

**CENTRO UNIVERSITÁRIO SALESIANO DE SÃO PAULO – U.E.
LORENA**

Thiago Costa Vieira

Prostituição: Aspectos constitucionais, trabalhistas e civis.

Lorena
2011

**CENTRO UNIVERSITÁRIO SALESIANO DE SÃO PAULO – U.E.
LORENA**

Thiago Costa Vieira

Prostituição: Aspectos constitucionais, trabalhistas e civis.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como exigência parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito no Centro Universitário Salesiano de São Paulo, Unidade de Lorena (SP), sob a orientação da Professora Daisy Rafaela da Silva.

Lorena
2011

Dedico o presente trabalho a toda a minha família pelo estímulo, compreensão e apoio.

A todos os mestres que acreditaram em meu trabalho.

Aos amigos que me auxiliaram nas pesquisas, direta ou indiretamente, contribuindo para que este trabalho fosse concluído com êxito.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha mãe Laury Costa Vieira da Silva, que jamais poupou esforços no decorrer de todo meu desenvolvimento, desde a tenra infância até o presente momento.

Em especial, aos meus irmãos Clayton Costa (*in memorian*) e José Otávio, que sempre me deram todo o apoio para que conseguisse concluir todas as etapas e desafios que tive até hoje.

Agradeço a minha noiva Larissa Aline, que ao longo dos últimos anos esteve ao meu lado, me auxiliando e apoiando mesmo nos momentos mais difíceis.

Aos professores que me ensinaram muito mais que somente a interpretação da lei, doutrina e jurisprudência, mas a cada dia deram lições de caráter e competência, lições essas que me motivaram a prosseguir a despeito das dificuldades.

Aos colegas de sala que, direta ou indiretamente, colaboraram para a conclusão desse trabalho.

RESUMO

O foco deste trabalho é a análise crítica e científica, sob o viés jurídico, da atividade de mercancia sexual, especificamente no que tange a prostituição feminina, praticada voluntariamente por mulheres maiores e plenamente capazes.

Procurar-se-á fazer uma digressão histórica da participação da prostituição desde as sociedades antigas até a atualidade, permitindo vislumbrar que gradativa marginalização das chamadas “garotas de programa” ao longo dos séculos. Tal análise nos permitirá visualizar o aparecimento do estigma social, especialmente norteado pela moral religiosa.

Sob a luz da Constituição da República de 1988, a prostituição encontra respaldo e proteção de direitos e garantias fundamentais, tanto incidentes sobre a atividade profissional, quanto sobre a dignidade da prestadora de serviços sexuais, no entanto, em alguns momentos há uma concorrência entre tais garantias, que acabam redundando e efetivas hipóteses de colisão de direitos constitucionais, clamando o uso de mecanismos de interpretação e integração para que, norteados pela razoabilidade e proporcionalidade, haja proteção integral ao profissional do sexo e redução da condição de vulnerabilidade inerente à profissão.

Conclusivamente, será possível verificar ao longo do desenvolvimento deste trabalho que a prostituição encontra respaldo e proteção jurídica, porém a pouca regulação infraconstitucional específica e efetivo preconceito e desinteresse por parte dos aplicadores do direito em adaptar as normais gerais pertinentes à situações jurídicas que envolvam a atividade de mercancia sexual.

Palavras-chave: Direito de Minorias. Prostituição. Profissional do Sexo. Liberdade de Exercício de Profissão. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Acesso a Justiça do Trabalho e Outros Direitos Constitucionalmente Garantidos.

Autor: Thiago Costa Vieira

Título: Prostituição: Aspectos constitucionais, trabalhistas e civis.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como exigência parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito no Centro Universitário Salesiano de São Paulo, Unidade de Lorena (SP), sob a orientação da Professora Ms. Daisy Rafaela da Silva.

Trabalho de Conclusão de Curso defendido e aprovado em ____/____/_____, pela comissão julgadora:

(Assinatura) _____
(Titulação/nome/instituição)

(Assinatura) _____
(Titulação/nome/instituição)

(Assinatura) _____
(Titulação/nome/instituição)

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. HISTÓRIA DA PROSTITUIÇÃO	10
2.1 Prostituição na Antiguidade	11
2.2 Prostituição na Idade Média	13
2.3 Prostituição na Idade Moderna e Contemporânea	14
3. FATO SOCIAL E COMPORTAMENTO DESVIANTE	16
3.1 A prostituição como Fato Social	17
3.2 Estigma e Comportamento Desviante	19
4. ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DA PROSTITUIÇÃO	22
4.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	23
4.2 Princípio do Livre Exercício de Profissão	28
4.3 Colisão de Normas Constitucionais	31
4.4 Princípio da Concordância Prática ou Harmonização	34
4.4.1 Colisão de com Redução Bilateral	35
4.4.2 Colisão com Redução Unilateral	36
4.4.3 Colisão Excludente	37
5. TRATAMENTO INFRACONSTITUCIONAL DA PROSTITUIÇÃO	40
6. ASPECTOS TRABALHISTAS	43
6.1 Teoria Trabalhista das Nulidades	44
6.2 Acesso a Justiça e Possibilidade de Defesa em Causas Justrabalhistas ...	47
7. ASPECTOS CIVIS	52
8. CONSIDERAÇÕES FINAIS	55
9. REFERÊNCIAS	57

1 INTRODUÇÃO

Embora a prática da prostituição não seja amplamente amparada pelo direito brasileiro e reconhecida - no aspecto moral – por grande parte da coletividade, representa uma prática cuja trajetória está intimamente ligada ao desenvolvimento da sociedade Ocidental, haja vista sua antiguidade e, portanto, se desponta como realidade social cujo tratamento jurídico adequado não pode ser sonogado.

A despeito do sistema jurídico que se adote, tal personagem estará entre as vielas de algum bairro, nas estradas, em casas clandestinas, em locais ermos, portanto, o Direito não pode fechar os olhos ao fato de que a prostituição existe e é crescente.

Ao nos enveredarmos pela temática da prostituição, pretendemos discutir de maneira analítica, fundamentados na Constituição da República e nos comandos infralegais, os pontos convergentes e divergentes afetos ao tema, bem como vislumbrar o sistema que rege a atuação dos profissionais do sexo, identificando propostas atinentes à proteção jurídica coerentes ao sistema legal brasileiro, que possam culminar na redução das vulnerabilidades.

O assunto é deveras amplo. A prostituição pode ensejar discussões sob prismas diferentes, como a prostituição masculina, feminina, infantil, mercancia sexual entre grupos homossexuais, tráfico internacional de pessoas para fins libidinosos, turismo sexual de menores, entre outros. No presente trabalho o tema foi delimitado especificamente na prática da prostituição voluntária, praticada por mulheres maiores e capazes.

Propomos uma análise da incidência dos direitos constitucionais e seu reflexo no campo trabalhista e civil, tomando por premissa àquelas mulheres que se enveredam pelo caminho da venda do próprio corpo, independentemente do motivo que obriga a tal decisão, mas que o fazem com livre consciência, atuando de forma individual, especificamente em ruas e avenidas das cidades brasileiras.

Para que alcançar uma análise esmerada e objetiva, buscar-se-á abstrair do raciocínio desenvolvido os motivos ensejadores do ingresso de mulheres na prostituição.

Serão considerados alguns pontos específicos e logicamente articulados: história da prostituição, sua repercussão enquanto fato social, os aspectos constitucionais, o tratamento infraconstitucional e os direitos decorrentes do reconhecimento da profissão, especialmente na seara trabalhista e civil, este último com foco em relação ao poder familiar.

No cerne da discussão, estarão apontamentos sobre a colisão de direitos fundamentais, especificamente entre os princípios da dignidade da pessoa humana e livre exercício de profissão.

Nessa esteira, buscar-se-á uma análise global da prostituição enquanto realidade social e jurídica e, conclusivamente, apontar caminhos de inserção da mercante sexual na sociedade e redução de sua exposição a situações de risco e vulnerabilidade.

Portanto, não se pretende devanear em laudas confusas com teses que somente encontram sustentação no campo das idéias, mas, de outra banda, discorrer sobre os aspectos jurídicos já contemplados pela legislação pátria, direcionando-lhes de forma natural à vinculação jurídica com o meretrício.

2 HISTÓRIA DA PROSTITUIÇÃO

É uma tarefa difícil datar precisamente o surgimento da prostituição, no entanto, a fim de traçar a linha histórica desta antiga profissão, há de se observar o comportamento humano desde a antiguidade, verificando a evolução no tratamento do tema no decorrer dos séculos.

A afirmação de que a prostituição é a mais antiga das profissões deve ser olhada com cautela. Em uma observação crítica e sistemática, ver-se-á que a prática laboral mais antiga é a caça, seguida da agricultura, ambas utilizadas como forma de sobrevivência do homem primitivo.

No entanto, Nickie Roberts se dá por convencido de que a prostituição é de fato a profissão mais antiga do mundo, tendo suas origens na pré-história. Segundo o escritor, já na sociedade pré-patriarcal a mulher era vista como “a criadora da força da vida [...] adorada como a Grande Deusa e como tal estava no centro de toda atividade social” (ROBERTS, 1998, p. 19).

Em sua evolução histórica, a prostituição pode ser seccionada em três vertentes principais: a prática sexual poligâmica, o culto religioso e a prática mercantilista do sexo. Em cada momento da história houve uma efetiva descaracterização do conceito de afeto frente à prática sexual, no entanto, somente no último caso, pode-se considerar efetivamente prostituição, na acepção que se pretende abordar.

A sexualidade miscigenada com a espiritualidade é uma característica da antiguidade, que explica a evolução da prática da mercancia sexual, porém, gradativamente essa relação deixou de existir. (ROBERTS, 1998).

2.1 PROSTITUIÇÃO NA ANTIGUIDADE

A prostituição "surgiu dentro desse sistema religioso matriarcal e, por conseguinte, não fez separação entre sexualidade e espiritualidade" (CORBET, 1990, p.38). Assim sendo, essa faceta sagrada da prostituição detinha uma natureza que não se limitava ao aspecto sexual.

A liberdade sexual nas sociedades antigas é latente. Na antiguidade as mulheres faziam sexo com os sacerdotes, inclusive dentro dos templos, como forma de adoração a um deus ou deusa. Nesse período as mulheres que se entregavam sexualmente sem qualquer pudor e eram louvadas pelos homens, dentre elas se incluíam inclusive sacerdotisas. Um dos motivos culturais que se percebe para tal prática é, além de adoração a deuses, o favorecimento a fertilidade da terra. (LINS, 2007).

Por volta de 3.000 a.C, tribos de homens da Mesopotâmia, Babilônia e Ásia Menor promoveram invasões a territórios liderados por mulheres. Essas invasões duraram vários anos, pois a força das sociedades matriarcais impedia uma imediata imposição do poder masculino. Em consequência do sucesso nas invasões, passou a ocorrer certa sujeição das mulheres daquelas sociedades matriarcais aos homens invasores, que passaram a lhes impor sua a forma de casamento e as submetendo a um único parceiro. Por outro lado, a religião e cultura das sociedades matriarcais permaneciam fortes e extensíveis para toda a comunidade¹ (ROBERTS, 1998).

Roberts afirma que "[...] foi nesse ponto da história, em torno do segundo milênio a.C. que a instituição da prostituição sagrada tornou-se visível e foi registrada pela primeira vez na escrita" (ROBERTS, 1998, p.22).

Por volta do século VI a.C, em Atenas, datam os primeiros relatos da divisão entre mulheres-esposas e mulheres-prostitutas, realizada pelo governo ateniense. Essa classificação se deve ao fato de que, ao longo dos séculos anteriores, a atividade da mercancia sexual, antes não considerada como imoral, passou a ser vista pelos sacerdotes como um mal para a sociedade. Nesse momento, segundo Roberts “pela primeira vez na história, as mulheres estavam sendo cafetinadas – oficialmente [...]”.

¹ Sobre essa afirmação ver também CORBETT, 1990, p. 20

Assim, "*nasceu a cafetinagem estatal e privada*" (ROBERTS, 1998, p. 37), isso porque grande parte dos rendimentos obtidos nos tempos com a prostituição eram coletados e transferidos aos cofres do Estado ateniense.

A conseqüência da atitude do Estado ateniense em 'tarifar' a prostituição redundou na saída de muitas prostitutas dos templos para criarem seus próprios bordéis, patrocinando sua atividade laboral com os rendimentos obtidos com o meretrício.

A prostituição se intensificou com o surgimento da religião cristã, o que ocasionou o fechamento de diversos templos donde a pratica sexual liberada era praticada. Nesse momento passa a se verificar um liame histórico em que a prática da mercancia sexual urge como necessidade em razão da pobreza, não obstante a inclinação natural, a perda de status e mesmo pressão familiar, sendo a prostituição individual a exceção. Em regra, as mulheres se localizavam em bordéis e casas de banho (LINS, 2007).

2.2 PROSTITUIÇÃO NA IDADE MÉDIA

Avançando até a Idade Média, houve grande movimentação a fim de eliminar a prostituição, tanto em razão da moral cristã, fortemente fomentada pela fé Católica Apostólica Romana, quanto pelo surto de sífilis verificado naquele período (ROBERTS, 1998). No século V, a prostituição "tornou-se um alvo básico da Igreja, principalmente como consequência da reação da nova religião à vida moral e sensual do Império Romano decadente" (ROBERTS, 1998, p.81).

Na Idade Média a cultura do casamento cortês era gerenciado pelas meretrizes, responsáveis por intermediar os casamentos arranjados, logo, se por um lado a Igreja buscava mitigar a prática, a nobreza financiava a continuidade dos bordéis e se utilizava dos serviços das cortesãs.

Em meados do século X, emergiu o Feudalismo em que a classe dominante (senhores feudais) lutava pela posse da terra e tinha os camponeses como servos, trabalhadores no cultivo da terra e também para servir seus donos em tempos de guerra nos campos de combate. Isso criou um enorme fluxo de trabalhadores se deslocando pelos campos. Roberts cita que havia um grande número de mulheres entre eles e a prostituição seria um meio de sobrevivência. Assim, eram formadas verdadeiras ‘caravanas do prazer’, em que "[...] juntamente com suas famílias, as mulheres mais jovens e as meninas estavam praticamente todas prontas para vender seus favores" (ROBERTS, 1998, p.90).

Com a reforma religiosa do século XVI a Igreja Católica continuou a enfrentar o “problema” da prostituição, fundamentando-se em dogmas e princípios bíblicos. O momento de confronto era então propício, haja vista a proliferação de doenças sexualmente transmissíveis. Tal atuação das religiões cristãs corroborou com a renegação das meretrizes à clandestinidade, apesar da resistência das cortesãs.

2.3 PROSTITUIÇÃO NA IDADE MODERNA E CONTEMPORÂNEA

Na revolução industrial a prostituição volta a ganhar força. Muitas mulheres se negavam a se submeter a condições subumanas de trabalho o que as levou a trocarem favores sexuais com patrões e capatazes. Surge então a figura criminosa do traficante de mulheres. Muitas mulheres e crianças passaram a ser comercializadas como se fossem objetos, haja vista que, *prima facie*, as ofertas opostas pelos traficantes se mostravam mais vantajosas que as condições desumanas evidenciadas pela força de trabalho no ápice da Revolução Industrial. (LINS, 2007).

Em 1949, a Organização das Nações Unidas tentou medidas a fim de controlar a prostituição no mundo. Com vistas a coibir o tráfico de mulheres a prostituição passou a ser novamente reprimida em diversos países. (LINS, 2007).

Na atualidade, a prostituição permanece reduzida à condição marginalia. Em alguns países, como a Holanda, apesar da regulamentação da profissão, as mulheres são exibidas em vitrines como se fossem objetos. Em países, como o Brasil, que não proíbe ou regulamente a atividade, a mercancia sexual encontra limitações na lei penal e, permanece arremessada na clandestinidade, tanto pelo desinteresse popular, quanto pela desídia do Poder Público em enfrentar a situação das profissionais do sexo.

A evolução histórica da classe prostituinte permite concluir com clareza que a figura da prostituta passou por momentos diversos, desde comparada às deusas até a submissão à prostituição clandestina nas ruas.

A partir de certo momento, fica evidente que a influência religiosa, trazendo conceitos e ideologias, remeteu a prostituta à figura de pessoa indigna e pecadora. Essa visão se refletiu no Direito. A condição marginalizada dessas profissionais fez com que, em regra, os operadores do Direito, legisladores e classe política não observassem as conseqüências sociais da sonegação de uma série de direitos que abrangem os profissionais do sexo, porém não são concretizados.

De qualquer forma, o reconhecimento tímido de alguns direitos, no Brasil, obriga a uma reflexão acerca da abrangência das leis para os grupos minoritários e, em consequência, instiga a propositura de medidas capazes de reduzir as desigualdades.

3 FATO SOCIAL E COMPORTAMENTO DESVIANTE

Considerando que a atividade de mercancia sexual está inculcida no seio social e, abrange um segmento minoritário mas de grande impacto, importante pontuar os aspectos primordiais do tema, sob o viés sociológico.

Para que se possa concluir pela possibilidade ou não de incidência de alguns princípios constitucionais sobre a relação de mercancia sexual, se torna indispensável ponderar acerca da visão da prostituta perante a sociedade e do impacto social de sua atuação, sobretudo ao se considerar que a prática do meretrício no Brasil se desenvolve em meio a uma cultura de influência fortemente religiosa, tanto pela tradição católica, quanto pelo crescimento de outras religiões cristãs, como o protestantismo, que fulminam tal prática por coroar, em sua visão, a imoralidade e perversão.

3.1 A PROSTITUIÇÃO COMO FATO SOCIAL

Apesar das possíveis controversas acerca da posição do meretrício frente a uma sociedade de cultura cristã, pautada – em tese – na família como célula principal, bem como, considerando a estigmatização e criminalização moral da figura da prostituta, a mercancia sexual é um fato social de relevância jurídica, e como tal não pode ser ignorado.

Engel reproduz em sua doutrina a visão que os médicos brasileiros, ainda no século XIX detinham com relação as meretrizes, tratando a mercancia sexual como uma doença. Eis a definição médica corrente no mencionado período histórico:

[...] definida antes de tudo como doença, adquire um significado bastante amplo [...] As palavras prostituição e prostituta revelam que o sentido da doença não se restringe ao aspecto físico, compreendendo também uma dimensão moral e uma dimensão social (ENGEL, 1986, p.169).

Assim, a prostituição é vista como ameaça religiosa e biológica. Uribe Zúñiga articula seu pensamento se valendo da definição da Organização Mundial da Saúde (OMS) sobre a prostituição, que é “[...] aquela atividade em que uma pessoa faz intercâmbio dos serviços sexuais por dinheiro ou qualquer outro bem. Este fenômeno se dá em qualquer classe sócio-econômica, entre mulheres, homens e menores de idade” (ZÚÑIGA, 1994, p. 768).

É fundamental verificar que qualificar cientificamente a figura da profissional do sexo é um trabalho importante, porém, dispensável. O entendimento da prostituição como patologia, perversidade sexual, imoralidade religiosa ou qualquer outro estereótipo que se deseje imputar não mudará o fato de que mulheres se entregam a uma profissão de alto risco, tendo sobre si a carga da inércia do poder público pátrio e a ignorância do legislador e do aplicador do direito, que, em coro com a maior parte da sociedade, persistem em corroborar com a situação de marginalização desse grupo minoritário.

É mister asseverar que muitos fatos sociais chegam, mesmo que tardiamente, ao conhecimento técnico do jurista, no entanto, ao que tange à atividade de mercancia sexual, as averiguações acerca da proteção jurídica da meretriz persistem em inexistir,

ou, quando existentes, estão eivados de uma moral religiosa incompatível com as diretrizes de um Estado laico.

A Ciência Jurídica se revela como a arte de corresponder juridicamente a fatos não conhecidos pelo sistema jurídico, sendo que, como ciência humana conectada à outras disciplinas, deve propiciar a necessária integração entre ciências, com o fito de atender às necessidades insurgentes no seio da sociedade. Tal multidisciplinariedade é perceptível na necessária conexão da Ciência Jurídica com a Sociologia, Antropologia, Filosofia e, não obstante, a Psicologia, o que propicia maior compreensão das necessidades sociais, e, sobretudo, a concretização do anseio social.

Com a prostituição não é diferente. Seria dispensável tratar acerca do meretrício sem a expectativa de que se possam ampliar fundamentos aptos a afetar as relações jurídicas de tais profissionais, promovendo-lhes, se não a fantasiosa sensação de satisfação, mas ao menos, a necessária sensação de dignidade.

Nessa esteira, antes de classificações técnicas do meretrício como fonte de patologias ou desregramento social, de rigor analisa-la como fato social de grande incidência nos centros urbanos, envolvendo pessoas merecedoras de respeito e de acesso aos direitos constitucionalmente garantidos a todos, despontando como efetiva realidade juridicamente relevante.

3.2 ESTIGMA E COMPORTAMENTO DESVIANTE

Baseados na Constituição da República, bem como nas normas infraconstitucionais, não se pode deixar de observar que o foco do presente estudo está em um ser humano, dotado de sentimentos, de atributos únicos, o qual convive e se desenvolve no seio social, sendo assim, não é de balde ponderar acerca do estigma que paira sobre os profissionais do sexo.

Gilberto Velho ensina que o desvio pode ser encarado de formas contraditórias. Uma forma é compreender que o desviante age em descompasso com a realidade do grupo social em que vive, tal comportamento é como que descaracterizar a dinâmica social, “colocando todos os indivíduos em uma classificação homogênea e sem vivacidade” (VELHO, 1985, p. 93).

Por outro lado, o comportamento desviante pode ser visto como parte da dinâmica social, sendo intrínseco à interação entre indivíduos, o que propicia as nuances de uma sociedade complexa, sendo assim, perceber-se-á que não há de fato o comportamento desviante propriamente dito, mas o desempenhar de papéis únicos no contexto social, papéis estes que promovem a constante construção de interações dinâmicas entre os diferentes grupos de indivíduos.

Assim sendo, podemos auferir que o desvio nada mais é que a “acusação” de um indivíduo ao outro, donde cada grupo não compreende a complexidade das relações interpessoais, mas, por outro lado, estigmatiza aqueles que entende estarem fora do padrão que tomam para si como correto.

No contexto da prostituição, o profissional do sexo faz parte de uma realidade social com aspectos peculiares, que lhe permite ingressar em uma seara submetida à constante superação social, qual seja o conflito entre a moral religiosa da formação cristã ocidental e a abertura da discussão sobre a liberdade sexual.

Não obstante, Erving Goffman, esboça interessante e pertinente acepção acerca do estigma, o qual é “um atributo depreciativo conferido a um indivíduo, partindo de uma

determinada característica” (GOFFMAN, 1988, p. 59), desta maneira, o comportamento estigmatizante passa a existir a partir das relações entre as pessoas, ou seja, dos choques entre os “normais” e os “anormais”.

É estabelecido um estigma a partir de uma determinada característica do indivíduo, com isso ele passa a ser reconhecido apenas por aquela característica como se em todos os momentos agisse utilizando apenas aquela identidade.

Em contraposição, as pessoas estigmatizadas acabam por manipular a sua identidade tentando sempre mostrar a “melhor face”, em busca de aceitação social. Este é um processo de racionalização e relativização da identidade e que também constrói a mesma, a partir de como o indivíduo se vê, como o grupo a que pertence o vê e como os demais membros da sociedade o concebem através da sua conduta.

Resta claro que os profissionais do sexo encontram-se dentro da caracterização de grupo estigmatizado, sobretudo pela concepção da sociedade sobre sua conduta, interpretada como imoral. Embora a mercante sexual desempenhe uma atividade lícita, é tratada como pessoa indigna frente a sociedade. Em conseqüência, é razoável concluir que uma profissional do sexo, muitas vezes, não sente qualquer orgulho pessoal no desempenhar de sua profissão, sendo colocada pela coletividade e por si mesma à margem da sociedade.

A gravosa conseqüência do estigma que permeia a atividade da prostituição e, que se reflete no tratamento jurídico dispensado aos profissionais do sexo, é o não acesso aos direitos que lhe são garantidos pela legislação pátria, não tomando conhecimento da proteção jurídica oponível frente a abusos ilegais aos quais são hodiernamente submetidos.

Ante a sociedade, a meretriz reflete a identidade da perversão sexual, de desregramento amoroso e descompromisso familiar, o que, de fato, não pode ser encarado como verdade absoluta.

A realidade social aliada ao estigma, pode impor um fardo sobre o mercante sexual. Reduzindo o profissional do sexo a condição de marginal, em muitos casos, a

conseqüência é a maior facilidade para o envolvimento em atividades ilícitas, como o tráfico e uso de entorpecentes, além de outras atividades criminosas, como a corrupção de menores.

Apesar disso, é infrutífero o pensamento de que tais indivíduos não podem desempenhar o papel de mãe ou esposa, como se sua conduta prostituinte fosse parte de sua personalidade todos os minutos de sua existência.

4 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DA PROSTITUIÇÃO

A prática da mercancia sexual é profissão regular. Desde 2002 o Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) reconhece a prostituição, estando inserida na Classificação Brasileira de Ocupações (CBO) como subgênero da classe dos profissionais do sexo, dando assim os contornos do reconhecimento de tal segmento laboral. Destarte, são os profissionais do sexo contribuintes obrigatórios da Previdência Social por força da Lei nº 8.212/91, assegurando-lhes código próprio de contribuição, sob o numero 1007, na condição de contribuintes individuais, embora, muitos profissionais do sexo desconheçam seu direito ao salário-maternidade e auxílio-doença, bem como à aposentadoria.

Nessa esteira, urge observar os princípios e valores constitucionais que garantem ao profissional do sexo o direito de acesso livre e irrestrito aos benefícios regulados nas leis e atos normativos infraconstitucionais.

Especialmente dois princípios constitucionais são de fundamental importância para o caso em tela: Dignidade da Pessoa Humana e Livre Exercício de Profissão. Pautados nesses dois princípios, poder-se-á compreender a abrangência da proteção legal existente em favor das prostitutas, permitindo concluir pela proteção integral dessa classe profissional.

4.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Quando se fala em dignidade humana, remete-se a uma série de valores que devem ser necessariamente preservados com o intuito de garantir que Homem tenha a seu dispor um nível de proteção que lhe garanta viver em sociedade com a possibilidade de poder se auto-determinar, tendo a possibilidade de sobreviver dentro de um padrão que possa ser considerado como digno sem, contudo, interferir nos limites impostos pela sociedade e mesmo pela lei.

A dignidade não pode ser vista tão somente como um direito reconhecido globalmente e instigado na sociedade, por órgãos não governamentais ou de governo, mas, sobretudo, como o sentimento do indivíduo em estar inserido no ambiente em que vive, podendo garantir sua sobrevivência e de sua prole sem comprometer seu *status* e sua visão interna sobre sua condição ante a sociedade. Sustenta ALBA ZALUAR que o trabalho tem seu valor moral vinculado ao status do trabalhador como ‘ganha-pão’ do grupo doméstico e não à execução da atividade propriamente dita (ZALUAR, 1985).

Neste sentido, vislumbre-se o indivíduo que sobrevive com o recolhimento de papel e latas, vendendo tais produtos para garantir sua sobrevivência. Ante a sociedade sua condição aparente não remonta uma vida digna, porém, internamente esse indivíduo, por vezes, está satisfeito com a simples possibilidade de alimentar sua família e provê-la de habitação. Tal condição lhe permite alimentar sua auto-estima, desde que não interfira no que a ordem legal trata como o limite básico da legalidade. (ZALUAR, 1985).

Miguel Reale trata com propriedade dos aspectos filosóficos do bem pessoal e do bem coletivo, discorrendo sobre o Personalismo, Transpersonalismo e Individualismo. (REALE, 2000).

Sob a óptica individualista, o interesse individual é sobrepujante ao coletivo, partindo-se de uma análise da capacidade de cada ser humano de, ao se auto-realizar, contribuir para o desenvolvimento da coletividade, somando na dinâmica social que irá culminar no almejado bem comum. (REALE, 2000).

Por outro lado, na corrente adepta ao transpersonalismo, as liberdades individuais encontram-se comprometidas pela supremacia do bem comum, o qual deve ser atingido a todo custo, pouco importando se há a satisfação interna do cidadão, mas tão somente o reflexo social de suas atuações, as quais, na interpretação do sistema legal em voga, são secundárias frente as medidas que o poder estatal entende como suficientes para alcançar a “felicidade” necessária para a convivência harmônica entre indivíduos e seus respectivos representantes políticos. (REALE, 2000).

Veja-se que nas duas posições anteriores há certo radicalismo, enquanto na primeira há excessiva liberdade, na segunda há possibilidade de aguda repressão, partindo-se sempre do principio de que a implantação de um ou outro sistema passa pela vontade política de representantes legitimamente eleitos, monarcas, parlamentares ou ditadores, conforme o Estado no qual se rende análise.

Ponderada e objetivamente aplicável, a filosofia personalista propõe uma composição entre as visões individualista e transpersonalista, na medida em que a liberdade do individuo e sua satisfação são tutelados e preservados pela ordem legal do Estado, no entanto, tal liberdade encontra seu limite no bem comum. Destarte, qualquer atuação do individuo capaz de prejudicar a coletividade é coibida e passível de punição em esfera penal e civil. (REALE, 2000).

Assim sendo, o tratamento axiológico da justiça é o paradigma que deve fundamentar a qualificação de quais atividades humanas são capazes de enobrecer e dignificar certas atuações profissionais e quais, por outro lado, devem ser coibidas pela ordem legal.

A visão personalista é a adotada pela vigente Constituição da República de 1988, bem como é reflexa nas legislações infraconstitucionais, sendo visível em seus dispositivos que a dignidade da pessoa humana é principio fundamental para a ordem social, no entanto, nenhum principio constitucional é absoluto.

Sob esse prisma, presente está o respaldo para a legalidade da pratica da mercancia sexual e sua perfeita adequação na ordem social.

A prática individual da prostituição não viola qualquer liberdade coletiva, pois tem como ponto de partida o direito de auto determinação do indivíduo, tanto que encontra respaldo na esfera justicialista, no entanto, como reflexo da necessidade preservação do bem comum, atividades ligadas a mercancia do corpo para fins libidinosos encontram limites na legislação penal.

Na mesma esteira, fundamentados em princípios que se confrontam com valores morais e religiosos, a condição dos profissionais do sexo pode ser interpretada como imoral e degradante, porém, a disponibilização do próprio corpo para fins sexuais deve ser analisada sob duas ópticas básicas: Aqueles que não desejam permanecer com a atividade de cunho sexual fazendo-o por premente necessidade e aqueles que, espontaneamente, prestam serviços de ordem sexual encarando tal atividade de maneira profissional. Nesse sentido, define Alexandre de Moraes:

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (MORAES, 2002, p. 128-129).

Outros juristas apontam definições do princípio da dignidade da pessoa humana:

Interessante definição está na obra de Rizzato Nunes, para quem:

"a dignidade que dá a direção, o comando a ser considerado primeiramente pelo intérprete. (...) E esse fundamento funciona como princípio maior para a interpretação de todos os direitos e garantias conferido às pessoas no Texto Constitucional" (NUNES, 2002, p. 42).

Ingo Wolfgang Sarlet entende que, como norma de *status* constitucional no aspecto formal, a dignidade humana detém a função de valor fundamental de toda a ordem constitucional, mas também a função instrumental integradora e hermenêutica do princípio. (SARLET, 2008)

Ainda sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, Luiz Antônio Rizzato Nunes conclui que

"nenhum indivíduo é isolado. Ele nasce, cresce e vive no meio social. E aí, nesse contexto, sua dignidade ganha - ou (..) tem direito de ganhar - um acréscimo de dignidade. Ele nasce com integridade física e psíquica, mas chega um momento de seu desenvolvimento que seu pensamento tem de ser respeitado, suas ações e seu comportamento - isto é, sua liberdade -, sua imagem, sua intimidade, sua consciência - religiosa, científica, espiritual - etc., tudo compõe sua dignidade" (NUNES, 2002, p. 37)

Eduardo Ramalho Rabenhorst defende que dignidade é

"um princípio prudencial, sem qualquer conteúdo pré-fixado, ou seja, uma cláusula aberta que assegura a todos os indivíduos o direito à mesma consideração e respeito, mas que depende, para sua concretização, dos próprios julgamentos que esses indivíduos fazem acerca da admissibilidade ou inadmissibilidade das diversas formas de manifestação da autonomia humana. Assim concebida, a dignidade humana deixa de ser um conceito descritivo para tornar-se o próprio ethos da moralidade democrática" (RABENHORST, 2001, p. 57)

Sarlet define a dignidade humana como

"a qualidade intrínseca e distintiva de 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 qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da próxima existência e da vida em comunhão com os demais seres Humanos" (SARLET, 2008, p. 51)

A condição daqueles que se entregam à prostituição por questões de ordem social é objeto também da sociologia e da política social, uma vez verificar-se aí um problema social de cunho econômico que se desenrola no tráfico de pessoas, na corrupção de menores e outras atividades ilícitas.

A solução para tal dilema, *prima facie*, aparenta simplicidade, mas não o é. Embora a atividade se mova por premente necessidade, a ordem jurídica não pode se furtar a oferecer proteção, pois, independente do motivo gerador da atividade, seu resultado fático é a prestação de serviços de cunho sexual, mediante remuneração, que, com índole profissional ou não, merece tutela do direito.

Por outro lado, aqueles que se entregam à mercancia sexual valendo-se do livre arbítrio e do direito à autodeterminação tem uma análise não menos complexa, uma vez que os aspectos de política social tomam um plano secundário, como ocorre com qualquer outro profissional autônomo. Outrossim, deve-se empreender uma labuta para a obtenção da devida valorização do profissional do sexo em todas as esferas, ai não mais pela questão de cunho econômico do individuo, mas pelos aspectos de moralidade e religiosidade que permeiam todos os segmentos sociais.

No que toca à auto-determinação e às afirmações acerca da auto-estima do trabalhador-provedor é o julgado francês, denominado “arrêt du lanceur de nains”. Nesse caso o Conselho de Estado Francês proibiu, por entender como atentatório à dignidade da pessoa humana, o arremesso de anões em um espetáculo cujos espectadores eram convidados a lançar anões de uma espécie de canhão para sobre um colchão. Nesse julgado os anões apresentaram defesa alegando que necessitavam da atividade para sua subsistência, porém, a defesa foi negada e a casa de espetáculos obrigada a cessar tal apresentação.

4.2 PRINCÍPIO DO LIVRE EXERCÍCIO DE PROFISSÃO

Afirma o art. 5º, XIII, Constituição da República que:

Art. 5º [...]

XIII – É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

Tal principio vem consagrado também no art. 23 da Declaração Universal dos Direitos Humanos², o que representa substancial evolução tanto no aspecto econômico como no imediato reflexo de tal possibilidade para a acentuação de uma condição digna de sobrevivência.

Artigo XXIII

1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.

2. Toda pessoa, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.

3. Toda pessoa que trabalhe tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.

4. Toda pessoa tem direito a organizar sindicatos e neles ingressar para proteção de seus interesses.

Durante a idade média somente poderiam empreender atividades profissionais aqueles afiliados às corporações de ofício, sendo que no direito pátrio tal forma de organização foi banida pela Constituição de 1824, Art. 179, § 25³.

Veja-se que a consagração ao direito de exercer livremente qualquer profissão conduz ao um salto econômico, haja vista poder-se contratar e ser contratado sem maiores embargos. Naturalmente, regulamentações surgem com o decorrer do tempo, no entanto, tais normatizações remetem à uma busca pela excelência na prestação dos serviços, coibindo a pratica indiscriminada de qualquer ofício por indivíduos que não

² Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm> Acesso em 22 de fevereiro de 2011.

³ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm> Acesso em 22 de fevereiro de 2011.

possuam formação mínima para desenvolver com qualidade e conhecimento técnico empreendimentos que exigem tais atributos, como é o caso da advocacia.

Em recente decisão nos autos do Recurso Extraordinário 414.426/SC⁴, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se, no voto da Ministra Ellen Gracie confirmado por unanimidade pelo pleno, no sentido de que a liberdade de profissão é um “princípio quase absoluto, comportando limitações mínimas”. Tal entendimento da Suprema Corte corrobora com a necessária liberdade afeta a qualquer atividade profissional lícita, vez que o trabalho está relacionado com a dignidade do trabalhador e reflete nítido caráter alimentar.

No que toca aos profissionais do sexo, o Brasil não adota qualquer forma de regulação da profissão, inexistindo legislação específica para tal prestação de serviços, sendo regida apenas pelos ditames gerais para qualquer empreendimento profissional.

Graças ao livre exercício de profissão, há o necessário respaldo constitucional para que a mercancia sexual encontre guarita. Inexiste qualquer proibição para a prática da prostituição, mas tão somente dispositivos penais que coíbem a exploração de tal atividade por terceiros, sendo o profissional do sexo sujeito passivo da tutela penal.

A não regulamentação das atividades de mercancia do próprio corpo representa importante resguardo para os exercentes de tal profissão. Positivar normas de conduta para o profissional do sexo poderia redundar na necessidade de fiscalização por parte do poder público, bem como remeteria a existência de obstáculos àqueles que se propõem à tal prática, uma vez ser necessária a criação de mecanismos políticos que justifiquem a cobranças de impostos fiscais e taxas sindicais, incompatível com a tendente discricção que a atividade requer.

As atividades de prostituição remontam uma circunstância *sui generis* dado que o prestador de serviços está permanentemente em situação de risco pessoal na maior parte do desenvolvimento de suas atividades, bem como se encontra sob a égide de uma legislação penal que não lhe permite a execução subordinada de sua atividade. Logo,

⁴ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2194818>> Acesso em 10 de setembro de 2011

embora seja o profissional do sexo contemplado na Classificação Brasileira de Ocupações, jamais poderá ter garantido o direito ao registro profissional, quando esse prestador de serviços empreender atividades de prostituição.

Há de se vislumbrar que o direito ao livre exercício de profissão encontra forte relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, pois, em uma sociedade capitalista, a obtenção de lucro e o acúmulo de bens são indispensáveis para que o indivíduo se encaixe no contexto social.

Qualquer produto, sejam bens ou serviços, dependem da contraprestação pecuniária, esta obtida, sobretudo, pela venda da mão de obra do indivíduo ao empregador, pelo empreendimento individual ou em cooperativas para obtenção de lucro através da prestação de serviços ou venda de produtos, o que faz movimentar o mecanismo econômico.

Destarte, resta como lógico que o acesso a qualquer trabalho lícito garante condição de sobrevivência, de sustento familiar e de ascensão social, todos intimamente ligados à uma condição digna de sobrevivência.

4.3 COLISÃO DE NORMAS CONSTITUCIONAIS

Dentro da lógica constitucional contemporânea, em especial no Estado brasileiro, ao se aderir a um sistema composto por hierarquias entre normas constitucionais e infraconstitucionais, não se pode admitir, sob pena de desequilíbrio do sistema constitucional, a ocorrência de conflitos entre direitos fundamentais, em circunstância na qual haja a preponderância de uns sobre outros desordenadamente. Miguel Reale expressa tal entendimento ao dizer:

A tarefa interpretativa deixa de ser um jogo formal de esquemas e figuras, para tornar-se um empenho fundamentalmente ético, graças aos modelos hermenêuticos exigidos pela Ciência Jurídica em sua tarefa de modelagem ética da experiência (REALE, 1994, p. 111).

Quando da colisão de direitos e garantias fundamentais, o exercício de raciocínio proposto por Robert Alexy é o uso da proporcionalidade. Conforme o filósofo alemão, os direitos e garantias fundamentais têm o status de princípios, e assim, podem vir a colidir (ALEXY, 2001).

Desta feita, ainda que o bloco dos direitos sociais esteja em franco avanço, tomando cada vez mais espaço na exegese interpretativa de outras normas, este não pode ser considerado superior às normas organizadoras do Estado, por exemplo.

No amplo mundo dos princípios, há lugar para muitas coisas. Pode ser chamado de um mundo do dever-ser ideal. Quando se faz necessário passar do mundo do dever-ser ideal para o limitado mundo do dever-ser definitivo ou real, são produzidas colisões ou, para usar outras expressões freqüentes, tensões, conflitos e antinomias. Então se torna inevitável sopesar princípios que estão em contraposição, quer dizer, se faz necessário estabelecer relações de preferência⁵. (ALEXY, 1997, p.133, tradução nossa)

⁵ En el amplio mundo de los principios, hay lugar para muchas cosas. Puede ser llamado um mundo del deber ser ideal. Cuando hay que pasar del amplio mundo del deber ser ideal al estrecho mundo del deber ser definitivo o real, se producen colisiones o, para usar otras expresiones frecuentes, tensiones, conflictos y antinomias. Es entonces inevitable sopesar principios contrapuestos, es decir, hay que establecer relaciones de preferència.

O Direito deve conter um equilíbrio constante entre todas as normas. Sobre cada situação fática na qual incidem normas jurídicas, estas devem refletir um tratamento uniforme ao caso concreto, propondo soluções adequadas para que se estabeleça a justiça concreta, favorecendo com que as garantias fundamentais sejam efetivas.

Um exemplo simples é o cometimento de um crime. No campo constitucional devem ser garantidos direitos ao delinqüente para que não seja submetido a julgamento injusto e a pena desumana. Na seara penal e processual penal as normas devem garantir a aplicação de uma pena proporcional e previamente discriminada em lei, além de garantir o exercício da ampla defesa e do contraditório. Na esfera cível, eventual dano causado pelo delito deve ser reparado. Em sede previdenciária, atendidos os requisitos, deve ser concedido auxílio aos dependentes do segregado. Não obstante, na psicologia e sociologia jurídica é indispensável que sejam elaborados mecanismos para que o fim colimado pela aplicação da pena, ou seja, a ressocialização, reste atingido (o que no Brasil nos parece cada vez mais distante).

Para um único fato jurídico é possível a repercussão em diversos ramos do Direito. Igualmente, é plenamente natural a incidência de diversas normas e princípios constitucionais sobre a mesma situação fática, que podem convergir em um mesmo sentido, mas, podem colidir.

Nenhum direito ou princípio é absoluto, porém, a plena aplicabilidade de princípios colidentes à mesma situação fática como se absolutos fossem pode conduzir à uma solução real mais justa.

Não há hierarquia entre normas de garantidoras de direitos fundamentais, logo, no plano teórico, todas são passíveis de plena incidência sob determinado caso concreto, o que reflete a harmonia no sistema jurídico. No entanto, pode ocorrer de, em situação específica, a incidência de direitos fundamentais antagônicos, que representam diferentes interesses sob o mesmo prisma, gerando uma colisão real entre direitos constitucionais em uma mesma situação fática e tendo por sujeito da incidência um único indivíduo.

José Joaquim Gomes Canotilho, faz distinção entre concorrência e colisão de direitos fundamentais. Para ele a primeira categoria existe quando um comportamento do mesmo titular preenche os pressupostos de fato de vários direitos fundamentais.

"considera-se existir uma colisão autêntica de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. Aqui não estamos perante um *cruzamento* ou *acumulação* de direitos (como na concorrência de direitos), mas perante um ‘choque’, um autêntico *conflito* de direitos". (CANOTILHO, 1992, p. 136, grifo do autor)

No caso da mercancia sexual, apesar de haver, na proposta de Canotilho, uma concorrência de direitos fundamentais, a especificidade do caso nos conduz ao entendimento de que há uma colisão real de direitos *sui generis*, ou seja, um conflito entre direitos fundamentais que “desejam” incidir sobre a atividade específica mas encontram um antagonismo fático, concorrendo negativamente, ou seja, colidindo entre si.

No caso da prostituição tal colisão se evidencia entre a garantia do livre exercício de profissão e o princípio da dignidade da pessoa humana. No plano normativo tais direitos não colidem, porém quando analisados com foco na atividade de mercancia sexual, estão propensos a se contrapor.

A prostituição é vista pela sociedade como profissão marginal, nada obstante, as circunstâncias que as profissionais do sexo hodiernamente enfrentam corroboram com a compreensão de que a venda do próprio corpo é incapaz de promover uma vida digna.

Considerando que os direitos e garantias fundamentais podem colidir, é de rigor que seja invocado o princípio da concordância prática ou harmonização.

4.4 PRINCÍPIO DA CONCORDÂNCIA PRÁTICA OU HARMONIZAÇÃO

Segundo J.J. Gomes Canotilho, o princípio da concordância prática

"(...) impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito ou em concorrência de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros. O campo de eleição do princípio da concordância prática tem sido, até agora, o dos direitos fundamentais (colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos). Subjacente a este princípio está a idéia do igual valor dos bens constitucionais, e não uma diferença de hierarquia que impede, como solução, o sacrifício de uns em relação aos outros, e impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos, de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre estes bens." (CANOTILHO, 1992, p. 234)

Portanto, tal princípio busca harmonizar os direitos fundamentais conflitantes, com a finalidade de que cada princípio seja ao máximo preservado em sua incidência, o que é expresso.

Visto que os direitos fundamentais encontram situações de colisão conforme a especificidade do caso concreto, o princípio da harmonização apresenta um perfil de aplicabilidade prática, ou seja, visa resolver os conflitos que se apresentem considerando a necessária sensibilidade do caso concreto, procurando solucioná-lo segundo a natureza do problema.

Existem três modalidades de aplicação da concordância prática: colisão com redução bilateral, colisão com redução unilateral e colisão excludente.

4.4.1 COLISÃO COM REDUÇÃO BILATERAL

Na colisão com redução bilateral os direitos fundamentais colidentes podem ser aplicados, porém, ambos sofreram uma redução em sua incidência, com vistas a permitir, com fulcro na ponderação e racionalidade, a obtenção do melhor resultado possível. Existe viabilidade de exercício conjunto dos direitos fundamentais, por via de um processo limitativo de ambos. Referido método, quando possível de ser aplicado, prefere aos demais, porquanto contempla tratamento uniforme aos direitos em colisão.

No caso da prostituição, a colisão entre a dignidade da pessoa humana e o livre exercício de profissão, é possível obter uma solução ótima justamente com a harmonização com redução bilateral. Ou seja, a dignidade sofre uma sutil redução, visto ser atividade considerada degradante pela sociedade e submetida a circunstâncias que ensejam risco, enquanto o livre exercício de profissão sofre pequena redução, na medida em que não é dado a prostituta exercer sua atividade em qualquer local, o que coaduna com a filosofia personalista.

Destarte, a colisão com redução bilateral permite a incidência de todos os direitos colidentes, de forma permitir que o exegeta extraia de cada um o seu melhor, ou seja, o máximo possível de sua incidência para que, no caso concreto, o fato objeto de incidência possa alcançar equilíbrio e harmonia no sistema jurídico.

4.4.2 COLISÃO COM REDUÇÃO UNILATERAL

Na colisão com redução unilateral, é possível o exercício conjugado dos direitos fundamentais, por intermédio da relativização de apenas um deles, sem a qual o outro direito restaria completamente aniquilado.

Sob o prisma da prestação de serviços de mercancia sexual, seria o caso de: ou a prostituição ser tratada como profissão digna tanto para a prostituta quanto frente a moral social e com regulação mínima estatal, ou, ter plena liberdade mas encontrando limitação na moral religiosa. Ambas as hipóteses afastam-se da realidade concreta e, por essa razão, a plena incidência de apenas um direito fundamental com a limitação unilateral de outro, para que ambos possam conviver harmonicamente somente encontra guarida no campo das idéias.

CANOTILHO esboça didático entendimento sobre o tema:

"Os exemplos anteriores apontam para a necessidade de as regras do direito constitucional de conflitos deverem construir-se com base na harmonização de direitos, e, no caso, de isso ser necessário, na prevalência (ou relação de prevalência) de um direito ou bem em relação a outro (D1 P D2). Todavia, uma eventual relação de prevalência só em face das circunstâncias concretas se poderá determinar, pois só nestas condições é legítimo dizer que um direito tem mais peso do que o outro (D1 P D2)C, ou seja, um direito (D1) prefere (P) outro (D2) em face das circunstâncias do caso (C)" (CANOTILHO, 1992, p. 211-212)

Desta forma, a colisão com redução unilateral de direitos encontra melhor encaixe em hipóteses em que os direitos conflitantes são completamente antagônicos. É o que acontece com a segregação em cárcere do autor de um homicídio doloso. Após a incidência de diversos princípios constitucionais garantidores de um devido processo penal, ampla defesa, contraditório, entre tantos outros, ao ser condenado por sentença irrecurável a liberdade de trânsito será completamente aniquilada (temporariamente), para que o autor do delito possa cumprir sua pena na forma estabelecida em sentença, em nítida circunstância onde se estabelece uma relação de preferência entre princípios.

4.4.3 COLISÃO EXCLUDENTE

Na colisão excludente, há a impossibilidade de convivência harmônica entre os direitos colidentes, devendo um deles ter sua incidência afastada no caso concreto, para que o outro possa incidir plenamente.

Tal hipótese é aquela que encontra, no campo teórico, a simpatia daqueles que se opõe a prática da prostituição. Para estes, com base especialmente na moral religiosa, o princípio da dignidade da pessoa humana deverá não poderá incidir sobre a atividade de mercancia sexual, por ser indigna em sua origem. Portanto, a liberdade de exercício de profissão deve ser totalmente afastada para que as meretrizes possam ter acesso a outras oportunidades de uma vida digna. Seria a coroação da proibição da prostituição.

O Supremo Tribunal Federal, em seu Informativo nº. 257, registrou emblemático caso em que houve a aplicação da colisão excludente, oportunidade em que julgou procedente reclamação para deferir a realização do exame de DNA com a utilização do material biológico da placenta retirada de mulher que seria extraditada.

Colisão de Direitos Fundamentais - 1

O Tribunal, por maioria, conheceu como reclamação o pedido formulado contra a decisão do juízo federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal que autorizara a coleta da placenta de extraditanda grávida, após o parto, para a realização de exame de DNA com a finalidade de instruir inquérito policial instaurado para a investigação dos fatos correlacionados com a origem da gravidez da mesma, que teve início quando a extraditanda já se encontrava recolhida à carceragem da Polícia Federal, em que estariam envolvidos servidores responsáveis por sua custódia. Considerou-se que, estando a extraditanda em hospital público sob a autorização do STF, e havendo a mesma se manifestado expressamente contra a coleta de qualquer material recolhido de seu parto, vinculando-se a fatos constantes dos autos da Extraditanda (queixa da extraditanda de que teria sofrido "gravidez não consentida" e "estupro carcerário"), a autorização só poderia ser dada pelo próprio STF. Vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Ilmar Galvão, Celso de Mello e Marco Aurélio, que não conheciam do pedido como reclamação por entenderem não caracterizada, na espécie, a usurpação da competência do STF, uma vez que o fato de a extraditanda estar presa à disposição do STF não impede o curso paralelo de outros procedimentos penais no Brasil.

RCL 2.040-DF, rel. Min. Néri da Silveira, 21.2.2002. (RCL-2040)

Colisão de Direitos Fundamentais - 2

No mérito, o Tribunal julgou procedente a reclamação e, avocando a apreciação da matéria de fundo, deferiu a realização do exame de DNA com a utilização do material biológico da placenta retirada da extraditanda, cabendo ao juízo federal da 10ª Vara do Distrito Federal adotar as providências necessárias para tanto. Fazendo a ponderação dos valores constitucionais contrapostos, quais sejam, o direito à intimidade e à vida privada da extraditanda, e o direito à honra e à imagem dos servidores e da Polícia Federal como instituição - atingidos pela declaração de a extraditanda haver sido vítima de estupro carcerário, divulgada pelos meios de comunicação -, o Tribunal afirmou a prevalência do esclarecimento da verdade quanto à participação dos policiais federais na alegada violência sexual, levando em conta, ainda, que o exame de DNA acontecerá sem invasão da integridade física da extraditanda ou de seu filho. Vencido nesse ponto o Min. Marco Aurélio, que indeferia a realização do exame de DNA. O Tribunal, no entanto, indeferiu o acesso ao prontuário médico da extraditanda porquanto, com o deferimento da realização do exame de DNA, restou sem justificativa tal pretensão. RCL 2.040-DF, rel. Min. Néri da Silveira, 21.2.2002. (RCL-2040)⁶

No caso específico, a cantora mexicana Glória Trevi, presa no Brasil, apresentou-se grávida após sua detenção, alegando porém que a concepção do nascituro ocorrera no cárcere.

Entendeu o STF nos autos da Reclamação 2.040-DF, REL.MIN. Néri da Silveira, julgada em 21 de fevereiro de 2002, que em uma ponderação de valores colidentes (princípio da proporcionalidade), haveria uma lesão mais gravosa ao direito à honra e à imagem dos servidores e da Polícia Federal, atingidos pela declaração de que a extraditanda teria sido vítima de estupro carcerário, do que ao direito à intimidade e à vida privada da extraditanda, visto que o exame de DNA pode ser realizado sem invasão da integridade física da extraditanda ou de seu filho.

Dessa forma, considerou que o direito a intimidade de Glória Trévi deveria ser mitigado com a finalidade de preservar a credibilidade do sistema carcerário brasileiro, uma vez que a hipótese de estupro praticado por agentes federais em serviço, com divulgação em toda a mídia, teria maior potencial lesivo e, ambos os direitos não poderiam conviver.

⁶ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo257.htm>>. Acesso em 15 de setembro de 2011.

Resta claro que no caso concreto entre a colisão entre os princípios da dignidade da pessoa humana e livre exercício de profissão, deve haver ponderação de valores, com base na razoabilidade e proporcionalidade, invocando métodos hermenêuticos de interpretação e a sensibilidade no raciocínio definidor do princípio aplicável.

Especificamente quanto a prostituição, na esteira do que foi apontado nas linhas anteriores, o exercício da mercancia sexual não encontra incompatibilidade com a ordem jurídica vigente, ao contrário, é respaldada pela exegese da Constituição da República. Ao sopesar os princípios em aparente conflito, é possível concluir que o exercício livre da prostituição não gera desequilíbrio na ordem jurídica, ao contrário, sua marginalização gera tensões entre princípios, obrigando o exegeta a interpretações e conclusões incompatíveis com o desprezo que a mercancia sexual encontra na realidade social, inclusive entre os operadores do direito.

5 TRATAMENTO INFRACONSTITUCIONAL DA PROSTITUIÇÃO

Infraconstitucionalmente paira uma imensa “zona cinzenta” sobre a atividade das profissionais do sexo. De fato, não há no Brasil normas regulamentadoras da atividade. O que ocorre atualmente é um reconhecimento mitigado da prostituição como profissão regular e há a possibilidade de que haja contribuição das profissionais para o Regime Geral da Previdência Social, na condição de contribuintes individuais.

Portanto, o profissional do sexo tem plena liberdade de exercício de profissão, encontrando limitações na lei penal e, pela especificidade da prestação do serviço, encontra algum limite por razões culturais, tendo em vista que secularmente a prostituição é visto como prática imoral e escusa.

Ao redor do mundo há a adoção de três formas de tratamento do meretrício: proibição, regulamentação ou o meio termo entre as duas anteriores, conhecida como teoria do abolicionismo.

Pela proibição, como o próprio termo indica, há absoluta proibição da prática da prostituição, especialmente com a criminalização da atividade que, quando praticada, ocorre de forma velada por configurar atividade penalmente punível. Um exemplo de país onde a prostituição é plenamente proibida é a Croácia, o mesmo ocorre com diversos países do leste europeu⁷.

Por outro lado, há países onde a prostituição é regulamentada, podendo ser praticada livremente, como é o caso da Alemanha e Holanda, países em que foi adotada a política da regulamentação. Importante notar que nesses países, apesar da regulamentação, o estigma social permaneceu⁸.

No entanto, em há países como o Brasil, onde a prostituição não é regulamentada e muito menos proibida. Ou seja, o legislador pátrio não despendeu esforços em enfrentar o tema, talvez considerar a prostituição, na interpretação das palavras de Nelson

⁷ Disponível em: <<http://www.state.gov/g/drl/rls/hrrpt/2006/78806.htm>> Acesso em 14 de setembro de 2011.

⁸ Disponível em: <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/6497799.stm>> Acesso em 14 de setembro de 2011.

Hungria, como um mal inexpurgável que, de certa forma, deve ser mantido, porém não encarado frontalmente. (HUNGRIA, 1958).

O mais próximo que o Brasil chegou em relação a uma legislação regulamentadora é o Projeto de Lei da Câmara 98/2003⁹, apresentado pelo então Deputado Federal Fernando Gabeira, no entanto o projeto foi arquivado pela mesa diretora da Câmara dos Deputados em 2007. O projeto se propunha a regular a prostituição em parcos três artigos.

PROJETO DE LEI Nº 98 , DE 2003

(Do Sr. Fernando Gabeira)

Dispõe sobre a exigibilidade de pagamento por serviço de natureza sexual e suprime os arts. 228, 229 e 231 do Código Penal.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º É exigível o pagamento pela prestação de serviços de natureza sexual.

§ 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 prestá-los.

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 projeto de lei acima transcrito, apesar de curto e merecedor de futuro decreto do executivo para lhe dar maior eficácia, trazia em seu bojo a intenção de permitir a prática da prostituição em relação de emprego, com a descriminalização da conduta prevista no artigo 229, Código Penal (casa de prostituição) e, para viabilizar a atividade, descriminalizar igualmente os crimes de facilitação e incentivo a prostituição (artigo 228, CP) e tráfico de mulheres (artigo 231, CP).

Apesar de o PLC 98/2003 não ter prosseguimento e, não haver atualmente outra propositura que vise atender os profissionais do sexo, desde 2002 o Ministério do

⁹ Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=104691>>
Acesso em: 10 de agosto de 2010.

Trabalho e Emprego reconhece a prostituição como profissão regular, dando-lhe código próprio na Classificação Brasileira de Ocupações sob o nº 5198-05¹⁰, que inclui: Garota de programa, Garoto de programa, Meretriz, Messalina, Michê, Mulher da vida, Prostituta, Trabalhador do sexo.

A definição dada para a profissão é a seguinte: “Buscam programas sexuais; atendem e acompanham clientes ;participam em ações educativas no campo da sexualidade. As atividades são exercidas seguindo normas e procedimentos que minimizam a vulnerabilidades da profissão”.¹¹.

Interessante notar que a descrição profissional inclui a participação em ações educativas no campo da sexualidade. Naturalmente a proposta é plenamente utópica frente a realidade social e estigma que permeia a atividade, porém, demonstra igualmente que o meretrício, com o devido tratamento jurídico e social, pode contribuir de forma importante na sociedade.

Outrossim, nos termos do artigo 12 da Lei Federal nº 8212/91, são segurados obrigatórios da Previdência Social, in verbis:

Art. 12 São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

[...]

V – como contribuinte individual

[...]

h) a pessoa física que exerce, por conta própria, atividade econômica de natureza urbana, com fins lucrativos ou não; (Incluído pela Lei nº 9.876, de 1999).

Portanto, é cediço que a profissional do sexo tem pleno direito a gozar dos benefícios previdenciários devidos a todos os segurados, desde que contribuía adequadamente.

Resta então a análise específica sob o prisma do Direito do Trabalho.

¹⁰ Disponível em: <http://www.mteco.gov.br/cbsite/pages/pesquisas/BuscaPorTituloResultado.jsf> . Acesso em 01 de julho de 2010.

6 ASPECTOS TRABALHISTAS

Na seara trabalhista os profissionais do sexo podem ser classificados enquanto minorias, tanto numericamente quanto no aspecto da segregação. A atividade de mercancia sexual é objeto do projeto de lei PL. 98/2003, o qual prevê garantia de assinatura de carteira aos profissionais da área em epigrafe, vez que prestam uma atividade com animo profissional, visando remuneração, não podendo, entretanto, estar subordinados por força do dispositivo penal constante do art. 229, CP.

Não obstante a impossibilidade de subordinação na prestação de serviços de ordem sexual, o Ministério do Trabalho e Emprego reconhece a prostituição como ocupação regular, compondo a Classificação Brasileira de Ocupações (CBO), dando assim os contornos do reconhecimento de tal segmento laboral. Destarte, são os profissionais do sexo contribuintes obrigatórios da Previdência Social por força da Lei nº 8.212/91, assegurando-lhes código próprio de contribuição, sob o numero 1007, embora, muitos profissionais do sexo desconheçam seu direito à salário-maternidade e auxílio-doença, bem como à aposentadoria, todos mediante contribuição de 20% do salário mínimo.

Ora, há um reconhecimento evidente quanto a Prostituição, inclusive sendo assegurada enquanto classe profissional, no entanto há evidente desinteresse publico na adequada proteção à classe, a qual permanece vagando em uma “zona cinzenta” entre a legalidade e a ilegalidade, mesmo que, o desinteresse seja um corolário da hipocrisia uma vez que a mesma sociedade que condena a prostituição é quem a nutre.

6.1 TEORIA TRABALHISTA DAS NULIDADES

Enquanto a nulidade civil prevê que sejam os atos ilícitos eivados de vício tornados nulos com efeitos “ex tunc”, na área trabalhista tais atos tem como regra a anulação com efeitos “ex nunc”, dado suas peculiaridades. Na área civil, há o envolvimento de questões de ordem pública, que convidam à anulação do ato desde sua origem, enquanto que no âmbito jus trabalhista o empregado já dispendeu sua força de trabalho em favor do empregador, que já auferiu lucros com o serviço prestado e essa prestação bilateral não pode ser recuperada pela anulação do ato jurídico viciado. Nas palavras de SÉRGIO PINTO MARTINS:

“Para os que defendem a existência da relação de emprego, mesmo na prestação de atividade ilícitas, como jogo do bicho ou de bingo, em prostíbulos, casas de contrabando ou que vendem entorpecentes, é impossível devolver ao trabalhador a energia gasta na prestação de serviços, devendo o obreiro ser indenizado com o equivalente, em face de as partes não poderem retornar ao estado anterior em que se encontravam (art. 182 do CC), mormente porque haveria enriquecimento do tomador do serviço, em detrimento do prestador de serviço. Assim, teria direito o obreiro às verbas de natureza trabalhista.” (MARTINS, 2005, p.135)

Ensina o jurista Godinho Delgado, que há situações em que haverá aplicação plena da teoria trabalhista das nulidades quando houver interesse estritamente particular, em contrapartida quando houver ofensa a interesse público, deverá ser aplicada plenamente a clássica teoria civilista das nulidades. (DELGADO, 2006).

A posição doutrinária ancorada por Godinho Delgado preleciona que quando houver uma circunstância na qual se observa uma matéria pública, como por exemplo, a existência de crime, não poderá ser conferida validade ao contrato de trabalho. Veja-se como exemplo o indivíduo que vende drogas para o traficante local, ora, tal atitude é um ilícito penal, logo, embora haja pessoalidade, subordinação, continuidade e remuneração no trabalho prestado pelo “aviãozinho”, este jamais terá sua carteira assinada pela ilicitude do ato. Transporta-se o mesmo entendimento ao trabalho prestado pelo profissional do sexo em casa de prostituição, onde, embora haja os requisitos do contrato de trabalho, tal prática é considerada crime por força do art. 229, CP (DELGADO, 2006)

De acordo com tal teoria, o profissional do sexo que presta serviços em casa de prostituição não poderá ter seu contrato de trabalho reconhecido pela ilicitude do objeto. No entanto a jurisprudência encontra respaldo em reconhecer o contrato de trabalho de qualquer outro profissional que preste serviços em local destinado a prostituição, embora haja ilicitude no objeto, uma vez que profissionais como a secretária, faxineira, operador de caixa, recepcionista e mesmo dançarina não atuam diretamente no elemento do tipo penal, ou seja, prostituição. Nesse sentido:

EMENTA: “DANÇARINA DE CASA DE PROSTITUIÇÃO – POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. Restando provado que a autora laborava no estabelecimento patronal como dançarina, sendo revelados os elementos fático-jurídicos da relação de emprego, em tal função, não se tem possível afastar os efeitos jurídicos de tal contratação empregatícia, conforme pretende o reclamado, em decorrência de ter a reclamante também exercido a prostituição, atividade esta que de forma alguma se confunde com aquela, e, pelo que restou provado, era exercida em momentos distintos. Entendimento diverso implicaria favorecimento ao enriquecimento ilícito do reclamado, além de afronta ao princípio consubstanciado no aforismo *utile per inutile vitiari non debet*. Importa ressaltar a observação ministerial de que a exploração de prostituição, pelo reclamado, agrava-se pelo fato de que ‘restou comprovado o desrespeito a direitos individuais indisponíveis assegurados constitucionalmente – (contratação de dançarinas, menores de 18 anos), o que atrai a atuação deste MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, através da Coordenadoria de Defesa dos Interesses Difusos, Coletivos e Individuais Indisponíveis CODIN’ - Procuradora Júnia Soares Nader (grifou-se). (TRT 3ª R. – 5 T. – RO/1125/00 – Relª: Juíza Rosemary de Oliveira Pires – DJMG 18.11.2000. p. 23.)”.

EMENTA: "APELAÇÃO CRIMINAL - CASA DE PROSTITUIÇÃO - ART. 229 DO CÓDIGO PENAL - SENTENÇA ABSOLUTÓRIA - RECURSO INTERPOSTO PELO REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO - PLEITO CONDENATÓRIO - IMPOSSIBILIDADE - LOCAL SITUADO NA ZONA DE MERETRÍCIO - ATIPICIDADE DA CONDUTA - ABSOLVIÇÃO COM FUNDAMENTO NO ART. 386, INC. III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – RECURSO DESPROVIDO. Não se caracteriza o delito de casa de prostituição, quando a boate destinada a encontros amorosos funciona na chamada zona do meretrício, com pleno conhecimento e tolerância das autoridades administrativas, bem como da sociedade local." (TJPR – Apelação Criminal 352.174-4 - Rel. Des. Antônio Martelozzo – j. 19.10.2006).”

Observa-se ai certa injustiça, vez que, embora seja uma profissão legal, o não reconhecimento da atuação do profissional do sexo evidencia discriminação objetiva

quanto ao seu trabalho, o que remete ao questionamento sobre a eficácia do tipo penal proposto pelo art. 229, CP. Não obstante, corrobora com tal pensamento a tendência judicial em reconhecer que casa de prostituição localizada em zona de meretrício, que possui consentimento das autoridades locais não incorre no tipo penal de zona de prostituição, pois estaria ocorrendo uma “convalidação” do ato ilegal, inclusive com a expedição de alvará de funcionamento para o local, que, reconhecidamente na localidade promove encontros entre profissionais do sexo e cliente.

De qualquer forma, o direito do trabalho não admite a ilicitude direta, sendo que, o aproveitamento de atividades lícitas dentro de um contexto de maior ilicitude é uma tendência protecionista, sobretudo para amparar a parte mais sensível de tal relação, qual seja o trabalhador. Na mesma direção o aproveitamento do trabalho dos profissionais do sexo dentro do contexto da casa de prostituição é uma tese, amparada na interpretação axiológica da condição de tais profissionais, os quais são evidentemente prejudicados pela aplicação da norma positivada sem maior rigor analítico.

6.2 ACESSO A JUSTIÇA E POSSIBILIDADE DE DEFESA EM CAUSAS JISTRABALHISTAS

A Constituição da República garante em seu artigo 5º, XXXV, que nenhum direito ou ameaça à direito será excluída da apreciação do Poder Judiciário. Consagrado está em nosso ordenamento jurídico o princípio de amplo acesso ao judiciário.

Tal direito está intimamente ligado ao direito de ação e jurisdição, que é o instrumento que permite a provocação do Poder Judiciário para que solucione o conflito que se apresente. Por essa razão, José Afonso da Silva aduz:

O princípio da proteção judiciária, também chamado princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, constitui, em verdade, a principal garantia dos direitos subjetivos" (SILVA, 1996, p. 410).

Sobre o tema, Antônio Carlos de Araújo Cintra acrescenta que

A doutrina dominante distingue, porém, a ação como direito ou poder constitucional – oriundo do *status civitatis* e consistindo na exigência da prestação do Estado – garantido a todos e de caráter extremamente genérico e abstrato, do direito de ação de natureza processual, o único a ter relevância no processo: o direito de ação de natureza constitucional seria o fundamento do direito de ação de natureza processual. (CINTRA, 1998, p. 254).

Em relação a atividade de mercancia sexual, não é diferente. Após verificar nas linhas anteriores que a prostituição é goza de respaldo frente a Constituição Federal e infraconstitucionalmente, e que, o princípio da liberdade de exercício de profissão, quando colidente com a dignidade da pessoa humana, não será excluído, mas ao máximo será sutilmente reduzido para se adequar ao contexto do caso concreto, resta evidente que, havendo lesão de direitos quando da prestação de serviços sexuais, cabe ao Poder Judiciário apreciar o caso e oferecer a tutela jurisdicional. Mas, de que órgão jurisdicional será a competência para atuar na causa?

De posse da teoria trabalhista das nulidades, evidenciamos que a possibilidade de reconhecimento vínculo de emprego não é possível aos profissionais do sexo, na linha seguida pela doutrina e jurisprudência, uma vez que reconheceria uma ilicitude direta,

embora defendamos a tese de que, no caso dos “garotos e garotas de programa” essa visão deveria ser atenuada para fins de justiça.

Com a Emenda Constitucional nº 45 de 8 de dezembro de 2004, que alterou o Art. 114, CF, a mudança do termo “relação de emprego” para “relação de trabalho” abriu um leque de possibilidades para os profissionais autônomos. Até então, somente estavam sujeitas a apreciação perante a Justiça do Trabalho as relações de emprego, onde prepondera a subordinação hierárquica, porém, com sua competência foi ampliada para abranger as relações onde há prestação de serviços, onerosidade, certa subordinação, mas não há continuidade na prestação de serviços para o mesmo contratante.

Sobre a abrangência do termo “relação de trabalho” Mauricio Godinho Delgado afirma:

A Ciência do Direito enxerga clara distinção entre relação de trabalho e relação de emprego.

A primeira expressão tem caráter genérico: refere-se a todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em labor humano. Refere-se, pois, a toda modalidade de contratação de trabalho humano modernamente admissível. A expressão relação de trabalho englobaria, desse modo, a relação de emprego, a relação de trabalho autônomo, a relação de trabalho eventual, de trabalho avulso e outras modalidades de pactuação de prestação de labor (como trabalho de estágio, etc.) Traduz, portanto, o gênero a que se acomodam todas as formas de pactuação de prestação de trabalho existentes no mundo jurídico atual.

A relação de emprego, entretanto, é do ponto de vista técnico-jurídico, apenas uma das modalidades específicas de relação de trabalho juridicamente configuradas. Corresponde a um tipo legal próprio e específico, inconfundível com as demais modalidades de relação de trabalho ora vigentes”. (DELGADO, 2006, p. 496-497)

Desta feita, com a redação oferecida ao artigo 114, CFRB pela EC 45/2004, os profissionais que atuam na condição de autônomos podem pleitear juntamente à justiça do trabalho suas causas, como é o caso do empreiteiro, jardineiro, entre outros. Sendo assim, não vemos qualquer óbice para que os profissionais do sexo possam pleitear eventuais prejuízos sofridos em sua prestação de serviços juntamente às varas do trabalho.

Naturalmente que tal aplicação necessita de uma superação do preconceito e estigma existente em tal prática, inclusive, em razão de que com a redação dada ao Art. 114, CF pela EC 45/08 cabe distinção entre as relações de prestação de serviços que se revelam como de competência trabalhista e aquelas que seguem o rito comum enquanto relações consumeristas.

Rizzato Nunes, em sua obra Curso de Direito do Consumidor, ensina em quais condições a pessoa física atua na condição de fornecedor para efeito de aplicação da Lei n.º 8.078/90:

No que respeita à pessoa física, tem-se, em primeiro lugar, a figura do profissional liberal como prestador de serviço e que não escapou da égide da Lei n. 8.078. Apesar da proteção recebida da lei (o profissional liberal não responde por responsabilidade objetiva, mas por culpa – cf. o § 4º do art. 14), não haverá dúvida de que o profissional liberal é fornecedor. (NUNES, 2005, p.89)

Pela definição de Nunes, fornecedor é aquele profissional liberal, cabendo aí a distinção entre este e o profissional autônomo, qual seja, que o primeiro possui qualificação técnica ou de nível superior, podendo constituir empresa individual, enquanto o autônomo presta serviços por conta própria sem qualificação específica.

Destarte, resta como óbvio que o rito trabalhista compreende sem maiores obstáculos as lides decorrentes da prestação de serviços de ordem sexual, pois não se caracterizam como relação de consumo.

Torna-se, portanto essa alteração constitucional uma grande porta para que os trabalhadores do setor de mercancia sexual possam, pelo caminho da legalidade, pleitear junto a seus contratantes eventuais débitos pendentes, bem como danos morais e patrimoniais advindos da relação de trabalho formada entre o contratante dos serviços e o prestador, qual seja o profissional do sexo.

Dentro da filosofia personalista adotada pela legislação pátria, a liberdade individual se limita somente frente ao interesse coletivo, é logicamente verificável que a prostituição por si só não é capaz de ferir o interesse coletivo, enquadrando-se dentro de uma visão legal acerca da dignidade. Porém, há um constrangedor humor satírico quando de se

aventar a possibilidade de acesso de tal profissional à toda gama de direitos constitucionais garantidos aos profissionais autônomos.

A novidade do tema gera inquietação em muitos. O motivo, sem sombra de dúvidas, é pela moral religiosa, a qual causa reiterada confusão entre o “Digno Legal” e o “Digno Religioso”.

Na cultura cristã os textos bíblicos são claros em demonstrar que a prostituição é vista como prática contrária à lei de Deus, no entanto, em uma sociedade laica tal ponderação deve fazer parte somente dos movimentos evangelísticos e catequistas, não havendo correlação entre a significância do tema para as religiões cristãs ocidentais e a ordem legal aplicável. Tais assertivas encontram seu limite na índole pessoal de cada interprete do direito que, por vezes, vê suas decisões e opiniões permeadas de religiosidade. Rizzato Nunes demonstra isto em seu livro “O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana”, o buscar justificar sua tese de que a dignidade humana é um princípio absoluto e universal:

Não temos dúvida em afirmar que a questão aqui é “religiosa” no sentido de ligar o ser humano àquilo que é divino.

E, nessa linha de pensamento, temos que colocar, então, que, ao menos no Ocidente – que é o que nos interessa -, o fundamento último e primeiro de toda moralidade é cristão. E, por isso, não se trata nem se trataria jamais de afirmar valores relativos, mas sim de apontar, desde logo, isto é, desde Jesus Cristo, o absoluto. (NUNES, 2002, pg. 5-6).

Como bem afirma o mestre Rizzato Nunes, o fundamento para moralidade ocidental é cristão, no entanto, o renomado escritor, ouvida em mencionar que tal visão moral se encontra no plano individual, dependente da formação religiosa e familiar de cada indivíduo, sendo, portanto, render-se ao absurdo remeter tal afirmação para o contexto de construção legal e de interpretação dos dispositivos normativos. Tão absurdo quanto, é tal índole individual permear o processo decisório do Estado frente às lides que se apresentam, embora, seja em extremo comum que isso ocorra.

É evidente que uma eventual lide envolvendo uma profissional do sexo e seu cliente terá inúmeras especificidades. Primeiramente, a profissional do sexo é a parte vulnerável da relação, por outro lado, a delimitação do prejuízo sofrido é de grande

dificuldade, frente a clandestinidade da prestação dos serviços. Outrossim, o caráter sigiloso e íntimo desse tipo de relação de trabalho faz com que a exposição pública do prejuízo perante a autoridade judiciária seja, no mínimo, constrangedora.

Porém, a prostituição é uma realidade social e, a despeito das especificidades, a possibilidade jurídica da instrução de causa perante a Justiça do Trabalho para que seja pleiteado o pagamento não realizado por um serviço sexual, ou para pleitear danos patrimoniais ou morais ocorridos no momento da prestação de serviços é evidente. Nada obstante, a recíproca é verdadeira, podendo eventual cliente prejudicado na prestação de serviços, instruir petição perante a Vara do Trabalho competente para que possa se ver ressarcido de eventual prejuízo.

De qualquer maneira, a visão acerca dos profissionais do sexo deve ser despida de preconceitos, uma vez que se trata de uma classe de indivíduos que, como qualquer outra, busca realização pessoal, bem como prover sua família através do fruto de seu trabalho. No entanto, não garantir as mínimas condições de trabalho, com respeito à integridade moral e física do trabalhador, bem como a uma contraprestação pecuniária mínima, não haverá dignidade que subsista.

7 ASPECTOS CIVIS

Para a doutrina clássica a mulher profissional do sexo não é pessoa apta a exercer o poder familiar sobre seu filho menor. Os argumentos perpassam pelos aspectos de moralidade, sobretudo com um implícito paradigma religioso. Para esta corrente doutrinária o exercício da prostituição é motivo suficiente para ensejar a destituição do poder familiar, seguindo neste sentido Maria Helena Diniz, ao interpretar o Art. 1.638 do Código Civil:

[..] podendo, então, considerar menor em situação irregular o que se acha em perigo moral, por encontrar-se, de modo habitual, em ambiente promiscuo, inadequado ou contrário aos bons costumes. P.ex.: se vive em companhia de mãe prostituta [...] (DINIZ, 2006, p.542)

A princípio podemos rebater tal entendimento com o simples fato de que não se pode utilizar pesos e medidas diferentes para o mesmo fato. Veja-se que verificamos ao longo dos raciocínios traçados que a prostituição é uma profissão regular e protegida penalmente e, portanto, não se pode tratar tal profissão – regular - como se imoral fosse.

Quando falamos em imoralidade não resguardamos laços com a imoralidade religiosa, mas sim com aquilo que é imoral perante a norma jurídica, e, uma profissão autorizada e protegida por um sistema jurídico não pode ser considerada incompatível com a moral, frente ao interesse legal, se contrário fosse, afirmaríamos que o Direito tutela e preserva a imoralidade, o que de fato, não é.

Ao se enveredar pelo estudo da situação jurídico-social dos profissionais do sexo, temos que vislumbrar a possibilidade de este ter filhos, os quais são sustentados por este, estando sob a égide das obrigações de guarda, sustento e proteção que deve ser prestada ao genitor ao filho menor.

Observamos ao longo dos raciocínios traçados anteriormente que o profissional do sexo é uma ocupação reconhecida pelo Ministério do Trabalho e Emprego, bem como resguardado pela Previdência Social e passível de ser protegida pela Justiça do Trabalho, além de já se ter vislumbrado que o conceito de dignidade humana é relativo

e que a despeito do transpersonalismo, a dignidade se perfaz pela visão individual, a qual deve ser respeitada desde que não enquadrada em circunstâncias de ilicitude penal.

Neste sentido é evidente que é flagrante ilegalidade e evidente reflexo de um preconceito infundado e estigmatizante o conteúdo das alegações daqueles que defendem a suspensão ou destituição da guarda do filho menor da prostituta, fundamentando na indignidade desta, assim como na impossibilidade desta manter uma adequada educação e formação para o filho menor. Tal defesa baseada em uma pseudo moralidade não reflete a realidade jurídica que permeia a atuação do profissional do sexo, vez que a prostituição não é um trabalho necessariamente indigno em suas concepções objetiva e subjetiva.

Tanto a infidelidade conjugal quanto a prostituição, interpretados como comportamentos socialmente irregulares, são causas suficientes para separação litigiosa, porém, mister se faz que a perda da guarda seja fundamentada em evidente prejuízo ao infante. Naturalmente que a mãe que se dedica ao meretrício e não age com diligência quanto ao filho deve ser denunciada ao Conselho Tutelar e ter como consequência a perda do poder familiar, porém, note-se que é o abandono, o descuido, que devem ser determinantes para tal atitude. Mesmo os tribunais decidem, nesse sentido:

EMENTA: “Guarda de Menor. Simples indicativos de que a mãe da criança dedica-se à prostituição não são suficientes para que dela se retire a guarda, em favor de terceiros.” (AC nº 597120401, rel. Des. Ivan Leomar Bruxel, j. em 20.11.97, Jurisprudência TJRS, C-Cíveis, 1998, V-1 ,T-3 , P-223-228).

EMENTA: “Guarda dos filhos menores. A proteção a seu interesse sobreleva qualquer outro bem juridicamente tutelado. A culpa da mulher na separação judicial dos cônjuges não implica necessariamente na perda da guarda dos filhos.” (AC nº 583039805, rel. Des. José Vellinho de Lacerda, j. em 27.3.84, Jurisprudência TJRS, C-Cíveis, 1984, V-2 ,T-, P-250-255)

Sendo a prostituição uma forma regular de trabalho, a necessidade de a mãe ausenta-se para prestar serviços de meretriz, não pode caracterizar abandono do infante, uma vez que é necessário que a genitora labore para prover o sustento familiar. Nesse sentido:

EMENTA: “Somente se retira menor de pouca idade da companhia materna em situações excepcionais. O trabalho pela mulher fora do lar,

em razão de necessidade para o sustento da família — agravada em razão do comportamento do ex-marido, que se recusa ao pagamento da pensão alimentícia devida — não caracteriza abandono dos filhos, mormente no caso em que nada se prova em desabono da conduta moral da genitora. A pobreza não é causa legítima para a preterição do direito de guarda de menor de pouca idade se não comprometida seriamente por outros fatores que possam influir na formação pessoal do filho.” (AC nº 76.456-1, rel. Des. Toledo César, j. em 24.3.87, in RT 620/65)”

Destarte, a conduta determinante para a perda da guarda pela meretriz do filho menor de tenra idade deve ser o não provimento daquela para o sustento e bom desenvolvimento deste, sendo sua condição de mercante sexual fator irrelevante, se não relacionado com outras atividades ilícitas. Ora, é natural que, seja a genitora meretriz ou a profissional de alta qualificação acadêmica, sendo usuária de entorpecentes, dada ao alcoolismo, a promiscuidade, a violência, entre outros fatores, devem ser causas indiscutíveis, para, mediante prova, ser determinada pelo magistrado a destituição do poder familiar.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho visou oportunizar uma visão analítica da atividade de mercancia sexual, dentro das circunstâncias delimitadas, enveredando por diversos aspectos sociais e jurídicos, na intenção de permitir uma visão ampla do tema.

Ficou evidente que a prostituição, apesar de estigmatizada e reduzida a condição marginalia, é uma realidade social que não pode ser despida do coerente tratamento jurídico, sendo inafastável a incidência de direitos e garantias fundamentais e a decorrente proteção infraconstitucional, apta a permitir o exercício de direitos constitucionalmente garantidos nas situações concretas que venham a se apresentar.

A prostituição enfrenta e permanecerá convivendo com a segregação social, porém, não se pode olvidar que a classe prostituinte é composta por pessoas, com família, sonhos e expectativas, sendo indelével a conclusão de que não lhes é inerente a identidade de promiscuidade e desajuste social, elementos estes muito mais relacionados com a visão da sociedade em relação a mercancia sexual.

Apesar de vista como profissão incapaz de promover uma vida digna e, teoricamente, limitar a incidência do princípio constitucional da pessoa humana, pudemos concluir, com base na melhor doutrina que, com fulcro na filosofia personalista, a dignidade encontra uma exegese mais ampla, relacionada especificamente com a realização pessoal e a auto-determinação, ademais, a dignidade encontra um viés intimista, quando se considera que o indivíduo pode conquistar através de qualquer trabalho lícito seu sustento e de sua família.

De toda forma, considerando que na realidade social a profissional do sexo se depara com circunstâncias em sua prestação de serviços que lhe impingem uma situação de vulnerabilidade, é possível considerar a colisão entre direitos fundamentais, nomeadamente entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o livre exercício de profissão. Invocamos então a aplicação da razoabilidade e proporcionalidade, com fulcro nas ponderações de Alexy. Na esteira do princípio da concordância prática ou harmonização e na abordagem das situações de colisão de direitos fundamentais,

concluimos que no caso concreto atinente a prostituição, a colisão com redução bilateral permite uma melhor adequação para a realidade social vivida pelos mercantes do sexo.

Infraconstitucionalmente, a prostituição não encontra qualquer regulamentação, encontrando apenas limitações no Direito Penal, visto que a exploração do meretrício por terceira pessoa constitui fato típico. No entanto, a atividade é reconhecida no âmbito do Direito do Trabalho, tendo em vista se tratar de ocupação reconhecida pelo Ministério do Trabalho e Emprego. Em consequência de tal reconhecimento, é plenamente viável e adequada a possibilidade de filiação do profissional do sexo no Regime Geral da Previdência Social, na condição de contribuinte individual.

Visto a recepção da atividade de mercancia sexual, desenvolvida nos moldes que ora abordamos, a incidência do direito constitucional de acesso ao judiciário e direito de ação é medida que se impõe. A questão da competência jurisdicional é resolvida pela própria Constituição da República em seu artigo 114, cabendo então eventual lide ao conhecimento da Justiça do Trabalho.

Não logrando em esgotar completamente o tema, mas apontar uma decorrência lógica de tudo o que fora exposto, demonstramos que a profissão desempenhada pela prostituta, por si só, não é causa de perda do poder familiar, tendo em vista se tratar de profissão lícita. Portanto, o desempenho da prostituição, desde que não submeta o menor a situação de risco social, não pode ser considerado motivo bastante para que haja destituição ou suspensão do poder familiar.

A densa névoa de incertezas que paira sobre a mercancia sexual é reflexo da segregação social e estigma gerado ao longo dos séculos, refletindo no desinteresse do aplicador do direito, do legislador e dos governantes em promover soluções de integração social e desmarginalização da atividade. Em que se pese a definição à profissão concedida pela Classificação Brasileira de Ocupações, ao propugnar que o profissional do sexo poderá estar integrado em atividades de educação sexual, a realidade estigmatizante faz com que tal proposta esteja longe de concretização.

9 REFERÊNCIAS

ALEXY. Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

ALEXY. Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

BBC NEWS. UN Highlights Human Trafficking. Disponível em: <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/6497799.stm>>. Acesso em 10 de fevereiro de 2011.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da Republica Federativa do Brasil*. 39. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Constituição (1824). *Constituição Política do Império do Brazil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em 12 de janeiro de 2011.

BRASIL. Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 98 de 19 de fevereiro de 2003. Propõe a regulamentação da prostituição e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=104691>>. Acesso em 05 de fevereiro de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 414426. Julgamento da obrigatoriedade da inscrição na Ordem dos Músicos do Brasil. Exmo. Ministra Ellen Gracie. *Jurisprudência*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2194818>>. Acesso em 05 setembro de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo STF nº 257*. 22 de fevereiro de 2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo257.htm>>. Acesso em 25 de janeiro de 2011.

CÂMARA, Edson de Arruda. Profissão: *Prostituta – uma visão penal, previdenciária e trabalhista*. Revista de Direito Trabalhista. Abril/2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

CORBETT, N. Q. *A prostituta sagrada: a face eterna do feminino*. Tradução Isa F. Leal Ferreira. São Paulo: Paulus, 1990.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. v.5. ed. São Paulo: LTr, 2006.

DELMANTO, Celso. *Código penal anotado*. v.2. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. v.5, 21. ed. São Paulo. Saraiva, 2006.

ENGEL, M. G. O médico, a prostituta e os significados do corpo. In: VAINFAS, R. *História e sexualidade no Brasil*. Rio de Janeiro: Graal, 1986.

GASPAR, Maria Dulce. A literatura sobre prostituição. In: *Garotas de Programa: Prostituição em Copacabana e Identidade Social*. Rio de Janeiro: Zahar, 1985.

_____. O Jogo de Atributos: A construção da identidade social da garota de programa. In: *Garotas de Programa: Prostituição em Copacabana e Identidade Social*. Rio de Janeiro: Zahar, 1985.

GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. Rio de Janeiro : LTC,1988.

GOMES, R. *O corpo na rua e o corpo da rua: a prostituição infantil feminina em questão*. São Paulo: Unimarco Editora, 1996.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no Processo*. Rio de Janeiro: Aidé, 1993.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. v. 3, 12 ed. São Paulo: Saraiva: 1998.

KIRSCH, J. *As prostitutas na bíblia: algumas histórias censuradas*. Trad. de

Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Record/Rosa dos Tempos, 1998.

LAMARCA, Antônio. *Contrato individual de trabalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.

LINS, R. N. *A cama na varanda: arejando nossas idéias a respeito de amor e sexo: novas tendências*, Rio de Janeiro: BestSeller, ed. rev. e ampliada, 2007.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. São Paulo: Atlas, 2002.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em 10 fev. 2011.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. *Dignidade da pessoa humana e moralidade democrática*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19ª ed. Editora Saraiva. São Paulo, 2000.

REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo. Saraiva, 1994.

RIZZATTO NUNES, Luis Antonio. *Curso de Direito do Consumidor*. 2. ed. mod. at. São Paulo: Saraiva, 2005.

ROBERTS, Nickie. *As prostitutas na história*. Trad. De Magda Lopes. Rio de Janeiro: Record/Rosa dos Tempos, 1998.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

ROSSIAUD, J. *A prostituição na Idade Média*. Trad. Cláudia Schilling. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, 224p.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

URIBE ZÚÑIGA, P. E. *La comercialización del erotismo: la prostitución*. México: Consejo Nacional de Población, 1994.

U.S. DEPARTMENT OF STATE. *Croatia*. Disponível em: <<http://www.state.gov/g/drl/rls/hrrpt/2006/78806.htm>>. Acesso em: 15 de setembro de 2011.

VELHO, Gilberto. Um estudo do comportamento desviante: A contribuição da Antropologia Social. In: *Desvio e Divergência*. Rio de Janeiro: Zahar, 1985.

VILHENA, Paulo Emílio. *Relação de Emprego: Estrutura legal e supostos*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999.

ZALUAR, Alba. *A máquina e a revolta: organizações populares e o significado da pobreza*. São Paulo: Brasiliense, 1985.