores, bem como a implementação de políticas públicas específicas, que sejam discutidas com as próprias organizações.

Todos estes novos paradigmas esfacelam a tese de que a prostituição é uma escravidão, que é uma atividade indigna de respeito e de mérito por si mesma. O modelo laboral, por conseguinte, não comunga das mesmas premissas teóricas do modelo abolicionista, e nem compreende a prostituição sob a ótica moralista. Para a perspectiva de justiça social do modelo laboral, não há nada e nem ninguém para libertar.

A defesa da prostituição como trabalho implica uma desconstrução do discurso moral dominante, indagando em que medida a sua escala de valores promove o desenvolvimento social, a melhoria da qualidade de vida das pessoas, a igualdade de gênero, a erradicação da marginalização, enfim, em que medida é socialmente defensável. É imprescindível, portanto, a construção de uma nova escala de valores, de uma nova racionalidade jurídica, para que o trabalho das prostitutas seja observado por uma outra ótica, menos opressiva e patriarcal. Pretende-se, portanto, conceituar a prostituta como sujeito de direitos e obrigações em uma relação contratual que pode ser caracterizada, a depender das circunstâncias, como contrato de emprego. A nulidade do contrato *somente favorece o empregador*, que mantém a atividade, dele obtendo lucros, muitas vezes com exploração extorsiva dos valores auferidos, e não têm em contrapartida quaisquer deveres em face dos contratados. Ao invés da proteção do hipossuficiente, a nulidade beneficia a torpeza do dono do empreendimento, que deixa de recolher impostos, não paga as verbas trabalhistas e ainda submete seus empregados a condições de meio ambiente de trabalho insalubres.

A prostituição, tecnicamente, é um trabalho, e como tal deve ser valorizada, na forma do artigo 1º, inciso IV, da Carta Magna. Em síntese, o sexo é uma necessidade humana e biológica como qualquer outra, e o seu tratamento como tabu pela sociedade somente privilegia o esfacelamento das relações familiares e torna desprotegidos os trabalhadores, que

são colocados à margem da proteção jurídica e da tutela constitucional e celetista. As propostas abolicionistas também reforçam o estigma ao apresentar as prostitutas como mulheres sem vontade própria para enfrentar os problemas e sempre necessitadas de uma proteção estatal específica, que as liberte da vida que foram forçadas a se submeter devido a problemas econômicos, familiares ou de abuso sexual.

Para a presente tese, pouco importa qual o desiderato de ordem pessoal que ensejou a prostituição, desde que a pessoa seja capaz e tenha escolhido o labor mediante ato volitivo não viciado. O que importa desmistificar é o resultado desta escolha, ou seja, uma vez que esteja ocorrendo a prestação de serviços sexuais com subordinação, permanência, pessoalidade e onerosidade, não há como afastar o reconhecimento jurídico de um vínculo empregatício. Na sociedade contemporânea, o que confere visibilidade, identidade e respeito a uma pessoa é o seu trabalho. Destarte, negar à prostituta o reconhecimento de sua atividade como trabalho é despojá-la da condição de titular de direitos fundamentais.

Um dos pontos mais sensíveis com relação à possibilidade de reconhecimento do vínculo empregatício da prostituta diz respeito à sistemática alegação de que o objeto contratual do referido vínculo seria ilícito e, por esta razão, tornar-se-ia impossível o desdobramento laboral, ou seja, o pagamento de créditos tipicamente trabalhistas, para os serviços prestados. A tese sufragada no presente estudo, após análise das teorias penais tradicionais e contemporâneas, é de inexistência de tipicidade nos artigos 228 a 231-A do Código Penal, com espeque na teoria funcionalista racional-teleológica de Claus Roxin, na teoria da imputação objetiva e na teoria da tipicidade conglobante de Zaffaroni. Com base nos princípios da intervenção penal mínima, da ofensividade e nos movimentos de descriminalização e despenalização, é possível concluir que os bens jurídicos tutelados pelos denominados crimes relacionados à prostituição são apenas a moral e os bons costumes, o que não se admite na conceituação do direito penal como *ultima ratio*. O modelo social da contemporaneidade não mais se coaduna com uma tipificação penal que busca guarnecer a família ou a moralidade, nestes termos. É imprescindível verificar se determinada conduta afeta as necessidades do sistema social em seu conjunto, para que seja incluída no Código Penal. Somente possuem dignidade penal as condutas que afetem bens jurídicos que sejam socialmente relevantes.

Insta asseverar que a supremacia dos princípios democráticos e a efetivação dos direitos fundamentais requerem a urgente inversão dos rumos expansionistas do poder punitivo estatal. É preciso resgatar com veemência os princípios da interferência mínima penal e da lesividade, aliados aos movimentos de descriminalização e de despenalização. É imperioso

construir – ou reconstruir – pensamentos e práticas libertários e igualitários, fundados na solidariedade e no respeito ao outro.

Desta sorte, adota o presente estudo o entendimento de que os artigos 228 a 231-A do Código Penal devem ser suprimidos, porque já existe uma outra tipificação legal mais consentânea com a tutela efetiva do bem jurídico adequado, que é a liberdade individual e, mais precisamente, a liberdade sexual ou a liberdade profissional – nas hipóteses em que estas forem conspurcadas. Deve-se buscar reprimir a conduta de recrutamento de pessoas mediante ameaça, força, coação, rapto, fraude, engano, abuso, vício de consentimento, enfim, quando se tratar de nítida atividade em que se verifica o trabalho escravo ou a violação da liberdade individual. A propósito, já existem tipos penais prevendo a cominação de penas para tais condutas: os artigos 149, 203, 206 e 207 do Código Penal.

A prostituição em si mesma não é crime e, ademais, há toda uma tolerância social quanto aos denominados crimes que lhe são adjacentes – esta tolerância da opinião pública só desaparece quando é conspurcada a liberdade individual, por violência, grave ameaça, fraude ou ardil. Destarte, considerando a teoria trabalhista das nulidades, que não admite o locupletamento ilícito do tomador de serviços, são devidos às prostitutas todos os direitos inerentes à relação de emprego, tais como férias acrescidas de um terço, décimo terceiro salário, irredutibilidade salarial, horas extraordinárias acrescidas de, no mínimo, cinquenta por cento de adicional, aviso prévio proporcional, adicional noturno, proteção ao meio ambiente de trabalho, dentre outras.

Quanto à sensível questão do trabalho de crianças e adolescentes, é mister destacar que o direito não admite como válido o consentimento de pessoas com idade inferior a 14 (catorze) anos para a prática de atos sexuais. Nesta hipótese, o trabalho é proibido pelo artigo 7º, inciso XXXIII, da Constituição Federal, bem como pelo artigo 217-A do Código Penal.

Dos 14 (catorze) aos 16 (dezesseis) anos, a prestação de serviços sexuais continua proibida, por expressa determinação constitucional, porquanto não existe necessidade de curso de formação técnico-profissional para a realização de atos sexuais, e sequer existe a possibilidade de celebração de contrato de aprendizagem.

Questão sensível reside no trato da prostituição de adolescentes entre 16 (dezesseis) e 18 (dezoito) anos, porquanto nesta idade o trabalho já é permitido, com algumas limitações. Não é possível olvidar, outrossim, que o texto da Carta Magna proíbe o exercício de atividades noturnas, perigosas, penosas ou insalubres por menores de 18 (dezoito) anos, na forma do artigo 7º, inciso XXXIII, primeira parte. A própria CBO – Classificação Brasileira de

Ocupações, elaborada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, que tem por finalidade a identificação das ocupações no mercado de trabalho, identifica os profissionais do sexo no seu item 5198 desde outubro de 2012, aduzindo como condições gerais para o exercício da profissão a exposição a intempéries e à discriminação social, havendo ainda riscos de doenças sexualmente transmissíveis, maus- tratos, violência de rua e morte. Destarte, por aplicação principiológica da teoria da proteção integral, adicionada ao texto literal do Decreto 6.481/2008, não é admissível a prestação de serviços sexuais por crianças e adolescentes. Entrementes, se houver a prestação de serviços sexuais por pessoa com idade inferior a 18 (dezoito) anos, todos os direitos trabalhistas deverão ser pagos pelo seu empregador, para evitar que se locuplete de sua própria torpeza. Neste caso, considerando todas as normas constitucionais, infraconstitucionais e até mesmo penais que regulamentam a matéria, não seria efetuado o registro do contrato de emprego em Carteira de Trabalho, embora o seu direito à percepção de todas as verbas trabalhistas permaneça existente, válido e eficaz.

O reconhecimento do vínculo empregatício para o trabalho das prostitutas decerto não implicará uma solução mágica e imediata para todos os problemas enfrentados pela categoria, mas significará um novo caminho de possibilidades para a concretização de direitos fundamentais, tais como o direito à liberdade de escolha profissional, de reunião e de associação; direito de imparcialidade dos poderes públicos; direito à intimidade e ao respeito à sua família; direito de locomoção e direito de buscar, perante o Poder Judiciário, o pagamento de verbas trabalhistas inadimplidas, a indenização por acidente de trabalho e o ressarcimento individual, em caso de trabalho escravo, bem como o direito a exigir do poder público a elaboração e implementação de políticas públicas de proteção ao seu trabalho, saúde e integridade física.

O direito ao meio ambiente de trabalho seguro e hígido é um direito fundamental dos trabalhadores, composto por normas cogentes e de caráter social, que visam garantir direitos indisponíveis, tais como o direito à vida, à integridade física e saúde mental. O interesse público sempre estará presente nas discussões e deliberações sobre meio ambiente do trabalho, vez que se trata de interesse de toda a coletividade.

A proteção jurídica do meio ambiente do trabalho, no caso dos trabalhadores do sexo, torna-se necessária em face dos inúmeros problemas sociais verificados na realidade prática da execução do contrato, dentre os quais se destaca a violação a regras de segurança do trabalho. Na hipótese do trabalho subordinado da prostituta, os principais riscos, indubitavelmente, são físicos, biológicos e de acidente.

A situação fática do trabalho da prostituta demanda a proteção das normas constitucionais e trabalhistas e a atuação incisiva dos órgãos incumbidos da proteção do trabalhador, destacando-se, destarte, o papel do Ministério Público do Trabalho, como defensor dos direitos coletivos, difusos, individuais homogêneos e individuais indisponíveis. É imprescindível uma campanha educativa para prevenção da violência, do alcoolismo, das doenças sexualmente transmissíveis e para melhoria das condições de trabalho.

As políticas públicas devem ser elaboradas e planejadas com o escopo não de promover ou estimular a prostituição, mas de conferir aos trabalhadores do sexo direitos de cidadania, antes não reconhecidos, e respeito pela sociedade. Não devem considerar, outrossim, que a prostituta é uma vítima das mazelas sociais e que somente ingressa na profissão por uma necessidade, rejeição ou doença psíquica. Se estiverem também desconectadas da realidade econômica em que vivem as prostitutas, também serão de pouca ou nenhuma valia.

Os problemas relacionados à prostituição, portanto, não estão relacionados ao comércio do sexo em si mesmo, mas à criminalização de diversas condutas em seu entorno. Uma vez afastada esta tipificação, tornar-se-á indubitável a validade do objeto do contrato e esta circunstância propiciará a fiscalização das condições de meio ambiente de trabalho pelo Ministério do Trabalho e Emprego e possibilitará, sem quaisquer percalços, a defesa dos direitos metaindividuais das prostitutas pelo Ministério Público do Trabalho, sempre em obediência aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho.

REFERÊNCIAS

- ABREU, María Luisa Maqueda. Hacia una justicia de los derechos: una aproximación a los últimos pronunciamientos judiciales favorables a la legalidad de la prostitución. In: ESTIARTE, Carolina Villacampa (Coord.). *Prostitución: hacia la legalización?* Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 185-193.
- ABREU, Waldyr de. *O submundo da prostituição, vadiagem e jogo do bicho - aspectos sociais, jurídicos e psicológicos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1968.
- ADEODATO, João Maurício. *O problema da legitimidade: no rastro do pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer I: o poder soberano e a vida nua*. Trad. Henrique Burigo. São Paulo: Boitempo, 2004.
- ALEMANHA. *Lei reguladora da situação legal das prostitutas*. Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/prostg/BJNR398310001.html>>. Acesso em: 30 ago. 2014.
- ALEMANHA. *Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten* (Prostitutionsgesetz – ProstG). Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/prostg/BJNR398310001.html>>. Acesso em: 30 ago. 2014.
- ALEMANHA. *Código penal alemão*. Trad. Cláudia López Díaz. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999. Disponível em: <http://www.juareztavares.com/textos/leis/cp_de_es.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2014.
- ALTINK, Sietske. Holanda, burdeles legais. In: BRIZ, Mamen; GARAIZABAL, Cristina (Coords.). *La prostitución a debate: por los derechos de las prostitutas*. Madrid: Talasa Ediciones, 2007, p. 107-112.
- ALVES, Cleber Francisco. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da Doutrina Social da Igreja*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale. Parte speciale-I*. Milão: Giuffrè, 1982.
- APOLODORO. *Contra Neera* [Demóstenes] 59. Trad. Glória Onneley. Coleção Autores Gregos e Latinos. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2012.
- ARAQUE, Eliane. A sociedade civil no enfrentamento à exploração sexual-comercial de crianças e adolescentes. In: LIMA, Antonio de Oliveira; PEREIRA, Cícero Rufino; SANTOS, Enoque Ribeiro dos (Orgs.); MARQUES, Rafael Dias (Coord.). *Enfrentamento à exploração sexual comercial infanto-juvenil*. São Paulo: LTr, 2012.
- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- ARISTÓTELES. *A Constituição dos atenienses*. Trad. Delfim Ferreira Leão. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2003.

ARNAUD, André-Jean. *O direito traído pela filosofia*. Trad. Wanda de Lemos Capeller e Luciano Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

AUBERT-MONPEYSSSEN, Thérèse. *Subordination juridique et relation de travail*. Paris: CNRS, 1988.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BASSERMANN, Lujo. *História da prostituição – uma interpretação cultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968.

BAUMANN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien. São Paulo: Zahar, 2001.

BAYLOS, Antonio. Proteção de direitos fundamentais na ordem social: o direito ao trabalho como direito constitucional. Trad. Dalton Ricoy Torres. *Revista Trabalhista Direito e Processo*, vol. X, São Paulo, Forense, p. 21-51.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo mundial – en busca de la seguridad perdida*. Trad. Rosa Carbó. Barcelona: Paidós Ibérica, 2008.

BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal*. Trad. Sebastian Soler. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BERENGUER, Enrique Orts. *Delitos contra la libertad sexual*. Valência: Tirant lo Blanch, 1995.

BERNOCCHI, Franco. *Prostituzione e rieducazione*. Padova: Cedam, 1966.

BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio (Coords.). *Direito penal: introdução e princípios fundamentais*. 2. ed. Coleção Ciências Criminais, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BITENCOURT, César Roberto. *Código penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BITTAR, Paula; NEVES, Maria. CCJ rejeita projeto que legaliza a prostituição. *Agência Câmara*, 07.11.2007. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/NAO-INFORMADO/113297-CCJ-REJEITA-PROJETO-QUE-LEGALIZA-PROSTITUICAO.html>>. Acesso em: 22 set. 2014.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. *Código Penal*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso de Habeas Corpus RHC n.º 59.114-1 – São Paulo*. Recorrente: Geni de Arruda Spalaor; Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; Órgão julgador: Primeira Turma; Relator: Ministro Néri da Silveira; Redator: Ministro Clóvis Ramallete; Data de julgamento: 11.12.1981; Data de publicação: DJ de 22.04.1983.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação n.º 70000586263*. Apelante: Ministério Público; Apelado: Marcos Marcelo Pereira de Carvalho; Relator Desembargador Aramis Nassif; Órgão julgador: Quinta Câmara Criminal; Data de julgamento: 16.02.2000; Data de publicação: DJ de 04.04.2000.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação n.º 70023422744*. Apelante: Ministério Público; Apelados: Ariovaldo dos Santos Neves, Arno Henrichsen e Maria Elisabete da Rosa; Relator Desembargador Danúbio Edon Franco; Data de publicação: DJ de 30.10.2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação n.º 70059523357*. Apelante: Ministério Público; Apelado: A. G. S.; Relator Desembargador Ivan Leomar Bruxel; Órgão julgador: Quinta Câmara Criminal; Data de Julgamento: 02.07.2014; Data de publicação: DJ de 10.07.2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação n.º 1.0151.02.001455-2/001*. Apelante: Maria da Conceição Ferreira Silva; Apelado: Ministério Público; Relator Desembargador Hylarco Immesi; Data de publicação: DJ de 26.02.2008.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n.º 2439700-39.2002.5.06.0900*. Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi; Recorrente: Casa Lotérica A Predileta; Recorrido: Moacyr Roseno de Melo; Órgão julgador: Terceira Turma; Data de julgamento: 04.12.2002; Data de publicação: 19.12.2002.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região. *Recurso Ordinário n.º 0000200-85.2004.5.06.0321*. Relatora Desembargadora Zeneide Gomes da Costa; Recorrente: Pedro Manoel da Silva; Recorrida: Banca Nova Ideal (José César Vieira); Órgão julgador: Terceira Turma; Data de julgamento: 30.06.2004; Data de publicação: 23.07.2004.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *Classificação Brasileira de Ocupações*. Item 5198: Profissionais do sexo. Disponível em: <<http://www.mtecbo.gov.br/cbosite/pages/home.jsf>>. Acesso em: 15 set. 2014.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. *Recurso Ordinário n.º 0001800-32.2006.5.01.0024*. Redatora Designada Desembargadora Glória Regina Ferreira Mello; Recorrente: Alex Sandro da Silva; Recorrida: Panificadora Inhaúma Ltda.; Órgão julgador: Terceira Turma; Data de julgamento: 05.03.2007; Data de publicação: 24.05.2007.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. *Recurso Ordinário n.º 0082200-67.2005.5.03.0006*. Relator Desembargador Luiz Otávio Linhares Renault; Recorrente: Comercial Gleison Ltda.; Recorrido: Édipo Alax Félix; Órgão julgador: Quarta Turma; Data de julgamento: 26.10.2005; Data de publicação: 12.11.2005.

BRASIL. *Revista Marie Claire* de 06 mar. 2014. Disponível em: <http://revistamarieclaire.globo.com/Web/noticia/2014/03/garota-de-programa-abre-processo-por-abuso-sexual-e-ganha-quase-r50-mil.html>. Acesso em: 22 set. 2014.

BRASIL. *Projeto de Lei 98/2003*. Autor: Fernando Gabeira; Ementa: Dispõe sobre a exigibilidade de pagamento por serviço de natureza sexual e suprime os arts. 228, 229 e 231 do Código Penal; Data de apresentação: 19.02.2003. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=104691>. Acesso em: 22 set. 2014.

BRASIL. *Projeto de Lei 4211/2012*. Autor: Jean Wyllys; Ementa: Regulamenta a atividade dos profissionais do sexo; Data de apresentação: 12.07.2012. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=551899>. Acesso em: 22 set. 2014.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 01-49.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BULLOUGH, Vern LeRoy; BULLOUGH, Bonnie L. *The history of prostitution*. Nova Iorque: University Books, 1968.

BURDEAU, Georges. *Traité de science politique*. Tomo V. 2. ed. Paris: LGDJ, 1984.

CALLEGARI, André Luís; MOTTA, Cristina Reindolff. Estado e política criminal: a expansão do direito penal como forma simbólica de controle social. In: CALLEGARI, André Luís (Org.). *Política criminal: Estado e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CALLEGARI, José Carlos. *Uma releitura da subordinação*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP.

CALLIGARIS, Contardo. O prazer (ainda) é um escândalo. *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 05 set. 2013, Folha Ilustrada, p. E10.

CARRERAS, Margarita. Por qué no? In: BRIZ, Mamen; GARAIZABAL, Cristina (Coords.). *La prostitución a debate: por los derechos de las prostitutas*. Madrid: Talasa Ediciones, 2007.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 5. ed. Trad. Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CAWTHORNE, Nigel. *A vida sexual dos papas*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2009.

CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CHAPKIS, Wendy. *Live sex acts - women performing erotic labor*. New York: Routledge, 1997.

CLÈVE, Clemerson Merlin. *Temas de direito constitucional (e de teoria do direito)*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COMITÊ INTERNACIONAL DOS DIREITOS DAS PROSTITUTAS. *Carta Mundial pelos Direitos das Prostitutas*. Disponível em: http://www.walnet.org/csis/groups/icpr_charter.html>. Acesso em: 05 ago. 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. *Derecho penal – parte general*. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

COULANGES, Numa-Denys Fustel de. *A cidade antiga*. Trad. Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Editora das Américas, 1961.

CURIEL, Pedro Brufao. *Las miserias del sexo – prostitución y políticas públicas*. Madrid: Fundación Alternativas, 2011.

DAALDER, A. L. *Prostitutie in Nederland na opheffing van het bordeelverbod*. Haia: Boom Juridische Uitgevers, 2007.

DELGADO, Maurício Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. *Revista LTr*, São Paulo: LTr, ano 70, n. 6, jun./ 2006, p. 657-667.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Os grandes sistemas de política criminal*. São Paulo: Manole, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal – parte geral*. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DODILLET, Susanne; ÖSTERGREN, Petra. Ley sueca sobre la compra de sexo: presuntos éxitos y resultados demostrables. In: ESTIARTE, Carolina Villacampa (Coord.). *Prostitución: hasta la legalización?* Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

ESPANHA. *Real Academia Espanhola*. Disponível em: <<http://lema.rae.es/drae/?val=prostituci%C3%B3n>>. Acesso em: 12 maio 2014.

ESPANHA. *Constituição Espanhola*. Disponível em: <<http://www.boe.es/aeboe/consultas/enlaces/documentos>>. Acesso em: 01 mar. 2014.

ESPANHA. *Código Penal Espanhol*. Disponível em: <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.l2t8.html#c5>. Acesso em: 30 ago. 2014.

FALLER, Adolf; HORNSTEIN, Xaver von; STRENG, Franz von. *Vida sexual sana*. Trad. Joaquín Navarro Cristóbal. Madrid: Daimón, 1960.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FERNÁNDEZ, Dionísio Llamazares. *Educación para la ciudadanía democrática y objeción de conciencia*. Madrid: Dykinson, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Luiz Pinto. *Comentários à Constituição brasileira – vol. 1*. São Paulo: Saraiva, 1989.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FISHER, Elizabeth. *Woman's creation: sexual evolution and the shaping of society*. Londres: McGraw-Hill Book Company, 1980.

FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade I – a vontade de saber*. Rio de Janeiro: Graal, 1993.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade II – o uso dos prazeres*. Lisboa: Relógio D'Água Editores, 1994.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 25. ed. São Paulo: Graal, 2012.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

FREYRE, Gilberto. As mulheres sul-americanas. *Diário de Pernambuco*. Recife, 06 jan. 1920.

FROMM, Erich. *Psicanálise da sociedade contemporânea*. São Paulo: Círculo do Livro, 1955.

GARAIZÁBAL, Cristina. El estigma de la prostitución. In: BRIZ, Mamen; GARAIZABAL, Cristina (Coords.). *La prostitución a debate: por los derechos de las prostitutas*. Madrid: Talasa Ediciones, 2007.

GARAIZÁBAL, Cristina. Las prostitutas toman la palabra: las vicissitudes de su construcción como sujetos sociales. In: FERNÁNDEZ, Isabel Holgado (Org.). *Prostituciones: diálogos sobre sexo de pago*. Barcelona: Icaria Editorial, 2008.

GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GASSET, José Ortega y. *O homem e a gente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livro Ibero-Americano, 1973.

GENRO, Tarso Fernando. Fontes materiais e igualdade jurídica: uma reflexão sobre socialismo

e direito. In: LYRA, Deodoró Araújo (Org.). *Desordem e processo: estudos sobre direito em homenagem a Roberto Lyra Filho na ocasião de seu 60º aniversário*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

GIROUX, Henry. *Teoria crítica e resistência em educação*. Trad. Ângela Maria B. Biaggio. Petrópolis: Vozes, 1986.

GOHN, Maria da Glória. Movimentos sociais na atualidade: manifestações e categorias analíticas. In: GOHN, Maria da Glória (Org.). *Movimentos sociais no início do século XXI: antigos e novos atores sociais*. 4. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

GOMARIZ, María José Barahona; VICENTE, Luís Mariano García. *Una aproximación al perfil del cliente de prostitución femenina em la Comunidad de Madrid*. Madrid: Publicaciones DGM, 2003.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. revista e atualizada de acordo com a Constituição de 1988. Atualizador: José Augusto Rodrigues Pinto. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GONÇALVES, Maria Augusta Salin. Teoria da ação comunicativa de Habermas: possibilidades de uma ação educativa de cunho interdisciplinar na escola. *Revista Educação & Sociedade*, abr. 1999, v. 20, n. 66, p. 125-140.

GOUVÊA, Ronaldo Guimarães. Políticas públicas, governabilidade e globalização. *Revista do Legislativo da Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais*, jan./mar. de 1999, p. 59-66.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 32, out./ dez. 2000, p. 120-163.

GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal – parte especial – vol. III*. 11. Ed. Niterói: Ímpetus, 2014.

GUARAGNI, Fábio André. *As teorias da conduta em direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GUEREÑA, Jean-Louis. *La prostitución em la España contemporánea*. Madrid: Marcial Pons, 2003.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

HABERMAS, Jünger. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Vol. I. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Junger. *Conhecimento e interesse*. Trad. José N. Heck. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1982.

HENNING, Juanita Rosina. Alemania: prostitutas de cristal. In: BRIZ, Mamen; GARAIZABAL, Cristina (Coords.). *La prostitución a debate*. Madrid: Talasa Ediciones, 2007.

HIRSCH, Hans Joachim. Sobre o estado atual da dogmática jurídico-penal na Alemanha. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (Orgs.). *Doutrinas essenciais – Direito Penal*. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

JAEGER, Werner. *Paideia: los ideales de la cultura griega*. 11. ed. Madrid: S.L. Fondo de Cultura Economica de España, 1990.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal – fundamentos y teoría de la imputación*. Parte general. Trad. Joaquim Cuello Contreras e Jose Luís Serrano G. de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995.

JAVILLIER, Jean-Claude. *Le trasformazioni del lavoro*. Milano: Fondazione Giulio Pastore/Franco Angeli, 1999.

JEAMMAUD, Antoine. Algumas questões a abordar em comum para fazer avançar o conhecimento crítico do direito. In: PLASTINO, Carlos Alberto. (Org.). *Crítica do Direito e do Estado*. Rio de Janeiro: Graal, 1984, p. 73-94.

JEFFREYS, Sheila. *The idea of prostitution*. Melbourne: Spinifex Press, 2008.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal – parte general*. 4. ed. Trad. José Luís Manzanares Samaniego. Granada: Comares Editorial, 1993.

JUÁREZ, Rodrigo Santiago. La ciudadanía em el pensamiento liberal. *Revista Derechos y Libertades*, Madrid, número 21, época II, jun./2009, p. 95-116.

JULIANO, Dolores. El peso de la discriminación: debates teóricos y fundamentaciones. In: OSBORNE, Raquel (Ed.). *Trabajador@as del sexo: derechos, migraciones y tráfico en el siglo XXI*. Barcelona: Edicions Bellaterra, 2004.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KAVEMANN, Barbara. Resultados del estudio sobre el impacto de la lei sobre prostitución em Alemania. In: ESTIARTE, Carolina Villacampa (Coord.). *Prostitución: hacia la legalización?* Valencia: Editora Tirant lo Blanch, 2012.

KULICK, Don. La penalización de los clientes y la “política del ahhjjj” en Suecia. In: OSBORNE, Raquel (Ed.). *Trabajador@as del sexo – derechos, migraciones y tráfico en el siglo XXI*. Barcelona: Edicions Bellaterra, 2004.

KUO, Lenore. *Prostitution policy: revolutionizing practice through a gendered perspective*. New York: New York University Press, 2005.

LAGENEST, H. D. Barruel de. *Lenocínio e prostituição no Brasil: estudo sociológico*. Rio de Janeiro: Agir, 1960.

LACERDA, Rosangela Rodrigues Dias de. *Controle de políticas públicas na Justiça do Trabalho*. Curitiba: Editora CRV, 2012.

LAMPE, Ernst Joaquim. Sobre la estructura ontológica del instituto punible. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 16, ano IV, jan. /maio 2004, p. 31-47.

LANGLOIS, Bertrand. Suécia é modelo antiprostituição para França. *Jornal Folha de São Paulo*, Caderno Mundo, Folha A8, publicado em 30 dez. 2013.

LEAL, Rogério Gesta. Os pressupostos epistemológicos e filosóficos da gestão de políticas públicas no Estado Democrático de Direito: uma perspectiva habermasiana. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 66, jan./abr. 2008, p. 258-292.

LEITE, Gabriela. *Filha, mãe, avó e puta: a história de uma mulher que decidiu ser prostituta*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

LEITE, Gisele. Breves considerações sobre o direito penal do inimigo. *Revista Bonijuris*, Curitiba, ano XXV, n. 592, v. 25, n. 3, mar./ 2013, p. 06-12.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. A sociologia constitucional como instrumento investigativo de desvelo das maquiagens da jurisdição constitucional. *Revista Nomos: Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*, Fortaleza, Edições Universidade Federal do Ceará, v. 28, jan./ jun. 2008, p. 51-68.

LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão – tomo I*. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C, 1899.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da insignificância no direito penal: análise à luz da Lei 9.099/95, Juizados Especiais Criminais, Lei 9.503/97, Código de trânsito brasileiro e da jurisprudência atual*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LUTERO, Martinho. À nobreza cristã da nação alemã, acerca do melhoramento do Estado cristão. In: *Pelo Evangelho de Cristo – obras selecionadas de momentos decisivos da Reforma*. Porto Alegre/ São Leopoldo: Concórdia Editora Ltda./ Editora Sinodal, 1984.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. São Paulo: Brasiliense: 1999.

MACHADO, Nathália. Gabeira defende direito à carteira assinada para prostitutas. *UOL Últimas Notícias*, 31.01.2003, 15h52, São Paulo, Reuters. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/inter/reuters/2003/01/31/ult27u31085.jhtm>>. Acesso em 22 set. 2014.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Curso de direito do trabalho – vol. I, parte I*. São Paulo: LTr, 2011.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. A supersubordinação. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; CANTELLI, Paula Oliveira; PORTO, Lorena Vasconcelos; NIGRI, Fernanda (Coord.). *Parassubordinação: homenagem ao Professor Márcio Túlio Viana*. São Paulo: LTr, 2011.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000.

MARNEFFE, Peter de. *Liberalism and prostitution*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

MARSHALL, Thomas Humprey. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MEKSENAS, Paulo. *Cidadania, poder e comunicação*. São Paulo: Cortez, 2002.

MELLO, Leonel Itassu Almeida; COSTA, Luís César Amad. *História moderna e contemporânea*. São Paulo: Scipione, 1993.

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. A evolução do conceito de culpabilidade e a moderna doutrina alemã. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 7, n. 12, jan./ jun. 2010, p. 261-291.

MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e saúde do trabalhador*. São Paulo: LTr, 2004.

MORAES, Maria Celina Bondin de. Conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política: legislativa, administrativa, judicial – fundamentos e técnicas constitucionais da democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

MUÇOUÇA, Renato de Almeida Oliveira. *Trabalhadores do sexo e seu exercício profissional: um enfoque pelo prisma da ciência jurídica trabalhista*. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. 6. ed. Trad. Peter Neumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MÜLLER, Pierre. *Les politiques publiques*. Collection Que sais-je? 7. ed. Paris: Presses Universitaires de France – PUF, 2009.

MURPHY, Emmett. *Great bordellos of the world*. Londres: Quartet Books, 1984.

NAEGELEN, Jacky. Deputados franceses aprovam multa para cliente de prostituição. *Jornal Folha de São Paulo*, Caderno Mundo, folha A12, publicado em 05 dez. 2014.

NAHRA, Cinara Maria Leite. *Malditas defesas morais*. Natal: Cooperativa Cultural UFRN, 1999.

NASCIMENTO, Jorge Carvalho do. A formação do homem civilizado. *Revista Educar-se*, ano I, n. 3, mar. 1997, p. 33-51.

NEDERLAND. *Wetboek van Strafrech*. Disponível em: <<http://www.wetboek->

online.nl/wet/Wetboek%20van%20Strafrecht/273f.html>. Acesso em 30 ago. 2014.

NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da moral*. São Paulo: Brasiliense, 1987.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal – vol. 3*. Atualizada por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Prostituição, lenocínio e tráfico de pessoas – aspectos constitucionais e penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

OLIVEIRA, Alexandra. *As vendedoras de ilusões - estudo sobre prostituição, alterne e striptease*. Lisboa: Editorial Notícias, 2004.

OLIVEIRA, Alexandra; MANITA, Celina. *Estudo de caracterização da prostituição de rua no Porto e em Matosinhos*. Lisboa: Editora CIDM (Comissão para a Igualdade e para os Direitos das Mulheres), 2002.

OLIVEIRA, Oris de. *A exclusão de concorrência no contrato de emprego*. São Paulo: LTr, 2005.

OLIVEIRA, Oris de. A Convenção n. 138 da OIT sobre idade mínima e sua ratificação pelo Brasil. *Revista de Direito do Ministério Público*, São Paulo, v. 1, n. 6, 1996, p. 61-79.

OLIVEIRA, Oris de. Reflexões sobre o trabalho da criança e do adolescente. *Revista da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região – AMATRA XV*, número 5, abril 2012, p. 35-42.

O'NEILL, Maggie. *Prostitution & feminism: towards a politics of feeling*. Oxford: Blackwell Publishers, 2001.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. 1975. Disponível em: <<http://www.who.int/country/bra/en>>. Acesso em: 12 maio 2014.

OSBORNE, Raquel. *Trabajador@s del sexo: derechos, migraciones y tráfico en el siglo XXI*. Barcelona: Edicions Bellaterra, 2004.

OSSORIO, Manuel. *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Buenos Aires: Heliasta, 1974.

ÖSTERGREN, Petra; DODILLET, Susanne. Ley sueca sobre la compra de sexo: presuntos éxitos y resultados demostrables. In: ESTIARTE: Carolina Villacampa (org.). *Prostitución: hacia la legalización?* Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

ÖSTERGREN, Petra. *Porr, horor och feminister*. Estocolmo: Pocketförlaget, 2006.

OUTSHOORN, Joyce. Comparative prostitution politics and the case for state feminism. In: OUTSHOORN, Joyce (Ed.). *The politics of prostitution: women's movements, democratic*

states and the globalisation of sex commerce. New York: Cambridge University Press, 2004.

PARENT; DUCHATTELET; DOUFOR; RABUETEN; LECOUR. *História da prostituição*. São Paulo: Edições Júpiter, 1950.

PATEMAN, Carole. *O contrato sexual*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

PELLEGRINI, Luís. *A teoria das janelas quebradas na segurança pública*. Disponível em: <<http://jornalgggn.com.br/noticia/a-teoria-das-janelas-quebradas-na-seguranca-publica>>. Acesso em: 08 set. 2014.

PEÑA, Diego-Manuel Luzón. *Curso de derecho penal – parte general I*. Madrid: Universitas, 1996.

PEREIRA, Armando; SILVA, Carmen da; ROCHA, Glauber; FREITAS JÚNIOR, Otávio de. *A prostituição é necessária?* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1966.

PHETERSON, Gail. *El prisma de la prostitución*. Trad. Rafael Heredero. Amsterdam: Amsterdam University Press, 1996.

PETHERSON, Gail. *Nosotras, las putas*. Madrid: Talasa Ediciones, 1992.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PIERANGELI, José Henrique; SOUZA, Carmo Antonio de. *Crimes sexuais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

PILOUSU, Mario. *A mulher, a luxúria e a Igreja na Idade Média*. Lisboa: Estampa, 1995.

PINTO, Céli Regina Jardim. Feminismo, história e poder. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, Universidade Federal do Paraná, v. 18, n. 36, jun. 2010, p. 15-23.

PINTO, José Augusto Rodrigues. *Tratado de direito material do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PIRES, Eduardo Rockenbach. Entre o crime e o castigo: a situação jurídico-trabalhista do apontador do jogo do bicho no Brasil. In: MAIOR, Jorge Luiz Souto; GNATA, Noã Piatã Bassfeld (Orgs.). *Trabalhos marginais*. São Paulo: LTr, 2013, p. 260-272.

PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária*. São Paulo: LTr, 2009.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 01. mar. 2014.

PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e a Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PRECIOSO, Magdalena López; MESTRE I MESTRE, Ruth. *Trabajo sexual: reconocer derechos*. Valencia: Ediciones La Burbuja-Bocanadas, 2006.

PUCCINI, Daniela Bessa. Do luxo ao lixo. *Revista dos bancários*, n. 85, dez. 2002. Disponível em: <<http://www1.spbancarios.com.br/rdbmateria.asp?c=304>>. Acesso em: 27 out. 2014.

PUIG, Santiago Mir. Limites del normativismo em derecho penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 64, ano 15, jan./ fev. 2007, p. 197-221.

PUIG, Santiago Mir. *Direito penal: fundamentos e teoria do delito*. Trad. Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RAGO, Margareth. *Os prazeres da noite – prostituição e códigos da sexualidade feminina em São Paulo (1890-1930)*. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2008.

REIS, Glenda Moreira dos. *Prostituição: uma visão da historiografia sobre a presença feminina nos últimos séculos*. 2006. Monografia (Graduação em História). Universidade Estadual do Maranhão – UEMA, São Luís do Maranhão.

RIBEIRO, Fernando Bessa. Proibições, abolições e a imaginação de políticas inclusivas para o trabalho sexual. *Revista Bagoas*, Natal, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, v. 02, n. 02, jan./ jun. 2008, p. 17-31.

RIOS, Roger Raupp. Regulamentação: controle social ou dignidade do/no trabalho. In: FÁBREAS-MARTINEZ, Ana Isabel; BENEDETTI, Marcos Renato (Orgs.). *Na batalha: sexualidade, identidade e poder no universo da prostituição*. Porto Alegre: Dacasa, 2000.

ROBERTS, Nickie. *As prostitutas na história*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1998.

ROCHA, Leonel Severo. Crítica da teoria crítica do direito. *Revista Sequência – Estudos Jurídicos e Políticos*. Florianópolis: Ed. UFSC, n. 6, dez. 1982, p. 135.

RODRIGUES, José Noronha. Cidadania e direitos fundamentais. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 8, n. 8, jul./ dez. 2010, p. 181-212.

RODRIGUES JÚNIOR, Edson Beas (Org.). *Convenções da OIT e outros instrumentos de direito internacional público e privado relevantes ao direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2013.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1982.

ROSSIAUD, Jacques. *A prostituição na Idade Média*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

ROSTAGNOL, Susana. Regulamentação: controle social ou dignidade do/no trabalho. In: FÁBREAS-MARTINEZ, Ana Isabel; BENEDETTI, Marcos Renato (Orgs.). *Na batalha: sexualidade, identidade e poder no universo da prostituição*. Porto Alegre: Dacasa, 2000.

ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Trad.

Carmen Gómez Rivero e María del Carmen García Cantizano. Valência: Tirant lo Blanch, 2000.

ROXIN, Claus. *Derecho penal – parte general*. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Peña; Miguel Díaz Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2008.

ROXIN, Claus. Reflexões sobre a construção sistemática do direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 82, jan./fev. 2010, p. 24-47.

ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SALAMA, Pierre. *A pobreza: exploração do trabalho na América Latina*. Trad. Emir Sader. São Paulo: Boitempo, 2002.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A expansão do direito penal – aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente – contra o desperdício da experiência*. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Sindicatos e ações coletivas: acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2012.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Teoria das normas coletivas*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 09, jan./ jun. 2007, p. 361-379.

SARTRE, Jean-Paul. *O ser e o nada – ensaio de ontologia fenomenológica*. Trad. Paulo Perdigão. 6. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1998.

SARTRE, Jean-Paul. *Existencialism and humanism*. Trad. Philip Mairet. Londres: Methuen, 1993.

SARTRE, Jean-Paul. *Questão de Método*. Trad. Rita Correia Guedes, Luiz Roberto Salinas Forte, Bento Prado Jr. Coleção Os Pensadores. 3. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 2009.

SHRAGE, Laurie. Should feminists oppose prostitution? *Ethics Journal*, Chicago, University of Chicago Press, n. 99, 1989.

SILVA, Franklin Leopoldo e. Sartre. In: PECORARO, Rossano (Org.). *Os filósofos: clássicos da filosofia – vol. III*. Petrópolis: Vozes, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Paulo Henrique Tavares da. *A valorização do trabalho como princípio constitucional da ordem econômica brasileira*. Curitiba: Juruá, 2003.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. Proteção constitucional ao trabalho da prostituta. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, n.º 36, ano XVIII, set./ 2008, p. 13-34.

SIRING, Annelie. Sexhandel, sexköpslagstiftning och myndighetsförstaelse. Ett svenskt exempel. In: HOLMSTRÖM, Charlotta; SKILBREI, May-Len (Ed.). *Prostitution i Norden*. Estocolmo: TemaNord, 2008.

SKULJ, Agustina Iglesias. La prostitución y el trabajo sexual: las relaciones entre sexualidad y género. In: ESTIARTE, Carolina Villacampa (Org.). *Prostitución: hacia la legalización?* Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Curso de introdução ao estudo do direito*. Salvador: Juspodivm, 2009.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão de literatura. *Sociologias*, n. 16, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, jul./dez. 2006, p. 20-45.

STERLING, Toby. Fisco holandês vai atrás das prostitutas. *UOL Notícias Internacional*. Associated Press, Amsterdã. 12.01.2011. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2011/01/12/fisco-holandes-vai-atras-das-prostitutas.htm>>. Acesso em: 30 ago. 2013.

SUÉCIA. Conselho Nacional Sueco para a Prevenção da Criminalidade (Brottsförebyggande rådet – Brå). *Preventing illegal export of cultural objects — report n.º 2012:10*. Estocolmo: 2000, p. 5. Disponível em: <http://www.bra.se/download/18.4dfe0028139b9a0cf4080001495/2012_10_preventing_illegal_export_of_cultural_objects_summary.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2014.

SUÉCIA. Conselho Nacional de Saúde (Socialstyrelsen). *Kännedom om prostitution 1998-1999*. Estocolmo: Socialstyrelsen, 2000.

SUÉCIA. *Código Penal*. Disponível em: <<http://www.juareztavares.com/textos/codigosueco.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2014.

TEOFRASTO. *Os caracteres*. Lisboa: Relógio D'Água, 1999.

THOMSON, Oliver. *A assustadora história da maldade*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2011.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. 13. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2007.

UNGER, Roberto Mangabeira. *What should legal analysis become?* Londres: Verso, 1996.

UNIÃO EUROPEIA. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 18 de dezembro de 2000*. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2014.

VALE, Sílvia Isabelle Ribeiro Teixeira do. O devido processo legal como solução para motivação na despedida. *Revista LTr*; São Paulo, ano 78, n. 05, maio/2014, p. 564-573.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Forum, 2009.

VEYNE, Paul (Org.). *História da vida privada – vol. 1 – do império romano ao ano mil*. Trad. Hildegard Feist. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

VIEIRA, Sebastião Ivone. *Manual de saúde e segurança do trabalho: segurança, higiene e medicina do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

XENOFONTE. *Memoráveis*. Trad. Ana Elias Pinheiro. Coleção Autores Gregos e Latinos. Coimbra: Centro de Estudos Clássicos e Humanísticos, 2009, p. 210-216.

WARAT, Luís Alberto. *Introdução geral ao direito I: interpretação da lei, temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

WARAT, Luís Alberto. El jardín de los senderos que se bifurcan: a teoria crítica do direito e as condições de possibilidade da ciência jurídica. *Revista Contradogmáticas*, Santa Cruz do Sul: FISC/ ALMED, 1985, v. 4-5.

WEBER, Max. *A ética protestante e o “espírito” do capitalismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

WEITZER, Ronald. *Legalizing prostitution: from illicit vice to lawful business*. New York: New York University Press, 2012.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Trad. Juan Bustos Ramízes e Sergio Yañes Pérez. Santiago do Chile: Editora Jurídica de Chile, 1987.

WIJERS, Marjan. Delincuente, víctima, mal social o mujer trabajadora: perspectivas legales sobre la prostitución. In: OSBORNE, Raquel (Ed.). *Trabajador@s del sexo: derechos, migraciones y tráfico en el siglo XXI*. Barcelona: Edicions Bellaterra, 2004.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. Vol. 1. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.