

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 394.

(ano VII)

(13/07/2015)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2015

Conselho Editorial

COORDENADOR GERAL (DF/GO) -
VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:
*Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em
Direito Penal Internacional.*

Coordenador do Direito Internacional
(AM/DF): **SERGIMAR MARTINS DE
ARAÚJO** - Advogado com mais de 10 anos
de experiência. Especialista em Direito
Processual Civil Internacional. Professor
universitário

Coordenador de Dir. Administrativo:
**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA
MAFRA FILHO** (MT): Doutor em Direito
Administrativo pela UFMG.

Coordenador de Direito Tributário e
Financeiro - **KIYOSHI HARADA** (SP):
Advogado em São Paulo (SP). Especialista
em Direito Tributário e em Direito Financeiro
pela FADUSP.

Coordenador de Direito Penal - **RODRIGO
LARIZZATTI** (DF): Doutor em Ciências
Jurídicas e Sociais pela Universidad del
Museo Social Argentino - UMSA.

País: *Brasil*. Cidade: *Brasília* – DF.
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DO DIA



13/07/2015 Rômulo de Andrade Moreira

» [A corte Europeia de Direitos Humanos e o excesso prazal: o caso polonês](#)

ARTIGOS

13/07/2015 Helena Silveira Armando Waitman

» [A Terceirização no Direito do Trabalho e o Projeto de Lei da Câmara nº 30/2015](#)

13/07/2015 Fernando Pereira Lima

» [Imprescritibilidade das ações de ressarcimento por prejuízos ao erário à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal](#)

13/07/2015 Tayson Ribeiro Teles

» [O "Novo CPC" e a Gratuidade da Justiça](#)

13/07/2015 Caio Alexandre Guimarães Garcia

» [Princípios gerais que regem as relações jurídicas bilaterais](#)

13/07/2015 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Meio Ambiente Espacial? Uma Contemporânea Ótica sobre o Meio Ambiente](#)

13/07/2015 Camilla de Oliveira Borges

» [A problemática da regulamentação da prostituição como profissão no direito brasileiro: pela visibilidade dos direitos dos profissionais do sexo](#)

A CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS E O EXCESSO PRAZAL: O CASO POLONÊS

RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA: Procurador-Geral de Justiça Adjunto para Assuntos Jurídicos na Bahia. Foi Assessor Especial da Procuradoria Geral de Justiça e Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais. Ex- Procurador da Fazenda Estadual. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador - UNIFACS, na graduação e na pós-graduação (Especialização em Direito Processual Penal e Penal e Direito Público). Pós-graduado, lato sensu, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela Universidade Salvador - UNIFACS (Curso então coordenado pelo Jurista J. J. Calmon de Passos). Membro da Association Internationale de Droit Penal, da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim. Integrante, por quatro vezes, de bancas examinadoras de concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor convidado dos cursos de pós-graduação dos Cursos JusPodivm (BA), Praetorium (MG), IELF (SP) e do Centro de Aperfeiçoamento e Atualização Funcional do Ministério Público da Bahia. Autor de várias obras jurídicas.

A morosidade da Justiça vai custar caro para os poloneses. A Corte Europeia de Direitos Humanos fixou um prazo de dois anos para a Polônia indenizar aqueles que foram vítimas da lentidão judicial. A decisão foi tomada depois de os Juízes Europeus constatarem que já receberam cerca de 650 reclamações de pessoas que se dizem prejudicadas pelo ritmo lento da Justiça polonesa.

Porém, em vez de julgar cada uma delas, a Corte considerou ser mais razoável comunicar a medida ao Governo da Polônia e passar essa função aos Juízes poloneses. Se o prazo não for cumprido, aí sim os

Juízes da Corte voltam a entrar em ação. (Fonte: Revista Consultor Jurídico, 8 de julho de 2015, 10h15, disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-jul-08/polonia-dois-anos-indenizar-vitimas-lentidao-judicial>).

Pois é, agora foi a vez da Polônia.

Antes, no ano de 2012, a Itália foi condenada a indenizar um inspetor de Polícia que teve que esperar dez anos para a conclusão do processo criminal contra ele. O motivo da condenação, no entanto, não foram os dez anos, mas sim a espera de cinco anos no processo que ele moveu contra o Estado justamente pela demora judicial. A Corte Europeia de Direitos Humanos, que analisou a reclamação do inspetor, julgou que a demora acabou beneficiando o acusado. Por conta dela, crimes prescreveram e a pena imposta foi reduzida. Já a espera de quase cinco anos no pedido de indenização foi considerada inaceitável pelos juízes europeus. Eles decidiram que, via de regra, pedido de reparação pela demora judicial deve ser concluído em dois anos e meio, no máximo. Na Itália, o que garante reparação aos prejudicados pela morosidade da Justiça é a Lei 89, de março de 2001, apelidada de Lei Pinto, em referência ao redator da norma. A lei foi aprovada em resposta à exigência do Conselho da Europa, de que a demora injustificada de processos judiciais prejudica os cidadãos e estes têm direito de receber indenização do Estado.

Aliás, anteriormente, em dezembro de 2010, a Itália foi repreendida pela Corte Europeia de Direitos Humanos por causa da pouca efetividade da lei. Os juízes consideraram que a Justiça italiana

estava demorando demais para julgar os pedidos de indenização das vítimas da lentidão judicial. Na ocasião, a Corte mandou o país rever a sua lei e criar um fundo para garantir indenização aos prejudicados.[1]

Agora, neste ano de 2015, mais uma vez, a lentidão na Justiça italiana continua e o país foi condenado a pagar indenização por demorar a indenizar justamente aqueles que foram prejudicados pelo ritmo judicial lento. Para tentar evitar o pagamento duplo e facilitar a vida das vítimas, o Ministério da Justiça assinou um acordo com o Banco da Itália, que vai permitir o pagamento da compensação pela demora da Justiça em até 120 dias. Funciona assim: o cidadão espera anos para seu processo — penal ou cível — ser resolvido. Uma vez solucionado, ele inicia um novo processo pedindo indenização por ter tido de aguardar tanto tempo. Concluída essa segunda ação, se for considerado que a demora judicial o prejudicou de alguma forma, aí sim entra em jogo o acordo com o Banco da Itália e, em até quatro meses, o cidadão recebe sua indenização.[2]

Em nosso Continente, o Tribunal Constitucional do Peru acaba de fixar novo lineamento jurisprudencial sobre o prazo razoável do processo como doutrina jurisprudencial vinculante para todos os Juízes e Tribunais do País, em conformidade com o art. VI do Título Preliminar do Código de Processo Constitucional.

A questão foi decidida no julgamento de um Habeas Corpus impetrado por Aristóteles Romana Paucar Arce contra Juízes da 3ª. Turma Penal do Tribunal Superior de Justiça da Província Callao, onde se contestou o direito a ser julgado num prazo razoável (Processo nº. 0295-2012 na PHC/TC).

Consta da decisão:

"Como se sabe, a través de diferentes pronunciamientos (Cfr. STC N.ºs 5350-2009-PHC, 2700-2012-PHC, 0350-2013-PHC, entre otras), el TC había señalado que en el ámbito del proceso penal el cómputo del plazo razonable comenzaba a correr desde el primer acto del proceso dirigido contra la persona como presunto responsable de un delito, el que a su vez podía estar representado por: i) la fecha de aprehensión o detención judicial preventiva del imputado, o ii) la fecha en que la autoridad judicial toma conocimiento del caso; entendiéndose en términos generales que dicho acto lo constituía el auto de apertura de instrucción. Con la expedición de la STC N.º 0295-2012-PHC, el TC ha precisado que el cómputo del plazo razonable del proceso penal comienza a correr desde la apertura de la investigación preliminar del delito, el cual comprende la investigación policial o la investigación fiscal; o desde el inicio del proceso judicial en los casos de delitos de acción privada, por constituir el primer acto oficial a través del cual la persona toma conocimiento de que el Estado ha iniciado una persecución penal en su contra. Sobre las consecuencias jurídicas derivadas de la afectación al derecho al plazo razonable del proceso o a ser juzgado dentro de un plazo razonable. En relación a las consecuencias jurídicas que se generan cuando se constata la violación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, en la sentencia recaída en el Expediente N.º 3509-2009-PHC, el TC señaló que ello conllevaba a la exclusión del imputado del proceso penal. Posteriormente, en el Expediente N.º 5350-2009-PHC, advirtió que el órgano jurisdiccional debía emitir y notificar, en el plazo máximo de

sesenta días naturales, la sentencia que defina la situación jurídica del procesado, bajo apercibimiento de darse por sobreseído el proceso penal, no pudiendo ser nuevamente investigado ni procesado por los mismos hechos, por cuanto ello conllevaría la vulneración del principio ne bis in ídem . Al respecto, el TC ha considerado pertinente definir la línea jurisprudencial fijada, y, por tanto, precisar que la eventual constatación por parte de la judicatura constitucional de la violación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable no puede ni debe significar el archivo definitivo o la conclusión del proceso judicial de que se trate (civil, penal, laboral, etc.). Lo que corresponde es que, bien entendidas las cosas, se proceda a la reparación in natura por parte de los órganos jurisdiccionales, la misma que consiste en emitir el pronunciamiento definitivo sobre el fondo del asunto en el plazo más breve posible, a fin de resolver de manera definitiva la situación jurídica del procesado. En tanto que, en cuanto al plazo, éste deberá establecerse según las circunstancias concretas de cada caso. Lo expuesto no exime de las responsabilidades a que hubiere lugar para quienes incurrieron en la afectación el derecho al plazo razonable del proceso. Lima, 5 de junio de 2015." (Disponível em http://www.tc.gob.pe/notas_prensa//notas/2015/nota_2015_026.html).

Pois bem.

Esta questão relativa à mora processual, especialmente em ações penais públicas condenatórias, é extremamente preocupante em nosso País, particularmente porque aqui se banalizou a prisão provisória e, portanto, mantém-se com bastante frequência preso o réu, quando ainda não definitivamente julgado e condenado. O que deveria

ser uma excepcionalidade, passou a ser uma banalidade. Desgraadamente!

Ary Franco já pontificava há tempos que *“a questão relativa ao prazo de encerramento da instru o criminal sempre foi preocupa o máxima dos poderes públicos, por isso mesmo que   mister acautelar os interesses do réu, que não pode nem deve, como elemento da sociedade, ficar indefinidamente   espera de que os órgãos da sociedade que integram o Poder Judiciário ultimem a sua situa o de acusado, para declar -lo inocente, ou não.”*[\[3\]](#)

Outro antigo processualista, Câmara Leal, já indicava como causa justificadora para a concessão de **habeas corpus** *“quando, estando o réu preso em flagrante ou preventivamente, não   o processo julgado dentro do prazo legal, exceto se ocorrer legítimo impedimento.”*[\[4\]](#)

Vicente de Azevedo, outro saudoso jurista, enfrentando esta mesma questão, alertava que acaso não concedido, em tais hipóteses, o **habeas corpus** acabaria *“o réu cumprindo a pena cominada em abstrato na lei penal antes de julgado”*[\[5\]](#)...

Aliás, conta-se que Carl Friedrich Gustav Seidler, um [viajante su o-alemão](#) que esteve no Brasil entre [1825](#) e 1826, escreveu em 1837 o seguinte: *“Mete-se num buraco de cachorro um cidadão sob a suspeita de haver praticado um crime, e só muito mais tarde se verifica sua culpa”*. Depois, afirmava que *“entre nós (brasileiros) não se tem amor   justiça.”*[\[6\]](#)

A doutrina mais recente, por sua vez, é uníssona, bastando ser citados, por todos, Frederico Marques e Tourinho Filho, respectivamente:

*“A manutenção do réu sob **carcer ad custodiam** não pode, em regra, exceder o prazo legal. (...) No Direito inglês é observado, com sumo rigor, o preceito que veda manter-se preso o réu, demoradamente, sem julgamento definitivo. Entre nós, isso nem sempre acontece, o que é injusto e iníquo.”* [7] É o que vimos neste processo.

*“Se o réu não pode ser culpado pela inobservância do prazo, é o **habeas corpus** o meio idôneo para pôr cobro à coação cautelar, por não se conter esta nos limites temporais em que a lei permite a vulneração da incoercibilidade no âmbito da liberdade de ir e vir.”* [8]

Observamos que a Emenda Constitucional n.º. 45/04 acrescentou mais um inciso ao art. 5.º da Constituição Federal, estabelecendo expressamente que *“a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”* (LXXVIII).

A injustificada demora processual acarreta constrangimento ilegal a ser remediado via **habeas corpus**, salvo se o atraso foi causado exclusivamente pela defesa.

Aliás, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos concebeu a chamada Teoria dos Sete Critérios que podem autorizar, excepcionalmente, a dilação processual; segundo esta teoria, sete situações devem ser observadas para se aferir o excesso prazal, dentre as

quais, a complexidade do caso, a conduta processual do acusado e a conduta das autoridades judiciárias.^[9]

Esta questão da demora no julgamento de um processo criminal, mormente quando se trata de réu preso, é causa de preocupações inclusive na doutrina alienígena, a ponto de estar expressamente consignado no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos firmado em Nova York, em 19 de dezembro de 1966 e promulgado pelo Governo brasileiro através do Decreto nº. 592/92, a seguinte cláusula:

“3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias:

(...) “c) De ser julgado sem dilações indevidas” (art. 14, 3, c).

Igualmente lê-se no Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969, promulgado entre nós pelo Decreto nº. 678/92:

“Art. 8º. – Garantias Judiciais

“1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente...” (grifo nosso).

Tais normas já se incorporaram ao nosso Direito Positivo, devendo ser obrigatoriamente observadas pelos nossos juízes e Tribunais, por força do disposto no art. 5º., § 2º., da Constituição Federal:

“A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, adotada no Brasil através do Dec. 678/92, consigna a ideia de que toda pessoa detida ou retida tem o direito de ser julgada dentro de um prazo razoável ou ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o

processo.” (Superior Tribunal de Justiça – 5ª. Turma – Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº. 5239 - Relator Ministro Edson Vidigal – j. 7.5.96 – DJU 29.9.97, p. 48.228).

No mesmo sentido, confira-se a Convenção Europeia para salvaguarda dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, art. 6º., 1. Na atual Carta Magna espanhola, art. 24, 2, temos: “*Asimismo, todos tienen derecho (...) a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías...*” (grifo nosso). Do mesmo modo a VI Emenda à Constituição americana: “*Em todas as causas criminais, o acusado gozará do direito a um juízo rápido e público...*” É o direito ao **speedy trial**.

Finalizamos com a lição de Aury Lopes Jr.:

"Deve haver um marco normativo interno de duração máxima do processo e da prisão cautelar, construído a partir das especificidades do sistema processual de cada país, mas tendo como norte um prazo fixado pela Corte Americana de Direitos Humanos. Com isso, os tribunais internacionais deveriam abandonar a doutrina do não-prazo, deixando de lado os axiomas abertos, para buscar uma clara definição de “prazo razoável”, ainda que admitisse certo grau de flexibilidade atendendo as peculiaridades do caso. Inadmissível é a total abertura conceitual, que permite ampla manipulação dos critérios. São insuficientes as soluções compensatórias (reparação dos danos) e atenuação da pena (sequer aplicada pela imensa maioria de juízes e tribunais brasileiros), pois produz pouco ou nenhum efeito inibitório da arbitrariedade estatal. É necessário que o reconhecimento da dilação indevida também produza a extinção do feito, enquanto inafastável consequência processual. O poder

estatal de perseguir e punir deve ser estritamente limitado pela Legalidade, e isso também inclui o respeito a certas condições temporais máximas. Entre as regras do jogo, também se inclui a limitação temporal para exercício legítimo do poder de perseguir e punir. Tão ilegítima como é a admissão de uma prova ilícita, para fundamentar uma sentença condenatória, é reconhecer que um processo viola o direito de ser julgado num prazo razoável e, ainda assim, permitir que ele prossiga e produza efeitos. É como querer extrair efeitos legítimos de um instrumento ilegítimo, voltando a (absurda) máxima de que os fins justificam os meios. O processo penal deve ser agilizado. Insistimos na necessidade de acelerar o tempo do processo, mas desde a perspectiva de quem o sofre, enquanto forma de abreviar o tempo de duração da pena-processo. Não se trata da aceleração utilitarista como tem sido feito, através da mera supressão de atos e atropelo de garantias processuais, ou mesmo a completa supressão de uma jurisdição de qualidade, como ocorre na justiça negociada, senão de acelerar através da diminuição da demora judicial com caráter punitivo. É diminuição de tempo burocrático, através da inserção de tecnologia e otimização de atos cartorários e mesmo judiciais. Uma reordenação racional do sistema recursal, dos diversos procedimentos que o CPP e leis esparsas absurdamente contemplam e ainda, na esfera material, um (re)pensar os limites e os fins do próprio direito penal, absurdamente maximizado e inchado. Trata-se de reler a aceleração não mais pela perspectiva utilitarista, mas sim pelo viés garantista, o que não constitui nenhum paradoxo. (...) Em suma, um capítulo a ser escrito no processo penal brasileiro é o direito de ser julgado num prazo razoável, num processo

sem dilações indevidas, mas também sem atropelos. Não estamos aqui buscando soluções, ou definições cartesianas em torno de tão complexa temática, senão dando um primeiro e importante passo em direção a solução de um grave problema, e isso passa pelo necessário reconhecimento desse “jovem direito fundamental.”^[10]

NOTAS:

^[1] Fonte: Revista Consultor Jurídico, 8 de março de 2012, 13h11 (<http://www.conjur.com.br/2012-mar-08/corte-europeia-demora-cinco-anos-condenar-italia-lentidao-judicial>, acessado dia 03 de junho de 2015).

^[2] Fonte: Fonte: Revista Consultor Jurídico, 2 de junho de 2015, 11h35 (<http://www.conjur.com.br/2015-jun-02/italia-acordo-banco-indenizar-vitimas-lentidao-judicial>, acessado dia 03 de junho de 2015).

^[3] Código de Processo Penal, Vol. II, Rio de Janeiro: Forense, 7^a. ed., 1960, p. 157.

^[4] Comentários ao Código de Processo Penal Brasileiro, Vol. IV, 1943, p. 178.

^[5] Curso de Direito Judiciário Penal, Vol. II, São Paulo: Saraiva, 1958, p. 377.

^[6] **Apud** Abelardo Romero, “A Origem da Imoralidade no Brasil”, Rio de Janeiro: Conquista, 1967. Nesta obra, este grande jornalista e escritor sergipano informava que já no século XIX “*quase todos se queixavam da morosidade da justiça, uma das causas e o principal efeito de seu aviltamento.*” (p. 221).

^[7] Elementos de Direito Processual Penal, Vol. IV, Campinas: Bookseller, 1^a. ed., 1998, págs. 370/371.

[8] Código de Processo Penal Comentado, Vol. II, São Paulo: Saraiva, 6ª. ed., 2001, p. 460.

[9] Sobre o assunto, conferir “*El plazo razonable en el proceso del estado de derecho*”, de Daniel Pastor, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2002, pp. 111 e seguintes.

[10] http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=458, acessado em 03 de junho de 2015.

A TERCEIRIZAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO E O PROJETO DE LEI DA CÂMARA Nº 30/2015

HELENA SILVEIRA ARMANDO WAITMAN: Advogada Trabalhista há mais de dez anos, nas áreas consultiva e contenciosa. Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie em 2004. Mestranda em Direito e Processo de Trabalho na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (com término previsto para 2016). Trabalhou em grandes escritórios de advocacia em São Paulo: Campos Mello Advogados; Vella, Pugliesi, Buosi e Guidoni Advogados; e Lacaz Martins, Pereira Neto, Gurevich e Schoueri Advogados.

Resumo: Trata-se de artigo destinado a análise da terceirização no direito do trabalho como fato social e a sua regulamentação pela legislação e jurisprudência no Brasil ao longo dos anos. Analisamos também as principais alterações contidas no Projeto de Lei da Câmara nº 30/2015 frente ao entendimento atual do Tribunal Superior do Trabalho. Tema atualmente controvertido, pretendemos, principalmente, contribuir ao aprofundamento dos debates.

Palavras-chave: Terceirização. Direito do Trabalho. Projeto de Lei da Câmara nº 30/2015.

Abstract: This present work analyzes the outsourcing in labor laws as a social fact and its regulation by law and case law in Brazil over the years. We also analyzed the main changes contained in Legislative Bill No. 30/2015 compared to the current understanding of the Superior Labor Court. Currently controversial topic, we intend to contribute to the deepening of discussions.

Keywords: Outsourcing. Labor Law. Legislative Bill No. 30/2015.

Sumário: I – Introdução. II – A conceituação de terceirização no direito do trabalho. III – Evolução histórica da terceirização no direito do trabalho brasileiro; III.I – Legislação ordinária; III.II – O entendimento do Tribunal Superior do Trabalho. III.II.I – As hipóteses de terceirização consideradas lícitas pela Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho. IV – Análise do Projeto de Lei da Câmara nº 30/2015: principais alterações em relação à Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho. V – Conclusão. VI – Referências Bibliográficas.

I - Introdução

O texto analisa a conceituação e a evolução histórica da terceirização trabalhista, bem como sua regulamentação no Brasil ao longo dos anos.

Analisamos a alteração do entendimento do Tribunal Superior do Trabalho sobre o tema, após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Destacamos as duas principais alterações contidas no Projeto de Lei da Câmara nº 30/2015 frente ao entendimento atual do Tribunal Superior do Trabalho.

Não pretendemos convencer ninguém a ter o nosso entendimento. Entendemos importante aprofundar os debates do ponto de vista jurídico, ao invés de fomentar debates políticos que fogem da realidade atual da terceirização trabalhista no Brasil

II–A conceituação de terceirização no direito do trabalho

A palavra “*terceirização*”, como ensina Sérgio Pinto Martins, é vocábulo não contido nos dicionários, e o “*uso da denominação*”

“terceirização” poderia ser justificado como decorrente da palavra latina “tertius”, que seria o estranho a uma relação entre duas pessoas”[1].

A conceituação atual de “terceirização”, no direito do trabalho, não difere muito entre os doutrinadores, e tem como base, especialmente, o item III, da Súmula nº 331, do Tribunal Superior do Trabalho:

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

Conceitua Mauricio Godinho Delgado[2]:

*Para o Direito do Trabalho *terceirização* é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justrabalhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justrabalhistas, que se preservam fixados com um entidade interveniente.*

Define o Professor Adalberto Martins que a terceirização[3]:

Trata-se da entrega a terceiros de atividades não essenciais da empresa, a fim de que possa se concentrar na sua atividade fim, e também objetiva a redução de custos com a mão de obra, pois os empregados da empresa contratada não integram a

mesma categoria profissional dos empregados da contratante.

Explica brilhantemente Gustavo Filipe Barbosa Garcia^[4]:

A terceirização pode ser entendida como a transferência de certas atividades periféricas do tomador de serviços, passando a ser exercidas por empresas distintas e especializadas.

Para o Direito do Trabalho, interessa o fato de ter trabalhador prestando serviços ao ente tomador, mas possuindo relação jurídica com a empresa prestadora de serviços. A relação, assim, passa a ser triangular ou trilateral, pois na terceirização o empregado da empresa prestadora presta serviços ao tomador.

Entre o empregado e o empregador (que é uma empresa prestadora de serviços) verifica-se a *relação de emprego*, ou seja, o *contrato de trabalho* (art. 442, *caput*, da CLT).

O vínculo entre o tomador (quem terceirizou alguma de suas atividades) e a empresa prestadora decorre de outro contrato, de natureza civil ou comercial, cujo objeto é a prestação do serviço empresarial.

Desse modo, podemos atualmente conceituar a terceirização no direito do trabalho como sendo a relação triangular pela qual uma empresa, denominada “*tomadora dos serviços*” transfere a execução de

quaisquer atividades não essenciais (atividades-meio) à outra empresa, denominada “prestadora de serviços”, através de um contrato de natureza civil firmado entre as duas empresas.

O Projeto de Lei da Câmara nº 30/2015, alterando a regra atual contida na Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho – que permite apenas a terceirização de “serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador” – e, conseqüentemente, os conceitos acima elencados, define, em seu artigo 2º, inciso I, que a terceirização é “a transferência feita pela contratante da execução de parcela de qualquer de suas atividades à contratada para que esta a realize na forma prevista nesta Lei” (grifos nossos).

Assim, o mencionado Projeto permite a terceirização, pela empresa tomadora dos serviços, de qualquer de suas atividades, não somente das denominadas “atividades-meio”.

III – Evolução histórica da terceirização no direito do trabalho brasileiro

Para analisarmos com maior precisão o fenômeno da “terceirização” no Brasil, importante verificar sua evolução histórica, não só do ponto de vista jurídico (da sua regulação), mas principalmente do ponto de vista do fato social que é a terceirização.

A terceirização, no Direito do Trabalho no Brasil, adquiriu clareza de estrutura e amplitude somente nas últimas três décadas do século passado, uma vez que, ao ser elaborada a CLT, em 1943, houve previsão somente da empreitada e da subempreitada como únicas figuras de subcontratação.

Foi no final dos anos sessenta e início dos anos setenta que a ordem jurídica brasileira começou a instituir normas sobre o instituto da terceirização, em especial através do Decreto-Lei nº 200 de 1967 e da Lei nº 5.645 de 1970 – que determinaram a descentralização da administração pública. Em 1974 incorporou-se um diploma normativo que trata especificamente de terceirização, qual seja, a Lei nº 6.019, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas, e, mais tarde, em 1983, surgiu a Lei nº 7.102, que autoriza a terceirização do serviço de vigilância bancária, em caráter permanente.

Ensina Mauricio Godinho Delgado^[5]:

A terceirização é fenômeno relativamente novo no Direito do Trabalho do país, assumindo clareza estrutural e amplitude de dimensão apenas nas últimas três décadas do segundo milênio no Brasil.

A CLT fez menção a apenas duas figuras delimitadas de *subcontratação* de mão de obra: a empreitada e a subempreitada (art. 455), englobando também a figura da pequena empreitada (art. 652, “a”, III, CLT). À época de elaboração da CLT, como se sabe (década de 1940), a terceirização não constituía fenômeno com a abrangência assumida nos últimos trinta anos do século XX, nem sequer merecia qualquer epíteto designativo especial.

Afora essas ligeiras menções celetistas (que, hoje, podem ser interpretadas como referências incipientes a algo próximo ao futuro fenômeno

terceirizante), não despontara, outras alusões de destaque à terceirização em textos legais ou jurisprudenciais das primeiras décadas de evolução do ramo justrabalhista brasileiro. Isso se explica pela circunstância de o *fato social* da terceirização não ter tido, efetivamente, grande significado socioeconômica nos impulsos de industrialização experimentados pelo país nas distintas décadas que se seguiram à acentuação industrializante iniciada nos anos de 1930/40. Mesmo no redirecionamento internacionalizante despontado na economia nos anos 1950, o modelo básico de organização das relações de produção manteve-se fundado no vínculo bilateral empregado-empregador, sem notícia de surgimento significativo no mercado privado da tendência à formação do modelo trilateral terceirizante.

A terceirização é um fenômeno verificado com grande frequência nos dias atuais, como forma de diminuição de custos e prestação de serviços especializados, com maior eficiência e produtividade, com o fim de melhorar a competitividade face a outras empresas, especialmente em tempos de globalização.

O sistema jurídico estabeleceu, ao longo dos anos, limites à terceirização.

No âmbito trabalhista, as restrições são impostas visando, principalmente, proteger as garantias inerentes à relação de emprego, de

forma a preservar o valor constitucional do trabalho (artigos 1º, inciso IV, e 170, *caput*, da Constituição Federal de 1988), em respeito, especialmente, ao princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal).

III.I – Regulamentação normativa

Apesar da terceirização ser um fenômeno relativamente recente no Brasil, tem evoluído, até o momento, à margem de legislação específica, especialmente no setor privado da economia.

As primeiras referências legais sobre a terceirização ocorreram no setor estatal das relações de trabalho, em meados da década de 1960, com o Decreto-Lei nº 200/1967 e com a Lei nº 5.645/1970, que estimularam a descentralização administrativa do setor público.

O artigo 3º, parágrafo único, da Lei nº 5.645/1970, por exemplo, apesar de revogado posteriormente, exemplificava (rol não taxativo) algumas atividades da administração pública que deveriam ser terceirizadas:

As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução mediante contrato, de acordo com o art. 10, § 7º, do Decreto-lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967.

O início da regulamentação normativa no setor privado ocorreu através de dois tipos de contratação: o trabalho temporário (regulado pela Lei nº 6.019/1974) e o trabalho de vigilância bancária (regulado pela Lei nº 7.102/1983).

Não obstante, e especialmente após a promulgação da Lei nº 6.019/1974, a terceirização expandiu-se no setor privado fora das hipóteses jurídicas previstas nessas duas leis, “*mediante fórmula de terceirização permanente sem regulação expressa em textos legais trabalhistas*” [6].

III.II – O entendimento do Tribunal Superior do Trabalho

O fenômeno da terceirização, como fato social, ampliou-se nas últimas décadas do século passado, mesmo na ausência de legislação específica, e, desse modo, a questão foi levada aos tribunais trabalhistas.

Antes da promulgação da atual Constituição Federal, para tentar pacificar as decisões prolatadas em todo país, o Tribunal Superior do Trabalho, em incidente de uniformização de jurisprudência, editou, em 1986, a Súmula nº 256:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (cancelada) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003.

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

O incidente que originou a Súmula transcrita frisou que “*a ordem econômica e social tem por fim realizar a justiça social, com base em princípios como “a valorização do trabalho como condição da dignidade*

humana, a harmonia e a solidariedade entre as categorias sociais de produção e a expansão das oportunidades de emprego produtivo””[7].

Assim, mediante a Súmula nº 256, o Tribunal Superior do Trabalho, adotando o princípio da enumeração taxativa, firmou entendimento de que fora das hipóteses previstas nas Leis nº 6.019/1974 e 7.102/1983 a terceirização era ilícita e, conseqüentemente, era declarado o vínculo de emprego entre o empregado e o tomador de serviços.

Em 1993, todavia, o Tribunal Superior do Trabalho decidiu revisar a Súmula nº 256, em grande parte porque a Constituição Federal de 1988 vedou expressamente a admissão de trabalhadores por entes estatais sem concurso público (artigo 37, inciso II e § 2º) – ou seja, o vínculo de emprego não poderia ser declarado nos termos da Súmula nº 256 –, conforme ensina Mauricio Godinho Delgado[8]:

A mencionada súmula *pareceu* fixar um leque exaustivo de exceções terceirizantes (Leis n. 6.019/74 e 7.102/83), o que comprometia sua própria absorção pelos operadores jurídicos. Afinal, as expressas e claras exceções contidas até então no art. 10 do Decreto-lei n. 200/67 e na Lei n. 5.645/70 – exceções consubstanciadoras de um *comando legal* ao administrador público – não constavam do leque firmado pela súmula em exame. A par disso, a posterior vedação expressa de admissão de trabalhadores por entes estatais sem concurso público, oriunda da Constituição de 1988 (art. 37, II

e § 2º), não tinha guarida na compreensão estrita contida na Súmula 256.

Assim, no referido ano, foi editada a Súmula nº 331, a qual não manteve o critério taxativo, tendo optado pelo critério genérico-finalístico (redação atual após inclusões e ajustes realizados pelo Tribunal Superior do Trabalho no decorrer dos anos):

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011.

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Sobre o tema, ensina Adalberto Martins^[9]:

Observamos, pois, que o entendimento jurisprudencial cristalizado na Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho restringe a validade da terceirização às atividades-meio do tomador de

serviços, e desde que inexistam pessoalidade e subordinação direta. De qualquer sorte, o tomador de serviços jamais poderá sustentar sua absoluta irresponsabilidade no que respeita ao cumprimento das obrigações trabalhistas da empresa contratada, já que responderá *subsidiariamente* na hipótese de inadimplemento desta última.

Analisaremos no tópico abaixo os principais aspectos, para os fins desse artigo, da Súmula acima transcrita.

III.II.I – As hipóteses de terceirização consideradas lícitas pela Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho

Além das hipóteses de terceirização previstas anteriormente pelas Leis nº 6.019/1974 e 7.102/1983, a Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho incluiu outras duas: (i) serviços de conservação e limpeza; e (ii) serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, ambas no item III.

Os “*serviços de conservação e limpeza*” são serviços expressamente determinados (definidos) pela Súmula. Foram incluídos no rol do artigo 3º, parágrafo único, da Lei nº 5.645/1970, já transcrito, e, após essa previsão legal, a terceirização dessas atividades passou a ocorrer também no setor privado, mesmo com o posterior advento da Súmula nº 256.

Já os “*serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador*” não são serviços determinados, uma vez que a “*atividade-meio*” varia de empresa para empresa (critério genérico-finalístico). Assim, apesar da Súmula nº 331 ter permitido a terceirização de “*atividade-*

meio”, coube a doutrina tentar definir o que seria “*atividade-meio*” ou diferenciá-la da “*atividade-fim*”, visto que a Súmula não definiu, nem qualquer outra regulamentação posterior.

Define Mauricio Godinho Delgado^[10]:

Atividades-fim podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador de serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. São, portanto, atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços.

Por outro lado, *atividades-meio* são aquelas funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador de serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu posicionamento no contexto empresarial e econômico mais amplo. São, portanto, atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços.

Conceitua Amauri Mascaro Nascimento^[11]:

Pode-se, no entanto, conceituar, de modo simples, *atividades-meio* como aquelas que não coincidem com os fins da empresa contratante, e

atividades-fim como aquelas que coincidem. Se um estabelecimento bancário contrata empresa de serviços de vigilância, trata-se de contratação de atividades-meio, mas, se contrata empresa de serviços de caixa, trata-se de atividade-fim. Se um colégio se vale de empresa de limpeza, a atividade contratada é meio, mas, se contrata empresa de professores, a situação caracteriza-se como contratação de atividade-fim, porque as aulas são a finalidade do colégio.

Entende Gustavo Filipe Barbosa Garcia que “*“atividade-meio” é aquela de mero suporte, que não integra o núcleo, ou seja, a essência, das atividades empresariais do tomador, sendo atividade-fim, portanto, aquela que a compõe*”[12].

Essas novas hipóteses de terceirização lícita previstas na Súmula nº 331 possuem uma condição expressa no seu próprio item III: “*desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta*”.

Sobre “*pessoalidade*” e “*subordinação*”, ensina Gustavo Filipe Barbosa Garcia[13]:

Quanto à *pessoalidade* (requisito da relação de emprego mencionada no art. 2.º, *caput*, da CLT), significa a prestação dos serviços pelo próprio trabalhador (pessoa física, conforme art. 3.º da CLT), sem que seja substituído constantemente por terceiros, aspecto este relevante ao empregador, que o contratou tendo em vista a sua pessoa. Como se

nota, o contrato de trabalho caracteriza-se por ser *intuito personae*.

A *subordina o*(ou “dependência”, na reda o do art. 3.º da CLT) significa que a presta o dos serviços   feita de forma dirigida pelo empregador, o qual exerce o poder de dire o. O empregador   quem corre os riscos da atividade exercida e o empregado, justamente por não ser trabalhador aut nomo, exerce sua atividade não por conta própria, mas sim alheia (ou seja, com subordina o jurídica ao empregador).

Com essa condi o, observou o Tribunal Superior do Trabalho, como não poderia deixar de fazer, os artigos 2º e 3º da Consolida o das Leis do Trabalho, os quais dispõem que existe o vínculo de emprego entre o trabalhador (pessoa física) e a empresa caso haja a existência de onerosidade, pessoalidade, não eventualidade e subordina o.

Na terceiriza o lícita, quem deve fiscalizar, controlar e organizar as atividades do empregado (do serviço terceirizado) não   o ente tomador, mas, sim, o empregador, que   a empresa prestadora de serviços. Se, com o fim de terceirizar certa atividade, for contratada empresa prestadora, mas o tomador exercer o poder diretivo perante o trabalhador, este passa a ter sua rela o jurídica de emprego com o próprio tomador. Trata-se da consequência da terceiriza o ser considerada ilícita.

Dessa maneira, existindo a pessoalidade e a subordina o direta entre o empregado da empresa prestadora de serviços com a tomadora de serviços, ainda que a atividade terceirizada seja uma das hipóteses

permitidas pela Súmula nº 331, deve ser declarado o vínculo de emprego do empregado (contratado pela empresa prestadora de serviços) com a empresa tomadora dos serviços, uma vez que a referida intermediação representa fraude aos preceitos trabalhistas, não produzindo efeitos em razão da nulidade incidente (artigo 9º da Consolidação das Leis do Trabalho).

Consequentemente, as hipóteses de terceirização não elencadas pela Súmula nº 331 devem ser consideradas ilícitas, conforme ensina Mauricio Godinho Delgado^[14]:

Excluídas as quatro situações-tipo acima examinadas, que ensejam a terceirização lícita no Direito brasileiro, não há na ordem jurídica do país preceito legal a dar validade trabalhista a contratos mediante os quais uma pessoa física preste serviços não eventuais, onerosos, pessoais e subordinados a outrem (arts. 2º, *caput*, e 3º, *caput*, CLT), sem que esse tomador responda, juridicamente, pela relação laboral estabelecida.

IV – Análise do Projeto de Lei da Câmara nº 30/2015: principais alterações em relação à Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho

Entendo fundamental iniciar a análise do Projeto de Lei da Câmara nº 30/2015 partindo de duas premissas básicas, que podem até parecer óbvias, mas que têm sido esquecidas por muitos operadores do direito ao analisar o Projeto: (i) a terceirização é um fato social e, como tal, existe há pelo menos 40 (quarenta) anos, ou seja, não está sendo

“criada” pelo Projeto de Lei; e (ii) o Projeto de Lei não revoga nenhuma das disposições contidas na Consolidação das Leis do Trabalho.

A primeira premissa acima destacada foi abordada no presente artigo quando falamos da evolução histórica da terceirização no Brasil.

A segunda premissa fica evidente pela leitura do Projeto de Lei, em sua redação atual. Em primeiro lugar, a Consolidação das Leis do Trabalho, que é de 1943, não tem disposição específica sobre terceirização. Em segundo lugar, o próprio Projeto de Lei prevê, no *caput*, do artigo 4º:

Art. 4º É lícito o contrato de terceirização relacionado a parcela de qualquer atividade da contratante que obedeça aos requisitos previstos nesta Lei, não se configurando vínculo de emprego entre a contratante e os empregados da contratada, **exceto se verificados os requisitos previstos nos arts. 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT**, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. (negritos nossos)

Superadas essas premissas, o Projeto de Lei traz duas importantes alterações – talvez as principais – quando comparado à Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho: (i) ele permite a terceirização de “qualquer atividade da contratante”, ou seja, não limita a terceirização somente das “atividades-meio”, como limita a Súmula nº 331; e (ii) prevê a responsabilidade solidária da contratante (tomadora dos serviços) com relação a algumas obrigações, enquanto a Súmula prevê a responsabilidade

subsidiário tomador de serviços com relação a todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

A primeira alteração – provavelmente a mais polêmica – permite que a empresa tomadora de serviços terceirize, inclusive, sua atividade-fim. Essa questão é mais complexa do que aparenta.

Isso porque, consoante já adiantado, apesar da Súmula nº 331 permitir a terceirização somente de “*atividade-meio*”, fato é que coube a doutrina tentar definir o que seria “*atividade-meio*” ou diferenciá-la da “*atividade-fim*”. Até hoje não há consenso doutrinário quanto a essa definição, sendo que, na prática, definir o que é “*atividade-meio*” não é tão simples quanto pode aparentar ser pelas definições doutrinárias – algumas transcritas no tópico anterior.

Ao longo desses mais de 20 (vinte) anos de edição da Súmula nº 331, as decisões judiciais sobre o que seria ou não “*atividade-meio*” ou “*atividade-fim*” das empresas foram muito diversas. Na prática, cada juiz ou Tribunal decidiu conforme seu próprio entendimento, caso a caso. Não há uma certeza absoluta, com exceção, talvez, da atividade preponderante da empresa (que aparece no cartão do cadastro nacional de pessoa jurídica (CNPJ) como sendo o “*código e descrição da atividade econômica principal*” (CNAE principal)). Nesse sentido, entende Amauri Mascaro Nascimento, ao destacar que “*terceirização é um conceito relativo e que não transparece a não ser comparando-se, no caso concreto, o que duas empresas, a contratante e a contratada, fazem*” [15].

Nesse ponto, muitos juristas – talvez a maioria – defendem que o Projeto de Lei deveria restringir a possibilidade de terceirização somente

as “*atividades-meio*”, como fez a Súmula nº 331. De fato, talvez devesse. O problema pode ser exatamente defini-las ou elenca-las.

Porém, com o devido respeito as opiniões contrárias, considerando o disposto no artigo 4º do Projeto – já transcrito – e o fato de que, ainda que não houvesse essa previsão expressa, não poderiam ser desconsiderados (menos ainda considerados revogados) os artigos 2º, 3º e 9º da Consolidação das Leis do Trabalho, a possibilidade de terceirização de qualquer atividade – inclusive de “atividade-fim” –, ao nosso ver, não implicará em precarização dos direitos trabalhistas.

A segunda alteração é benéfica aos empregados, uma vez que a Súmula nº 331 prevê a responsabilidade subsidiária – e não poderia ter previsto a solidária ante o disposto no artigo 265 do Código Civil – e o Projeto de Lei determina a responsabilidade solidária do tomador de serviços, em relação às obrigações previstas nos incisos I a VI do artigo 16, consoante dispõe o artigo 15:

Art. 16. A contratante deve exigir mensalmente da contratada a comprovação do cumprimento das seguintes obrigações relacionadas aos empregados desta, que efetivamente participem da execução dos serviços terceirizados, durante o período e nos limites da execução dos serviços contratados:

I – pagamento de salários, adicionais, horas extras, repouso semanal remunerado e décimo terceiro salário;

II – concessão de férias remuneradas e pagamento do respectivo adicional;

III – concessão do vale-transporte, quando for devido;

IV – depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS;

V – pagamento de **obrigações trabalhistas e previdenciárias** dos empregados dispensados até a data da extinção do contrato de terceirização;

VI – recolhimento de obrigações previdenciárias. (negritos nossos)

Destaca-se, nesse ponto, que o artigo supratranscrito inclui, se não todas, as principais obrigações trabalhistas e previdenciárias.

Com a alteração da responsabilidade subsidiária para a solidária, o empregado, na ação trabalhista, poderá executar as verbas deferidas a ele em juízo elencadas no artigo 16 em face da empresa tomadora de serviços, sem ter que executar primeiro a empresa prestadora de serviços (sua empregadora) e aguardar que esta não pague a execução.

V – Conclusão

Com o devido respeito aos entendimentos contrários – que não são poucos –, nos parece errado afirmar que o Projeto de Lei da Câmara nº 30/2015 “precariza” os direitos trabalhistas.

Em primeiro lugar, deve-se considerar que a terceirização no direito do trabalho é um fato social, não uma criação jurídica. Tanto isso é verdade que a terceirização existe há pelo menos 40 (quarenta) anos no Brasil sem existir, até hoje, nenhuma legislação específica sobre o tema.

Em segundo lugar, equivocadamente referido entendimento uma vez que o Projeto de Lei não modifica, nem suprime, nenhum dos direitos trabalhistas previstos na Constituição Federal e na Consolidação das Leis do Trabalho.

O Projeto de Lei não irá criar a terceirização, esta já existe. Existe e necessita de um marco civilizatório. Precisamos de uma regulamentação para, ao menos, existir alguma segurança jurídica sobre as regras aplicáveis à terceirização que não fique mais tão à mercê do entendimento – bem diversificado – dos Juízes e dos Tribunais Regionais do Trabalho e, especialmente, do Tribunal Superior do Trabalho, entendimento este que pode ser alterado a qualquer tempo, como já aconteceu.

Podemos e, mais, devemos, sim, questionar, discordar e debater sobre alguns pontos ou artigos do Projeto de Lei, até sobre todos eles. O que não nos parece razoável, nessa altura dos debates, é defender que a terceirização deve ser extinta ou que não há necessidade de legislação para regulamentar a terceirização no direito do trabalho.

VI–Referências Bibliográficas

CARRION, Valentin. **Comentários à CLT**. 39ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho**. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13ª edição. São Paulo: LTr, 2014.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MARTINS, Adalberto. **Manual Didático de Direito do Trabalho**. 5ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 20ª edição. São Paulo: Atlas, 2004.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 26ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de Direito Aplicado do Trabalho**, vol. 1: parte geral. 2ª edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

NOTAS:

[1] MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 20ª edição. São Paulo: Atlas, 2004, p. 206.

[2] DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13ª edição. São Paulo: LTr, 2014, p. 452.

[3] MARTINS, Adalberto. **Manual Didático de Direito do Trabalho**. 5ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 153.

[4] GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 357.

[5] DELGADO, Mauricio Godinho. *Op. cit.*, p. 453.

[6] DELGADO, Mauricio Godinho. *Op. cit.*, p. 457.

[7] GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Op. cit.*, p. 360.

[8] DELGADO, Mauricio Godinho. *Op. cit.*, p. 464.

[9] MARTINS, Adalberto. *Op. cit.*, p. 155.

[10] DELGADO, Mauricio Godinho. *Op. cit.*, p. 468.

[11] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 26ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 636.

[12] GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Op. cit.*, p. 361.

[13] GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Op. cit.*, p. 365 e 366.

[14] DELGADO, Mauricio Godinho. *Op. cit.*, p. 469.

[15] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Op. cit.*, p. 636.

IMPRESCRITIBILIDADE DAS AÇÕES DE RESSARCIMENTO POR PREJUÍZOS AO ERÁRIO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

FERNANDO PEREIRA LIMA: Bacharel em Direito pela Faculdade Maurício de Nassau. Advogado. Atua como Coordenador junto à Procuradoria Geral do Estado da Bahia. Pós-graduando em Direito e Magistratura pela Escola de Magistrados da Bahia - EMAB.

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo analisar ao disposto no art. 37 § 5º da Constituição Federal, sobre o qual existe grande divergência doutrinária e jurisprudencial acerca das pessoas às quais o dispositivo se aplica, bem como sobre a (im)prescritibilidade das ações de ressarcimento por prejuízos ao erário. O método aqui utilizado consiste na análise do dispositivo constitucional supramencionado e da doutrina especializada sobre a matéria à luz do entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Observou-se a existência de grande divergência doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, a qual somente será pacificada após o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do Recurso Extraordinário nº 669.069, afetado pela repercussão geral – tema nº 666. Por fim, chegou-se a conclusão de que o § 5º do art. 37 da Carta Magna aplica-se a todo e qualquer agente, seja agente público ou particular, que praticando ilícito, cause prejuízos ao erário, bem como concluiu-se que a parte final do dispositivo em questão consagra a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, tendo em vista a ressalva à possibilidade de restrição do prazo prescricional por norma infraconstitucional.

Palavras-chave: Ação Ressarcimento ao erário. Imprescritibilidade. Agente lesivo. Supremo Tribunal Federal.

Introdução

Grande é a divergência, tanto doutrinária quanto jurisprudencial, acerca da correta interpretação ao disposto no art. 37 § 5º da Constituição Federal, que assim dispõe:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos **praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.** (Grifo nosso).

Inicialmente, a controvérsia se concentra sobre o vocábulo “agente” constante na norma supra transcrita. Há quem defenda que o texto constitucional, ao dispor desta forma, quis se referir aos **agentes públicos**, conceituados pelo art. 2º da Lei nº 8.429/1992 como *“todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de*

investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função”, seja no âmbito da administração direta ou indireta.

Desta forma, o dispositivo em questão só abrangeria os ilícitos praticados pelos agentes públicos, sendo espécies destes, consoante classificação majoritária da doutrina especializada, os agentes políticos, os particulares em colaboração com o poder público e os servidores estatais, subdividindo-se estes em servidores temporários, estatutários e empregados públicos.

Doutro modo, há defensores da tese de que a Constituição Federal, ao dispor sobre “qualquer agente, servidor ou não”, estaria abarcando a todos que porventura pudesse praticar atos ilícitos que ensejassem prejuízos ao erário, sejam estes agentes causadores dos danos agentes públicos ou não, ou seja, que se trate de particulares.

Noutro sentido – e este é o ponto central deste trabalho -, consiste em buscar a real intenção do Constituinte Originário ao dispor no art. 37 § 5º, parte final, da Carta Magna, a expressão “*ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento*”.

A controvérsia, neste ponto, consiste no fato de a maioria dos doutrinadores modernos defenderem que o referido trecho trata-se de uma ressalva constitucional à edição de leis que visem normatizar o prazo prescricional das ações de ressarcimento por prejuízos ao erário, logo, seriam estas imprescritíveis.

Mesmo assim, apesar de se tratar de corrente minoritária, nomes importantes como Ada Pellegrini Grinover, Rita Andréa Rehem Almeida Tourinho, Elody Nassar, dentre outros, defendem a prescribibilidade das ações de ressarcimento ao erário, suscitando como

argumento a proteção ao princípio da segurança jurídica, que visa garantir a estabilidade das relações em decorrência do tempo[1].

Registre-se que as controvérsias ora suscitadas tiveram sua repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, tendo por *leading case* o Recurso Extraordinário nº 669.069, sob a relatoria do Ministro Teori Zavascki[2].

No recurso em comento, interposto pela União em face da Viação Três Corações Ltda., empresa de ônibus do Estado de Minas Gerais, busca o Recorrente a declaração de imprescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário, com vistas a reformar o acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que, confirmando a sentença, extinguiu a ação de ressarcimento ajuizada pela União, que tem por causa de pedir um acidente de trânsito em que foi danificado um automóvel de sua propriedade.

Ao julgar o recurso, decidirá o Supremo Tribunal Federal sobre a correta interpretação do art. 37 § 5º da Constituição Federal, pacificando o entendimento acerca da (im)prescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, bem como sobre a abrangência do referido dispositivo, ou seja, se apenas será aplicado aos atos de improbidade administrativa, ou se será aplicado a todo e qualquer ato ilícito que gere prejuízos à Administração.

Estabelecidas tais premissas, passamos à análise do tema propriamente dito.

1. Da abrangência do vocábulo “agente”

Como dito alhures, existe divergência acerca da abrangência do vocábulo “agente” previsto no art. 37 § 5º da Constituição Federal, sendo

tal matéria objeto do Recurso Extraordinário nº 669.069, que será julgado pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral.

A título de exemplo, vejamos alguns doutrinadores que defendem que o dispositivo em questão se aplica apenas aos agentes públicos:

Ora, o artigo 37, § 5º, da Constituição apenas afirma que as ações de ressarcimentos decorrentes de prejuízos causados ao erário não estarão sujeitas ao prazo prescricional a ser estabelecido em lei **para ilícitos praticados por agentes públicos**. (TOURINHO apud RAMOS, 2011, p. 22).

...

[...] a redação do § 5º do art. 37 da Constituição Federal indica que foi conferida atribuição para lei infraconstitucional estabelecer prazo de prescrição **apenas no que tange aos ilícitos praticados por qualquer agente público**, não se lhe determinando, de outro lado, que viesse a dispor sobre o prazo para o ajuizamento das ações de ressarcimento. (FORNACIARI JÚNIOR apud RAMOS, 2011, p. 22).

...

São, contudo, imprescritíveis, as ações de ressarcimento **por danos causados por agente público, seja ele servidor público ou não**, conforme o estabelece o artigo 37, § 5º, da Constituição.

Assim, ainda que para outros fins a ação de improbidade esteja prescrita, o mesmo não ocorrera quanto ao ressarcimento dos danos. (DI PIETRO apud RAMOS, 2011, p. 30).

Registre-se que apesar do texto constitucional em nenhum momento dispor sobre “agentes públicos”, vários doutrinadores de renome entendem por restringir o alcance da norma ora em análise apenas àqueles que prestam serviços à Administração Pública, excluindo-se, portanto, os particulares que eventualmente venham gerar prejuízos ao erário.

Entretanto, também há quem defenda a aplicação do art. 37 § 5º aos particulares também, a saber:

Nos termos do § 5º, do art. 37 da Constituição Federal, a lei deverá estabelecer os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, conforme se verifica no art. 23 da presente lei. A própria Constituição da República, porém, ressalva as ações de ressarcimento que serão imprescritíveis, **cabendo sempre seu ajuizamento em face do agente público ou terceiro que por ação ou omissão, dolosa ou culposa, cause lesão ao patrimônio publico.** (DE MORAES apud RAMOS, 2011, p. 34)

Analisando o dispositivo constitucional em comento, entende o Autor ser esta segunda corrente a mais correta e a desejada pelo Constituinte Originário.

Com efeito, o § 5º do art. 37 da Constituição Federal dispõe que “*a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não*”. Ao tratar sobre os ilícitos praticados por qualquer agente, entendemos que a norma determina sua incidência sobre qualquer **agente lesivo**, ou seja, qualquer pessoa, agente público ou particular - servidor ou não, respectivamente - que cause prejuízos ao erário.

Pensamento diverso ao aqui exposto ensejaria grave violação ao princípio da isonomia, pois, seria possível aplicação de normas e efeitos distintos a agentes lesivos que gerem prejuízos ao erário, em razão apenas de sua vinculação, ou não, com a Administração, ou seja, aqueles classificados como agentes públicos poderiam ter tratamento mais grave do que aqueles que, agindo com o mesmo grau de lesividade, não possuem vínculo com o Estado.

O Supremo Tribunal Federal, através de seu órgão Plenário, nos autos do Mandado de Segurança nº 26.210, sob a relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, cujo acórdão, até então, é considerado um *leading case* sobre a matéria objeto deste trabalho.

Neste *mandamus*, impetrado por Tania Costa Tribe, ex-bolsista do Conselho Nacional de Pesquisas -CNPq, insurge-se a impetrante contra decisão do Tribunal de Contas da União, por meio da qual fora condenada ao pagamento do valor integral da bolsa percebida pela mesma para obtenção de doutorado no exterior, a título de devolução de valores,

acrescido de juros de mora e correção monetária, em decorrência do descumprimento da obrigação de retornar ao País após o término da concessão da bolsa de estudos.

Dentre outros argumentos, sustentou a impetrante a aplicação do § 5º do art. 37 da Carta Magna apenas aos agentes públicos, entretanto, decidiu de forma diversa o Supremo Tribunal Federal, conforme se vê no voto do Ministro Relator, *in verbis*:

Ademais, não se justifica a interpretação restritiva pretendida pela impetrante, segundo a qual apenas os agentes públicos estariam abarcados pela citada norma constitucional, uma vez que, conforme bem apontado pela Procuradoria-Geral da República, tal entendimento importaria em injustificável quebra do princípio da isonomia.

Com efeito, não fosse a taxatividade do dispositivo em questão, o ressarcimento de prejuízos ao erário, a salvo da prescrição, somente ocorreria na hipótese de ser o responsável agente público, liberando da obrigação os demais cidadãos. Tal conclusão, à evidência, sobre mostrar-se iníqua, certamente não foi desejada pelo legislador constituinte. (MS 26.210, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 04 set. 2008, Plenário, DJE de 10 out. 2008).

Sendo assim, amparado no *leading case* do Supremo Tribunal Federal, bem como no princípio da isonomia, previsto no rol dos direitos e

garantias fundamentais da Carta Magna, entendemos que o vocábulo “agente” previsto no § 5º do art. 37 abrange não só aos agentes públicos, mas, também, aos particulares que, de alguma forma, praticar atos ilícitos que gerem prejuízos ao erário.

2. Da imprescritibilidade das ações de ressarcimento por danos ao erário

A segunda controvérsia, e a mais importante, diz respeito à imprescritibilidade ou não das ações de ressarcimento por danos ao erário, ante a divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da correta interpretação da parte final do § 5º do art. 37 da Constituição Federal, que dispõe:

Art. 37. Omissis.

[...]

§ 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, **ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.** (Grifo nosso).

Como dito em linhas anteriores, diversos doutrinadores de renome defendem a prescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, com vistas a garantia do princípio da segurança jurídica, o qual tem por fim garantir a estabilidade das relações jurídicas conforme a decorrência do tempo.

Dentre aqueles que defendem a tese da prescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, destacamos o entendimento de Rita Tourinho (apud RAMOS, 2011, p. 22):

Observe-se que toda vez que o texto constitucional estabelece a imprescritibilidade o faz expressamente. Assim, quando trata do crime de racismo estabelece que “constitui crime inafiançável e imprescritível” (art.

5º, XLII). Da mesma forma, afirma que “constitui crime inafiançável e imprescritível” a ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV). Ora, o artigo 37, § 5º, da Constituição apenas afirma que as ações de ressarcimentos decorrentes de prejuízos causados ao erário não estarão sujeitas ao prazo prescricional a ser estabelecido em lei para ilícitos praticados por agentes públicos. Em momento algum afirmou que estas ações de ressarcimento seriam imprescritíveis.

Argumentar-se, em favor da imprescritibilidade do ressarcimento dos danos decorrentes de ato de improbidade administrativa, a proteção ao erário e, em consequência, ao interesse público, não procede. Como vimos, os prazos prescricionais estão a serviço da paz social e da segurança jurídica, valores primordiais a coletividade, que não podem ser suplantados por interesses de cunho patrimonial, mesmo que estes pertençam ao Estado. Observe-se que a preocupação com tais valores é tamanha em nosso ordenamento jurídico que até o crime de

homicídio, que atenta contra a vida – bem maior, passível de proteção – prescreve em 20 anos.

Entretanto, com a devida vênia, não compartilhamos deste entendimento.

Com efeito, conforme clássica interpretação das normas constitucionais de José Afonso da Silva (2008, p. 116), entendemos tratar-se o § 5º do art. 37 da Carta Magna de norma de eficácia contida, que:

São aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nela enunciados.

Dito isto, verifica-se que na norma ora em análise, o legislador constituinte deixou em aberto o prazo de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente que causem prejuízos ao erário, permitindo, entretanto, que lei ordinária restrinja a eficácia deste dispositivo, fixando prazo de prescrição aos ilícitos nela mencionados.

Por outro lado, no que concerne a parte final da norma em questão, vê-se que o Constituinte Originário estabeleceu uma ressalva às “respectivas ações de ressarcimento”, ou seja, a Constituição Federal foi clara ao dispor que no que tange às ações de ressarcimento ao erário, seu prazo de prescrição não poderá ser restringido mediante lei.

Desta forma, tendo em vista a impossibilidade de restrição legal do prazo prescricional destas ações, ante a expressa vedação do texto

constitucional, clara está a imprescritibilidade das ações de ressarcimento por prejuízos causados ao erário.

Nesse sentido, foi o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no *leading case* MS 26.210, o qual foi reafirmado em outros julgados da Primeira e Segunda Turma da Suprema Corte, vejamos:

1. O Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência assente no sentido da imprescritibilidade das ações de ressarcimentos de danos ao erário. Precedentes: MS n.º 26210/DF, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, 10.10.2008; RE n.º 578.428/RS-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe 14.11.2011; RE n.º 646.741/RS-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe 22.10.2012; AI n.º 712.435/SP-AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe 12.4.2012. [...] (AI 819135 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 28/05/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-161 DIVULG 16-08-2013 PUBLIC 19-08-2013)

No entanto, apesar dos diversos precedentes do Supremo Tribunal Federal acerca da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, a palavra final será dada quando do julgamento de mérito do Recurso Extraordinário nº 669.069, afetado pela repercussão geral – tema

nº 666 – cujo relator, o Ministro Teori Zavascki, negou provimento ao recurso da União, tendo sido acompanhado pelos Ministros Roberto Barroso, Rosa Weber e Luiz Fux.

Apesar do indício de mudança de posicionamento da Suprema Corte sobre o tema, restam os votos de sete Ministros, dentre os quais estão os Ministros Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e Gilmar Mendes que, no *leading case* MS 26.210, firmaram o entendimento acerca da imprescritibilidade das ações de ressarcimento por prejuízos ao erário.

Conclusão

Por todo o exposto, conclui-se que o art. 37 § 5º da Constituição Federal se aplica a qualquer agente, seja agente público ou particular, que praticando ilícito, gere prejuízos ao erário. Tal posicionamento visa garantir o respeito ao princípio da isonomia, impedindo que seja dispensado tratamento distinto às pessoas que incorrem na prática dos mesmos atos lesivos ao erário apenas em função de sua vinculação com a Administração Pública.

Tal entendimento é o que se mostra mais consentâneo com os princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e o da indisponibilidade do interesse público, princípios basilares do regime jurídico administrativo.

Doutro modo, chegou-se a conclusão acerca da imprescritibilidade das ações de ressarcimento por prejuízos ao erário, ante a ressalva constante na parte final do § 5º do art. 37 do texto constitucional, que impede que norma infraconstitucional restrinja o prazo prescricional destas ações, logo, por via transversa, consagrou-se a imprescritibilidade de tais demandas.

Referências

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6022**: informação e documentação - artigo em publicação periódica - científica impressa – apresentação. Rio de Janeiro, 2003.

_____. **NBR 6023**: informação e documentação – referências – elaboração. Rio de Janeiro, 2002.

_____. **NBR 6028**: Informação e documentação - resumo – apresentação. Rio de Janeiro, 2003.

_____. **NBR 10520**: Informação e documentação – citações em documentos – apresentação. Rio de Janeiro, 2002.

BRASIL. Constituição (1988), de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da União de 05 out. 1988, p. 1 (anexo).

BRASIL. Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992. Diário Oficial da União de 03 jun. 1992, p. 6993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **A Constituição e o Supremo**. 4. ed. Brasília: Secretaria de Documentação, 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal>>. Acesso em: 01 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 819.135-SP. Agravante: José Augusto da Silva Ramos. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Luiz Fux. Primeira Turma. Brasília. Publicado em: 19 ago. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Mandado de Segurança nº 26.210. Impetrante: Tania Costa Tribe. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno. Brasília. Publicado em: 10 out. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Prescrição da ação de ressarcimento ao erário tem repercussão geral, decide STF.**

Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=246671>>. Acesso em: 01 jul. 2015.

CAMINHA, Felipe Regis de Andrade. Prescrição do ressarcimento ao erário por ato de improbidade administrativa. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3708, 26 ago. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25119>>. Acesso em: 26 jun. 2015.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo.** Salvador: Juspodivm, 2014.

DA CUNHA, Marcio Felipe Lacombe. Ação de improbidade administrativa e a imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário. **Advocacia Geral da União (AGU)**. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/1312603>>. Acesso em: 01 jul. 2015.

DA SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DE FARIAS, Cristiano Chaves. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil, volume 1.** Parte geral e LINDB. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

RAMOS, Andre de Carvalho (Coord.). **A imprescritibilidade da ação de ressarcimento por danos ao erário.** Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011. 100 p. Disponível em: <<http://www.esmpu.gov.br/linha-editorial/publicacoes>>. Acesso em: 01 jul. 2015.

NOTAS:

[1] RAMOS, 2011, p. 21.

[2] Tema nº 666 do STF - Imprescritibilidade das ações de ressarcimento por danos causados ao erário, ainda que o prejuízo não decorra de ato de improbidade administrativa.

O "NOVO CPC" E A GRATUIDADE DA JUSTIÇA

TAYSON RIBEIRO TELES: Mestrando do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu - Mestrado em Letras: Linguagem e Identidade da Universidade Federal do Acre (UFAC). Especialista em Gestão Administrativa na Educação pela ESAB, de Vila Velha-ES (2014). Graduado, na Área de Administração, em Tecnologia em Gestão Financeira, pelo Centro Universitário Oswaldo Cruz, de Ribeirão Preto-SP (2013). Servidor Público Federal Efetivo do Ministério da Educação. Membro do Conselho Regional de Administração do Acre (CRA/AC), assentado no Registro n.º6-0079. Bem como, atualmente, é Acadêmico do 7.º Período do Curso de Direito da Ufac.

Resumo: o objetivo do presente se esmera no desvelar a inovação trazida ao mundo júris pátrio pelo “Novo CPC” (Código de Processo Civil), a Lei Federal n.º 13.105/2015, referente à forma de existir da chamada Gratuidade da Justiça, a quem tem o escopo de isentar quem não tem condições financeiras do pagamento das custas processuais e honorários advocatícios. Nesse foco, neste trabalho será demonstrado como se dará tal gratuidade com o viger do “Novo CPC”, a partir de 16 de março de 2016.

Palavras-chave: “Novo CPC”. Gratuidade da Justiça.

Abstract: the objective of this strives to unveil the innovation brought to the world by juries parental "New CPC" (Code of Civil Procedure), the Federal Law No. 13,105 / 2015, referring to the way of living of the call Gratuity of Justice, to whomIt has the scope to exempt those who can not afford the payment of court costs and attorney fees. In

this focus, this work will be shown as such gratuity will be in force with the "New CPC", from March 16, 2016.

Keywords: "New CPC". Gratuity of Justice.

Introdução

Em primeira nota, cumpre exalar que o Novo Código de Processo Civil, Lei Federal n.º 13.105, de 16 de março de 2015, que possui *vocatio legis* de 1 (um) ano, portanto somente passando a ter eficácia (a valer de *facto*), a partir de 16 de março de 2016, é o documento que regulará, com o surgir do ano vindouro, todos os procedimentos de abertura, tramitação e julgamento de feitos com material de direito privado no Brasil, bem como servirá como *legis* subsidiária a outros ramos da Ciência Jurídica.

1 O conceito de processo civil e jurisdição

Consoante diz Maria Helena Diniz *apud* Teles (2015), a indagação sobre o que seja Direito é antiga e causadora de muitas inexatidões. Entretanto, é pacífico para a Ciência hodierna que Direito é uma Ciência Jurídica e Social Aplicada, caracterizada por ser, em si mesma, o amplexo ou conjunto de normas gerais e positivas que têm a função de regular a vida em sociedade. Sendo que, do latim, direito rememora *directum* – aquilo que é reto, conforme a lei.

Com espeque em tais ponderações, nos surge uma pergunta fulcral: se o Direito é o conjunto de normas que regulam a vida em sociedade, o que é, então, o processo civil? E a jurisdição?

Processo Civil é, para a maioria dos doutrinadores pátrios, como Wambier (2014), o meio (conjunto de procedimentos, normas [regras e princípios] etc.) de solução de conflitos ou lides, em uma visão Carneluttiana da disputa privada.

Neste substrato de exposição, cuida ressaltar a *opinio* de Rocha (1996), para quem um processo não é apenas um calhamaço de papel com despachos, pareceres, oitivas, provas e documentos análogos, sendo, em verdade, uma relação jurídica composta pela soma de um aspecto interno (o processo) e um aspecto externo/exterior (o procedimento).

Sendo que o processo, sentido lato, sempre terá um conteúdo ou carga de direito material/substancial, enquanto o procedimento é puro, ou em sua maioria, direito formal. Isto é, em resumo, é factível vislumbrar o procedimento como a seqüência de atos no processo constituinte da relação jurídica existente.

Relação jurídica esta que é inculpida e se dá no âmbito do plasma em que se encontram autor, réu e juiz, na chamada relação *actum trium personarum*.

Nesta esteira de esposamento, surge-nos a jurisdição (*juris + dicção*), a qual, vernáculo grosso, é o ato de o Estado-juiz “dizer o direito”. Isto é, alguém, pessoa física ou jurídica, acreditando ter direito a alguma coisa ou prestação em face de outrem, procura o Estado e este, por meio de um juiz (efetivo, inamovível, imparcial etc.), analisa o *case*, suas particularidades, ouve a outra parte e engendra um *decisum*, que deve ser imediatamente cumprido.

Neste tonário, conforme nos ensina Santos (1997), para cumprir sua função jurisdicional (dizer o direito), o Estado – o Poder Judiciário, não atua de forma livre. Ele se esmera em regras. Normas materiais, formais, axiológicas. Nesse meandro, na seara civil, em que são debatidos conflitos privados – que não interessam ao Estado/coisa pública, existem as normas processuais civis, sendo o Código de Processo Civil, a principal e precípua norma deste ramo da Ciência Jurídica.

2 O atual CPC *in faciem* do “Novo CPC”: diferenças formais

A nova lei processual canária muito difere da atual, ainda em vigência, a Lei Federal n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973. O atual código possui 1.220 artigos enquanto o novo tem 1.072, o que demonstra, *prima facie*, sua maior valoração positiva por uma redução gramatical dos aspectos singulares do processo privado pátrio, a fim de garantir agilidade processual na aplicação das normas.

Nesta toada, conforme preceitua Houck Filho (2015), o novo diploma processual traz consigo a perfectibilização de um desejo há muito tempo ambicionado pelos amantes da Ciência Processual Privada, qual seja: uma fase de conciliação prévia entre as partes, no desiderato de tentar evitar a trilha judicial para a solução exígua de conflitos.

Ademais, assevera, ainda, o autor, com muita robusteza, que o “Novo CPC” também carrega em suas páginas uma simplificação das relações processuais, porquanto se direciona a uma busca por mecanismos que batem de frente com postergações recursais desnecessárias, ofertando maior agilidade e pragmaticidade às decisões judiciais.

Nesse enfoque, quadra anotar que o novo diploma processual privado brasileiro é dividido da seguinte forma: Parte Geral, com Livros do I ao VI, sendo que o Livro I trata das “Normas Processuais Cíveis (Artigos 1.º a 15), o Livro II trata da “Função Jurisdicional” (Artigos 16 a 69), o Livro III trata dos “Sujeitos do Processo” (Artigos 70 a 187), o Livro IV trata dos “Atos Processuais” (Artigos 188 a 293), o Livro V trata da “Tutela Provisória” (Artigos 294 a 311) e o Livro VI trata da “Formação, da Suspensão e da Extinção do Processo” (Artigos 312 a 317).

Patente se faz arrazoar, ainda, que a Parte Especial do diploma, a qual compreende dos Livros de I a III e um Livro Complementar, é dividida da seguinte maneira: Livro I, que trata do “Processo de Conhecimento e Cumprimento da Sentença” (Artigos 318 a 770), Livro II, que trata do “Processo de Execução” (Artigos 771 a 925), Livro III, que trata dos “Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais” (Artigos 926 a 1.044) e o Livro Complementar (Artigos 1.045 a 1.072).

Sendo que, o CPC de 1973, basicamente é dividido em cinco Livros, a saber: Livro I, que trata do “Processo de Conhecimento”, Livro II, que trata do “Processo de Execução”, Livro III, que trata do “Processo Cautelar”, Livro IV, que trata dos “Procedimentos Especiais” e o Livro V, o qual trata das “Disposições Finais e Transitórias”.

3 O “Novo CPC” a Gratuidade da Justiça

Pois bem, após os comentários iniciais relevantes ao entendimento do presente, chegamos ao tópico de baldrame da pesquisa, a saber, uma das novidades eliciadas pelo novo Diploma Processual Civil pátrio, os procedimentos para concessão de Gratuidade da Justiça.

Sobre o “Novo CPC”, aduz Houck Filho (2015, p. 155) que:

“De acordo com o art. 98, tem direito à Gratuidade da Justiça, na forma da lei, a pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios”.

Neste almiré, as dicções do novo diploma processual civil relativas à Gratuidade da Justiça estão constantes nos Arts. 98 a 102 e seus incisos e parágrafos.

Neste foco, aduz o § 1.º do Art. 98 e seus incisos que a Gratuidade da Justiça compreender/abarca as taxas ou as custas judiciais, os selos postais, as despesas com eventuais publicações na imprensa oficial [1], a indenização devida à testemunha que, quando possuidora de vínculo empregatício, receberá do empregador salário integral como se estivesse de serviço, as despesas com realização de eventual DNA necessário, os honorários advocatícios e de peritos e intérpretes/tradutores, custos com elaboração de memórias de cálculo, exigida para instaurar execução, as quantias necessárias para interposição de recursos, proposição de ações e para a práticas de outros atos judiciais que sejam relativos ao exercício do contraditório e da ampla defesa, e os emolumentos devidos a notários para

pagamento de registro ou averbação de decisão judicial com benefício concedido.

Ademais, cuida anotar, por oportuno, que a concessão de Gratuidade da Justiça não afasta do beneficiário o ônus (responsabilidade processual) de pagar pelas despesas processuais e pelos honorários de causídicos decorrentes de sua sucumbência (§ 2.º, Art. 98). Bem como, a Gratuidade também não desvencilha o beneficiário do dever de pagar, a fim do feito, as multas processuais que lhe sejam impostas (§ 4.º).

Outra inovação do “Novo CPC”, que vem carreada em seu § 5.º do Art. 98, é relativa ao fato de que a Gratuidade da Justiça poderá ser concedida em atos processuais autônomos. Ou seja, pode ser que o beneficiário afigure gratuidade apenas em alguns atos. Sendo factível, também, que o hipossuficiente seja pleiteado com a redução percentual de despesas que deva adiantar no início do processo.

Cuida anotar, ainda, que o juiz poderá conceder direito a parcelamento de despesas processuais que o beneficiário tiver de adiantar no curso do processo. Percebamos que parcelamento é diferente de redução percentual de valores. Logo, têm-se duas regras que podem ser aplicadas, restando ao juiz, por seu livre convencimento e análise da concreção das singularidades dos casos que lhe venham para sentenciamento, julgar qual benefício concederá.

No que pertine ao momento de solicitar a Gratuidade, este poderá ser engendrado na peça madrugadora (petição inicial), na contestação, na

petição para ingresso de terceiro ao feito ou em peça de impetração de recurso (Art. 99, *caput*).

Sendo que deferido o pedido, a parte contrária tem a faculdade de oferecer impugnação à concessão de Gratuidade na contestação, na réplica, nas contrarrazões de recurso [2]. Além do que, caso seja revogado o benefício a parte arcará com os valores que deferia adiantar e, em caso de má fé, pagará até o décuplo dos valores devidos, a título de multa a ser revestida à Fazenda Pública, podendo tal multa ser inscrita em dívida ativa.

Noutro sentido, caso seja indeferido o pedido caberá o recurso de agravo de instrumento, exceto quando a questão for resolvida no *decisum* terminativo do feito, contra o qual não caberá apelação [3].

Por fim, nos parece que as novas regras em apreço são possuidoras de denotável relevância na medida em que, a nosso simplório ver, visam a oportunizar às pessoas comprovadamente em situação de insuficiência de recursos a isenção do pagamento das custas processuais e demais valores necessários ao andamento do feito. Cumprindo frisar que não se pode confundir esta insuficiência de recursos ou hipossuficiência com a pobreza extrema ou miserabilidade.

Um juiz de direito que possua várias contas, empréstimos, pensões alimentícias etc., caso demonstre por provas robustas que não tem condições financeiras de arcar com as despesas de um processo em que seja parte, por exemplo, poderá certamente auferir este benefício. Portanto, não se fala aqui de quantitativo de rendimentos ou pobreza.

Considerações Finais

Por final, como se enxergou, o objetivo do presente foi, em análise das novas normas trazidas ao direito brasileiro pela Lei Federal n.º 13.105/2015 (O “Novo CPC”), por em relevo a inovação referente à **Gratuidade da Justiça**.

Desse *modus*, a nosso ver, se clarifica como patentemente relevante a temática abordada, porquanto o Código de Processo Civil pátrio atual foi modificado com a produção do “Novo CPC” não apenas pelo bel deleite e volição dos integrantes do Poder Constituinte Derivado brasileiro, mas pela necessidade de constante mudança que exsurge do Direito enquanto Ciência. Isso, pois não mais se perpetua nesta maravilhosa Ciência uma visão arrimada em fundamentos inertes e indiferentes às diversidades e necessidades do seio social.

Referências

BRASIL. **Lei Federal n.º 13.105, de 16 de março de 2015 (“Novo CPC”)**. Brasília: Presidência da República, 2015.

_____. **Lei Federal n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (CPC)**. Brasília: Presidência da República, 1973.

HOUCK FILHO, Geraldo. **Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Online, 2015.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 3.^a Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1996.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. Vol. 2. 19ª Ed.** São Paulo: Saraiva, 1997.

TELES, Tayson Ribeiro. **Noções Básicas de Ciência Jurídica e Direito à Educação.** Artigo. Brasília: Conteúdo Jurídico, 10 de jun. 2015. Acesso em: 21 de jun. 2015.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil. Vol. 1. 14.ª Ed.** São Paulo: Editora RT (Revista dos Tribunais), 2014.

Notas

[1] Publicações em outros meios diferentes da imprensa oficial não integram custas factíveis de serem inseridas em Gratuidade da Justiça;

[2] No caso de pedido superveniente ou formulado por terceiro, a impugnação deverá ser feita por meio de petição simples, a ser apresentada no prazo de 15 dias nos autos do próprio feito, sem suspensão de seu curso;

[3] O mesmo serve para decisão que acolha o pedido de Revogação de Gratuidade da Justiça;

PRINCÍPIOS GERAIS QUE REGEM AS RELAÇÕES JURÍDICAS BILATERAIS

CAIO ALEXANDRE GUIMARÃES GARCIA: Acadêmico de Direito na Faculdade de Ensino Superior de Marechal Cândido Rondon. Estagiário da Secretaria Municipal da Fazenda de Marechal Cândido Rondon.

Resumo: Este artigo jurídico tem como foco principal a introdução, ao iniciante nos estudos jurídicos, de princípios básicos que norteiam as relações jurídicas em geral. Dispondo de uma metodologia focada em conceituações doutrinárias – fundamentadas em pesquisa bibliográfica, sobre renomados autores de doutrina, no Direito Brasileiro – e coleta de decisões de tribunais e cortes superiores, cinco princípios básicos são apresentados de maneira acessível.

Palavras chave: Princípios. Contratos. Direito.

Sumário: Introdução. 1. Princípio do *dutytomitigatetheloss*. 2. Princípio do *venire contra factumproprium*. 3. Princípio do *pacta sunt servanda*. 4. Princípio do *rebus sic stantibus*. 5. Princípio do *pas de nullitésansgrief*. Conclusão. Referências.

Introdução

O artigo apresentado possui, como principal objetivo, a apresentação, ao iniciante na ciência jurídica, de alguns princípios básicos, indispensáveis à aplicação do direito como mecanismo de justiça.

Dentre as centenas de preposições básicas do Direito, foram escolhidas, para esta apresentação, cinco delas: o *dutytomitigatetheloss*;

o *venire contra factum proprium*; o *pacta sunt servanda*; o *rebus sic stantibus* e, por fim, o *pas de nullité sans grief*.

De maneira simples, possibilitando ao estudante uma conceituação geral, o trabalho busca suplementar os ensinamentos introdutórias disponibilizados pela academia, utilizando uma linguagem acessível e metodologia descomplicada.

1. Princípio do *duty to mitigate the loss*

Com origem desenvolvida pelo Direito norte-americano, o *duty to mitigate the loss* (dever de mitigar o prejuízo, em português) decorre do princípio da boa-fé objetiva, onde o titular de um direito deve atuar, sempre que possível, de maneira que minimize a amplitude do dano causado ao devedor, mitigando a gravidade de sua situação.

Em exemplo interessante, o conceituado juiz e professor titular da Universidade Federal da Bahia, Pablo Stolze (2013), elucida com clareza a aplicação deste princípio.

(...) a exemplo da hipótese em que o credor, beneficiado por uma medida judicial de tutela específica, podendo fornecer ao Juízo elementos concretos para a sua efetivação, prefere “rolar a multa diária”, para, ao final do processo, perceber uma vultosa quantia. Se ficar demonstrado que poderia ter atuado para efetivar a medida de imediato, e não o fez, deve o juiz reduzir o valor devido, com fulcro no aludido dever de mitigar. (STOLZE, Editorial 12)

No Código Civil, existem diversas menções explícitas ao princípio da boa-fé objetiva, como o artigo 113, que trata da interpretação dos negócios jurídicos; o artigo 187, que discorre sobre os limites impostos pelo princípio ao controle de relações jurídicas; e o artigo 422 que busca valorizar a lealdade entre as partes em todas as fases contratuais.

Em entendimento prático, STJ:

DIREITO CIVIL. CONTRATOS. BOA-FÉ OBJETIVA. STANDARD ÉTICO-JURÍDICO. OBSERVÂNCIA PELAS PARTES CONTRATANTES. DEVERES ANEXOS. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO. INÉRCIA DO CREDOR. AGRAVAMENTO DO DANO. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. RECURSO IMPROVIDO.

1. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade.

2. Relações obrigacionais. Atuação das partes. Preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins. Impossibilidade de violação aos preceitos éticos insertos no ordenamento jurídico.

3. Preceito decorrente da boa-fé objetiva. Duty to mitigate the loss: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer

deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade.

4. Lição da doutrinadora Véra Maria Jacob de Fradera. Descuido com o dever de mitigar o prejuízo sofrido. O fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o patrimônio do credor, com o conseqüente agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano.

5. Violação ao princípio da boa-fé objetiva. Caracterização de inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela Corte originária, (exclusão de um ano de ressarcimento).

6. Recurso improvido.

(STJ. REsp 758.518/PR, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 17/06/2010, REPDJe 01/07/2010, DJe 28/06/2010)

2. Princípio do *venire contra factumprorium*

A expressão, cuja tradução ao português sintetiza algo como “vedação ao comportamento contraditório”, baseia-se no entendimento

que o objetivo pretendido por um indivíduo não pode ser alcançado quando dois comportamentos diferentes se contradizem. Nesse caso, o comportamento original de alguém induz outrem sobre suas intenções, mas uma ação subsequente daquele rompe com essa condição de lealdade.

Também baseado no princípio da boa-fé objetiva, esse tem como fundamento manter a lealdade entre as relações jurídicas bilaterais, impossibilitando, assim, que uma parte tire vantagem sobre a outra por conta de uma manifestação de vontade dolosamente impetrada.

Sobre a questão, STJ:

“O princípio da boa-fé deve ser atendido também pela administração pública, e até com mais razão por ela, e o seu comportamento nas relações com os cidadãos pode ser controlado pela teoria dos atos próprios, que não lhe permite voltar sobre os próprios passos depois de estabelecer relações em cuja seriedade os cidadãos confiam.”(Resp 141.879/SP, Rel: Min. Rosado de Aguiar, DJ 22.06.1998)

3.Princípio do *pacta sunt servanda*

Tendo como tradução “os pactos devem ser cumpridos”, este instituto traz o fundamento original das relações contratuais, onde o acordo entre as partes seria imperativo, não aceitando modificações, sendo estas empregadas apenas quando um novo contrato fosse acordado.

A professora e mestre em direito agrário Patrícia DonzeleCielo (2011), afirma que “existentes os requisitos indispensáveis à sua validade, as cláusulas contidas no contrato expressariam comandos imperativos, obrigando os contratantes ao seu irrestrito cumprimento em quaisquer circunstâncias”.

Porém, é mister analisar que, como quase toda regra no Direito, esta também possui exceções. O artigo 393 do Código Civil de 2002 cita a situação do caso fortuito ou da força maior como excludente da obrigatoriedade da aplicação imperativa do acordado no contrato. Sobre o tema, Washington de Barros Monteiro:

(...) existem acontecimentos que ultrapassam as forças humanas; diante deles, as instituições jurídicas, concebidas para a bitola regular da vida corrente, devem ceder. Uma greve, que provoca a paralisação da fábrica e assim impede o industrial de entregar a mercadoria prometida; uma inundação, que intercepta as vias de comunicação (...). Nesses e muitos outros casos, surge fato estranho, alheio à vontade das partes, cujos efeitos não se podiam evitar ou impedir (...), que tolhe às partes a obtenção do resultado almejado. (MONTEIRO, 2014)

O código civil ainda traz outras previsões à não aplicação do princípio em questão, como nos artigos 423 e 424, onde o instituto dos contratos impõe medidas de segurança ao aderente.

Sobre o tema:

ARRENDAMENTO MERCANTIL – LEASING – REVISÃO CONTRATUAL – VARIAÇÃO CAMBIAL – TEORIA DA IMPREVISÃO – SUBSTITUIÇÃO PELO INPC – CABIMENTO. Em razão da brusca mudança da política cambial pelo governo, que abandonou o sistema de bandas e provocou imprevisível aumento da cotação do dólar norte-americano e das prestações de arrendamento mercantil a ele vinculadas, em meados de janeiro de 1999, configurando onerosidade excessiva para o devedor, há que substituir o critério de reajuste das prestações pelo INPC do IBGE, restaurando o equilíbrio contratual, com base na teoria da imprevisão e no artigo 6º, V, do Código de Defesa do Consumidor. (2º TACSP – Ap. c/ Rev. 618.634-00/9 – 5ª C. – Rel. Juiz Dyrceu Cintra – DOESP 03.05.2002)

4. Princípio do *rebus sic stantibus*

Traduzida como “estando as coisas assim”, a cláusula *rebus sic stantibus* pode ser definida como um mecanismo de revisão contratual nos contratos de execução direta e trato sucessivo.

Contemporaneamente considerada sinônimo da teoria da imprevisão, aplica-se ao direito brasileiro pelo entendimento de que fatos imprevisíveis ao momento da celebração do contrato possuem força suficiente para quebrar o princípio da imperatividade das disposições contratuais. Nesse aspecto, entende Pablo Stolze (2001) que “a ocorrência de acontecimentos novos, imprevisíveis pelas partes e a elas não-imputáveis, refletindo sobre a economia ou na execução do

contrato, autorizam sua revisão, para ajustá-lo às circunstâncias supervenientes”.

Sobre o tema, TJ-SP:

AÇÃO CAUTELAR. PEDIDO LIMINAR DE SUSTAÇÃO DE PROTESTO. DEFERIMENTO MEDIANTE CAUÇÃO. MEDIDA CONCEDIDA "REBUS SICSTANTIBUS". INGRESSO DA PARTE CONTRÁRIA. NOVOS DOCUMENTOS. RECONHECIMENTO DA DESNECESSIDADE DA CAUÇÃO. REFORMA DA DECISÃO. As medidas de urgência determinadas durante o transcurso do processo possuem o caráter de provisoriedade e, uma vez que concedida "rebus sicstantibus", podem ser modificadas a qualquer momento até o julgamento definitivo da questão discutida em juízo. Independentemente do resultado final do processo e da fixação dos pontos controvertidos da lide, os novos documentos apresentados após a defesa da agravada indicam a possibilidade de que o protesto foi lançado, por equívoco, em número de CNPJ da recorrente, e não no CNPJ da real devedora. Nesse contexto, é justificável que a sustação liminar do protesto seja determinada sem a necessidade de exigência da caução de que trata o artigo 799 do Código de Processo Civil. Agravo provido.

5. Princípio do *pas de nullité sans grief*

A tradução literal deste princípio dita algo como “não há nulidade sem prejuízo”, ditando matéria acerca da nulidade de atos processuais. A doutrina majoritária, cujo entendimento acerca do tema

também é seguido pelo direito brasileiro, entende que só existirá nulidade no ato que causar prejuízo a outrem, ou que houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa. Tais entendimentos são reforçados pelo Código de Processo Penal, nos artigos 563 e 566.

O renomado professor e promotor de justiça aposentado, Fernando da Costa Tourinho Filho, em sua primorosa obra sobre processo penal, afirma:

(...) em matéria de nulidade, e para simplificar o rigorismo formal, foi adotado o princípio do *pas de nullité sans grief*. Não há nulidade sem prejuízo. Para que o ato seja declarado nulo é preciso haja, entre a sua imperfeição ou atipicidade e o prejuízo às partes, um nexo efetivo e concreto. Se, a despeito de imperfeito, o ato atingiu o seu fim, sem acarretar-lhes prejuízo, não há cuidar-se de nulidade. (TOURINHO FILHO, 2012)

Nesse sentido, STF:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. JÚRI. PRONÚNCIA. LIBELO. DIVERGÊNCIA ENTRE A PRONÚNCIA E O LIBELO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO JULGAMENTO. INOCORRÊNCIA DE PREJUÍZO PARA A DEFESA.

I. Não constitui nulidade o fato de o réu ter sido pronunciado pelo delito previsto no art. 121, § 2º, I, do Código Penal (homicídio qualificado) e o libelo considerá-lo como incurso no art. 121, caput, do mesmo Código

(homicídio simples), engano que foi corrigido no início do julgamento, a pedido do representante do Ministério Público. Inocorrência de prejuízo para a defesa, mesmo porque a qualificadora do motivo torpe (CP, art. 121, § 2º, I) foi rejeitada pelos jurados, certo que a lei processual adota o princípio de que sem prejuízo não se anula ato processual, na linha do adágio *pas de nullitésansgrief* (CPP, arts. 563 e 566).

II. H.C. indeferido. (STF, HC 75126/GO, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU 13.06.97)

Conclusão:

A principal noção sobre as relações jurídicas bilaterais, que precisa estar clara no entendimento do acadêmico de Direito, é de que a boa-fé e a equivalência das partes são preponderantes e norteiam todo o direito positivo vigente, no ordenamento jurídico brasileiro.

Relações contratuais que colocam uma parte em desvantagem à outra, ou que ferem a manifestação de vontade – expressa ou tácita – de uma delas, ou, ainda, que gerem dano a um dos envolvidos, terão sua validade questionada, justamente por irem na direção oposta à que sua própria natureza jurídica pretende proporcionar.

A compreensão de tais informações é crucial para a moldagem do “raciocínio jurídico”, fugindo apenas da específica e muitas vezes contraditória positividade das leis, de modo que a essência dos institutos fundamentais prepondere sobre estas.

Referências

CIELO, P. D. Princípio da *pacta sunt servanda*. Disponível em: <<http://profpatriciadonzele.blogspot.com.br/2011/09/principio-de-pacta-sunt-servanda.html>>. Acesso em 23 de maio de 2015.

JUNIOR, E. O. C. Da vedação ao comportamento contraditório (Venire contra factum proprium). In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 102, jul 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11965>. Acesso em 23 de maio de 2015.

MONTEIROS, W. B. Curso de Direito Civil. vol 4. 39 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 395

STOLZE, P. Algumas considerações sobre a Teoria da Imprevisão. In: Jus Navigandi. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2206/algumas-consideracoes-sobre-a-teoria-da-imprevisao>>. Acesso em 23 de maio de 2015.

STOLZE, P. **Duty to mitigate**. Disponível em: <http://pablostolze.com.br/wp-content/themes/Pablo/mais_publicacao.php?cat=editoriais>. Acesso em: 23 de maio de 2015.

TOURINHO FILHO, F. C. **Processo Penal**. vol 3. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 115.

MEIO AMBIENTE ESPACIAL? UMA CONTEMPORÂNEA ÓTICA SOBRE O MEIO AMBIENTE

TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL: Bacharel em Direito, do Centro Universitário São Camilo. Autor de vários artigos na área do Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil e Direito Ambiental. Mestrando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da UFF. Bolsista CAPES.

Resumo: É denotável que a constitucionalização do meio ambiente no Brasil viabilizou um verdadeiro salto qualitativo, no que concerne, especificamente, às normas de proteção ambiental. Tal fato decorre da premissa que os robustos corolários e princípios norteadores foram alçados ao patamar constitucional, assumindo colocação eminente, ao lado das liberdades públicas e dos direitos fundamentais. Superadas tais premissas, aprouve ao Constituinte, ao entalhar a Carta Política Brasileira, ressoando os valores provenientes dos direitos de terceira dimensão, insculpir na redação do artigo 225, conceder amplo e robusto respaldo ao meio ambiente como pilar integrante dos direitos fundamentais. É possível destacar, oportunamente, que a incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresarias nem manter dependência de motivações de âmago essencialmente econômico, notadamente quando estiver presente a atividade econômica, considerada as ordenanças constitucionais que a norteiam, estando, dentre outros corolários, subordinadas ao preceito que privilegia a defesa do meio ambiente, que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente

cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral.

Palavras-chaves: Meio Ambiente Espacial. Solidariedade. Reconstrução Axiológica.

Sumário: 1 Ponderações Introdutórias: A construção teórica do Direito Ambiental; 2 Comentários à concepção de Meio Ambiente; 3 Notas ao Meio Ambiente Natural; 4 Ponderações ao Meio Ambiente Artificial; 5 Comentários ao Meio Ambiente Cultural; 6 Anotações ao Meio Ambiente do Trabalho; 7 Meio Ambiente Espacial? Uma Contemporânea Ótica sobre o Meio Ambiente.

1 Ponderações Introdutórias: A construção teórica do Direito Ambiental

Inicialmente, ao se dispensar um exame acerca do tema colocado em tela, patente se faz arrazoar que a Ciência Jurídica, enquanto um conjunto multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as robustas ramificações que a integram, reclama uma interpretação alicerçada nos plurais aspectos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste almiré, lançando à tona os aspectos característicos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com a ênfase reclamada, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, em razão do burilado, infere-se que não mais prospera o arcabouço imutável que outrora

sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática.

Com espeque em tais premissas, cuida hastear, com bastante pertinência, como flâmula de interpretação o *“prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém”*^[1]. Destarte, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo primevo é assegurar que não haja uma vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras em que o homem valorizava a Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Ademais, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, precipuamente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral voto proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de

Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF, “o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza”[2]. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz, justamente, na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais e os institutos jurídicos neles consagrados.

Ainda neste substrato de exposição, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdan, “esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação”[3]. Destarte, a partir de uma análise profunda dos mencionados sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis, diante das situações concretas.

Nas últimas décadas, o aspecto de mutabilidade tornou-se ainda mais evidente, em especial, quando se analisa a construção de novos que derivam da Ciência Jurídica. Entre estes, cuida destacar a ramificação ambiental, considerando como um ponto de congruência da

formação de novos ideários e cânones, motivados, sobretudo, pela premissa de um manancial de novos valores adotados. Nesta trilha de argumentação, de boa técnica se apresenta os ensinamentos de Fernando de Azevedo Alves Brito que, em seu artigo, aduz: *“Com a intensificação, entretanto, do interesse dos estudiosos do Direito pelo assunto, passou-se a desvendar as peculiaridades ambientais, que, por estarem muito mais ligadas às ciências biológicas, até então era marginalizadas”*^[4]. Assim, em decorrência da proeminência que os temas ambientais vêm, de maneira paulatina, alcançando, notadamente a partir das últimas discussões internacionais envolvendo a necessidade de um desenvolvimento econômico pautado em sustentabilidade, não é raro que prospere, mormente em razão de novos fatores, um verdadeiro remodelamento ou mesmo uma releitura dos conceitos que abalizam a ramificação ambiental do Direito, com o fito de permitir que ocorra a conservação e recuperação das áreas degradadas, primordialmente as culturais.

Ademais, há de ressaltar ainda que o direito ambiental passou a figurar, especialmente, depois das décadas de 1950 e 1960, como um elemento integrante da farta e sólida tábua de direitos fundamentais. Calha realçar, com cores quentes, que mais contemporâneos, os direitos que constituem a terceira dimensão recebem a alcunha de direitos de fraternidade ou, ainda, de solidariedade, contemplando, em sua estrutura, uma patente preocupação com o destino da humanidade^[5]. Ora, daí se verifica a inclusão de meio ambiente como um direito fundamental, logo, está umbilicalmente atrelado com humanismo e, por

extensão, a um ideal de sociedade mais justa e solidária. Nesse sentido, ainda, é plausível citar o artigo 3º., inciso I, da Carta Política de 1988 que abriga em sua redação tais pressupostos como os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direitos: “**Art. 3º** - *Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária*” [6].

Ainda nesta esteira, é possível verificar que a construção dos direitos encampados sob a rubrica de terceira dimensão tende a identificar a existência de valores concernentes a uma determinada categoria de pessoas, consideradas enquanto unidade, não mais prosperando a típica fragmentação individual de seus componentes de maneira isolada, tal como ocorria em momento pretérito. Com o escopo de ilustrar, de maneira pertinente as ponderações vertidas, insta trazer à colação o entendimento do Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N°. 1.856/RJ, em especial quando coloca em destaque que:

Cabe assinalar, Senhor Presidente, que os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um

momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível[7].

“Têm primeiro por destinatários o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”[8]. Com efeito, os direitos de terceira dimensão, dentre os quais se inclui ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, positivado na Constituição Federal de 1988, emerge com um claro e tangível aspecto de familiaridade, como ápice da evolução e concretização dos direitos fundamentais.

2 Comentários à concepção de Meio Ambiente

Em uma primeira plana, ao lançar mão do sedimentado jurídico-doutrinário apresentado pelo inciso I do artigo 3º da Lei Nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981[9], que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências, salienta que o meio ambiente consiste no conjunto e conjunto de condições, leis e influências de ordem química, física e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. Pois bem, com o escopo de promover uma facilitação do aspecto conceitual apresentado, é possível verificar que o meio ambiente se assenta em um complexo diálogo de fatores abióticos, provenientes de ordem química e física, e bióticos, consistentes nas plurais e diversificadas formas de seres vivos. Consoante os ensinamentos de

Silva, considera-se meio-ambiente como *“a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”* [10].

Nesta senda, ainda, Fiorillo [11], ao tecer comentários acerca da acepção conceitual de meio ambiente, coloca em destaque que tal tema se assenta em um ideário jurídico indeterminado, incumbindo, ao intérprete das leis, promover o seu preenchimento. Dada à fluidez do tema, é possível colocar em evidência que o meio ambiente encontra íntima e umbilical relação com os componentes que cercam o ser humano, os quais são de imprescindível relevância para a sua existência. O Ministro Luiz Fux, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº. 4.029/, salientou, com bastante pertinência, que:

(...) o meio ambiente é um conceito hoje geminado com o de saúde pública, saúde de cada indivíduo, sadia qualidade de vida, diz a Constituição, é por isso que estou falando de saúde, e hoje todos nós sabemos que ele é imbricado, é conceitualmente geminado com o próprio desenvolvimento. Se antes nós dizíamos que o meio ambiente é compatível com o desenvolvimento, hoje nós dizemos, a partir da Constituição, tecnicamente, que não pode haver desenvolvimento senão com o meio ambiente ecologicamente equilibrado. A gemação do conceito me parece de

rigor técnico, porque salta da própria Constituição Federal[12].

É denotável, desta sorte, que a constitucionalização do meio ambiente no Brasil viabilizou um verdadeiro salto qualitativo, no que concerne, especificamente, às normas de proteção ambiental. Tal fato decorre da premissa que os robustos corolários e princípios norteadores foram alçados ao patamar constitucional, assumindo colocação eminente, ao lado das liberdades públicas e dos direitos fundamentais. Superadas tais premissas, aprouve ao Constituinte, ao entalhar a Carta Política Brasileira, ressoando os valores provenientes dos direitos de terceira dimensão, insculpir na redação do artigo 225, conceder amplo e robusto respaldo ao meio ambiente como pilar integrante dos direitos fundamentais. *“Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, as normas de proteção ambiental são alçadas à categoria de normas constitucionais, com elaboração de capítulo especialmente dedicado à proteção do meio ambiente”*[13]. Nesta toada, ainda, é observável que o *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988[14] está abalizado em quatro pilares distintos, robustos e singulares que, em conjunto, dão corpo a toda tábua ideológica e teórica que assegura o substrato de edificação da ramificação ambiental.

Primeiramente, em decorrência do tratamento dispensado pelo artífice da Constituição Federal, o meio ambiente foi içado à condição de direito de todos, presentes e futuras gerações. É encarado como algo pertencente a toda coletividade, assim, por esse prisma, não se admite o emprego de qualquer distinção entre brasileiro nato,

naturalizado ou estrangeiro, destacando-se, sim, a necessidade de preservação, conservação e não-poluição. O artigo 225, devido ao cunho de direito difuso que possui, extrapola os limites territoriais do Estado Brasileiro, não ficando centrado, apenas, na extensão nacional, compreendendo toda a humanidade. Neste sentido, o Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ, destacou que:

A preocupação com o meio ambiente - que hoje transcende o plano das presentes gerações, para também atuar em favor das gerações futuras (...) tem constituído, por isso mesmo, objeto de regulações normativas e de proclamações jurídicas, que, ultrapassando a província meramente doméstica do direito nacional de cada Estado soberano, projetam-se no plano das declarações internacionais, que refletem, em sua expressão concreta, o compromisso das Nações com o indeclinável respeito a esse direito fundamental que assiste a toda a Humanidade[15].

O termo “todos”, aludido na redação do *caput* do artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, faz menção aos já nascidos (presente geração) e ainda aqueles que estão por nascer (futura geração), cabendo àqueles zelar para que esses tenham à sua disposição, no mínimo, os recursos naturais que hoje existem. Tal fato encontra como arrimo a premissa que foi reconhecido ao gênero

humano o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao gozo de condições de vida adequada, em ambiente que permita desenvolver todas as suas potencialidades em clima de dignidade e bem-estar. Pode-se considerar como um direito transgeracional, ou seja, ultrapassa as gerações, logo, é viável afirmar que o meio-ambiente é um direito público subjetivo. Desta feita, o ideário de que o meio ambiente substancializa patrimônio público a ser imperiosamente assegurado e protegido pelos organismos sociais e pelas instituições estatais, qualificando verdadeiro encargo irrenunciável que se impõe, objetivando sempre o benefício das presentes e das futuras gerações, incumbindo tanto ao Poder Público quanto à coletividade considerada em si mesma.

Assim, decorrente de tal fato, produz efeito *erga omnes*, sendo, portanto, oponível contra a todos, incluindo pessoa física/natural ou jurídica, de direito público interno ou externo, ou mesmo de direito privado, como também ente estatal, autarquia, fundação ou sociedade de economia mista. Impera, também, evidenciar que, como um direito difuso, não subiste a possibilidade de quantificar quantas são as pessoas atingidas, pois a poluição não afeta tão só a população local, mas sim toda a humanidade, pois a coletividade é indeterminada. Nesta senda, o direito à interidade do meio ambiente substancializa verdadeira prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, ressoando a expressão robusta de um poder deferido, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas num sentido mais amplo, atribuído à própria coletividade social.

Com a nova sistemática entabulada pela redação do artigo 225 da Carta Maior, o meio-ambiente passou a ter autonomia, tal seja não está vinculada a lesões perpetradas contra o ser humano para se agasalhar das reprimendas a serem utilizadas em relação ao ato perpetrado. Figura-se, *ergo*, como bem de uso comum do povo o segundo pilar que dá corpo aos sustentáculos do tema em tela. O axioma a ser esmiuçado, está atrelado o meio-ambiente como vetor da sadia qualidade de vida, ou seja, manifesta-se na salubridade, precipuamente, ao vincular a espécie humana está se tratando do bem-estar e condições mínimas de existência. Igualmente, o sustentáculo em análise se corporifica também na higidez, ao cumprir os preceitos de ecologicamente equilibrado, salvaguardando a vida em todas as suas formas (diversidade de espécies).

Por derradeiro, o quarto pilar é a corresponsabilidade, que impõe ao Poder Público o dever geral de se responsabilizar por todos os elementos que integram o meio ambiente, assim como a condição positiva de atuar em prol de resguardar. Igualmente, tem a obrigação de atuar no sentido de zelar, defender e preservar, asseverando que o meio-ambiente permaneça intacto. Aliás, este último se diferencia de conservar que permite a ação antrópica, viabilizando melhorias no meio ambiente, trabalhando com as premissas de desenvolvimento sustentável, aliando progresso e conservação. Por seu turno, o cidadão tem o dever negativo, que se apresenta ao não poluir nem agredir o meio-ambiente com sua ação. Além disso, em razão da referida

corresponsabilidade, são titulares do meio ambiente os cidadãos da presente e da futura geração.

Em tom de arremate, é possível destacar que a incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresarias nem manter dependência de motivações de âmbito essencialmente econômico, notadamente quando estiver presente a atividade econômica, considerada as ordenanças constitucionais que a norteiam, estando, dentre outros corolários, subordinadas ao preceito que privilegia a defesa do meio ambiente, que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. O corolário do desenvolvimento sustentável, além de estar impregnando de aspecto essencialmente constitucional, encontra guarida legitimadora em compromissos e tratados internacionais assumidos pelo Estado Brasileiro, os quais representam fator de obtenção do justo equilíbrio entre os reclamos da economia e os da ecologia, porém, a invocação desse preceito, quando materializada situação de conflito entre valores constitucionais e proeminentes, a uma condição inafastável, cuja observância não reste comprometida nem esvaziada do aspecto essencial de um dos mais relevantes direitos fundamentais, qual seja: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações.

3 Notas ao Meio Ambiente Natural

Em sede de comentários inaugurais, cuida salientar que o meio ambiente natural, também denominado de físico, o qual, em sua estrutura, agasalha os fatores abióticos e bióticos, considerados como recursos ambientais. Nesta esteira de raciocínio, cumpre registrar, a partir de um viés jurídico, a acepção do tema em destaque, o qual vem disciplinado pela Lei Nº. 9.985, de 18 de Julho de 2000, que regulamenta o art. 225, §1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências, em seu artigo 2º, inciso IV, frisa que *“recurso ambiental: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora”* [16]. Nesta esteira, o termo *fatores abióticos* abriga a atmosfera, os elementos afetos à biosfera, as águas (inclusive aquelas que se encontram no mar territorial), pelo solo, pelo subsolo e pelos recursos minerais; já os fatores bióticos faz menção à fauna e à flora, como bem assinala Fiorillo [17]. Em razão da complexa interação entre os fatores abióticos e bióticos que ocorre o fenômeno da homeostase, consistente no equilíbrio dinâmico entre os seres vivos e o meio em que se encontram inseridos.

Consoante Rebello Filho e Bernardo, o meio ambiente natural *“é constituído por todos os elementos responsáveis pelo equilíbrio entre os seres vivos e o meio em que vivem: solo, água, ar atmosférico, fauna e flora”* [18]. Nesta senda, com o escopo de fortalecer os argumentos apresentados, necessário se faz colocar em campo que os paradigmas que orientam a concepção recursos naturais como componentes que

integram a paisagem, desde que não tenham sofrido maciças alterações pela ação antrópica a ponto de desnaturar o seu aspecto característico. Trata-se, com efeito, de uma conjunção de elementos e fatores que mantêm uma harmonia complexa e frágil, notadamente em razão dos avanços e degradações provocadas pelo ser humano. Neste sentido, é possível colacionar o entendimento jurisprudencial que:

Ementa: Ambiental e processual civil. Ação civil pública. Parque Nacional dos Lençóis Maranhenses. Unidade de proteção integral. Suspensão de atividades agressoras ao meio ambiente. Recuperação do dano causado. Possibilidade. Preliminares de incompetência, decadência e nulidade processual rejeitadas. Agravo retido desprovido. [...] III - Na inteligência jurisprudencial do egrégio Superior Tribunal de Justiça, "o tempo é incapaz de curar ilegalidades ambientais de natureza permanente, pois parte dos sujeitos tutelados - as gerações futuras - carece de voz e de representantes que falem ou se omitam em seu nome" (REsp 948.921/SP, rel. Min. Herman Benjamin, DJe 11/11/2009). Em sendo assim, não merece prosperar a preliminar de ocorrência do prazo prescricional de cinco anos para que o Poder Público pudesse requerer a inibição do dano ambiental, pois, no caso, a ação visa a tutela de

direitos indisponíveis e, por isso, se afigura imprescritível. IV - Quanto à preliminar de incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o presente feito, também não merece prosperar a pretensão recursal, eis que o imóvel descrito na petição inicial localiza-se na Zona de Amortização do Parque Nacional dos Lençóis Maranhenses, tratando-se, portanto de Unidade de Proteção Integral, integrante do Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza - SNUC, nos termos do art. 8º, III, da Lei nº 9.985, de 18/07/2000. Assim, a disciplina da utilização de Parque Nacional, como no caso, não se submete aos ditames da legislação estadual ou municipal. A utilização de área inserida dentro dos limites territoriais de Parque Nacional deve observar a disciplina da legislação federal, inclusive, no tocante à sua área de amortecimento. Ademais, ainda que assim não fosse, o aludido imóvel encontra-se localizado em terreno de marinha, que é patrimônio nacional (CF, art. 225, § 4º), de uso comum do povo e fora da ganância do mercado e do comércio, caracterizando-se, portanto, competente a Justiça Federal para julgar e processar o presente feito. [...]

III - A tutela constitucional, que impõe ao Poder

Público e a toda coletividade o dever de defender e preservar, para as presentes e futuras gerações, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, como direito difuso e fundamental, feito bem de uso comum do povo (CF, art. 225, caput), já instrumentaliza, em seus comandos normativos, o princípio da precaução (quando houver dúvida sobre o potencial deletério de uma determinada ação sobre o ambiente, toma-se a decisão mais conservadora, evitando-se a ação) e a conseqüente prevenção (pois uma vez que se possa prever que uma certa atividade possa ser danosa, ela deve ser evitada) , exigindo-se, assim, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade (CF, art. 225, § 1º, IV). IV - O Parque Nacional dos Lençóis Maranhenses é área de conservação da natureza, a merecer proteção integral, nos termos da Lei 9.985, de 18 de julho de 2000, tendo como objetivo básico a preservação de ecossistemas naturais de grande relevância ecológica e beleza cênica, possibilitando a realização de pesquisas científicas e o desenvolvimento de

atividades de educação e interpretação ambiental, de recreação em contato com a natureza e de turismo ecológico. É uma área de posse e domínio públicos, sendo que as áreas particulares incluídas em seus limites serão desapropriadas, de acordo com o que dispõe a lei, e a visitação pública e a pesquisa científica, estão sujeitas às normas e restrições estabelecidas no Plano de Manejo da unidade, às normas estabelecidas pelo órgão responsável por sua administração, e àquelas previstas em regulamento, hipótese não ocorrida, na espécie. V - Na hipótese dos autos, o imóvel descrito na petição inicial está localizado no interior de Área de Preservação Permanente - APP, encravado na Zona de Amortecimento do PARNA dos Lençóis Maranhenses (unidade de conservação da natureza de proteção integral), no Município de Barreirinhas, no Estado do Maranhão, integra o patrimônio da União, em zona costeira, devendo ser demolido, no prazo de 60 (sessenta) dias, por inobservância das determinações legais pertinentes, com as medidas de precaução e de prevenção do meio ambiente, adotadas na sentença recorrida, sob pena de multa coercitiva, no montante de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), por dia de atraso no

cumprimento desta decisão mandamental. VI -
Apelação, remessa oficial e agravo retido
desprovidos. Sentença confirmada. (Tribunal
Regional Federal da Primeira Região – Quinta
Turma/ AC 0002797-29.2006.4.01.3700/MA/
Relator: Desembargador Federal Souza Prudente/
Publicado no DJe em 12.06.2012, p. 173).

Ao lado do esposado, faz-se carecido pontuar que os recursos naturais são considerados como tal em razão do destaque concedido pelo ser humano, com o passar dos séculos, conferindo-lhes valores de ordem econômica, social e cultural. Desta feita, tão somente é possível à compreensão do tema a partir da análise da relação homem-natureza, eis que a interação entre aqueles é preponderante para o desenvolvimento do ser humano em todas as suas potencialidades. Patente se faz ainda, em breves palavras, mencionar a classificação dos recursos naturais, notadamente em razão da importância daqueles no tema em testilha. O primeiro grupo compreende os recursos naturais renováveis, que são os elementos naturais, cuja correta utilização, propicia a renovação, a exemplo do que se observa na fauna, na flora e nos recursos hídricos.

Os recursos naturais não-renováveis fazem menção àqueles que não logram êxito na renovação ou, ainda, quando conseguem, esta se dá de maneira lenta em razão dos aspectos estruturais e característicos daqueles, como se observa no petróleo e nos metais em geral. Por derradeiro, os denominados recursos inesgotáveis agasalham

aqueles que são “infindáveis”, como a luz solar e o vento. Salta aos olhos, a partir das ponderações estruturadas, que os recursos naturais, independente da seara em que se encontrem agrupados, apresentam como elemento comum de caracterização o fato de serem criados originariamente pela natureza. O meio ambiente natural encontra respaldo na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 225, *caput* e §1º, incisos I, III e IV.

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; [...]

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de

significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade[19].

Ora, como bem manifestou o Ministro Carlos Britto, ao se manifestar na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 3.540, *“não se erige em área de proteção especial um espaço geográfico simplesmente a partir de sua vegetação, há outros elementos. Sabemos que fauna, flora, floresta, sítios arqueológicos concorrem para isso”* [20]. Verifica-se, assim, que o espaço territorial especialmente protegido do direito constitucional ao meio ambiente hígido e equilibrado, em especial no que atina à estrutura e funções dos diversos e complexos ecossistemas. As denominadas “unidades de conservação”, neste aspecto de afirmação constitucional, enquanto instrumentos de preservação do meio ambiente natural, configuram áreas de maciço interesse ecológico que, em razão dos aspectos característicos naturais relevantes, recebem tratamento legal próprio, de maneira a reduzir a possibilidade de intervenções danosas ao meio ambiente.

4 Ponderações ao Meio Ambiente Artificial

O meio ambiente artificial, também denominado humano, se encontra delimitado no espaço urbano construído, consistente no conjunto de edificações e congêneres, denominado, dentro desta sistemática, de espaço urbano fechado, bem como pelos equipamentos públicos, nomeados de espaço urbano aberto, como tão bem salienta Fiorillo[21]. Cuida salientar, ainda, que o meio-ambiente artificial alberga, ainda, ruas, praças e áreas verdes. Trata-se, em um primeiro

contato, da construção pelo ser humano nos espaços naturais, isto é, uma transformação do meio-ambiente natural em razão da ação antrópica, dando ensejo à formação do meio-ambiente artificial. Além disso, pode-se ainda considerar alcançado por essa espécie de meio-ambiente, o plano diretor municipal e o zoneamento urbano. É possível ilustrar as ponderações estruturadas utilizando o paradigmático entendimento jurisprudencial que direciona no sentido que:

Ementa: Administrativo. Conflito negativo de competência. Ação civil pública. Propaganda eleitoral. Degradação do meio ambiente. Ausência de matéria eleitoral. Competência da Justiça Estadual. [...] 4. A pretensão ministerial na ação civil pública, voltada à tutela ao meio ambiente, direito transindividual de natureza difusa, consiste em obrigação de fazer e não fazer e, apesar de dirigida a partidos políticos, demanda uma observância de conduta que extravasa período eleitoral, apesar da maior incidência nesta época, bem como não constitui aspecto inerente ao processo eleitoral. 5. A ação civil pública ajuizada imputa conduta tipificada no art. 65 da Lei 9.605/98 em face do dano impingido ao meio ambiente, no caso especificamente, artificial, formado pelas edificações, equipamentos urbanos públicos e comunitários e todos os assentamentos de reflexos

urbanísticos, conforme escólio do Professor José Afonso da Silva. Não visa delimitar condutas regradadas pelo direito eleitoral; visa tão somente a tutela a meio ambiente almejando assegurar a função social da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, nos termos do art. 182 da Constituição Federal. 6. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de Maceió - AL, ora suscitado. (Superior Tribunal de Justiça – Primeira Seção/ CC 113.433/AL/ Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima/ Julgado em 24.08.2011/ Publicado no DJe em 19.12.2011).

Ementa: Processual civil e administrativo. Ação civil pública. Praças, jardins e parques públicos. Direito à cidade sustentável. Art. 2º, incisos I e IV, d Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade). Doação de bem imóvel municipal de uso comum à União para construção de agência do INSS. Desafetação. Competência. Inaplicabilidade da súmula 150/STJ. Exegese de normas locais (Lei Orgânica do Município de Esteio/RS). [...] 2. Praças, jardins, parques e bulevares públicos urbanos constituem uma das mais expressivas manifestações do processo civilizatório, porquanto encarnam o ideal de

qualidade de vida da cidade, realidade físico-cultural refinada no decorrer de longo processo histórico em que a urbe se viu transformada, de amontoado caótico de pessoas e construções toscas adensadas, em ambiente de convivência que se pretende banhado pelo saudável, belo e aprazível. 3. Tais espaços públicos são, modernamente, objeto de disciplina pelo planejamento urbano, nos termos do art. 2º, IV, da Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade), e concorrem, entre seus vários benefícios supraindividuais e intangíveis, para dissolver ou amenizar diferenças que separam os seres humanos, na esteira da generosa acessibilidade que lhes é própria. Por isso mesmo, fortalecem o sentimento de comunidade, mitigam o egoísmo e o exclusivismo do domínio privado e viabilizam nobres aspirações democráticas, de paridade e igualdade, já que neles convivem os multifacetários matizes da população: abertos a todos e compartilhados por todos, mesmo os "indesejáveis", sem discriminação de classe, raça, gênero, credo ou moda. 4. Em vez de resíduo, mancha ou zona morta - bolsões vazios e inúteis, verdadeiras pedras no caminho da plena e absoluta explorabilidade imobiliária, a estorvarem aquilo que seria o destino inevitável do

adensamento -, os espaços públicos urbanos cumprem, muito ao contrário, relevantes funções de caráter social (recreação cultural e esportiva), político (palco de manifestações e protestos populares), estético (embelezamento da paisagem artificial e natural), sanitário (ilhas de tranquilidade, de simples contemplação ou de escape da algazarra de multidões de gente e veículos) e ecológico (refúgio para a biodiversidade local). Daí o dever não discricionário do administrador de instituí-los e conservá-los adequadamente, como elementos indispensáveis ao direito à cidade sustentável, que envolve, simultaneamente, os interesses das gerações presentes e futuras, consoante o art. 2º, I, da Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade). [...] 8. Recurso Especial não provido. (Superior Tribunal de Justiça – Segunda Turma/ REsp 1.135.807/RS/ Relator: Ministro Herman Benjamin/ Julgado em 15.04.2010/ Publicado no DJe em 08.03.2012)

O domínio em apreço é caracterizado por ser fruto da interferência humana, logo, *“aquele meio-ambiente trabalhado, alterado e modificado, em sua substância, pelo homem, é um meio-ambiente artificial”*^[22]. Como robusto instrumento legislativo de tutela do meio ambiente artificial, pode-se citar a Lei Nº. 10.257, de 10 de Julho de 2001^[23], que regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece

diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências, conhecido como “Estatuto da Cidade”, estabelece os regramentos e princípios influenciadores da implementação da política urbana. Nesta esteira, cuida trazer à colação o entendimento firmado por Fiorillo, em especial quando destaca que o diploma legislativo em apreço *“deu relevância particular, no âmbito do planejamento municipal, tanto ao plano diretor (art. 4º, III, a, bem como arts. 39 a 42 do Estatuto) como à disciplina do parcelamento, uso e ocupação do solo”* [24].

Com efeito, um dos objetivos da política de desenvolvimento urbano previsto no artigo 182 da Constituição Federal[25], são as funções sociais da cidade, que se realizam quando se consegue propiciar ao cidadão qualidade de vida, com concretização dos direitos fundamentais, e em consonância com o que disciplina o artigo 225 da Carta Magna, que garante a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. E as funções sociais da cidade se concretizam quando o Poder Público consegue dispensar ao cidadão o direito à habitação, à livre circulação, ao lazer e ao trabalho. Ora, *“dado ao conteúdo pertinente ao meio ambiente artificial, este em muito relaciona-se à dinâmica das cidades. Desse modo, não há como desvinculá-lo do conceito de direito à sadia qualidade de vida”*[26], tal como o direito à satisfação dos valores da dignidade humana e da própria vida.

Nesta esteira, o parcelamento urbanístico do solo tem por escopo efetivar o cumprimento das funções sociais da sociedade, fixando regramentos para melhor aproveitamento do espaço urbano e, com isso, a obtenção da sadia qualidade de vida, enquanto valor agasalhado pelo princípio do meio ecologicamente equilibrado, preceituado na Carta de

1988. Neste sentido, colacionar se faz premente o entendimento jurisprudencial que:

Ementa: Apelação Cível. Direito Público. Município de Caxias do Sul. Planejamento Urbanístico. Estatuto da Cidade. Plano Diretor. Código de Posturas Municipal. Construção de Passeio Público. Meio Ambiente Artificial. O passeio público deve estar em conformidade com a legislação municipal, sobretudo com o Código de Posturas do Município e o Plano Diretor. Tal faz parte da política de desenvolvimento municipal, com o adequado planejamento e controle do uso, parcelamento e ocupação do solo urbano, nos exatos termos em que disciplina a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional que regulamenta a matéria. A prova pericial carreada aos autos demonstra a total viabilidade de adequação do passeio público de frente à residência dos autores, não se podendo admitir que eventual prejuízo causado aos demais réus, moradores vizinhos, que utilizam a área para acesso à sua residência, venha a ser motivo para a não regularização da área, de acordo com o planejamento municipal em termos de desenvolvimento urbano. Eventual desgaste entre os autores e seus vizinhos deverá ser resolvido em demanda própria que não esta. Se os vizinhos dos demandantes utilizam o passeio público em frente à

residência dos autores como entrada de suas casas, terão que deixar de fazê-lo e também se adequarem ao que disciplina a lei. O que não pode é o Município ser proibido de fiscalizar e de fazer cumprir com legislação que é, ou deveria ser, aplicável a todos. Recurso Provido. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Primeira Câmara Cível/ Apelação Cível Nº 70038560991/ Relator: Desembargador Carlos Roberto Lofego Canibal/ Julgado em 11.05.2011).

Ementa: Administrativo. Poluição Visual. Propaganda em meio aberto (frontlights, moving signs, outdoors). Ilegalidade. 1. Cabe ao Município regular e policiar a propaganda em meio aberto, seja qual for o veículo (frontlights, moving signs, outdoors), pois tal atividade é altamente nociva ao meio ambiente artificial e, no caso da cidade de Porto Alegre, provocou grosseira poluição visual, de acordo com a prova técnica. É necessária prévia licença para expor propaganda no meio aberto e a prova revelou que as empresas exploradoras dessa atividade econômica não se ocuparam em cumprir a lei. Demonstrado o dano ao meio ambiente, devem os responsáveis indenizá-lo, fixando-se o valor da reparação pecuniária em valor módico. Por outro lado, mostra-se prematura a fixação de multa ante a

necessidade de examinar caso a caso as hipóteses de remoção na execução. 2. Apelações das rés desprovidas e apelação do município provida em parte. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Quarta Câmara Cível/ Apelação Cível Nº 70011527215/ Relator: Desembargador Araken de Assis/ Julgado em 30.11.2005).

Assim, é plenamente possível traçar um íntimo liame entre o conceito de cidade e os próprios paradigmas integrantes do meio-ambiente artificial. Ora, não se pode olvidar que o meio-ambiente artificial é o local, via de regra, em que o ser humano se desenvolve, enquanto indivíduo sociável, objetivando-se a sadia qualidade de vida nos espaços habitados. Deste modo, temas como a poluição sonora ou mesmo visual se revelam dotados de grande relevância, eis que afetam ao complexo equilíbrio existentes no meio-ambiente urbano, prejudicando, direta ou indiretamente, a saúde, a segurança e o bem-estar da população, tal como a criar condições adversas às atividades dotadas de cunho social e econômico ou mesmo afetando as condições estéticas ou sanitárias em que são estabelecidas.

5 Comentários ao Meio Ambiente Cultural

Em sede de comentários introdutórios, cuida salientar que o meio ambiente cultural é constituído por bens culturais, cuja acepção compreende aqueles que possuem valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, espeleológico, fossilífero, turístico, científico, refletindo as características de uma determinada sociedade. Ao lado disso, quadra

anotar que a cultura identifica as sociedades humanas, sendo formada pela história e maciçamente influenciada pela natureza, como localização geográfica e clima. Com efeito, o meio ambiente cultural decorre de uma intensa interação entre homem e natureza, porquanto aquele constrói o seu meio, e toda sua atividade e percepção são conformadas pela sua cultural. *“A cultura brasileira é o resultado daquilo que era próprio das populações tradicionais indígenas e das transformações trazidas pelos diversos grupos colonizadores e escravos africanos”* [27]. Desta maneira, a proteção do patrimônio cultural se revela como instrumento robusto da sobrevivência da própria sociedade.

Nesta toada, ao se analisar o meio ambiente cultural, enquanto complexo macrossistema, é perceptível que é algo incorpóreo, abstrato, fluído, constituído por bens culturais materiais e imateriais portadores de referência à memória, à ação e à identidade dos distintos grupos formadores da sociedade brasileira. Meirelles anota que *“o conceito de patrimônio histórico e artístico nacional abrange todos os bens moveis e imóveis, existentes no País, cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da História pátria ou por seu excepcional valor artístico, arqueológico, etnográfico, bibliográfico e ambiental”* [28]. Quadra anotar, por imperioso, que os bens compreendidos pelo patrimônio cultural compreendem tanto realizações antrópicas como obras da Natureza; preciosidades do passado e obras contemporâneas.

Nesta esteira, é possível subclassificar o meio ambiente cultural em duas espécies distintas, quais sejam: uma concreta e outra

abstrata. Neste passo, o meio-ambiente cultural concreto, também denominado material, se revela materializado quando está transfigurado em um objeto classificado como elemento integrante do meio-ambiente humano. Assim, é possível citar os prédios, as construções, os monumentos arquitetônicos, as estações, os museus e os parques, que albergam em si a qualidade de ponto turístico, artístico, paisagístico, arquitetônico ou histórico. Os exemplos citados alhures, em razão de todos os predicados que ostentam, são denominados de meio-ambiente cultural concreto. Acerca do tema em comento, é possível citar o robusto entendimento jurisprudencial firmado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, ao apreciar o Recurso Especial N° 115.599/RS:

Ementa: Meio Ambiente. Patrimônio cultural. Destruição de dunas em sítios arqueológicos. Responsabilidade civil. Indenização. O autor da destruição de dunas que encobriam sítios arqueológicos deve indenizar pelos prejuízos causados ao meio ambiente, especificamente ao meio ambiente natural (dunas) e ao meio ambiente cultural (jazidas arqueológicas com cerâmica indígena da Fase Vieira). Recurso conhecido em parte e provido. (Superior Tribunal de Justiça – Quarta Turma/ REsp 115.599/RS/ Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar/ Julgado em 27.06.2002/ Publicado no Diário da Justiça em 02.09.2002, p. 192).

Diz-se, de outro modo, o meio-ambiente cultural abstrato, chamado, ainda, de imaterial, quando este não se apresenta materializado no meio-ambiente humano, sendo, deste modo, considerado como a cultura de um povo ou mesmo de uma determinada comunidade. Da mesma maneira, são alcançados por tal acepção a língua e suas variações regionais, os costumes, os modos e como as pessoas relacionam-se, as produções acadêmicas, literárias e científicas, as manifestações decorrentes de cada identidade nacional e/ou regional. Neste sentido, é possível colacionar o entendimento firmado pelo Tribunal Regional Federal da Segunda Região, quando, ao apreciar a Apelação Cível Nº 2005251015239518, firmou entendimento que *“expressões tradicionais e termos de uso corrente, trivial e disseminado, reproduzidos em dicionários, integram o patrimônio cultural de um povo”* [29]. Esses aspectos constituem, sem distinção, abstratamente o meio-ambiente cultural. *“O patrimônio cultural imaterial transmite-se de geração a geração e é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente”* [30], decorrendo, com destaque, da interação com a natureza e dos acontecimentos históricos que permeiam a população.

O Decreto Nº. 3.551, de 04 de Agosto de 2000 [31], que institui o registro de bens culturais de natureza imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências, consiste em instrumento efetivo para a preservação dos bens imateriais que integram o meio-ambiente cultural. Como bem aponta Brollo [32], em seu magistério, o aludido

decreto não instituiu apenas o registro de bens culturais de natureza imaterial que integram o patrimônio cultural brasileiro, mas também estruturou uma política de inventariança, referenciamento e valorização desse patrimônio.

Ejeta-se, segundo o entendimento firmado por Fiorillo^[33], que os bens que constituem o denominado patrimônio cultural consistem na materialização da história de um povo, de todo o caminho de sua formação e reafirmação de seus valores culturais, os quais têm o condão de substancializar a identidade e a cidadania dos indivíduos inseridos em uma determinada comunidade. Necessário se faz salientar que o meio-ambiente cultural, conquanto seja artificial, difere-se do meio-ambiente humano em razão do aspecto cultural que o caracteriza, sendo dotado de valor especial, notadamente em decorrência de produzir um sentimento de identidade no grupo em que se encontra inserido, bem como é propiciada a constante evolução fomentada pela atenção à diversidade e à criatividade humana.

6 Anotações ao Meio Ambiente do Trabalho

Em um primeiro painel, cuida assinalar que o homem passou a integrar, de maneira plena, o meio ambiente no percurso para o desenvolvimento sustentável consagrado pela nova ordem ambiente mundial. Com efeito, consequência disto está alicerçada na consideração de que o meio ambiente do trabalho integra também o conceito abrangente de ambiente, de maneira que deve ser considerado como bem que reclama proteção dos diplomas normativos para eu o trabalhador possa usufruir de uma melhor qualidade de vida. Trata-se,

com destaque, de concreção dos direitos do trabalhador o de ter minorado os riscos inerentes ao trabalho, por meio de ordenanças de saúde, higiene e segurança, demonstrando uma contemporânea posição em relação ao tema, de modo que as questões atinentes ao meio ambiente do trabalho ultrapassam a questão de saúde dos próprios trabalhadores, inundando toda a sociedade.

O meio ambiente do trabalho, doutrinariamente reconhecido, é o local em que os indivíduos desempenham suas atividades laborais, independente dessas serem remuneradas ou não, cujo equilíbrio se encontra estruturado na salubridade do ambiente e na ausência de agentes que possam comprometer a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, independente da condição que apresentem. Ao lado disso, cuida salientar, com bastante ênfase, que, consoante as ponderações de Brollo[34], *“o meio ambiente do trabalho configura o conjunto das condições de produção nas quais a força de trabalho e o capital se transformam em mercadorias e benefícios”*. Ao lado disso Fiorillo, com bastante pertinência, evidencia que *“no tocante à matéria relativa ao meio ambiente do trabalho, continua ela a ser basicamente regulada pela Consolidação das Leis do Trabalho e pela Portaria n. 3.214/78, que aprova diversas normas regulamentadoras”*[35], estabelecendo, via de consequência, normas que regem à segurança e medicina do trabalho. No que pertine à matéria, cuida trazer à colação entendimento jurisprudencial que sustentam as ponderações aventadas até o momento:

Ementa: Processual Civil. Recurso Especial. Ação Civil Pública. Meio Ambiente do Trabalho. Justiça do Trabalho. Súmula N.º 736/STF. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. 1. Consoante entendimento sedimentado desta Corte Superior, é da Justiça do Trabalho a competência para julgamento de demanda promovida pelo Parquet, na qual se encontre em discussão o cumprimento, pelo empregador, de normas atinentes ao meio ambiente do trabalho (AgRg no REsp n.º 509.574/SP, DJe de 01/03/2010; REsp n.º 240.343/SP, DJe de 20/04/2009; e REsp n.º 697.132/SP, DJ de 29/03/2006). 2. Inarredável a aplicação à hipótese da inteligência do enunciado sumular n.º 736/STF, litteris: "Compete à Justiça do Trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores", sendo irrelevante, para tanto, decorrerem as obrigações daí resultantes de previsão expressa na legislação vigente ou resultarem concomitantemente de termo de ajustamento de conduta firmado entre o empregador e o Ministério Público Estadual. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(Superior Tribunal de Justiça – Terceira Turma/ AgRg no REsp 1.116.923/PR/ Relator: Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS)/ Julgado em 21.10.2010/ Publicado no DJe em 05.11.2010).

Ementa: Recurso Especial. Ação Civil Pública. Segurança e Medicina do Trabalho. Ministério Público Estadual. Ministério Público do Trabalho. Legitimidade. 1. A proteção ao meio ambiente do trabalho insere-se nos chamados direitos difusos. Assim, tem o Ministério Público legitimidade ativa para propor ações coletivas visando a defesa de tais direitos. 2. A Lei Complementar n. 75/93, no seu art. 83, III, conferiu ao Ministério Público do Trabalho a atribuição de promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho. Dessa forma, vinculou a legitimidade ad causam de tal órgão à competência do órgão julgador, ou seja, só atua o parquet especializado nas ações judiciais que tenham trâmite na Justiça do Trabalho. 3. Na hipótese de ação civil pública destinada a prevenir acidentes de trabalho promovida no ano de 1997, quando pacífico era o entendimento de que competia à Justiça estadual o conhecimento e processamento do feito, a legitimidade ativa é do

Ministério Público estadual. 4. Recurso especial não-conhecido. (Superior Tribunal de Justiça – Quarta Turma/ REsp 240.343/SP/ Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior/ Relator para o Acórdão: Ministro João Otávio de Noronha/ Julgado em 17.03.2009/ Publicado no DJe em 20.04.2009).

Ora, salta aos olhos que o cerne da questão do aspecto em comento encontra arrimo na premissa que o ambiente laboral é o lugar em que o trabalhador passa considerável parte de sua existência e, portanto, a higidez daquele influencia, de maneira determinante a sadia qualidade da vida humana. Denota-se, desta sorte, que o meio ambiente laboral ambiciona garantir a sadia qualidade de vida, o qual se desdobra em saúde e segurança do trabalhador, sendo que o enfoque constitucional dispensado ao tema em testilha ostenta aspecto essencialmente preventivo, já que objetiva reduzir riscos à saúde e à segurança. *“Nesse caso, o ambiente do trabalho a ser preservado é aquele que não represente risco nem à saúde, nem à segurança do trabalhador e que, acima de tudo, assegure a sua dignidade”*^[36]

Infere-se que a Carta da República de 1988, ao dispor acerca do meio-ambiente e seus distintos aspectos, adotou dois objetos diversos, a saber: um imediato consistente na manutenção da qualidade do meio-ambiente e de todos os plurais elementos que o constituem, e outro mediato que se manifesta na saúde, segurança e bem-estar do cidadão, expressado, de maneira robusta, nas locuções *vida em todas as suas formas* e em *qualidade de vida*, consagrados nas redações do artigo

3º, inciso I, da Lei Nº. 6.938/1981[37] e artigo 225, *caput*, da Constituição Federal[38]. No mais, a acepção que deve envolver o meio ambiente laboral deve ser ampla e irrestrita, vez que alcança todo trabalhador, remunerada ou não, o qual detém proteção constitucional de um ambiente de trabalho adequado e seguro, sendo elemento indispensável à digna e sadia qualidade de vida.

No mais, há que assinalar que o bem ambiental alcança a vida do trabalhador como pessoa e integrante da sociedade, devendo ser preservado por meio da estruturação de instrumentos adequados referentes a condições de trabalho, higiene e medicina do trabalho. Incumbe, primeiramente, ao empregador a obrigação de salvaguardar e proteger o meio ambiente laboral e, ao Estado e à sociedade, promover a fiscalização carecida para materializar a incolumidade desse bem. Ora, como fundamentos do Estado Democrático de Direito e da ordem econômica, não se pode olvidar que o Texto Constitucional coloca em realce os valores sociais do trabalho, a dignidade da pessoa humana e o respeito ao meio ambiente, em sentido amplo e abrangente.

Não obstante a proteção constitucional ao meio ambiente do trabalho, no plano internacional, o Brasil também é signatário da Convenção nº 162 da Organização Internacional do Trabalho, a qual adota medidas de proteção e prevenção, a fim de possibilitar a utilização do asbesto/amianto com segurança. Esta convenção impõe restrições ao uso do amianto e sugere a sua substituição por materiais que não causem danos à saúde. Trata-se, portanto, de norma internacional, de recepção supralegal no ordenamento jurídico pátrio, aplicada a todas as

atividades que exponham trabalhadores ao amianto no desempenho de suas tarefas. A título de *obiter dictum*, deve-se levar em conta que o meio ambiente laboral seguro e saudável bem como a preservação da integridade física do trabalhador são direitos que encontram amparo no próprio texto constitucional, passando, por extensão, a conformar a aplicação dos diplomas normativos, com o escopo de materializar tal proteção.

7 Meio Ambiente Espacial? Uma Contemporânea Ótica sobre o Meio Ambiente

Em uma visão mais contemporânea, ultrapassando a tradicional caracterização do meio ambiente, é possível fazer alusão a um meio ambiente espacial, cuja área de incidência é o espaço fora da Terra, constituído de corpos celestes. Trata-se de mais um desdobramento imprescindível do ideário de solidariedade que norteia, de maneira geral, os direitos pertencentes a terceira dimensão. Nesta linha de visão, ao se conceber o direito ao meio ambiente espacial ecologicamente equilibrado, materializa-se a premissa que o meio ambiente, enquanto direito inerente à espécie humana, não encontra limitação apenas ao planeta Terra, mas se estende ao espaço. Assim, há que se reconhecer que o acesso ao espaço, suas riquezas e o conhecimento advindo das pesquisas estabelecidas, passam a integrar a rubrica diversificada que está fortemente vinculado à própria realização do ser humano. Há que se destacar, portanto, que a edificação de um meio ambiente espacial é verdadeiro desdobramento de uma realidade

contemporânea, pautada pelos avanços científicos e progresso presenciado pela espécie humana.

Todo desenvolvimento tem um preço e, não raras vezes, muito alto. O Universo mostra-se como lugar de inigualáveis (e ainda inimagináveis) riquezas, envolto em mistérios naturais. Daí gera facilmente a cobiça financeira. O que não podemos aceitar é a existência de uma exploração menos científica e mais comercial, uma vez que o Meio Ambiente Espacial não é propriedade privada, mas um lugar a ser compartilhado por todos[39].

Ao lado disso, *“seu desequilíbrio poderá trazer consequências desastrosas às condições climáticas dos planetas, entre eles a Terra, prejudicando no nosso caso as formas de vida”* [40]. Com destaque, as forças que regem os astros estão fora de controle do ser humano, contudo, no que concerne ao ambiente espacial próximo a Terra, o ser humano pode ter responsabilidade por alguns danos. Neste painel, ainda, tal fato decorre da premissa que há uma maciça exploração espacial, sendo que a espécie humana começa a utilizar este espaço outrora inacessível, deixando muito “lixo espacial” ao redor do planeta. Ademais, aludido comportamento coloca em risco não só as espaçonaves tripuladas como as cidades e áreas rurais e naturais com as quedas destes artefatos, inclusive pela radioatividade que pode existir em alguns casos. Aliás, não é possível olvidar que as explorações espaciais já remontam algumas décadas e se iniciaram com o envio das sondas

espaciais, seguidos dos satélites artificiais, naves tripuladas e finalmente das estações espaciais.

Ao lado disso, há que se reconhecer que todos os engenhos espaciais são enviados por foguetes e que acabam produzindo quantidade considerável de lixo, porquanto há a desintegração no caminho e somente alguns pedaços são recuperados. De igual modo, há que se computarem aqueles que se destroçam no espaço propositada ou acidentalmente, deixando milhares de pedaços orbitando entorno do planeta. *“Já estes materiais perdidos, abandonados ou descartados conhecidos como lixos ou detritos da era espacial, que ficam perdidos ao redor do nosso planeta em órbitas descontroladas”* [41]. Além de poluir o ambiente espacial, os destroços que constituem o lixo espacial tornam-se perigosos, pois colocam em risco as naves e satélites artificiais, devido a possíveis colisões. Ora, há que reconhecer que o lixo espacial que muitas vezes acaba caindo na Terra pode causar danos à vida que povoa o planeta. Assim, todo este lixo está poluindo o que chamamos de espaço, gerando a necessidade de definir este novo ambiente, agora utilizado e explorado intensivamente pela humanidade. Tarefa árdua, porém necessária.

Referência:

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 04 jun. 2015

_____. **Decreto N° 3.551, de 04 de Agosto de 2000.** Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 04 jun. 2015.

_____. **Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 04 jun. 2015

_____. **Lei Nº. 10.257, de 10 de Julho de 2001.** Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 04 jun. 2015.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 04 jun. 2015

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 04 jun. 2015

_____. **Tribunal Regional Federal da Primeira Região.** Disponível em: <www.trf1.jus.br>. Acesso em 04 jun. 2015

_____. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região.** Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em 04 jun. 2015

BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 968.

Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 04 jun. 2015

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MARTINS, Carla. **Meio Ambiente Espacial – É hora de entender e preservar**. Disponível em: <<http://www.envolverde.com.br/sociedade/meio-ambiente-espacial-e-hora-de-entender-e-preservar/>>. Acesso em 04 jun. 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em 04 jun. 2015

MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões**. 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 04 jun. 2015

SANTOS, Antonio Silveira R. dos. **Meio Ambiente Espacial: Considerações**. Disponível em: <<http://www.ultimaarcadenoe.com.br/meio-ambiente-espacial-2/>>. Acesso em 04 jun. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental**: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 04 jun. 2015

NOTAS:

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 04 jun. 2015

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental N°. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão

Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ag. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 04 jun. 2015

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 04 jun. 2015

[5] MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões** 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004, p. 69.

[6] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 04 jun. 2015

[7] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense Nº 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei Nº 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) -

Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 04 jun. 2015

[8] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007, p. 569.

[9] BRASIL. **Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 04 jun. 2015

[10] SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.20.

[11] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 77.

[12] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 4.029/AM. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Federal Nº 11.516/07. Criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. Legitimidade da Associação Nacional dos Servidores do IBAMA. Entidade de Classe de Âmbito Nacional. Violação do art. 62, caput e § 9º, da Constituição. Não emissão de parecer pela Comissão Mista Parlamentar.

Inconstitucionalidade dos artigos 5º, caput, e 6º, caput e parágrafos 1º e 2º, da Resolução Nº 1 de 2002 do Congresso Nacional. Modulação dos Efeitos Temporais da Nulidade (Art. 27 da Lei 9.868/99). Ação Direta Parcialmente Procedente. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 08 mar. 2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 04 jun. 2015

[13] THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 116.

[14] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 24 mar. 2013: “Art. 225. *Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações*”.

[15] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense Nº 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei Nº 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da

solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 04 jun. 2015

[16] BRASIL. **Lei Nº. 9.985, de 18 de Julho de 2000.** Regulamenta o art. 225, §1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 04 jun. 2015

[17] FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro** (ed. 10ª rev., atual. e ampl.). São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 78.

[18] REBELLO FILHO, Wanderley; BERNARDO, Christianne. **Guia prático de direito ambiental.** Rio de Janeiro: Editora Lumen, 1998, p. 19.

[19] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 04 jun. 2015.

[20] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Acórdão proferido na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 3.540. Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito

de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Necessidade de impedir que a transgressão a esse direito faça irromper, no seio da coletividade, conflitos intergeracionais - Espaços territoriais especialmente protegidos (CF, art. 225, § 1º, III) - Alteração e supressão do regime jurídico a eles pertinente - Medidas sujeitas ao princípio constitucional da reserva de lei - Supressão de vegetação em área de preservação permanente - Possibilidade de a administração pública, cumpridas as exigências legais, autorizar, licenciar ou permitir obras e/ou atividades nos espaços territoriais protegidos, desde que respeitada, quanto a estes, a integridade dos atributos justificadores do regime de proteção especial - Relações entre economia (CF, art. 3º, II, c/c o art. 170, VI) e ecologia (CF, art. 225) - Colisão de direitos fundamentais - Critérios de superação desse estado de tensão entre valores constitucionais relevantes - Os direitos básicos da pessoa humana e as sucessivas gerações (fases ou dimensões) de direitos (RTJ 164/158, 160-161) - A questão da precedência do direito à preservação do meio ambiente: uma limitação constitucional explícita à atividade econômica (CF, art. 170, VI) - Decisão não referendada - Consequente indeferimento do pedido de medida cautelar. a preservação da integridade do meio ambiente: expressão constitucional de um direito fundamental que assiste à generalidade das pessoas. - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter

transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. Doutrina. A atividade econômica não pode ser exercida em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente. - A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a "defesa do meio ambiente" (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural. A questão do desenvolvimento nacional (CF, art. 3º, II) e a necessidade de preservação da integridade do meio ambiente (CF, art. 225): O princípio do desenvolvimento sustentável como fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia. - O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter

eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações. O art. 4º do Código Florestal e a Medida Provisória Nº 2.166-67/2001: Um avanço expressivo na tutela das áreas de preservação permanente. - A Medida Provisória nº 2.166-67, de 24/08/2001, na parte em que introduziu significativas alterações no art. 4º do Código Florestal, longe de comprometer os valores constitucionais consagrados no art. 225 da Lei Fundamental, estabeleceu, ao contrário, mecanismos que permitem um real controle, pelo Estado, das atividades desenvolvidas no âmbito das áreas de preservação permanente, em ordem a impedir ações predatórias e lesivas ao patrimônio ambiental, cuja situação de maior vulnerabilidade reclama proteção mais intensa, agora propiciada, de modo adequado e compatível com o texto constitucional, pelo diploma normativo em questão. - Somente a alteração e a supressão do regime jurídico pertinente aos espaços territoriais especialmente protegidos qualificam-se, por efeito da cláusula inscrita no art. 225, § 1º, III, da Constituição, como matérias sujeitas ao princípio da reserva legal. - É lícito ao Poder Público - qualquer que seja a dimensão institucional em que se posicione na

estrutura federativa (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) - autorizar, licenciar ou permitir a execução de obras e/ou a realização de serviços no âmbito dos espaços territoriais especialmente protegidos, desde que, além de observadas as restrições, limitações e exigências abstratamente estabelecidas em lei, não resulte comprometida a integridade dos atributos que justificaram, quanto a tais territórios, a instituição de regime jurídico de proteção especial (CF, art. 225, § 1º, III). Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 01.09.2005. Publicado no DJe em 03.02.2006, p. 00014. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 04 jun. 2015.

[21] FIORILLO, 2012, p. 79.

[22] BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 04 jun. 2015

[23] BRASIL. **Lei Nº. 10.257, de 10 de Julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 04 jun. 2015.

[24] FIORILLO, 2012, p. 467.

[25] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 04 jun. 2015.

[26] FIORILLO, 2012, p. 549.

[27] BROLLO, S lvia Regina Salau. **Tutela Jurídica do meio ambiente cultural: Prote o contra a exporta o ilícita dos bens culturais**. 106f. Disserta o (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2006. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2006-10-05T061948Z-421/Publico/SilviaDto.pdf>. Acesso em 04 jun. 2015, p. 15-16.

[28] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 634.

[29] BRASIL. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região**. Acórdão proferido em Apela o Cível N  2005251015239518. Direito da propriedade industrial. Marca fraca e marca de alto renome. Anula o de marca. Uso compartilhado de signo mercadológico (ÔMEGA). I – Expressões tradicionais e termos de uso corrente, trivial e disseminado, reproduzidos em dicionários, integram o patrimônio cultural de um povo. Palavras dotadas dessas características podem inspirar o registro de marcas, pelas peculiaridades de suas expressões euf nicas ou pela sua inegável repercussão associativa no imaginário do consumidor. II –   fraca a marca que reproduz a última letra do alfabeto grego (Omega), utilizado pelo povo hel nico desde o século VIII a.C., e inserida pelos povos eslavos no alfabeto cirílico, utilizado no Império Bizantino desde o século X d.C. O propósito de sua ado o  , inegavelmente, o de fazer uso da familiaridade do consumidor com o vocábulo de uso corrente desde a Antiguidade. III – Se uma marca fraca alcançou alto renome, a ela só se pode assegurar prote o limitada, despida do *jus excludendi* de terceiros, que têm fazem uso do mesmo signo merceológico de boa-fé e em

atividade distinta. Nessas circunstâncias, não há a possibilidade de o consumidor incidir erro ou, ainda, de se configurar concorrência desleal.

IV – Apelação parcialmente provida tão-somente para ajustar o pólo passivo da relação processual, fazendo constar o Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI como réu, mantida a improcedência do pedido de invalidação do registro da marca mista OMEGA (nº 818.522.216), classe 20 (móveis e acessórios de cozinha), formulado por Ômega S.A. Órgão Julgador: Segunda Turma Especializada. Relator: Desembargador Federal André Fontes. Julgado em 25.08.2007. Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em 04 jun. 2015.

[30] BROLLO, 2006, p. 33.

[31] BRASIL. **Decreto Nº 3.551, de 04 de Agosto de 2000**. Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 04 jun. 2015.

[32] BROLLO, 2006, p. 33.

[33] FIORILLO, 2012, p. 80.

[34] BROLLO, 2006, p. 17.

[35] FIORILLO, 2012, p. 614.

[36] BROLLO, 2006, p. 17.

[37] BRASIL. **Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 04 jun. 2015

[38] Idem. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 04 jun. 2015

[39] MARTINS, Carla. **Meio Ambiente Espacial – É hora de entender e preservar**. Disponível em: <<http://www.envolverde.com.br/sociedade/meio-ambiente-espacial-e-hora-de-entender-e-preservar/>>. Acesso em 04 jun. 2015.

[40] SANTOS, Antonio Silveira R. dos. **Meio Ambiente Espacial: Considerações**. Disponível em: <<http://www.ultimaarcadenoe.com.br/meio-ambiente-espacial-2/>>. Acesso em 04 jun. 2015.

[41] Ibid.

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
FACULDADE DE DIREITO

**A PROBLEMÁTICA DA REGULAMENTAÇÃO DA PROSTITUIÇÃO COMO
PROFISSÃO NO DIREITO BRASILEIRO:
PELA VISIBILIDADE DOS DIREITOS DOS PROFISSIONAIS DO SEXO**

CAMILLA DE OLIVEIRA BORGES

Rio de Janeiro

2014

CAMILLA DE OLIVEIRA BORGES

**A PROBLEMÁTICA DA REGULAMENTAÇÃO DA PROSTITUIÇÃO COMO
PROFISSÃO NO DIREITO BRASILEIRO:
PELA VISIBILIDADE DOS DIREITOS DOS PROFISSIONAIS DO SEXO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. João Batista Berthier Leite Soares

RIO DE JANEIRO

2014

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

B732p Borges, Camilla de Oliveira.

A problemática da regulamentação da prostituição como profissão no direito brasileiro: pela visibilidade dos direitos dos profissionais do sexo / Camilla de Oliveira Borges. - 2014.

70 f.

Orientador: Prof. Dr. João Batista Berthier Leite Soares.

“Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.”

1.Prostituição. 2.Regulamentação. 3..Dignidade. I. Soares, João Batista Berthier Leite. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 392.65:34(81)

Autorizo apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta monografia, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

CAMILLA DE OLIVEIRA BORGES

**A PROBLEMÁTICA DA REGULAMENTAÇÃO DA PROSTITUIÇÃO COMO
PROFISSÃO NO DIREITO BRASILEIRO:
PELA VISIBILIDADE DOS DIREITOS DOS PROFISSIONAIS DO SEXO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: 08/08/2014

Nota: 10,00.

Banca examinadora:

Prof. João Batista Berthier Leite Soares – UERJ – Orientador
Presidente da Banca Examinadora
Procurador do Trabalho e Mestre em Direito Público pela PUC-RJ
Professor da UERJ e da PUC-RJ

Prof. Daniel Sarmento
Procurador Regional da República,
Mestre e Doutor em Direito Público pela UERJ,
Visiting Scholar da Yale Law School,
Professor Adjunto de Direito Constitucional da UERJ,
Professor da FGV-RJ

Prof. Ivan Simões Garcia – UERJ
Mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela PUC-RJ
Doutor em Direito do Trabalho pela PUC-SP
Doutor em Filosofia pela UFRJ
Professor Adjunto da UFRJ e da UERJ

DEDICATÓRIA

“Escreva sobre aquilo que te dá tesão”. Com o perdão do trocadilho, o tema sobre prostituição encheu meus olhos durante dois anos. A frase, do professor Daniel Sarmiento, dita durante um grupo de estudos, fez-me mergulhar no universo da regulamentação da prostituição de modo tão prazeroso, que a monografia não pareceu um sacrifício, mas sim uma grande paixão. Embora a questão seja polêmica e o tempo tenha sido curto, junto às provas, estágios e OAB, concluir este trabalho me fez perceber o óbvio: sempre há mais para se estudar e para se ler.

Dedico este trabalho aos grandes mestres que tive na Faculdade de Direito, em especial a Daniel Sarmiento, João Batista Berthier, Heloisa Helena Barboza. O primeiro mudou a minha concepção de mundo e abriu meus olhos e coração para uma luta arraigada contra as injustiças sociais. O segundo me inspirou como profissional a buscar o Direito do Trabalho e o Ministério Público do Trabalho, respectivamente, como caminho e meta. A última se tornou meu maior exemplo de profissional, mulher e ser humano: sua humildade e atenção me despertaram grande amor pela academia e me fizeram valorizar o estudo na Faculdade de Direito.

“Se enxerguei mais longe, é porque me apoiei em ombros de gigantes.” – Issac Newton.

AGRADECIMENTOS

A Livia Leal e Aline Portelinha: amigas-irmãs, revisoras desta monografia, parceiras de vida e de alma. Nossa paixão em comum é óbvia: a mulher. Fomos alinhando nossos objetos de trabalho ao mais fascinante dos assuntos: se hoje trato da prostituição, da luta por seus direitos, tenho certeza de que Aline tratará da mulher em sua carreira médica de forma brilhante, como obstetra e ginecologista; já Livia irá combater a violência doméstica com o Direito de Família. Obrigada por toda a paciência que tiveram comigo, desde a adolescência até hoje.

A Tathiane Vitorino, por me ajudar a compreender melhor o tema e sua abordagem sociológica.

A Vinicius Ribeiro, meu melhor amigo e namorado. Apesar de não compartilhar de muitas das minhas opiniões, está sempre disposto a ouvi-las pacientemente.

A meus Pais, por todo o esforço e dedicação na minha educação. Definitivamente, são os maiores responsáveis pelo meu sucesso, porque acreditaram em mim mais do que qualquer outro.

A meus irmãos de sangue, Danielle Borges e Alexandre Borges, verdadeiros amigos para a vida toda.

Às Amigas que fiz na Faculdade, porque me suportaram durante anos a fio. Foram parceiras nas choppadas, nos estudos para as provas, nos cursinhos e na hora do resultado da OAB.

Aos Professores que tive durante toda a vida, especialmente ao professor Ivan Simões Garcia: foram exemplo de comportamento, de sede por conhecimento e de disciplina. Desde o Colégio Militar até a Faculdade de Direito da UERJ, todos foram essenciais para este momento.

RESUMO

BORGES, Camilla de Oliveira. **A problemática da regulamentação da prostituição como profissão no direito brasileiro: pela visibilidade dos direitos dos profissionais do sexo.** 2014. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

O tema é polêmico, mas a conclusão é óbvia: diante de um cenário em que o Judiciário nega direitos trabalhistas às prostitutas, adotando um sistema que criminaliza as atividades a elas correlacionadas, a perspectiva regulamentadora parece a solução. Adotada em alguns países do mundo, como Holanda, Alemanha e Nova Zelândia, a regulamentação da prostituição não pretende ser a solução da polêmica, mas sim o esforço em proteger o profissional do sexo, reconhecendo-o como sujeito capaz de fazer suas próprias escolhas, dentro da esfera da autonomia moral que lhe consagra a dignidade da pessoa humana. O que se pretende neste trabalho é demonstrar o fracasso atual do ordenamento jurídico na tratativa do tema, a necessidade de regulamentação da prostituição, reconhecida como profissão, e as medidas que podem ser adotadas para conter as decisões inadequadas tomadas atualmente pelo nosso Judiciário.

Palavras-Chave: prostituição; regulamentação; profissão; dignidade da pessoa humana; autonomia moral; direitos trabalhistas.

RESUME

The subject is controversial, but the conclusion is obvious: in front of a scenario in which the Justice System denies labor rights to prostitutes, using a system that criminalizes the activities co-related, the regulating perspective seems to be the solution. Adopted in some countries in the World, such as Netherlands, Germany and New Zeland, the regulation of prostitution does not intend to be the solution to the controversial, but the effort to protect the sex worker, recognizing him/her as an individual able to do his/her own choices, in his/her space of moral autonomy, which is devoted to the dignity of human person. What is intended by this paper is to demonstrate the current failure of the legal system in facing this subject, the need for regulation of prostitution, recognized as a profession, and the measures that can be taken to avoid inappropriate decisions made by our Justice System.

Keywords: prostitution; regulation; profession; dignity of human person; moral autonomy; labor rights.

Sumário

INTRODUÇÃO.....	9
1 A PROSTITUIÇÃO COMO PROFISSÃO.....	11
1.1. Considerações iniciais.....	11
1.2. Panorama histórico e mundial.....	12
2 A CONTROVÉRSIA	18
2.1. Por que regulamentar?	19
3 ASPECTOS FILOSÓFICOS	21
3.1. Sobre a liberdade sexual	21
3.2. Um exercício de argumentação: motivos para a legalização	23
3.3. Moral e Direito.....	28
4 ANÁLISE DE DIREITO COMPARADO	32
4.1 Um estudo sobre o caso colombiano	37
4.1.1. Críticas e comentários à decisão	43
5 ANÁLISE SOBRE O DIREITO BRASILEIRO.....	46
5.1. Aspectos Penais no Direito Brasileiro	46
5.2. Aspectos Constitucionais do Direito Brasileiro.....	53
5.3. Aspectos Trabalhistas no Direito Brasileiro	55
5.4. Uma proposta de viabilização.....	60
CONCLUSÃO.....	64
REFERÊNCIAS	67

INTRODUÇÃO

O Ministério do Trabalho e Emprego (“MTE”), em 2002, incluiu na Classificação Brasileira de Ocupações (“CBO”) o número 5.198, reconhecendo as “garotas de programa” e, portanto, a prostituição como atividade profissional. Segundo a descrição da CBO, são profissionais do sexo as pessoas que *“buscam programas sexuais; atendem e acompanham clientes; participam em ações educativas no campo da sexualidade”*.

O MTE equipara, ainda, à prostituta as seguintes denominações: “garota de programa, garoto de programa, meretriz, messalina, michê, mulher da vida, trabalhador do sexo”. Nesse sentido, esclarece que tais *“atividades são exercidas seguindo normas e procedimentos que minimizam a vulnerabilidade da profissão.”*¹

Em adição, o profissional do sexo já pode, atualmente, segundo a ótica legal, assinar a Carteira de Trabalho (“CTPS”), como contribuinte individual, e usufruir dos benefícios previdenciários junto ao Instituto Nacional do Seguro Social (“INSS”).

Ora, nada mais razoável, já que a Constituição assegura em seu artigo 5º, XIII, CRFB, como direito fundamental, a liberdade profissional, nos seguintes termos: *“é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”*.

Em descompasso com esse avanço, no campo trabalhista, a doutrina e a jurisprudência identificam a prostituição como trabalho de objeto ilícito, em *“(…) que sequer se configura o valor-trabalho tutelado pela Constituição, por ser este aferido sob a ótica social”*², desconhecendo, assim, o vínculo empregatício, bem como quaisquer direitos dele decorrentes.

Ademais, o Direito Penal mantém, em seu capítulo V do Código Penal, os crimes sobre exploração sexual, dentre os quais se destacam os artigos 229 e 230, quais sejam a manutenção de casa de prostituição e o rufianismo, evidenciando não só uma desarmonia no nosso sistema jurídico, como também um cerceio ao exercício livre da profissão em questão.

Sendo assim, ressalta-se a (i) ausência de lei que regulamente tal profissão e (ii) a problemática acerca de seu livre exercício, questões a serem abordadas adiante.

¹ BRASIL. **Classificação Brasileira de Ocupações**. Disponível em: <<http://www.mteco.gov.br/cbsite/pages/pesquisas/BuscaPorTituloResultado.jsf>>. Acesso em: 14 abr. 2013.

² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2008, p. 503.

Para isso, pretende-se neste trabalho, após análise do panorama histórico da prostituição, apresentar os diversos tipos de abordagem do tema, dando principal enfoque no sistema regulamentador. Após, passa-se à análise dos motivos filosóficos e morais que envolvem a questão e justificam, atualmente, a abordagem do tema no nosso ordenamento jurídico. Em seguida, temos um estudo sobre o Direito Comparado, a fim de vislumbrar quais medidas são adotadas ao redor do mundo e seus impactos, com especial atenção ao caso colombiano *Lais vs. Pandemo*, objeto de estudo na concessão e visibilidade dos direitos trabalhistas das prostitutas. A partir dessas ferramentas, é possível analisar os aspectos penal, constitucional e trabalhista que cercam a questão, apontando falhas no sistema jurídico e buscando soluções, em uma tentativa de garantir às profissionais do sexo seus direitos, bem como justificar a necessidade de regulamentação da prostituição.

1 A PROSTITUIÇÃO COMO PROFISSÃO

1.1. Considerações iniciais

“Que a prostituição seja ‘a mais velha profissão do mundo’ é duvidoso, mas pior é o fato de esta asserção, recorrentemente usada e abusada, não corresponder às representações na sociedade, onde a prostituição dificilmente é reconhecida como sendo uma profissão”³

A profissão mais antiga do mundo. Desde os remotos textos bíblicos até as notícias de jornal, a prostituição denota uma prática de moralidade discutível, mas de público constante. Embora tenha reconhecimento histórico como tal, a prostituição nem sempre foi considerada como um trabalho e tampouco pode ser caracterizada, de fato, como a profissão mais antiga da humanidade.

Primeiramente, devemos conceituar essa profissão: em sentido estrito, seu objeto é o *“comércio sexual do próprio corpo, geralmente desenvolvido com habitualidade, objetivando o sustento”⁴*.

Fenômeno essencialmente urbano, a prostituição feminina está inscrita numa *“economia específica do desejo”*, por conta de uma sociedade em que predominam as relações de troca e todo um sistema moral que valoriza a união sexual monogâmica, a família nuclear, a virgindade e fidelidade femininas e o papel reprodutivo da mulher. Os significados moralistas e pejorativos, destinados às *“sexualidades insubmissas”*, sempre associadas à dimensão rejeitável da moral dominante da época, implicaram uma postura estatal que entende que a prostituição deve ser expurgada da sociedade e reprimida.⁵ Vistas como *“objeto de um erro social”*, as prostitutas são duplamente vitimizadas, segundo Georg Simmel: *“pela insaciedade dos desejos masculinos, de um lado, e pela sua identificação com ‘sujeitos de um erro individual’, do outro”⁶*.

³ SCHOUTEN, Maria Johanna, **Imagens e auto-imagens de trabalhadores sexuais**, p.92 *Apud* NUCCI, Guilherme de Souza. **Prostituição, Lenocínio e Tráfico de Pessoas: aspectos constitucionais e penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 47

⁴ RABINOVITCH, Jannit. “Peers: the prostitutes’ empowerment, education and resource society, p. 245, tradução livre *Apud* NUCCI, Guilherme de Souza. **Prostituição, Lenocínio e Tráfico de Pessoas: aspectos constitucionais e penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 62

⁵ GERSHON, Priscila. **Profissionais do sexo: da invisibilidade ao reconhecimento**. Disponível em: <http://www.sociologiajuridica.net.br/antigo/rev02priscillag.htm#_ftn9> Acesso em 8 jul 2014.

⁶ SIMMEL, Georg. **Algumas reflexões sobre a prostituição no presente e no futuro**. In Georg Simmel, *Filosofia do Amor*. Tradução de Eduardo Brandão. 2º ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, pp. 1-17. *Apud* GERSHON, Priscila. **Profissionais do sexo: da invisibilidade ao reconhecimento**. Disponível em: <http://www.sociologiajuridica.net.br/antigo/rev02priscillag.htm#_ftn9> Acesso em 8 jul 2014.

A prostituição masculina, porém, não deve ser esquecida, pois também é atividade antiga, vindo a se tornar mais visível após os discursos feministas que associavam o estigma da prostituição à dominação machista.

A prática, masculina e feminina, é tão antiga quanto o preconceito e o estigma social que a acompanham. Por esse motivo, é essencial traçarmos uma linha do tempo sobre o tema, evidenciando o rechaço moral e os sinais de acolhimento, bem como a sua perene existência.

1.2. Panorama histórico e mundial

*“Cerca de três meses mais tarde, disseram a Judá: ‘Sua nora Tamar prostituiu-se, e na sua prostituição ficou grávida’.
Disse Judá: ‘Tragam-na para fora e queimem-na viva!’”
Gênesis 38:24*

Os primeiros registros sobre a prostituição surgiram na Antiguidade. Vern Bullough⁷, em estudo sobre o tema, aponta que as origens da prática surgiram na Idade Antiga, mais especificamente na antiga Mesopotâmia. Em um cenário de vigência do Código de Hamurabi, conhecido por sua rigidez e revanchismo, à mulher restava o papel de prostituta, caso não se enquadrasse como esposa ou concubina. Na Babilônia antiga, embora reconhecida e aceita como tal, a prostituta era considerada uma pária.

No Egito, em que vigorava uma sociedade monogâmica e matriarcal, a mulher desempenhava papel relevante. Diante de tanta importância, não à toa se considera Cleópatra a prostituta mais cara da história. A cultura do impuro tomava novas formas e, à opção marital, surgia uma nova alternativa para a mulher, qual seja a prostituição, meio de ganhar seu próprio sustento. Logo a prática se estendeu aos mais variados povos e mercantilizou-se. Exemplo disso é a Lei da hospitalidade, que impunha aos fenícios o dever de prostituírem suas filhas aos estrangeiros.

Foi na China, porém, que começaram a surgir os embriões dos bordéis e casas de prostituição, existindo verdadeiras associações comerciais de prostitutas, que pagavam altas taxas ao governo e recebiam, em troca, a mesma proteção que se dava às empresas comerciais⁸.

⁷ BULLOUGH, Vern. **The history of prostitution**. Apud NUCCI, Guilherme de Souza. **Prostituição, Lenocínio e Tráfico de Pessoas: aspectos constitucionais e penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 48-61

⁸ Ibid.

Embora tenha sido reconhecido e aceito na sociedade, o profissional do sexo, ainda não concebido como tal, sofria de problemas contemporâneos: ao passo que a prostituta da alta sociedade burguesa era não só aceita, como também ocupava alto papel social, à prostituta marginalizada eram destinados o estigma e a pobreza, o que, ressalte-se, em nada mudou.

Na Grécia, a prostituição, normalmente, era destinada às escravas. Havia, contudo, clara estratificação social entre as próprias meretrizes: ao passo em que havia aquelas de rua e de taverna, no ápice da escala social se encontravam as “*hetairae*”, prostitutas de classe alta, muito bem educadas, e que se relacionavam com estadistas, artistas, etc. Entretanto, em descompasso com a aceitação e realidade empíricas, foram os atenienses que colocaram o homem como centro da prática sexual aqui trabalhada. A homossexualidade era considerada natural e a prostituição masculina, embora não envolvesse necessariamente um comércio, era constante, haja vista os diversos relatos históricos de relações sexuais entre guerreiros e jovens soldados, em troca de instruções, bem como de filósofos e seus discípulos, em troca de lições de dialética e oratória.

Roma não se diferenciava da Grécia no tocante à taxação e registros das atividades de prostituição em órgão público, tampouco com relação à homossexualidade, sendo, inclusive, permitidos os casamentos homossexuais dentro da aristocracia. Nesse sentido, há de se ressaltar que já podemos falar aqui em verdadeira profissão, pois as meretrizes da alta burguesia não só tinham registro, como também aposentos reservados ao próprio meretrício. A prostituição romana, porém, caracterizava-se por traços mais moralistas, sendo notórias as diferenciações entre as mulheres casadas e as prostitutas.

Foi na Idade Média, entretanto, que a prostituição enfrentou seu maior inimigo: o Cristianismo. Curiosamente, o Concílio de Veneza, em 1358, declarou a prostituição como “absolutamente indispensável para o mundo”⁹. Nesse sentido, Santo Agostinho defendeu a ideia de um “mal necessário”, segundo o qual, se fossem retiradas as prostitutas, o mundo subverter-se-ia em luxúria¹⁰. É nesse período, por conseguinte, que temos a identificação entre moralidade e pureza sexual, aspecto religioso importante para entendermos a ojeriza

⁹ GIMENO, Beatriz. La prostitución. Aportaciones para un debate abierto, p; 129, tradução livre *apud* *Apud* NUCCI, Guilherme de Souza. **Prostituição, Lenocínio e Tráfico de Pessoas: aspectos constitucionais e penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 54.

¹⁰ TEIXEIRA, Igor Salomão. **A encruzilhada das idéias: aproximação enter a legenda áurea (Iacopo da Varazze) e a Suma Teológica (Tomás de Aquino)**, p. 111. Tese de Mestrado. Orientador: José Rivair Macedo. Porto Alegre, 2007. Disponível em <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/10787/000601167.pdf?> Acesso em: 25 mai. 2014.

social ao meretrício. Adotaram-se aqui as casas fechadas para prostituição, embora também houvesse prostitutas ambulantes.

Destaca-se, neste momento, o surgimento de leis sobre prostituição, impulsionadas principalmente pelo contágio de doenças venéreas, as chamadas “pestes sexuais”. A partir daí, embora combatida mundialmente, a prostituição nunca deixou de existir. Com as Grandes Navegações, Portugal e Espanha a expandiram ao Novo Mundo. Na Península Ibérica, chegou-se à conclusão de que *“não se pode aboli-la porque utópico; não se pode ignorá-la porque hipócrita”*¹¹. Parece que a conclusão lusitana permanece até os dias atuais, impregnando nossa cultura moral e, por que não dizer, legislativa.

No Japão, embora a sociedade seja notoriamente rígida no campo sexual, isso não impediu o surgimento de prostitutas de alta classe, inteligentes e cultas, tampouco das menos afortunadas. A partir de 1932 e durante Segunda Guerra Mundial, surgiram as chamadas “estações de conforto”, onde as “mulheres de conforto”, recrutadas pela Ásia, eram prostituídas aos militares japoneses. A prática de prostituição relacionada à Segunda Guerra Mundial, cumpre ressaltar, não era uma exclusividade nipônica.

Na França, o reinado do Rei Sol representou o auge da prostituição no país. Há de se ressaltar que, aqui, a miséria e a falta de educação dos franceses eram fatores primordiais. Pode-se falar também em criminalização da prostituição: divididas em duas classes, as prostitutas profissionais eram facilmente condenadas. Com o tempo, porém, a polícia francesa se tornou menos rigorosa, chegando a licenciar alguns bordéis; por conseguinte, as leis francesas se tornaram menos severas.

O que se sucedeu no século XVIII, palco das revoluções liberais, foi uma reação às atitudes puritanas de tempos antigos. Há de se destacar que, na França, assim como em outros países da Europa, as prostitutas eram registradas como tal, o que reforça novamente a tese de sua profissionalização. Com a ascensão da burguesia, o aspecto econômico, porém, começa a se destacar: a prostituição parece o caminho mais curto para os pobres, principalmente mulheres, alcançarem o bem mais valioso da sociedade. Não se trata de honra, decência ou classe social, mas sim de dinheiro.

Na Alemanha, havia as “meninas da cidade” e as “mulheres errantes ou ambulantes”. A primeira casa de prazer alemã data do fim do século XV. Curiosamente, a prostituição clandestina, ou seja, aquela não praticada por cortesãs, era reprimida, ao passo que as casas de

¹¹ COSTA, José Martins Barra da; ALVES, Lourdes Barata. Prostituição 2001. O masculino e o feminino de rua, p; 44-50. *apud* NUCCI, Guilherme de Souza. **Prostituição, Lenocínio e Tráfico de Pessoas: aspectos constitucionais e penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 56.

banho eram pontos de reuniões libertinas das classes ricas e mais elevadas. Em 1844, o governo mandou dissolver esses espaços, o que resultou num alto índice de prostituição clandestina e surtos de sífilis pelo território alemão. Consequência inafastável, dez anos após, o governo teve que optar pelo restabelecimento das casas de prostituição.

Na Inglaterra, o registro de prostitutas necessitava de emendas parlamentares, ao passo que, no resto da Europa, dependia de regulamentos de polícia. Surgiram ali diversas leis sobre o tema, destacando-se aquelas com conteúdo médico, a fim de evitar o espriamento de doenças contagiosas. Em que pese tenham instituído, em meados do século XIX, exames médicos obrigatórios, extinguiu-os em 1886.

Nos Estados Unidos, a Revolução Industrial e o fluxo migratório, combinados às péssimas condições de trabalho, tornaram a prostituição um atrativo às norte-americanas. Com a expansão e a ascensão dos Estados Unidos, a imigração aumentou e, do mesmo modo, o número de profissionais do sexo. Com o clamor social, as prostitutas foram segregadas do restante da população, dando origem aos conhecidos “distritos da luz vermelha”.

Ora, a prostituição, como se lê, parece uma unanimidade entre os povos e os séculos. Embora a palavra “prostituir” possua diversos significados, o conceito etimológico deixa clara sua função: *prostituere* significa “colocar adiante” ou “colocar à venda”. Basta discutir, somente, o que se coloca a venda: o prazer sexual? O corpo? Ou o próprio ser humano? Impossível defini-la de modo consensual. O que se pretende neste trabalho, porém, é demonstrar que, ante à realidade em que se produz a prostituição, o melhor modo de proteger aqueles que dela participam é a via regulamentadora.

1.3.A luta no Brasil

A partir dos anos 1970, marco da revolução sexual feminina no mundo, as profissionais do sexo de vários países começaram um processo de organização da classe, existindo entre os mais variados movimentos uma pauta comum: a defesa dos direitos humanos/civis das prostitutas.

A mobilização política no Brasil tem seu primeiro passo com a primeira manifestação pública da categoria, em 1979, numa área de prostituição em São Paulo que sofria com constantes abusos policiais.¹²

¹² GERSHON, Priscila. **Profissionais do sexo: da invisibilidade ao reconhecimento**. In: Revista Sociologia Jurídica n. 02 – janeiro-junho/2006. Disponível em: <http://www.sociologijuridica.net.br/antigo/rev02priscillag.htm#_ftn9> Acesso em 8 jul 2014.

A respeito, Gabriela Leite conta em seu livro o episódio: após serem levadas pela polícia, duas prostitutas haviam sumido da “Boca do Lixo”, zona de prostituição do baixo meretrício em São Paulo, em que a ex-prostituta iniciou sua carreira. Em que pese o sucesso da manifestação tenha sido grande, com a adesão dos donos de bares, dos garçons, das cafetinas, dos malandros e dos travestis da região, a repressão policial, em tempos de ditadura, aumentou. Somente após o afastamento de um delegado de polícia, com muita pressão social, a vida voltaria ao normal na “Boca do Lixo”.¹³

Oito anos mais tarde, foi realizado no Rio de Janeiro o Primeiro Encontro Nacional de Prostitutas, cujo tema, segundo Gabriela, permanecia o mesmo: a violência.

No Encontro, foi discutida a criação de associações da classe que efetivamente representassem as profissionais do sexo e a definição de estratégias conjuntas de maior eficiência para combater a violência policial. A partir daí, começou-se um movimento de legalização das associações, a fim de garantir reconhecimento da profissão e cidadania às profissionais: A Associação da Vila Mimosa, pioneira, em 1988, a Associação das Prostitutas do Ceará (1990), o Grupo de Mulheres Prostitutas da Área Central (1990), a Associação Sergipana de Prostitutas (1991), a Associação das Damas da Vida do Estado do Rio de Janeiro (1993) e o Núcleo de Estudos da Prostituição no Rio Grande de Sul (1993) são exemplos. Foi criada no Encontro a Rede Brasileira de Prostitutas que, posteriormente, teve seu nome alterado para Rede Brasileira de Profissionais do sexo, cuja missão é promover a articulação política do movimento organizado de prostitutas, o fortalecimento da identidade profissional da categoria, visando o pleno exercício da cidadania, a redução do estigma e da discriminação e da melhoria da qualidade de vida da sociedade¹⁴.

Posteriormente, o movimento ampliou sua pauta: hoje temos como objeto de atuação plataformas como prevenção de epidemias, principalmente de AIDS; promoção da saúde da mulher; e a legalização da profissão, objeto deste trabalho.

Podem ser destacadas, assim, algumas conquistas dos movimentos das prostitutas: a inclusão da categoria “profissionais do sexo” na Classificação Brasileira de Ocupações, do Ministério do Trabalho e Emprego; a apresentação ao Congresso Nacional de Projetos de Lei que visam ao reconhecimento da prostituição como atividade profissional; a realização da primeira pesquisa nacional sobre qualidade de vida das profissionais do sexo, realizada pela UNB e pelo Programa Nacional de DST/AIDS; e a realização da campanha nacional “Sem

¹³ LEITE, Gabriela. **Filha, mãe, avó e puta: a história de uma mulher que decidiu ser prostituta**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p.76.

¹⁴REDE BRASILEIRA DE PROSTITUTAS. Disponível em: <<http://www.redeprostitutas.org.br/>> Acesso em: 8 jul 2014.

vergonha, garota. Você tem profissão”, executada pelo Programa Nacional de DST. Além disso, no Fórum Social Mundial, realizado na Venezuela, em Caracas, em Janeiro de 2006, a organização não-governamental *Davida* mobilizou ativistas de vários países em torno das acaloradas discussões sobre prostituição, sexualidade e movimentos sociais: foram abordadas questões como a legalização, o controle sanitário e o debate que opõe opção e necessidade.

Tais movimentos e sua atuação expressiva na sociedade permitem e estimulam a discussão acerca da regulamentação da profissão, bem como dos impactos das decisões do Judiciário sobre o tema, objeto deste trabalho.

Atualmente, observa-se na mídia que o tratamento dado à classe das prostitutas está longe de reconhecê-la como profissional: em maio de 2014, foi organizado um ato de repúdio por prostitutas de Niterói, que tiveram seus apartamentos violentamente invadidos por policiais¹⁵. Os relatos de violência policial demonstram que o estigma social que a prostituta vem sofrendo está além das consequências jurídicas que baseiam este trabalho: o desrespeito social é gritante e parte, em muitas ocasiões, do próprio Estado. Neste caso, a organização não-governamental *Anistia Internacional* se manifestou em favor das prostitutas, cobrando investigações sobre o ocorrido, que certamente não pode ser caracterizado como um mero cumprimento de 176 mandados de busca e apreensão em uma operação por combate à exploração sexual¹⁶. Em outros casos, porém, quem irá lutar contra sua agressão?

¹⁵ DAS LUTAS, Coletivo. **Mais de 300 prostitutas são brutalmente despejadas pela Polícia em Niterói – RJ**. Disponível em: <<http://daslutas.wordpress.com/2014/05/24/mais-de-300-prostitutas-sao-brutalmente-despejadas-pela-policia-em-niteroi-rj/>> Acesso em 20 jul 2014.

¹⁶ BRASIL, Agência. **Anistia Internacional lança ação em defesa de prostitutas agredidas no Rio**. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2014-07/anistia-internacional-lanca-acao-em-defesa-de-prostitutas-agredidas>> Acesso em 20 jul. 2014.

2 A CONTROVÉRSIA

Em face da problemática da prostituição, temos no mundo hoje quatro grandes sistemas de abordagem para o tema: (i) o abolicionista; (ii) o proibicionista; (iii) o regulamentador; e (iv) o misto¹⁷.

O primeiro sistema político de abordagem do tema pretende extinguir a prostituição, apesar de reconhecer sua existência. Trata-se de uma política que não a proíbe, mas coíbe sua existência, por meio da punição de clientes e demais indivíduos que dela se beneficiam, como os proxenetas ou cafetões. Deste modo, embora não castigue a prostituta de maneira direta, penaliza a mulher que opta pelo trabalho sexual, pois pretende eliminá-lo.

O proibicionista, por sua vez, castiga a prostituição diretamente, seja punindo aqueles que dela se beneficiam, seja punindo a própria prostituta. Saímos de uma lógica meramente vitimizadora, partindo para uma lógica criminosa, na qual a atividade sexual não é só um mal social, mas também um ilícito.

Por outro lado, o sistema regulamentador pretende legalizar a prostituição, registrando trabalhadores, fiscalizando a atividade e concedendo benefícios aos trabalhadores. Trata-se do modelo que aqui se discute e se propõe para adoção, pois afasta qualquer hipocrisia social que vise à erradicação da prostituição, bem como pretende impedir que a prostituta sofra com a violência e descaso de sua marginalização.

Por fim, o sistema misto é aquele que conjuga os dois últimos sistemas apresentados: pretende-se abolir a prática sexual, mas ao mesmo tempo não se pretende punir o cliente ou a prostituta. É a política adotada no Brasil: em que pese exista ato administrativo do Ministério do Trabalho e Emprego reconhecendo a profissão, a exploração econômica da prática é crime e a violência policial é flagrante. Tratar-se ia de mera hipocrisia social, se não houvesse tanta discórdia a respeito do tema, até mesmo nas bancadas congressistas.

Em 2003, Fernando Gabeira apresentou o Projeto de Lei (PL) nº 98/2003, visando à extinção de tipos penais e à exigibilidade de pagamento pela prestação de serviços sexuais, o qual foi arquivado após anos de discussão. Em 2012, o deputado Jean Wyllys do PSOL apresentou o Projeto de Lei nº 4.211/2012 (“Projeto de Lei Gabriela Leite”, em referência à falecida prostituta e fundadora da DASPU), que visa à regulamentação da atividade de prostituição. Embora não enfrente diretamente a problemática do ponto de vista trabalhista,

¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prostituição, Lenocínio e Tráfico de Pessoas: aspectos constitucionais e penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 68-71.

enfoque deste trabalho, o PL traz um avanço no campo político de tratamento do tema, pois torna evidente a contradição do sistema legal e político brasileiro.

2.1. Por que regulamentar?

Há diversos argumentos para se adotar a perspectiva regulamentadora, no que tange às atividades profissionais sexuais. Em primeiro lugar, podemos tratar da questão fiscalizadora.

A fiscalização da atividade, hoje praticamente inexistente, não só permitiria ao Estado penetrar no ambiente escuro da prostituição, mas também se beneficiar dele. É o argumento que trazem diversos autores liberais a respeito da legalização das drogas e outros entorpecentes: uma vez regulamentado, o campo da prostituição se tornaria uma área de atuação estatal, permitindo a verificação das condições de trabalho das prostitutas, a prevenção da violência contra o trabalhador e o suporte social a este ser humano que, como qualquer outro, deve ser atendido pelo Estado como sujeito de direitos e deveres. Do mesmo modo, permitir-se-ia a cobrança de impostos, a criação de sociedades voltadas para a finalidade da exploração sexual e a identificação do cliente desses serviços.

Numa perspectiva sanitária, há de se ressaltar também a importância da regulamentação. Como já mencionado no subcapítulo sobre o panorama histórico e mundial, as primeiras leis sobre prostituição surgiram, justamente, na tentativa de conter surtos de doenças venéreas. Atualmente, sem qualquer proteção legislativa ou jurídica, as prostitutas se encontram à mercê dos seus próprios cuidados. Não raro, médicos e psicólogos que trabalham no Sistema Único de Saúde (SUS) realizam campanhas de conscientização sobre doenças sexualmente transmissíveis, cujo público alvo é justamente as profissionais do sexo. Embora estejam longe de serem as culpadas pela propagação de tais doenças, deve-se reconhecer a sua maior vulnerabilidade, do que decorre a necessidade de uma política estatal que vise à sua proteção.

Há de se ressaltar que a prostituição não se aproxima de uma atividade profissional uniforme: em verdade, trata-se de um trabalho exercido nas mais diversas condições, sob as mais diversas faixas salariais. Temos o campo da prostituição de luxo, o campo da prostituição de rua, o campo da prostituição internacional, por exemplo. O presente trabalho não pretende se aprofundar na discussão sociológica acerca dos mais diversos tipos de prostituição, mas entende que as nuances dessa diversidade são refletidas no objetivo final deste, qual seja, a defesa da regulamentação da prostituição. Na pesquisa de campo conduzida

por André Vinicius Monteiro, Juliana Burri e Rafael Barone Zimmaro¹⁸, em São Paulo, quando as profissionais foram questionadas sobre se gostariam de ter seus benefícios trabalhistas garantidos e um patrão, a resposta foi clara: 78% disseram que não. Curiosamente, 50% das profissionais entrevistadas trabalhavam na rua. 58% das entrevistadas não gostariam de ter um local fixo para trabalho, como uma casa de prostituição. Ao passo que as prostitutas de rua demandam maior proteção por parte do Estado, haja vista sua vulnerabilidade, as prostitutas de luxo tendem a sofrer muito menos com o estigma de sua prática profissional.

Destaca-se, então, que a estigmatização e a regulamentação, somente em princípio, parecem diretamente proporcionais; veremos adiante que o estigma moral se encontra a par de qualquer discussão regulatória, existindo de maneira independente. Trava-se, portanto, uma discussão do ponto de vista moral e filosófico, encarada mais adiante no presente trabalho, que não se propõe a responder os dilemas que envolvem o mundo da prostituição, mas apenas a acompanhar a discussão sobre sua regulamentação.

¹⁸ Ibid, pp. 195-214.

3 ASPECTOS FILOSÓFICOS

Em alguns países do mundo, a prostituição é reconhecida como profissão e tutelada pelo ordenamento jurídico como tal, o que é o caso de países que adotam uma perspectiva regulamentadora. Entretanto, muitos outros países ainda mantêm sua criminalização, por motivos diversos, geralmente ligados à religião ou valores morais, adotando modelos abolicionistas ou proibicionistas.

3.1. Sobre a liberdade sexual

Do ponto de vista filosófico, diversas questões podem ser discutidas acerca da manutenção do estigma social que paira sobre as profissionais do sexo. Martha Nussbaum, feminista e filósofa, aborda brilhantemente o tema, dispondo que:

*“o estigma tradicionalmente ligado à prostituição é baseado numa composição de crenças, as quais, em sua maioria, não são racionalmente defensáveis, e que deveriam ser, especial e veementemente, rejeitadas pelas feministas: crenças sobre a má natureza da sexualidade feminina, o papel opressor da sexualidade masculina e o papel essencialmente matrimonial e reprodutivo da “boa” mulher e do “bom” sexo”.*¹⁹

A filósofa norte-americana traça diversas comparações ao longo de seu artigo: tal como o trabalhador de uma fábrica, a prostituta pode ser uma profissional mal paga e se expor a riscos de saúde, o que, no caso do trabalhador da fábrica, se evidencia por meio dos mais tradicionais acidentes de trabalho. Comparando a prostituta com a empregada doméstica, Nussbaum ressalta que ambos os trabalhos exigem habilidades físicas e têm pouco respeito da sociedade, sendo que as empregadas domésticas, em muitos casos, apresentam jornadas de trabalhos mais exaustivas e mal pagas, embora não se exponham ao mesmo risco de saúde e à invasão da intimidade a que se expõem as prostitutas.

Nesse sentido, ressalta-se que, em 2013, o Brasil produziu um grande avanço trabalhista no campo das empregadas domésticas, com a Emenda Constitucional nº 72, que estendeu a essas trabalhadoras diversos direitos trabalhistas, até então negados, tais como o direito à jornada de trabalho de 44 horas, FGTS e seguro-desemprego. O que justificava que

¹⁹ NUSSBAUM, Martha. **“Whether from Reason and Prejudice”**. In: Prostitution and Pornography: Philosophical Debate About the Sex Industry. Edited by Jessica Spector. California: Stanford University Press, 2006, p. 207. (tradução livre)

essa classe profissional ainda não tivesse o reconhecimento de tais direitos até tão pouco tempo, senão o estigma social que as acompanha? A empregada doméstica nada mais é do que a extensão de um conceito patriarcal escravocrata, em que o patrão se assemelha à figura do senhor de engenho ou do aristocrata. Mais de um século após o fim da escravidão, a sociedade possibilitou à classe de empregados domésticos os direitos trabalhistas mais básicos de todos os trabalhadores urbanos e rurais, direitos estes assegurados a seus patrões. Trata-se do engatinhar contra mais um estigma social, que não se liga à sexualidade, mas sim ao padrão escravocrata e marginalizador de nosso país²⁰. Mais um motivo para entendermos que não é tarde demais, também, para garantir os direitos das prostitutas.

Superada essa comparação e ressaltado o avanço consagrado, a autora norte-americana, em seu trabalho, compara a prostituta com uma cantora de boate. Neste caso, ambas usam o corpo para o prazer alheio, atendendo aos pedidos do cliente com receptividade. Seus salários e condições de trabalho são variáveis, mas o índice de violência e riscos à saúde da prostituta, porém, são maiores. À cantora, porém, não são destinados os estigmas de gênero ou os estigmas morais.

Na mesma linha, em comparação com uma professora de filosofia, ambos os profissionais oferecem serviços íntimos e de interesse pessoal, envolvendo formas de interação. Em ambos, há pelo menos um elemento de produção de prazer. Ambos demandam uma habilidade, embora a professora tenha uma invasão menor de sua intimidade, *a priori*, além de maior autonomia e reconhecimento social.

Daniel Sarmiento, em seu curso de Direito Constitucional²¹, faz a comparação da prostituta com o atleta: ambos se valem do seu corpo, de seu vigor físico e suas habilidades em determinada atividade para auferir maior ou menor remuneração. Evidencia-se, neste caso, a condição de profissional da prostituta: como tal, ela pode se especializar, melhorar suas habilidades e seu vigor físico, que está, necessariamente, ligado à sua produtividade e contraprestação. Nada a afasta do campo profissional, exceto a ilicitude de sua atividade do ponto de vista trabalhista e as criminalizações de conduta produzidas pelo Direito Penal.

O massagista, por exemplo, também se vale de suas habilidades manuais para dar satisfação. Usa uma espécie de contrato corporal e deve ser receptivo ao cliente. Mesmo aqueles massagistas que se utilizam de conteúdo erótico não apresentam qualquer ilegalidade

²⁰ RANGEL, Helano Márcio Vieira. **A discriminação sociojurídica à empregada doméstica na sociedade brasileira contemporânea: uma projeção do passado colonial**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14215/a-discriminacao-sociojuridica-a-empregada-domestica-na-sociedade-brasileira-contemporanea>>. Acesso em: 4 jul. 2014.

²¹ Daniel Sarmiento, em aula ministrada na Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro, em 18.10.2010.

em sua atividade, sendo a eles assegurados direitos trabalhistas. A dissociação está, somente, na esfera erótica, mas as massagistas recebem melhores salários e têm jornadas de trabalho regulares, não sendo acompanhadas necessariamente pela estigmatização. O que as diferencia, portanto, é somente o sexo.

A autora traça, por último, a comparação com o “artista de colonoscopia”. Trata-se de profissão inventada, que envolveria a invasão consensual de uma parte do corpo. O salário é hipoteticamente baixo e o estigma seria apenas relacionado ao fato de envolver o intestino do profissional. Não haveria, por parte da sociedade, a tentativa de banimento da profissão por questões morais, sequer haveria preconceito de gênero. Esta penetração, especificamente, não é considerada imoral.

Deste modo, Martha entende que a grande diferença da prostituição e das atividades que a acompanham reside na ideia de imoralidade e na concepção construída com preconceito de gênero, em que o homem subjuga a mulher. Ressalte-se aqui que a filósofa americana diverge das correntes feministas que, em sua maioria, são abolicionistas, no que tange à prostituição.

O estigma se gera, então, de duas formas: em primeiro lugar, o sexo, objeto principal da atividade de prostituição, quando não visa à reprodução ou se dá fora do casamento, reputa-se imoral. A concepção moral de sexo ligado à luxúria é negativa: trata-se de uma visão moralista sobre a sexualidade feminina. Em segundo, existe a visão de superioridade masculina que contribui para sua supremacia, sendo as prostitutas apenas vítimas de um sistema essencialmente machista. Em verdade, a mulher sexualmente ativa ameaça o controle do poder pelos homens: casamento e prostituição são, muitas vezes, vistos como meios de empoderamento masculino. Simone de Beauvoir já afirmou, nesse sentido, que a diferença entre os que se vendem pela prostituição e os que se vendem pelo casamento localiza-se apenas no preço e na duração do contrato²².

3.2. Um exercício de argumentação: motivos para a legalização

A autora aponta, porém, diversos motivos para a legalização e, possivelmente, para a regulamentação, o que se compartilha no presente trabalho: em primeiro lugar, o risco à saúde

²² COSTA, José MARTINS Barra da Costa; ALVES, Lurdes Barata. **Prostituição 2001. O masculino e o feminino de rua**, p. 74. *Apud* NUCCI, Guilherme de Souza. **Prostituição, Lenocínio e Tráfico de Pessoas: aspectos constitucionais e penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 62

e à violência são evidentemente maiores quando a atividade permanece na ilegalidade. Destaca brilhantemente a autora que o risco da atividade do agente não justifica restrições: existem atividades muito mais perigosas que são regulamentadas, em que o agente se expõe voluntariamente a um risco muito maior, tal como acontece com o lutador de boxe.

Há aqueles que justificam que a regulamentação não poderia ocorrer por conta da inexistência de autonomia pela prostituta. Não há que se falar em inexistência de autonomia quando a Constituição consagra a dignidade da pessoa humana como princípio, o qual, em última análise, abrange a autonomia individual e moral do ser humano. Ademais, o trabalho, em si, é estranhamento, na concepção marxista. Outras profissões são igualmente degradantes. O que se pretende em um sistema que presume a abolição como meta é a extinção da possibilidade de escolha por parte do ser humano. O que justificaria uma escolha ser mais admissível que a outra está apenas no campo moral das políticas públicas, pois pode parecer a uma pessoa muito mais interessante se prostituir a ser gari ou funcionário de uma fábrica. Cabe, assim, a cada indivíduo, ser sujeito de suas próprias escolhas morais.

O argumento de que a prostituição envolve a invasão de um espaço corporal íntimo também não se sustenta: em se tratando de uma relação consensual, o estigma sexual somente se caracteriza do ponto de vista da imoralidade, o que não poderia, num estado que se pretende democrático, tolher qualquer escolha humana. Nesse sentido, podemos nos lembrar da profissão do “artista de colonoscopia”, criada por Nussbaum. Nele, a penetração ocorre, mas a sociedade certamente não impediria uma pessoa de tentar exercer tal profissão, pois não se vislumbra a sexualidade em sua essência.

Há também quem alegue que a prostituição dificulta a formação de relações de intimidade. Ora, a filósofa americana aponta o óbvio em seu trabalho: por que haveria tal dificuldade se, apesar da prostituição, as pessoas sempre se apaixonaram? E mais: seria aceitável criminalizar uma conduta para formar uma sociedade repleta de relações ideais? Obviamente que não.

Há quem defenda a ideia de que a prostituição seria somente alternativa para aqueles que não têm opção: tratam a escolha de se prostituir como uma verdadeira não escolha – ausência total de livre arbítrio. Segundo Daniel Sarmiento, a dignidade da pessoa humana perpassa por, pelo menos, quatro dimensões: a não instrumentalização da pessoa, o reconhecimento do direito a uma autonomia existencial ou moral, a garantia de um mínimo existencial e a integridade psicofísica²³. Vamos tratar aqui da dignidade como autonomia, da

²³ Daniel Sarmiento, em aulas ministradas na Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro, em 20.9.2010, 18.10.2010 e 30.10.2010.

possibilidade de fazer escolhas e da possibilidade de ser reconhecido como sujeito capaz de fazer suas próprias escolhas. Podemos então estabelecer uma comparação entre dois casos famosos, no que tange à dignidade da pessoa humana.

O primeiro deles é o caso dos arremessos de anões, na França. Trata-se de um caso em que o “*lancer de nain*” foi proibido pelo prefeito da cidade de Morsang-sur-Orge, mas um anão, em litisconsórcio com uma das casas noturnas que praticavam a atividade, recorreu de tal decisão. Neste, caso, o Conselho de Estado francês entendeu que a dignidade da pessoa humana é componente de ordem pública e que o prefeito deveria proibir uma atividade que contra ela atentasse. Trata-se, evidentemente, de um caso de proteção do indivíduo contra suas próprias escolhas.

O segundo caso que podemos trazer aqui é o Colombiano. A prostituição na Colômbia não só é legal, como desenvolvida em “áreas de tolerância”, sendo vedada somente a prática de rufianismo²⁴. No caso *Lais vs. Pandemo*²⁵, a profissional ajuizou ação cautelar contra o bar Pandemo, a fim de assegurar seus direitos fundamentais ao trabalho e à seguridade social, basicamente. Na decisão, vemos não somente críticas aos modelos proibicionista e abolicionista, mas também o uso da dignidade da pessoa humana como justificativa para intervenção e proteção do Estado sobre a prática. Reconheceu-se não apenas a licitude da prostituição voluntária como expressão da autodeterminação individual, como também se assegurou aos trabalhadores do sexo seus direitos trabalhistas. Voltaremos a essa decisão para aprofundar suas conclusões.²⁶

O que se evidencia aqui é a possibilidade de usar a dignidade da pessoa humana contra o próprio titular de seu direito. Em um caso, a dignidade da pessoa humana é usada para proibir um indivíduo de exercer seu direito de escolha, seu livre arbítrio. No outro, a dignidade da pessoa humana é reconhecida como possibilidade de autodeterminação, apta a encorajar as mais diversas escolhas humanas no campo da sexualidade e sua legalidade perante terceiros.

²⁴ PROCON. **100 countries and their prostitution policies**. Disponível em: <<http://prostitution.procon.org/view.resource.php?resourceID=000772#indonesia>>. Acesso em: 4 jul. 2014.

²⁵ Suprema Corte de Justicia de La Nacion. **Sentencia T-629/10**. Disponível em: <http://www.equidad.scjn.gob.mx/IMG/pdf/Lais_vs_Pandemo.pdf>. Acesso em: 22 set. 2013.

²⁶ BARROSO, Luis Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: a natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_dignidade_da_pessoa_humana_no_direito_constitucional.pdf>. Acesso em: 1 jul. 2014.

Filia-se aqui ao seguinte entendimento: a dignidade da pessoa humana é conceito que possui diversas facetas – desde a não instrumentalização até o reconhecimento de um indivíduo em sua liberdade de fazer as próprias escolhas. No caso da prostituição, parece claro que a dignidade da pessoa humana não pode tolher a sua prática. Isso porque, se fosse usada como argumento para proibição, sob o aspecto da não instrumentalização do ser humano, ou pelo simples impedimento de escolhas moralmente degradantes, o conceito seria destrutivo: podemos listar dezenas de profissões em que o ser humano realiza escolhas que o degradam moralmente, seja por seu viés próprio (honra subjetiva), seja sob o olhar alheio (honra objetiva). Por mais, poderíamos citar milhares de profissões em que o ser humano é instrumentalizado: a instrumentalização do ser humano é pré-requisito para a existência de qualquer trabalho, eis que o trabalho se traduz em estranhamento e alienação.

No mesmo sentido, entendeu o trabalho acadêmico realizado na Faculdade de Ciências Sociais da PUC-SP²⁷:

“A prostituição como atividade laborativa sofre dos mesmos reflexos da precarização do trabalho no sistema capitalista neoliberal. Tanto o trabalhador das mais diversas atividades quanto a profissional do sexo vendem sua força de trabalho. Contudo, as vulnerabilidades nas quais as prostitutas estão inseridas permanecem durante e após sua atividade. (...)”

A propósito, outro argumento trazido à baila é o de que a prostituta aliena sua sexualidade para o mercado. Ora, chega a ser curioso argumentar que a alienação impeça a prática de algum tipo de profissão, haja vista praticamente toda forma de trabalho constituir uma forma de alienação. Nas palavras de Marx:

“(...) o objeto (Gegenstand) que o trabalho produz, o seu produto, se lhe defronta como um ser estranho, como um poder independente do produzir. O produto do trabalho é o trabalho que se fixou num objeto, fez-se coisa (sachlich), é a objetivação (Vergegenständlichung) do trabalho. A efetivação do trabalho é a sua objetivação. Esta efetivação do trabalho aparece ao estado nacional-econômico como desefetivação (Entwirklichung) do trabalhador, a objetivação como perda do objeto e a servidão ao objeto, a apropriação como estranhamento (Entfremdung), como alienação (Entäusserung). (...)”²⁸

Ora, na perspectiva marxista, que até hoje permeia os estudos das relações de trabalho, torna-se inegável que a relação de estranhamento, presente nas mais diversas profissões,

²⁷ FERREIRA, Isabel Bernardes; PEREIRA, Mayra Cardoso; AMARAL, Sueli Gião Pacheco do. **Prostituição: opção ou determinação social?** Disponível em: <http://www.pucsp.br/iniciacaocientifica/20encontro/downloads/artigos/ISABEL_BERNARDES_FERRERA_e_MAYRA_CARDOSO_PEREIRA.pdf> Acesso em 8 jul 2014.

²⁸ MARX, Karl. **Trabalho estranhado e propriedade privada**. In: título original: *Ökonomisch-philosophische Manuskripte*. Marx-Engels Gesamtausgabe (MEGA), I, 2, Berlim: Dietz Verlag, 1982. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004, p. 80.

realiza óbice à dignidade da pessoa humana. Ao passo em que, na perspectiva kantiana, entendemos a não-instrumentalização do ser humano como pressuposto para a dignidade da pessoa humana, na lógica marxista, vivemos um pessimismo eloquente: toda relação de trabalho se produz com alienação e estranhamento. A alienação de um serviço sexual não pode produzir mais estranhamento e alienação do que uma relação de trabalho vivida por um operário de fábrica, por exemplo. E qual seria o produto produzido pela prostituta, no qual se estabelece tal relação?

O produto de seu trabalho é o prazer, inegavelmente. Eis que se pergunta: o prazer é um objeto ilícito de trabalho? Quantas outras profissões não objetivam o mesmo, ou seja, proporcionar prazer a seus destinatários finais, como, por exemplo, uma massagista? Se estranhamento se traduz na relação do trabalhador com o produto de seu trabalho, o estranhamento produzido na relação de prostituição se faz menos intenso do que em várias relações de trabalho consideradas lícitas pela sociedade. O prazer sexual, porém, está intrinsecamente ligado a valores morais que justificam, atualmente, a sua ilicitude, como objeto de trabalho, o que não se deveria admitir num Estado Democrático de Direito.

Conforme afirma Marx em seus manuscritos, sobre as formas de trabalho:

“(...)Se o produto do trabalho não pertence ao trabalhador, um poder estranho [que] está diante dele, então isto só é possível pelo fato de o [produto do trabalho] pertencer a um outro homem fora do trabalhador. Se sua atividade lhe é martírio, então ela tem de ser fruição para um outro e alegria de viver para um outro. Não os deuses, não a natureza, apenas o homem mesmo pode ser este poder estranho sobre o homem.”²⁹.

Em aprofundamento, podemos considerar que, como tal, a prostituição deve ser reconhecida não só como profissão, mas também como trabalho passível de formar vínculo de emprego, desfrutando também das proteções que as leis trabalhistas destinam a todos os trabalhadores urbanos e rurais. Atualmente, sabe-se que, no Brasil e em diversos outros países, a exploração econômica das atividades de prostituição constitui crime. Em nosso sistema misto, trata-se de uma característica gritante da pretensão proibicionista do Estado com relação a essa prática.

Neste caso, o proxeneta, o dono do bordel ou a “empresária da prostituição” – como Gabriela Leite preferia se referir às cafetinas³⁰ – estudar-se-iam na figura do empregador. Em que pese as prostitutas possam se organizar em associações – o que já o fazem – figuras como as de cooperativas não podem ainda ser instituídas, pois se tratam de sociedade com objeto

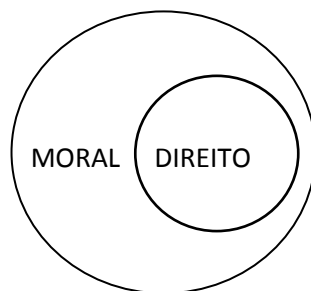
²⁹ Ibid, p.86

³⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. Cit., p. 88.

ilícito, além de serem criminalizadas à luz do art. 229 do CP. Como em qualquer profissão, a organização de trabalho pode se dar de forma autônoma (sem vínculo de subordinação) ou de modo a formar um vínculo de emprego (com o elemento subordinação). Trataremos adiante sobre a possibilidade concreta, sob a ótica trabalhista, de transformar a profissional do sexo em empregada, nos termos legais, além da possibilidade de considerá-la trabalhadora para todos os fins. O que se pretende esclarecer neste primeiro momento é que, do ponto de vista filosófico, nada justifica a sua ilegalidade ou a proibição de sua exploração econômica ou organização profissional, a não ser a moralidade excessiva que permeia nosso Legislativo. Por mais, como profissão, a profissional do sexo deve poder escolher estabelecer ou não um vínculo de emprego, dentro de seu âmbito de escolha pessoal.

3.3. Moral e Direito

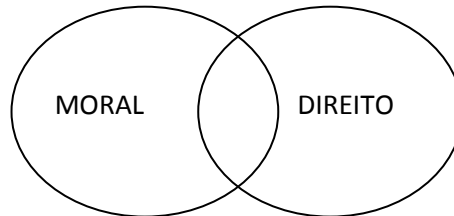
Miguel Reale³¹ leciona que a teoria do mínimo ético, exposta por Bentham e Jellinek, consistiria em o Direito dizer apenas o mínimo de Moral, declarado como obrigatório para que a sociedade pudesse conviver. Entende-se nessa doutrina que, embora as obrigações morais sejam, em regra, cumpridas de maneira espontânea, eventuais descumprimentos devem ser reprimidos, em nome da paz social. Didaticamente, o autor reproduz a teoria do mínimo ético como dois círculos concêntricos, sendo o maior deles a Moral e o menor o Direito:



Entretanto, seria incorreto, segundo Reale, afirmar que todas as normas jurídicas têm conteúdo moral. Há regras jurídicas que são amorais e até mesmo imorais. Uma norma que dite o prazo para o oferecimento de contestação é amoral; uma norma que destine a todos os sócios a mesma participação nos lucros de uma empresa, sem que tenham trabalhado de forma

³¹ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 42.

igual, seria imoral. Portanto, a melhor representação, para Reale, da relação entre Direito e Moral seria com dois círculos secantes, da seguinte forma:



Assim sendo, na perspectiva de Kant,

“a metafísica da moral, como filosofia moral pura, é dividida em duas partes. A primeira diz respeito à justiça; a segunda, à virtude. Ambas tratam das leis da liberdade, por oposição às leis da natureza; mas a legalidade se distingue da moralidade pelo tipo de motivo pelo qual as normas são cumpridas. A mera conformidade da ação à norma caracteriza a legalidade; para que a ação seja moral, é preciso que a ação se realize pelo dever. As leis jurídicas são externas ao indivíduo, e podem coagi-lo ao seu cumprimento. As leis morais, tornando obrigatórias certas ações, fazem ao mesmo tempo da obrigação o móbil do seu cumprimento”³²

Ora, inegavelmente, o ser humano é moral. Kant pretende expor a essencialidade da moral em seu trabalho – o cumprimento das normas morais se dá de forma espontânea, pois o espírito adere à regra.

Ocorre que a fórmula moral kantiana não decorre da observação empírica da natureza, mas sim da razão. No caso da prostituição, isso se torna evidente: normas impõem que as prostitutas não se organizem como sociedade ou busquem um vínculo de emprego, tal como as que dita o Código Penal. Mais do que isso, a norma desestimula a própria prostituição, por reprimi-la indiretamente, haja vista seu conteúdo moral. Do mesmo modo, o Direito do Trabalho não reconhece direitos trabalhistas às prostitutas que dele pretendem se valer, assunto que será aprofundado adiante. Trata-se de uma questão racional e imperativa, que não reflete a moral de boa parte das pessoas que trabalham no mundo do sexo.

Pergunta-se, então: é possível uma norma impor um comportamento moral? Reale e Kant respondem que não. O Direito nunca poderá produzir um comportamento moral autêntico, pois este é incompatível com qualquer forma de coerção. Essencialmente, as

³²**The metaphysical elements of justice.** Trad. Do alemão de Jonh Ladd (1ª ed., 1965), p. 19 *apud* ANDRADE, Regis de Castro. “Kant: a liberdade, o indivíduo e a República”. In: **Os clássicos da Política**. São Paulo: Ática, 2006, p. 51.

obrigações morais seriam espontâneas e seu cumprimento por decorrência de lei, portanto, jamais poderia produzir uma Moral forçada. O objetivo de tais normas, então, seria somente proteger uma possível “paz social”, o que é risível, pois a prostituição obviamente a ela não se contrapõe. Existe como atividade social há séculos, já tendo sido, inclusive, reconhecida como necessária para a existência da sociedade, lembrando as palavras de Santo Agostinho.

Foi Kant o primeiro a considerar a Moral autônoma e o Direito heterônomo. Kelsen viria a afirmar que o Direito é “*a ordenação coercitiva da conduta humana*”. Uma vez entendendo que o Direito se relaciona com a Moral de forma coercitiva, podemos entender que uma norma moral que tente tolher a prostituição visa a implementar uma conduta moral na sociedade e criar a falsa sensação de “paz social”.

Direito não se confunde com Moral. Os gregos e os romanos já haviam percebido isso, tanto que proclamaram frases como “ninguém sofre pena pelo simples fato de pensar” e “nem tudo que é lícito é honesto”. Com a Reforma Luterana, houve a necessidade clara de dissociar Direito e Moral: isso porque entre moral e religião há um ligamento intrínseco e as reviravoltas religiosas da Reforma e da Contrarreforma não poderiam causar um caos no mundo jurídico.

Thomasius, jurista alemão, escreveu em meados de 1700 uma importante obra sobre o assunto: para ele, o Direito só deve cuidar da ação humana depois de exteriorizada; a Moral, ao contrário, somente diria respeito ao plano da consciência. A coação do Direito só poderia existir, portanto, quando a atitude do indivíduo se projetasse sobre os demais, a ponto de lhes causar dano. Apesar das críticas, a contribuição de Thomasius é relevante, pois em sua doutrina da “exterioridade do Direito”, demonstra que a ciência jurídica nunca trata de um homem isolado, sempre o analisa em contexto, em suas relações intersubjetivas.

Diante do evidente conteúdo moral das normas sobre prostituição, vemos que a coercibilidade do Direito é usada para alcançar uma suposta abolição da prática, a qual não seria aceitável. No Brasil, já vimos que se adota um sistema misto: visa à erradicação da prática, vitimiza a prostituta, mas não nega a sua existência, permitindo a prática da prostituição individual, sem regulamentá-la. Trata-se, claramente, de uma política pública influenciada por forte conteúdo moral.

Entretanto, o que é moral? É possível definir uma moral estanque? Quem dita a moral? A moral é não só uma construção humana, mas também uma construção histórica, mudando ao longo dos séculos. Kant baseava sua teoria num imperativo categórico, uma máxima universal de conduta. Poderíamos incluir a proibição de se prostituir como um imperativo

categórico? Trata-se de uma conduta moral inquestionável? Em não sendo, é válido o Direito coagir aqueles que não a cumprem?

Essa é a grande questão que permeia nosso estudo. Nas palavras de Nucci, “*é fundamental que o legislador capte, com precisão, quais imoralidades merecem ser transportadas para o campo do direito*³³”. Não se nega que a prostituição seja uma questão moral e que, como tal, o Direito possa intervir na sua prática. Contudo, deve um Estado Democrático de Direito intervir numa escolha pessoal, que não causa dano a terceiros?

Como dito por Thomasius, o Direito deveria se ater àquilo que é passível de causar danos a terceiros. Seria um primórdio do princípio da lesividade, tão citado no Direito Penal. Se não há dano a terceiro, se a conduta não extrapola o âmbito do próprio agente, por que puni-la? Em verdade, deve-se reconhecer que o conteúdo moral deve se afastar do Direito cada vez mais – não se pode falar em máxima moral universal ou em cumprimento espontâneo quando o assunto é prostituição. Se a lei deve impor algum conteúdo nesse sentido, deveria ser amoral, respeitando a conduta e a escolha daqueles que agem sem prejuízo de terceiros. O conteúdo moral que circunscreve a prostituição se alterou muito ao longo dos anos, basta observar as revoluções feministas e sexuais que ocorreram ao redor do mundo na década de 1970. Afinal de contas, se o legislador não captou com precisão as moralidades que devem ser tratadas pelo campo do direito, é porque pretende ditar sua moral, em vez de reconhecer que a moralidade não pode ser imposta.

Assim sendo, podemos entender aqui que a Moral e o Direito se representam, de fato, como círculos secantes e o tema se encontra na interseção de ambos. Entretanto, a prostituição como objeto de criminalização e ilegalidade, não deve ser tratada por normas proibicionistas ou abolicionistas, mas sim regulamentadoras, pois um Estado Democrático de Direito não deve tolher as escolhas dos indivíduos. Com base na dignidade da pessoa humana e no reconhecimento de cada indivíduo como um ser capaz de fazer suas próprias escolhas, bem como no princípio da lesividade, faz-se necessário que o Legislativo se abstenha de impor suas regras morais através das normas que edita, passando a proteger o trabalhador do sexo como tal.

³³ NUCCI, Guilherme de Souza. Ob. Cit, p. 110.

4 ANÁLISE DE DIREITO COMPARADO

Em diversos países, a prostituição é legal; porém, sua exploração econômica permanece criminalizada. O advogado belga Gert Vermeulen, membro do Instituto de Pesquisa Internacional em Política Criminal (IRCP), já trouxe à Europa um novo padrão de ajuste das casas de prostituição. Trata-se do, por ele intitulado, “ISO 69”, isto é, um padrão de qualidade a ser atendido pelos bordéis, que inclui desde exames periódicos de doenças sexualmente transmissíveis até o registro de prostitutas e de seus usuários.

O advogado entende, pois, ser necessária a descriminalização da exploração econômica da prostituição, motivo pelo qual defende a denúncia da Convenção da ONU, assinada em Nova Iorque, de 1950³⁴, tratado em que o Brasil, assim como a Bélgica, figura como signatário.³⁵ Avanços e propostas à parte, há de se descrever aqui, primeiramente, um panorama geral sobre o tema pelo mundo, levando-se em consideração, obviamente, a maioria para o exercício da atividade e a regulamentação do tema³⁶.

Podemos começar com o próprio exemplo belga: na Bélgica, a prostituição é legal, desde que não cause distúrbios de ordem pública. Embora a intermediação, ou seja, a figura do “cafetão” não seja permitida, desde 1995 é permitido o aluguel de locais para a atividade.

Na Alemanha, a prostituição é legal, sendo permitida a existência de bordéis, desde que não localizados em áreas públicas, que funcionam sob a fiscalização de autoridades sanitárias. Ademais, desde 2002, as profissionais têm direito à pensão e seguros sociais e médicos.

Na Argentina, a prostituição individual não é crime, mas também não é legalizada, embora exista no país uma associação de prostitutas (AMMAR) que registra mais de 1.700 profissionais. As casas de prostituição e o rufianismo são ilegais e há províncias em que as prostitutas podem ser presas por “escândalo público”. Há de se destacar que a associação argentina defende, atualmente, um Projeto de Lei que prevê a criação de um “Gabinete Nacional de Proteção do Trabalho Sexual” pelo Ministério do Trabalho, Emprego e Seguridade Social, além de outras medidas sociais³⁷.

³⁴ INTERNACIONAL. **Convenção para a Supressão do Tráfico de pessoas e da exploração da prostituição de outrem**. Disponível em: <http://direitoshumanos.gddc.pt/3_9/IIIPAG3_9_6.html>. Acesso em: 8 nov. 2013.

³⁵ VERMEULEN, Gert. “**Política de prostituição**”. In: Palestra realizada na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro em 06 nov. 2013. (informação verbal)

³⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Ob. Cit.**, pp. 72-86.

³⁷ AMMAR. “**Abuelo Quique**”: “¿Cuál es el criterio para bajar de un spot publicitario a un trabajador? Basta de estigmatización”. Disponível em: <http://www.ammar.org.ar/Abuelo-Quique-Cual-es-el-criterio.html>. Acesso em: 20 jul. 2014. (tradução livre)

Na Austrália, a atividade é legalidade desde 1984, haja vista a pressão da classe por medidas protetivas.

Na Áustria, é legal ser prostituta desde 1975, existindo cadastros e registros, exames periódicos e pagamento de tributos. Trata-se de sistema misto, pois também se proíbe o bordel legalizado.

No Camboja, temos um fator diferencial: o país passou por trinta anos de guerra civil. Nele, assim como em toda a Ásia, é comum o recrutamento de adolescentes virgens que são vendidas a altos preços nos bordéis e os relatos de abuso policial são muitos. Não à toa, constata-se que o país, embora proíba em sua constituição a prostituição, não regulamentou o tema.

No Canadá, a prostituição não é crime, mas os bordéis são ilegais. O proxenetismo é crime.

No Chile, o comércio sexual é intenso, a prostituição não é crime, mas o proxenetismo a manutenção de bordéis o é. A realidade, porém, está em descompasso com a lei, pois não é difícil encontrar anúncios das mais variadas casas de prostituição.

Na China, a própria prostituição é ilegal, e, portanto, sua exploração também, o que se contrasta com a presença de bordéis pelo país. Curiosamente, Taiwan, província independente, legalizou a prostituição em 2009.

Na Dinamarca, a prostituição é legalizada desde 1999. As profissionais, devidamente registradas, trabalham como autônomas, sendo vedada a exploração. Trata-se de sistema misto.

No Equador, a prostituição e a manutenção de bordéis, bem como o rufianismo são legais, exigindo-se registro e cumprimento de medidas de saúde.

Na Espanha, a prostituição não é crime, mas não é legalizada. Proxenetismo é crime e a manutenção de casas de exploração também é ilegal em algumas regiões.

Nos Estados Unidos, praticamente tudo é ilegal: a prostituição, em quase todos os estados, o proxenetismo, e as casas de exploração. Como consequências desta política pública, temos um número de 60.000 prisões só em 2009, por violações a leis de prostituição.

Nas Filipinas, a prostituição é ilegal, mas o status de trabalhadoras de hospitalidade é concedido às profissionais, por conta do turismo na região.

Na França, não só a prática é legal, como também são cobrados os devidos tributos. Entretanto, o proxenetismo e as casas de prostituição não são toleradas. Ressalte-se que, em 2013, um projeto de lei francês causou uma onda de manifestos, inclusive da mais alta elite

intelectual: a medida mais polêmica buscava punir, com multa de 1500 euros, clientes de prostitutas, podendo até se dobrar o valor em caso de reincidência³⁸.

Na Grécia, foram expedidas licenças para bordéis. A legalização é ampla: casas de prostituição e o proxenetismo são legais e contribuem para a economia do país: Atenas auferiu renda 25% maior graças à prostituição.

Na Índia, não há criminalização da prostituição, mas esta existe quanto às demais atividades a ela relacionadas. Embora não haja permissão oficial, Mumbai conta com aproximadamente 60.000 prostitutas. A maioria trabalha em precariedade, cobrando até dois dólares por noite. Diante disso, usualmente homens pagam mais para ter sexo sem preservativo, resultando em altos índices de contaminação nas prostitutas de Mumbai. Relata-se também altos índices de prostituição infantil.

Na Indonésia, prostituição, proxenetismo e bordéis são legais, não havendo, porém, regulamentação do assunto. Sabe-se que, apesar da moralidade vigente entre as autoridades, a prostituição infantil é um problema significativo.

No Japão, temos uma situação interessante. A prostituição é considerada somente nos casos de conjunção carnal. Embora bordéis e agenciamento sejam proibidos, há uma grande oferta de sexo anal e oral em casas de massagem.

No México, a prostituição individual é legal; há um sistema de regulamentação em algumas regiões, que impõem o registro da prostituta e a idade mínima de 18 anos, além de um controle de saúde. As demais atividades, como cafetinagem e manutenção de bordéis são ilegais.

Na Noruega, são vedados os bordéis e o proxenetismo. A venda de sexo não é ilegal, mas sua compra o é: pune-se o cliente com multa ou até seis meses de prisão, a fim de coibir o comércio sexual.

Na Nova Zelândia, não há proibição quanto ao proxenetismo. A prostituição foi legalizada para maiores de 18 anos, admitindo-se, inclusive, a existência de bordéis.

Em Portugal, na Itália e no Reino Unido, a prostituição individual é legal, sendo proibidas as casas e o agenciamento. Na Itália, multas foram cobradas dos clientes para evitar a prostituição, o que, segundo as prostitutas, não diminuiu a atividade. No Reino Unido, verifica-se o crescimento das propagandas de prostituição na internet, e da existência de bordéis operados como casas de massagem e saunas. Em Portugal, destaca-se o fluxo emigratório de prostitutas, principalmente do Leste Europeu, Brasil e África.

³⁸SABINO, Mario. **Rodando o bolsinho**. In: Veja, edição 2349, ano 46, nº 48, 27 de novembro de 2013.

Na Suécia, há uma postura abolicionista, embora a prostituição não seja crime. Há criminalização da compra de serviços sexuais. Alguns estudos apontam que tal postura reduziu em 80% o número de clientes, além de importar na diminuição do tráfico e implementação de medidas sociais e educativas. Contudo, os críticos deste modelo afirmam que a prostituição não deixou de existir: apenas se refugiou para locais fechados e para a internet. Embora seja louvável a implementação de políticas sociais e educativas, não cabe ao Direito Penal promover o ensinamento de valores morais, como bem aponta Nucci³⁹. Ademais, segundo Beatriz Gimeno⁴⁰, a redução da demanda, por conta da ostensiva caça policial aos clientes, obriga as prostitutas a realizarem jornadas maiores, sujeitando-se a piores condições de trabalho. Há de se lembrar, por fim, que a aplicação deste modelo abolicionista se condiciona ao ambiente local: na Suécia, a prostituição não se extinguiu, tornou-se apenas clandestina. No Brasil, onde há uma profunda desigualdade social e econômica, o modelo abolicionista, nos moldes suecos, tenderia ao mais absoluto fracasso.

Na Suíça, na Turquia e na Venezuela, a prostituição, a manutenção de bordéis e o proxenetismo são legais. No primeiro, destaca-se o registro das prostitutas junto às autoridades municipais e de saúde, existindo exames regulares. No segundo, o mesmo ocorre quanto ao registro, havendo uma identidade especial da prostituta, contendo seus exames. Infelizmente, há um grande número de prostitutas turcas sem registro. Na Venezuela, a lei busca combater o tráfico de pessoas, a indução à prostituição e a corrupção de menores.

Por fim, na Holanda, paradigma mundial sobre o assunto, desde 2001 a prostituição é considerada uma profissão como qualquer outra. Acolheu-se o sistema regulamentador e, deste modo, aumentou-se a pressão penal sobre a prostituição infantil, o número de prostitutas e, conseqüentemente, seus direitos.

Há aqueles que apresentam receio à “nova visão regulamentarista”, tal como Maria Johanna Schouten. A autora, com base na experiência holandesa de legalização, aponta que os resultados obtidos não estão à altura daqueles ambicionados há algumas décadas, haja vista o numeroso submundo de clandestinidade criado⁴¹. É inegável, porém, que a regulamentação trouxe significativo avanço, não podendo a clandestinidade, presente nas mais variadas atividades comerciais, constituir um óbice.

³⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Ob. Cit., p. 84.

⁴⁰ GIMENO, Beatriz. **La prostitucion. Aportaciones para un debate abierto**, p. 281, tradução livre *apud* NUCCI, Guilherme de Souza. **Prostituição, Lenocínio e Tráfico de Pessoas: aspectos constitucionais e penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 84.

⁴¹ SCHOUTEN, Maria Johanna. **Estigma, legitimidade e ilegalidade: fragmentos da história do debate sobre a prostituição**. Disponível em: <http://www.academia.edu/767523/Estigma_legitimidade_e_legalidade_fragmentos_da_historia_do_debate_sobre_a_prostituicao>. Acesso em: 24 mai. 2014.

Pode-se observar, portanto, com os mais variados panoramas traçados, que a prostituição está longe de constituir uma unanimidade. Destacamos como modelos regulamentadores a Holanda, a Nova Zelândia, a Suíça, a Turquia, a Venezuela, a Grécia, a Austrália e a Alemanha, cada qual com suas peculiaridades, em que a prostituição e suas atividades correlatas são legalizadas, o que se defende neste estudo. Nicarágua, Bangladesh e a Indonésia, embora não tenham sido mais detalhados neste estudo, também são exemplos de países em que a prostituição, o proxenetismo e a manutenção de casas são legais⁴². Obviamente, nenhum sistema regulamentador é perfeito. Em verdade, quase nenhuma profissão tem, em sua lei, a segurança do cumprimento de seus direitos, mas sim o esforço em fazê-lo.

No Brasil, é evidente o fracasso do modelo misto: não inibe a prostituição infantil, tampouco o tráfico de pessoas e a violência, inexistindo controle sobre as doenças sexualmente transmissíveis que permeiam o campo da prostituição. Proíbem-se o proxenetismo e a manutenção de bordéis, mas se fecha os olhos por completo à realidade existente. Sabe-se que funcionam no Brasil diversas casas de prostituição travestidas como bares, boates e casas de massagem.

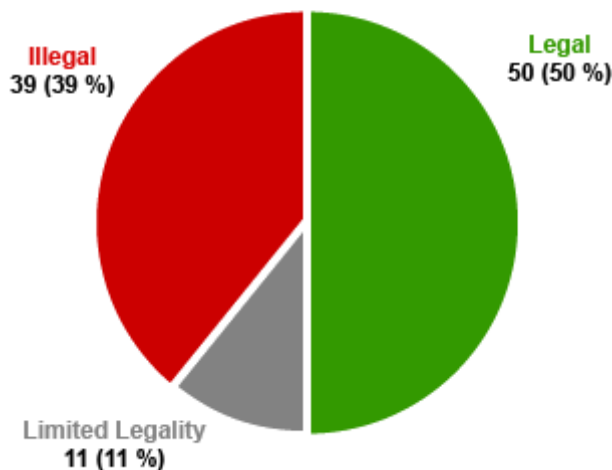
Diante do panorama traçado, é possível verificar que a prostituição em países pobres, ou de grande abismo social, quando não regulamentada, não só não contribui para sua diminuição, como também fomenta o aumento de doenças e da prostituição infantil, além do tráfico de pessoas. Índia e Camboja são claros exemplos disso. Ademais, é possível verificar que modelos proibicionistas ou mistos que tentam punir os clientes, apenas afastam para a clandestinidade a prostituição e as atividades a ela correlacionadas. Afastam, também, as prostitutas de suas políticas públicas, de medidas preventivas de saúde, expondo-as à sua própria sorte. São os exemplos de Portugal, Itália e Japão. Na Espanha, a proibição das organizações de trabalho e proxenetismo já foi burlada: o primeiro sindicato espanhol de prostitutas e a primeira cooperativa já foram criadas em Ibiza, embora as profissionais atuem como “massagistas”⁴³. Por fim, o exemplo da Indonésia demonstra algo curioso: embora todas as atividades sejam legais, não há lei regulamentando a questão. Não à toa, a prostituição infantil assombra o país.

⁴² PROCON. 100 countries and their prostitution policies. Disponível em: <<http://prostitution.procon.org/view.resource.php?resourceID=000772#indonesia>>. Acesso em: 4 jul. 2014.

⁴³ SAYEJ, Nadja. **As Trabalhadoras do Sexo de Ibiza formaram o primeiro Sindicato de Prostituição da Espanha**. Disponível em: <http://www.vice.com/pt_br/read/trabalhadoras-do-sexo-de-ibiza-formaram-primeiro-sindicato-prostituicao-espanha>. Acesso em: 5 jul. 2014.

Embora tais conclusões pareçam saltar aos olhos, a prostituição não tem o mesmo tratamento em todos os países. Em estudo de 2009, da organização norte-americana ProCon⁴⁴, é possível constatar que apenas 50% de 100 países estudados legalizaram a prostituição.

Number and Percentage of Countries with Legal, Illegal, and Limitedly Legal Prostitution (of the 100 countries)



4.1 Um estudo sobre o caso colombiano⁴⁵

O caso parecia simples. Lais trabalhava para um bar colombiano, chamado Pandemo, e entrou com uma ação cautelar para garantir seus direitos, tais como reintegração, por conta da estabilidade gestante, e salário pelo tempo de afastamento. A trabalhadora havia engravidado em 1.12.2008 e foi dispensada por seu empregador em 25.3.2009. Tudo seria fácil, se Lais não fosse prostituta.

No bojo da decisão, além do relatório do caso, temos um estudo aprofundado sobre o tema. Segundo a Corte, “*ausência de reconhecimento jurídico à profissão impede as mulheres prostituídas de disporem de uma cobertura social completa*”⁴⁶. Destaca ainda que a remuneração das prostitutas, na maior parte do mundo, submete-se à tributação, porque o fato

⁴⁴ PROCON. Ob. Cit.

⁴⁵ COLOMBIA. Suprema Corte de Justicia de La Nación. **Sentencia T-629/10**. Disponível em: <http://www.equidad.scjn.gob.mx/IMG/pdf/Lais_vs_Pandemo.pdf>. Acesso em: 22 set. 2013.(tradução livre)

⁴⁶ Idem.

gerador de um imposto é independente da legalidade da atividade. Como já exposto, concluiu-se não só pela legalidade da profissão, como também pela necessidade de se fazer garantir seus direitos trabalhistas como tal.

A fundamentação da decisão apresenta não só os sistemas de abordagem do tema pelo mundo, enaltecendo o regulamentador, como também conta com precedentes: em um primeiro caso, na Recomendação 1325 de 1997, do Conselho da Europa, demonstrou-se a preocupação com a proliferação e recrudescimento da prostituição e, em particular, sua vinculação com grupos criminosos.

Em 1999, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias já havia tratado de uma questão prévia, C-269/99, parecer solicitado por juízes dos Países Baixos, frente ao pedido de autorização, feito por mulheres polacas e tchecas, para morar e trabalhar como prostitutas no país, por conta própria. Sem sequer abordar a questão da prostituição como atividade comercial ou não, com base nos acordos europeus sobre circulação de pessoas na União Europeia para fins de atividades econômicas, o parecer foi favorável às prostitutas, afirmando que se tratava de uma atividade que visa à prestação de serviço, com caráter oneroso, com demanda de um beneficiário sem produzir ou ceder bens materiais, o que estaria compreendido como atividade econômica.

Em um terceiro caso, o mesmo Tribunal Europeu enfrentou uma questão que pretendia excluir a prostituição como atividade econômica digna de amparo pelo Direito Comunitário, haja vista sua ilegalidade e por razões de moralidade pública. Mais uma vez, o Tribunal afirmou que não lhe competia substituir por sua a apreciação dos legisladores dos Estados-membro em que uma atividade supostamente imoral se pratica legalmente. Não estaria em jogo o problema de ordem pública que as partes poderiam alegar para limitação dos acordos, pois para que uma autoridade nacional pudesse estabelecer uma exceção de ordem pública, seria necessário que existisse uma ameaça real e suficientemente grave para afetar um interesse fundamental da sociedade. Não cabiam, portanto, discriminações por razão de nacionalidade, menos ainda quando o comportamento reprovado é proveniente dos próprios nacionais, não sendo perseguido com medidas repressivas ou outros meios que resultem em motivos reais e efetivos para combatê-lo.

O Direito Colombiano, porém, possui um tratamento, do ponto de vista legislativo, parecido com o nosso, aceitando, contudo, a existência de estabelecimentos dedicados à prostituição: o Código Penal Colombiano criminaliza condutas que tornam a prostituição uma prática comercial, tais como “a indução à prostituição”, “o proxenetismo com menor de idade”, “o constrangimento à prostituição”, “prostituição de menores”, a “exploração sexual

comercial de pessoa menor de idade”, “a pornografia com menores de 18 anos”, o “turismo sexual”, a “facilitação de meios de comunicação para oferecer atividades sexuais a menores de idade” e a “omissão ao dever de denúncia”.

O primeiro tipo penal acima citado se assemelha ao brasileiro, pois inclui também os casos em que há consentimento para a atividade sexual da pessoa prostituída. Contudo, na sentença C-363 da Corte Constitucional Colombiana, entendeu-se que o artigo impunha limites excessivos à liberdade, ao livre desenvolvimento da personalidade e à livre escolha de uma profissão ou ofício. Considerou-se, porém, a atividade de prostituição como de graves consequências para a integridade da dignidade das pessoas, entendendo que o Estado deveria dirigir seus esforços a desestimular ou reduzir seus efeitos, inclusive erradicando-a. Restou, portanto, válido e constitucional o artigo.

A decisão destaca ainda a existência de dispositivos no Código de Polícia e no Acordo nº 79 de 2003, do Conselho de Bogotá, em que a pessoa prostituída é tida como vulnerável e, como tal, deve ser objeto de cuidado pelas autoridades para sua reabilitação, incluindo medidas regulamentadoras sobre prevenção, saúde e tranquilidade pública.

Tratando, porém, do caso concreto, a decisão T-629/2010 desenha outra situação: embora as instâncias inferiores tenham reconhecido a legalidade do exercício da prostituição de modo individual, negaram à autora o reconhecimento de seus direitos trabalhistas, pois o objeto do contrato de emprego seria ilícito. Assemelha-se, neste caso, ao posicionamento da jurisprudência brasileira, como se verá adiante. Deste modo, em se tratando de contrato inexistente, estariam excluídos os direitos da autora.

Não foi o que entendeu a Corte Suprema, desta vez. Conforme o princípio geral de liberdade, o Tribunal descreve a máxima já conhecida: os particulares somente se vinculam às leis naquilo que é proibido, pois o que não se encontra proibido, a priori, está permitido. Trata-se do princípio *pro libertate* do Estado Democrático de Direito, em expressão do nosso conhecido princípio da legalidade. Portanto, a prestação de um serviço será lícita quando (i) cumprir as normas jurídicas a que se submetem; (ii) se exerça em conformidade com as faculdades derivadas do princípio geral de liberdade; e (iii) o critério hermenêutico segundo o qual, quando há dúvidas sobre se uma atividade de particulares está proibida ou permitida, a liberdade será preferível à restrição.

Em conjunto com as fontes de definição da licitude do ato de autonomia privada, encontra-se a dignidade humana, que se constitui no ordenamento jurídico colombiano também como direito fundamental autônomo e princípio constitucional. Nos termos da Corte, garante aos particulares: “viver como se quer”, “viver bem” e “viver sem humilhações”: trata-

se da (i) liberdade de eleger um plano de vida concreto nas condições sociais em que o indivíduo se desenvolve; (ii) da possibilidade real e efetiva de gozar de certos bens e certos serviços que permitem a todo ser humano funcionar na sociedade segundo suas condições especiais e qualidades; e da (iii) possibilidade de se manter socialmente ativo, de forma que condutas excludentes ou lesivas à dimensão física ou espiritual das pessoas sejam proibidas. Reflete, portanto, a autonomia e o respeito à individualidade.

Recorre-se, em seguida, à doutrina, para definir a ideia de bons costumes que permeia a questão. Do ponto de vista individual, em não havendo consenso sobre a ideia de moral predominante, não se deve partir de um modelo ideal de comportamento, mas sim de um mínimo, que provem das regras legais e de sua interpretação, dos usos e das práticas sociais comuns, e da aberta aceitação de suas mudanças. Do ponto de vista coletivo, por outro lado, os bons costumes se relacionam à ideia do cumprimento de objetivos sociais constitucionais.

Conclui o julgamento, assim, que a atividade da prostituição deve ser considerada, *prima facie*, como lícita. Como lícita, procedeu-se à análise da existência ou não da relação de emprego.

Explica a decisão que o contrato de trabalho não se caracteriza como um contrato civil. Diferentemente dele, possui os elementos de prestação pessoal para outrem, com subordinação, dependência, vocação de continuidade e salário ou contraprestação. A subordinação, destaca, seria elemento determinante para diferenciar o contrato de emprego das demais formas de prestação de serviço. Assemelha-se ao conceito de contrato de trabalho brasileiro.

Em qualquer contrato de emprego, há limites constitucionais ao empregador: a dignidade humana, os direitos fundamentais, os princípios mínimos fundamentais do Direito do Trabalho, destacando-se a primazia da realidade. Como todo contrato do Direito Comum, demanda consentimento das partes, capacidade e objeto lícito, sendo este determinado pelas normas de ordem pública.

Ocorre que, como em um contrato civil, no contrato de trabalho, se não houver capacidade ou objeto lícito, havendo boa fé da parte que desconhecia os vícios, esta pode demandar judicialmente os direitos decorrentes de seu contrato de trabalho. É aquilo que prestigiamos no Direito Brasileiro com a “teoria da aparência”. Há inclusive um dispositivo da lei colombiana que assim prevê;

“(...)apesar da ineficácia dessas disposições [do contrato], todo trabalho executado em virtude delas, que constitua por si mesma atividade lícita, dá direito ao trabalhador para reclamar o pagamento de seus salários e prestações legais pelo

tempo que tenha durado o serviço até que essa ineficácia se tenha sido reconhecida ou declarada judicialmente” (tradução livre).

Trata-se da parte final do artigo 43 do “Código Sustantivo de Trabajo”, que deve ser analisado com base na licitude da atividade de prostituição, já determinada pela sentença. A decisão conclui, a partir deste dispositivo, ser necessária a aplicação de efeitos *ex nunc* à decisão que reconhece a nulidade de um contrato de trabalho que tenha sido declarado ineficaz.

Assim sendo, parte-se à análise do pedido: a reintegração requerida se funda no direito à estabilidade da gestante e lactante, que se constitui como direito fundamental na Colômbia, até três meses após o parto, salvo a comprovação de justa causa. O direito à estabilidade, esclareça-se, não só protege a mulher, como também o direito da criança e o cuidado à família, protegidos pela Constituição Colombiana. É o que prevê também a Declaração de Direitos Humanos, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher. Requereu, portanto, Lais, a ineficácia da sua demissão, com pagamento de indenização prevista em lei, sua reintegração e pagamento de salários pelo tempo de afastamento. Veja que a ineficácia da demissão e o pagamento de indenização independem da natureza do contrato de trabalho.

Presume-se, portanto, no caso, a discriminação no ato de demissão, tal como é feito no caso da mãe “cabeça de família”. A condição subjetiva das mulheres grávidas e mães “cabeça de família” reforçam a necessidade de proteção dos seus direitos trabalhistas.

Por outro lado, analisa-se também o contrato de trabalho entre a prostituta e o estabelecimento. A decisão chama atenção para a existência de um fenômeno de invisibilidade dos direitos trabalhistas das prostitutas, que se contrapõe ao discurso constitucional da igualdade. Se a prostituição é atividade lícita, regulada pelo Direito urbanístico e policial, objeto de leis penais, por que não poderia o Direito do Trabalho ter o mesmo tratamento?

A ordem jurídica responde que o trabalhador só pode se prostituir por conta própria. Não se trata de omissão dos princípios do garantismo laboral? Não se trata de um esquecimento propositado de pressupostos como a realidade e a exigibilidade dos direitos trabalhistas sobre as prestações já cumpridas? Não se trata de uma negação do princípio da *pro libertate* e do livre desenvolvimento da personalidade, da dignidade humana reconhecida como direito fundamental de autonomia, para se viver como se quer, viver bem e para não ser objeto de humilhações? Não é indigno e degradante para o trabalhador do sexo que os

intérpretes do ordenamento jurídico não queiram reconhecer seus direitos, pelo simples fato de que sua prestação subordinada seja um ato de prostituição? Não há nesta interpretação um desmerecimento do imperativo constitucional de igualdade de tratamento quando a lei não estabelece distinções? Não há uma violação aberta, direta e decisiva ao princípio da não discriminação?

Essas perguntas, todas formuladas pela própria Corte, são base para a sua decisão. Para ilustrar, cita-se o exemplo espanhol: na Espanha, desde 1981, os juízes trabalhistas reconhecem a existência de contratos de trabalho verbais estabelecidos entre estabelecimentos comerciais e mulheres que trabalham como acompanhantes, dispostas a estimular o consumo dos clientes do estabelecimento em troca de “fichas”. Os mesmos juízes, porém, não têm a mesma postura quando o assunto é reconhecer a existência de contratos de trabalho em que há prestação de serviços sexuais.

Se existem razões para se proteger a relação laboral de quem trabalha como acompanhante – destaca a decisão – também há para proteger aqueles que vendem serviços sexuais para outrem.

Haverá, portanto, no campo da prostituição, contrato de trabalho quando: existir capacidade plena e vontade; não existir indução; as prestações sexuais se desenvolverem dentro das condições de dignidade e liberdade para o trabalho; e houver subordinação, continuidade e remuneração.

Não há na Constituição Colombiana qualquer disposição que permita uma discriminação negativa das pessoas que se prostituem – e, ressalte-se, na Constituição Brasileira também não.

Parece contrária à igualdade constitucional o não reconhecimento do Direito do Trabalho para os trabalhadores sexuais, porque são restringidos direitos fundamentais – afeta-se de maneira desfavorável uma minoria que é tradicionalmente discriminada e que se encontra em condição de vulnerabilidade evidente.

São vários os questionamentos que daí decorrem, uma vez reconhecida a existência de contrato de trabalho, por conta do princípio da primazia da realidade: poderiam as prostitutas estabelecer sindicatos, cooperativas? Qual o limite do reconhecimento da existência do contrato de trabalho entre a prostituta e o estabelecimento? A esta pergunta, a decisão esclarece que o caso concreto se limita a tratar do direito à estabilidade da gestante e seus acessórios.

Para responder a esta questão, são estabelecidos critérios mínimos a serem observados: (i) limites constitucionais de liberdade, dignidade humana, igualdade, não discriminação e

respeito ao Estado de Direito; (ii) princípios e regras gerais existentes no Direito do Trabalho; (iii) dever de criar e reconhecer as muitas especificidades e diferenças que uma relação de trabalho e uma prestação de serviço sexual por conta própria merecem; (iv) dever de considerar o trabalhador sexual como sujeito especial de proteção, por ser parte débil do contrato e, sobretudo, pelas condições próprias do trabalho e sua discriminação histórica; (v) dever de aplicar a “imaginação jurídica” para que com os limites, proibições, garantias e direitos que se estabelecem, crie-se a diferença que faça com que a pessoa que trabalha com sexo possa estar em condições de escolha, em liberdade e igualdade, sobre seu projeto de vida.

Concluiu a Corte, portanto, que, à falta de regulação concreta, o contrato de trabalho no exercício da profissão de prostituição se desenvolve como “contrato realidade” e merecerá, como no caso de qualquer outro sujeito em condições similares, proteção por parte do Direito, para que sejam cumpridas todas as obrigações não pagas pelo empregador. Contudo, por se tratar de prestação de serviço sexual, o vínculo de subordinação é precário, e também o é o direito da trabalhadora à estabilidade e à reintegração. Face às peculiaridades da ação e do Direito Processual Colombiano, a decisão condenou o bar ao pagamento de indenização equivalente a sessenta dias de salário e ao pagamento de doze semanas como descanso remunerado, a que tinha a autora direito por conta da licença maternidade, prevista no Código Sustantivo de Trabajo Colombiano (trata-se do “descanso remunerado na época do parto”, artigo 238, prestação que foi paga pelo empregador porque este não havia inscrito Lais no programa de Seguridade Social). À vista dos demais direitos trabalhistas pretendidos pela autora, a decisão orientou a parte a procurar a Justiça Especializada. Como já exposto, não entendeu a Corte pelo direito à reintegração, por acreditar que tal garantia deve ser excluída do rol de direitos trabalhistas destinados aos prostitutos, por conta da especificidade da prestação de seus serviços.

Infere-se aqui que, embora reconheça a necessidade de visibilidade do Direito aos trabalhadores do sexo, a Corte entendeu, neste caso, que o Estado e o ordenamento jurídico não podem incentivar a prostituição, motivo pelo qual não se pretendeu dar continuidade ao contrato de trabalho por meio da reintegração.

4.1.1. Críticas e comentários à decisão

Podemos traçar algumas críticas e comentários a essa decisão. Em primeiro lugar, é possível perceber um claro avanço no campo trabalhista, no que tange ao reconhecimento de direitos às prostitutas: a Corte reconhece a prostituição como profissão e como atividade econômica, digna de tutela do Estado. Aponta o sistema regulamentador como a opção viável para proteger os direitos da classe profissional, argumentando também que, no Estado Liberal e Democrático, o princípio da legalidade se vincula ao particular de forma negativa, restando permitidas, portanto, todas as condutas que não estejam proibidas por lei. Entende-se, assim, que a prostituição é prática lícita e, como tal, pode ser objeto de contrato de trabalho, embora a doutrina afirme de forma contrária.

Deste modo, por força do princípio da primazia da realidade, a existência do contrato de trabalho entre prostituta e estabelecimento comercial deve ser reconhecida, a fim de resguardar os direitos da profissional. Aponta ainda que a prestação de um serviço, qualquer que seja, é lícita quando cumpre as normas jurídicas a que se submete. Mais uma vez, ressalta-se aqui a necessidade de regulamentação da atividade, para que sua licitude se estenda ao campo da prática jurídica.

A Corte aponta ainda, de forma sábia, que a moral e os bons costumes que permeiam o ordenamento jurídico não devem procurar impor um ideal de comportamento. Isso porque, do ponto de vista do princípio da legalidade que vincula os particulares, deve-se adotar um mínimo de moral que venha das regras legais e de sua interpretação, usos e práticas sociais comuns. Ora, face à tolerância social, à omissão legislativa quanto ao tema e à obsolescência do Código Penal, não haveria, por óbvio, que se incluir a prostituição no rol das moralidades que o legislador escolhe para tolher as vontades individuais.

Por mais, a decisão ressalta que, reconhecendo-se a prostituição como profissão, impõem-se ao empregador limites constitucionais. Podemos destacar, nesse sentido, a aplicação da teoria da aparência na decisão, quando do uso do artigo 43 do Código Sustantivo de Trabajo. Ao entender que um contrato de trabalho que tenha uma disposição considerada ineficaz deve resultar no pagamento das verbas dele decorrentes, prima não só por evitar o enriquecimento sem causa do empregador, mas também por estimular o cumprimento dos direitos e deveres trabalhistas no campo da prostituição. Embora o reconhecimento de qualquer nulidade deste contrato de trabalho não seja defensável, a aplicação dos seus efeitos *ex nunc* consagra um avanço na garantia de direitos fundamentais.

Em referência à sentença, C-363, que considerou que o artigo do Código Penal Colombiano que trata da indução à prostituição imporia limite excessivo à liberdade, ao livre desenvolvimento da personalidade e à livre escolha profissional, a decisão consagrou a

possibilidade de escolha da trabalhadora. Há, portanto, diversas razões para se proteger a atividade da prostituta, pois tarefas semelhantes, como as de acompanhantes, já são devidamente tuteladas pelo Direito do Trabalho.

Não parece correto, portanto, impor qualquer restrição aos direitos fundamentais das prostitutas, sob pena de se contrariar os princípios de igualdade, não-discriminação e liberdade para o trabalho.

Por outro lado, peca a decisão no tocante ao não reconhecimento da garantia de estabilidade à prostituta.

Em primeiro lugar, porque a estabilidade da gestante visa, sobretudo, à proteção da criança. No caso, a Corte optou por não reintegrá-la, considerando a continuidade de seu contrato de trabalho uma situação que não poderia ser incentivada pelo Estado, quiçá pela decisão. Ora, parece que na ponderação entre o interesse da criança e da mãe e o caráter degradante da atividade – um dos motivos principais para a proteção da prostituta, segundo o Tribunal – ganhou a visão moralista sobre a atividade, o que aqui se repugna.

Em segundo lugar, porque afirmou a decisão que o vínculo de subordinação entre a autora e o estabelecimento seria precário, motivo pelo qual também seria a garantia de seus direitos. Nesse sentido, excluiu do rol de garantias supostamente conferidas às prostitutas a estabilidade da gestante e a consequente reintegração. Contudo, há de se ressaltar, não cabe ao julgador a tarefa de estabelecer o rol de direitos das prostitutas, mas sim ao legislador. Em sua omissão, deve-se presumir que, reconhecendo-se a relação de emprego, dela decorrem todos os direitos básicos assegurados às demais profissões sem lei própria de regulamentação.

Em verdade, o Tribunal que, ao longo de sua decisão sustentou que a dignidade da pessoa humana deve ser reconhecida também em seu âmbito de autonomia – de se viver como se quer, viver bem e viver sem humilhações –, considerou a moralidade da prática discutida como bem jurídico mais importante a ser tutelado. Isso porque, ao considerar a prostituição como prática degradante e que não deve ser incentivada, abstraiu de seu discurso protetivo o caráter mais importante: o direito de escolha profissional, que esbarra na própria autonomia moral do ser humano.

Deve-se reconhecer, contudo, que a decisão, muito bem embasada, serve de estudo e degrau para os próximos passos na luta pela tutela dos direitos e garantias trabalhistas das prostitutas.

5 ANÁLISE SOBRE O DIREITO BRASILEIRO

No Brasil, a prostituição é legal, mas seu exercício profissional é claramente limitado pelas criminalizações legais, que impedem a constituição de um vínculo de emprego e, portanto, do usufruto de direitos legalmente constituídos, bem como do proxenetismo, impedindo qualquer organização empresarial da atividade. Assim, devemos analisar a problemática em um viés contra-argumentativo.

Para isso, passa-se primeiro pelos aspectos penais que envolvem a problemática, já que qualquer regulamentação deve ser precedida da descriminalização direta das atividades que envolvem a prostituição individual, o que permitiria maior organização da classe profissional e conquista de seus direitos. A seguir, trabalha-se, sob o viés constitucional, a problemática do exercício da autonomia individual e moral da prostituta, a fim de reconhecer sua escolha profissional como tal. No campo trabalhista, observa-se o tratamento atual do tema e a necessidade da implementação de mudanças: para isso, propõem-se ao fim deste capítulo algumas medidas para a efetividade de seus direitos.

5.1. Aspectos Penais no Direito Brasileiro

No Direito Penal, os crimes de rufianismo e manutenção de casa de prostituição denotam um paradoxo em relação ao cenário empírico. Isso porque é notória a existência de casas de prostituição e dos chamados “rufiões”, mais conhecidos como “cafetões”.

Em terras tupiniquins, Nilo Batista defende que *“é inadmissível possa a moral constituir um bem jurídico e, ao contrário, o âmbito da autonomia moral da pessoa configura sem dúvida um bem jurídico constitucionalmente criado e protegido”*⁴⁷.

No mesmo sentido, Luís Greco, em referência ao novo projeto do Código Penal, dispõe que *“há que elogiar a coragem do Projeto de descriminalizar a manutenção de casa de prostituição (...) pelo “fato de não mais se tutelarem a moral e os bons costumes”*⁴⁸

É, porém, com Guilherme Nucci que temos o trabalho mais aprofundado sobre o tema. Segundo o autor, o Código Penal Brasileiro, editado em 1940, traz ranços de conservadorismo

⁴⁷ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro**. Segundo volume. Rio de Janeiro: REVAN, 2010, p. 221.

⁴⁸ GRECO, Luís. **Princípios fundamentais e tipo no novo projeto de código penal** (Projeto de Lei nº 236/2012 do Senado Federal). Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/133-ARTIGO#_ftn9>. Acesso em: 15 out. 2013.

e moralismo incompatíveis com a nova ordem constitucional de 1988. Deste modo, podemos observar que tipos legais como o art. 227 do CP⁴⁹, “induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem”, retratam “a vitrine da inoperância legislativa”⁵⁰. Um país que penaliza a indução a satisfazer o prazer sexual alheio, sem violência, sem lucro, não pode pretender que suas leis tenham qualquer efetividade; sequer pode pretender que elas imponham um padrão moral que em nada se assemelha ao contexto social.

Na decisão colombiana, estudada há pouco, vimos que o tipo penal correspondente à indução também é empregado sem a necessidade de verificar a ameaça ou constrangimento: basta o dolo e a conduta. Tal dispositivo (art. 213 do Código Penal Colombiano) teve sua constitucionalidade questionada e confirmada. Entendeu-se que o tipo penal está em compasso com o objetivo de preservar a dignidade humana e o direito penal mínimo (princípio da intervenção mínima), desde que ressalvados os casos em que não se produza um verdadeiro dano social e em que não se ameace lesionar injustificadamente os direitos de outras pessoas ou da comunidade. Restringiu-se, portanto, somente a interpretação do dispositivo⁵¹.

O tipo penal de favorecimento da prostituição (art. 228 do CP⁵²), desde que não haja violência, fraude ou ameaça, é outro absurdo, pois a conduta sequer constitui atentado à dignidade da pessoa humana, bem jurídico supostamente tutelado. Nucci entende que tal

⁴⁹ Art. 227 - Induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem:

Pena - reclusão, de um a três anos.

§ 1º Se a vítima é maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos, ou se o agente é seu ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro, irmão, tutor ou curador ou pessoa a quem esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda: (Redação dada pela Lei nº 11.106, de 2005)

Pena - reclusão, de dois a cinco anos.

§ 2º - Se o crime é cometido com emprego de violência, grave ameaça ou fraude:

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

§ 3º - Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa.

⁵⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. Cit., p. 183.

⁵¹ COLOMBIA. Suprema Corte de Justicia de La Nacion. **Sentencia T-629/10**. Disponível em: <http://www.equidad.scjn.gob.mx/IMG/pdf/Lais_vs_Pandemo.pdf>. Acesso em: 22 set. 2013.

⁵² **Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual** (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Art. 228. Induzir ou atrair alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilitá-la, impedir ou dificultar que alguém a abandone: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 1º Se o agente é ascendente, padrasto, madrastra, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 2º - Se o crime, é cometido com emprego de violência, grave ameaça ou fraude:

Pena - reclusão, de quatro a dez anos, além da pena correspondente à violência.

§ 3º - Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa.

dispositivo deveria também ser eliminado, evitando-se o tráfico de pessoas por meio de outro tipo penal.

A manutenção de estabelecimento em que ocorra a prática de exploração sexual (art. 229⁵³) abrange, por sua vez, os locais em que funcionem verdadeiros bordéis, as cooperativas de trabalhadoras do sexo e estabelecimentos de fachada, tais como casas de massagem. A inefetividade da norma é gritante: a expressão “exploração sexual” é altamente discutida na doutrina. Deveria refletir, para Nucci, apenas os casos de fraude, violência e ameaça, para fins de aplicação legal de qualquer norma punitiva. Do mesmo modo, como considerar a prostituição como uma exploração sexual, se há um trabalho voluntário, que não é ilícito civil ou administrativo, reconhecido, inclusive, como ocupação pelo MTE? A aplicação desse dispositivo somente reproduz a velha máxima do princípio da seletividade: punem-se as casas mais pobres, de menor influência econômica e social, continuando a existir diversas casas de massagem, bares, saunas, motéis que vivem à margem da prostituição. Para o penalista, o dispositivo encerra ainda uma ferida à legalidade e ao princípio da intervenção mínima, eis que se tornou inaplicável na prática.

O crime do art. 230 do CP⁵⁴, o rufianismo, possui diversos nomes: proxenetismo e cafetagem são exemplos. Nucci brilhantemente expõe o seguinte raciocínio: quem explora uma atividade lícita, tal como a prostituição, por questões lógicas, não deveria ser punido. O tipo penal é praticamente uma ficção: qualquer pessoa que da prostituta dependa, seja pai, mãe, filho, poderia ser punido, pois se faz sustentar por ela. Mais uma vez, o suposto bem jurídico tutelado, qual seja a dignidade da pessoa humana, não passa de uma sombra. Por evidente, porém, a figura do §2º, daquele que tira proveito econômico da prostituta se valendo de ameaça, violência ou fraude, deveria permanecer, a fim de proteger a trabalhadora do sexo.

⁵³ Casa de prostituição

Art. 229. Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de dois a cinco anos, e multa.

⁵⁴ Rufianismo

Art. 230 - Tirar proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º Se a vítima é menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos ou se o crime é cometido por ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou por quem assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 2º Se o crime é cometido mediante violência, grave ameaça, fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vontade da vítima: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, sem prejuízo da pena correspondente à violência. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Segundo a falecida Gabriela Leite, a figura do cafetão não tem quase nenhuma função prática. Embora exista o gigolô, que realmente vive do dinheiro da prostituta em troca de “proteção”, é possível concluir em sua narrativa autobiográfica que esta não é a regra. Em verdade, as prostitutas, em seu trabalho, se deparam com diversas “empresárias da prostituição”, donas de casas voltadas à atividade, prontas a receber e empregar as trabalhadoras do sexo.

De acordo com a ex-prostituta, o Código Penal Brasileiro é muito antigo e seus artigos foram feitos para proteger as prostitutas, o que não ocorreu. Em verdade, nas palavras de Gabriela, “*a prostituta acabou no meio da total marginalidade porque aqueles que a cercam são considerados criminosos e, de alguma forma, transferem essa condição a ela*”⁵⁵.

O art. 231 do CP⁵⁶ trata, por sua vez, do tráfico internacional de pessoas para fim de exploração sexual. Novamente, ressalta-se aqui o fracasso da expressão “exploração sexual”, que deixa à mercê do intérprete seu conteúdo. Ademais, se a prostituição é atividade lícita, por que não seria a atividade de ajudá-la a ingressar em outro território para trabalhar como tal?

Neste tocante, Nucci destaca a existência do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transacional de 2004, que visa a punir, prevenir e reprimir o tráfico de pessoas, em especial mulheres e crianças, cuja finalidade é claríssima: evitar a exploração e o crime organizado sobre a verdadeira vítima, que é traficada para a prostituição forçada, escravatura e até para remoção de órgãos. Se deve existir algum tipo

⁵⁵ LEITE, Gabriela. **Filha, mãe, avó e puta: a história de uma mulher que decidiu ser prostituta**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p.61.

⁵⁶ **Tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual** (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Art. 231. Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 2º A pena é aumentada da metade se: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

I - a vítima é menor de 18 (dezoito) anos; (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

II - a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato; (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

III - se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

IV - há emprego de violência, grave ameaça ou fraude. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 3º Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

penal a respeito, deve se circunscrever, obviamente, a tais questões que são, verdadeiramente, criminosas.

No art. 231-A do CP⁵⁷, temos a última figura sobre a questão: o crime de tráfico interno de pessoas para fim de exploração sexual. Nos moldes do artigo anterior, deve-se alterar o texto do dispositivo, para punir as condutas verdadeiramente criminosas, ou seja, aquelas que visam ao abuso e violência contra o trabalhador do sexo.

O que se conclui do estudo deste penalista parece óbvio: o uso de violência, ameaça e fraude devem sempre ser observados para fins de qualificação da “exploração sexual”, o que afasta a prostituição da criminalização dos diversos tipos elencados acima. Nesse sentido, em não havendo ameaça, violência e fraude, estamos diante da prostituição em seu sentido lícito, inapto a ensejar qualquer tipo de crime: seja em face do proxenetismo, seja em face da manutenção de bordéis, o que se defende no presente trabalho.

A mera alteração na interpretação dos dispositivos do Código Penal Brasileiro bastaria para evitar situações esdrúxulas e incompatíveis com a realidade em que vivemos, abrindo as portas para a verdadeira licitude da atividade. Cumpre destacar, porém, que a situação do Judiciário ainda parece tão obsoleta quanto os artigos do Código Penal. Em 2014, O Tribunal de Justiça de São Paulo absolveu um fazendeiro do crime de estupro de vulnerável, pois este havia mantido relações sexuais com meninas de 14 e 13 anos que se prostituíam⁵⁸. A decisão parece assustar: não só não evita o estupro de menores, como também estimula a existência da prostituição infantil, caso em que, obviamente, a prática deve ser combatida.

⁵⁷ **Tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual** (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Art. 231-A. Promover ou facilitar o deslocamento de alguém dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar, vender ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 2º A pena é aumentada da metade se: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

I - a vítima é menor de 18 (dezoito) anos; (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

II - a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato; (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

III - se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

IV - há emprego de violência, grave ameaça ou fraude. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 3º Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

⁵⁸ SIQUEIRA, Chico. **TJ considera adolescente prostituta e absolve fazendeiro**. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,tj-considera-adolescente-prostituta-e-absolve-fazendeiro,1523095>>. Acesso em: 5 jul. 2014.

No mais, apesar do descompasso com a tolerância e cenário empíricos, a jurisprudência é uníssona no sentido da aplicação dos dispositivos que criminalizam a prostituição:

ADMINISTRATIVO. LICENÇA OU AUTORIZAÇÃO. DESVIO DE FINALIDADE. CASA DE PROSTITUIÇÃO. ILEGALIDADE. ANULAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO. ART. 166 DO CÓDIGO CIVIL. 1. Cuidam os autos de Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul com o fito de cassar Alvará para funcionamento de "discotecas, danceterias e similares" concedido pelo Município de Casca, ao fundamento de que o local, em verdade, é casa de prostituição e promove exploração sexual de menores. 2. A despeito de reconhecer a legitimidade ativa ad causam e o interesse processual do Ministério Público, o Tribunal de origem manteve a sentença, argumentando, em síntese, que a prostituição constitui prática tolerada pela sociedade, que descriminaliza a conduta tipificada no art. 229 do Código Penal. 3. A instância ordinária admite que a atividade desenvolvida pelo réu Dalci Paniz, com a complacência do Município de Casca, **consiste em manter estabelecimento destinado à exploração sexual. Fato incontroverso.** 4. A ilegalidade desponta, de plano, pelo evidenciado desvio de finalidade do ato administrativo questionado judicialmente, tendo em vista que o estabelecimento opera com respaldo em alvará concedido para fins de funcionamento de discotecas e danceterias. 5. Não bastasse esse vício, o entendimento do julgador ordinário, de que as casas de prostituição são toleradas pela sociedade, não se presta a respaldar a licença urbanística (ou qualquer outra), pois é inadmissível como válido um ato administrativo cujo objeto seja ilícito. 6. Seja por ilicitude do seu objeto, seja por não se revestir da forma, modo ou solenidade prescritos na legislação, sofre de nulidade absoluta e insanável - defeito de natureza permanente, a se renovar a cada momento, dia a dia, que, por isso mesmo, não convalesce pelo decurso do tempo - a autorização ou licença para ação, obra ou atividade que se choca com a legislação vigente. Nesses casos, incumbe ao Poder Judiciário, além de declarar a invalidade do ato administrativo, ordenar a apuração de responsabilidade disciplinar, civil (improbidade) e penal pela emissão do ato, sem prejuízo do dever, a cargo do particular e do servidor desidioso, de reparar eventuais danos patrimoniais e morais, individuais ou coletivos, dele decorrentes. 7. **A tolerância social com a manutenção de estabelecimento destinado à prostituição não afasta a configuração do crime previsto no art. 229 do CP.** Precedentes do STJ. 8. Recurso Especial provido. (STJ; REsp 931.368; Proc. 2007/0048136-3; RS; Segunda Turma; Rel. Min. Herman Benjamin; Julg. 20/08/2009; DJE 04/05/2011) *(negritou-se)*

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. FAVORECIMENTO DA PROSTITUIÇÃO E CASA DE PROSTITUIÇÃO. MATERIALIDADE COMPROVADA. HABITUALIDADE. AUTORIA INCONTESTE. DEPOIMENTOS. VÍTIMA. TESTEMUNHAS. ERRO DE PROIBIÇÃO NÃO CARACTERIZADO. RECURSO DESPROVIDO. O crime do artigo 228 do C. Penal consuma-se quando o agente produz na vítima o efeito por ele pretendido, ou seja levar a vítima a pratica da prostituição ou impedi-la de abandonar a pratica, reconhecendo-se a pratica do ilícito mesmo que se trate de mulher já prostituida. O comércio carnal é uma fatalidade da vida em sociedade, conhecida desde tempos imemoriais; contudo, apesar de não reprimi-lo, o legislador se empenha em punir aqueles que concorrem para o seu exercício, como mediadores, fomentadores ou auxiliares do meretrício. **Mesmo aquele que administra ou gerencia o estabelecimento responde pelo ilícito do art. 229 do CP, quando contabiliza os lucros da atividade.** (TJSC; ACr 2008.052554-4; Ibirama; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. Solon D'Eça Neves; DJSC 30/01/2009; Pág. 326) *(negritou-se)*

APELAÇÃO CRIMINAL. CASA DE PROSTITUIÇÃO (ART. 229, CP). AUTORIA E MATERIALIDADE SOBEJAMENTE COMPROVADAS. Pleito de absolvição por erro de proibição e por tolerância social- impossibilidade. Norma

vigente e não derogada. Acusado ciente da prática delitativa. Dosimetria irretorquível. Manutenção da condenação nos termos da sentença de piso. É sabido que eventual tolerância e repressão deficiente, por óbvio, não revogam a Lei, continuando a norma existente e válida, devendo a mesma ser aplicada para não fomentar a insegurança jurídica. **Veja-se, assim, que a suscitada tolerância pela sociedade bem como ao alegado desconhecimento do ilícito em razão disso, não gera a atipicidade da conduta perpetrada pelo apelante.** Apelação conhecida e improvida à unanimidade (TJSE; ACr 2012313066; Ac. 12238/2012; Câmara Criminal; Relª Desª Geni Silveira Schuster; DJSE 23/08/2012; Pág. 49) (*negritou-se*)

APELAÇÃO CRIMINAL. CASA DE PROSTITUIÇÃO. ALEGAÇÃO DE QUE: 1) NÃO SE TRATA DE UMA CASA DE PROSTITUIÇÃO, E SIM DE UM BAR. 2) QUE A CONDOTA É ATÍPICA POR FALTAR A HABITUALIDADE E POR HAVER A ACEITAÇÃO SOCIAL. 3) ALTERNATIVAMENTE REQUEREM A REDUÇÃO DA PENA PECUNIÁRIA, ALEGANDO QUE VENDEM ROUPAS A PESSOAS DE BAIXA RENDA E A IMPOSSIBILIDADE DA LIMITAÇÃO DE FINAL DE SEMANA, UMA VEZ QUE TRABALHAM TODOS OS DIAS DA SEMANA, INCLUSIVE FERIADOS. RECURSO IMPROVIDO. O fato de a casa de prostituição funcionar acobertada pela fachada de um bar não retira o caráter ilícito da conduta. **Não há falar em falta de habitualidade ou aceitação social de casas de prostituição,** se ficou provado que os recorrentes já mantinham, há mais de 01 ano, duas casas destinadas à prostituição, e que a indiferença social não é excludente da ilicitude ou mesmo da culpabilidade. Não prospera o pedido de redução da pena pecuniária, se o magistrado sentenciante deixou à escolha dos recorrentes pagar o valor arbitrado, ou prestar serviços à comunidade. É importante consignar que as provas nos autos demonstram que os recorrentes possuem um bar com padrão suficiente para pagar o valor estipulado, se assim escolherem. Não há provas nos autos de que os apelantes trabalham todos os dias, inclusive em finais de semana e feriado, e não possam cumprir a limitação de final de semana, tanto porque declararam a todo momento nos autos que são comerciantes proprietários de um bar. (Procurador de Justiça - Exmo. Sr. Dr. Edgar Roberto Lemos de Miranda) (TJMS; ACr-Recl 2010.010871-6/0000-00; Fátima do Sul; Primeira Turma Criminal; Relª Desª Marilza Lúcia Fortes; DJEMS 21/07/2010; Pág. 28) (*negritou-se*)

FAVORECIMENTO À PROSTITUIÇÃO. ILICITUDE DA CONDOTA. TÍPIFICAÇÃO. **Ao pretender o reconhecimento de vínculo empregatício com casa de serviços sexuais,** na qual exercia função de Gerente, pela via desta Especializada, pretende a parte reclamante o acobertamento de suas atividades, com o afastamento da **ilicitude cometida,** esquecendo-se, entretanto, que para todo direito há uma obrigação correspondente. (TRT 2ª R.; RO 0000100-41.2011.5.02.0081; Ac. 2012/0886205; Décima Sétima Turma; Rel. Des. Fed. Álvaro Alves Nôga; DJESP 10/08/2012) (*negritou-se*)

Percebe-se, assim, que a aplicação dos tipos penais que envolvem exploração sexual e o conceito de prostituição estão em descompasso com a aplicação do princípio de intervenção mínima do Direito Penal. Em verdade, os tribunais aplicam dispositivos ultrapassados, que ignoram a licitude de atividade de prostituição individual, criminalizando suas atividades correlatas e desprotegendo a profissional. A tolerância social, por sua vez, segundo as ementas, não constitui meio de revogação da norma. Por óbvio, nem poderia. Somente uma nova norma pode revogar a anterior, motivo pelo qual uma reforma no Código Penal se faz urgente e, neste caso, deve ser adotada imediatamente uma interpretação restritiva dos dispositivos nele elencados.

5.2. Aspectos Constitucionais do Direito Brasileiro

Do ponto de vista constitucional, entende-se, pois, que tais normas são ilegítimas e, mais ainda, são incompatíveis com a própria constituição. Ora, se o art. 5º, XIII, CRFB prevê o livre exercício profissional, observando-se as normas regulamentadoras, e o próprio MTE reconhece a prostituição como profissão, não há que se falar em criminalização de uma relação de emprego que a envolva. Além disso, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, reconhecer a prostituta como trabalhadora é conceder a ela o status de pessoa, digna de seu papel social e de realizar suas próprias escolhas. Nesse sentido, Cláudio Roberto Siqueira Castro entende que a dignidade da pessoa humana figura, axiologicamente, ou seja, do ponto de vista valorativo, em posição superior à legislação infraconstitucional, devendo esta ser aplicada sempre em observância ao aludido princípio:

“(...) Essa hierarquia juspositiva por certo faz resultar consequências extremas e inexoráveis, uma vez que irradia para o plano da legalidade infraconstitucional um padrão de interpretação e de execução normativa, que é de observância compulsória, e que deve ser consentâneo com a máxima efetividade da cláusula supralegal de dignificação do homem. Há de ocorrer, de conseguinte, a constitucionalização de todas as regras de direito que intercedam com as condições existenciais reputadas indispensáveis a uma vida digna.”⁵⁹

Sendo assim, primeiramente, face à inércia e à falta de interesse do Legislativo, a constitucionalidade dos dispositivos penais mencionados no subcapítulo anterior deve ser reduzida: sua interpretação deve se condicionar a parâmetros, tais como: (i) o reconhecimento da prostituição como atividade econômica lícita; (ii) a existência de ameaça, fraude ou violência como requisitos fundamentais para caracterizar a “exploração sexual”; e (iii) a dignidade da pessoa humana como expressão da autonomia humana, no sentido de reconhecer em cada indivíduo um ser capaz de realizar suas próprias escolhas.

Deste modo, reconhecida a prostituição como atividade lícita e, portanto, o objeto do contrato de trabalho da prostituta como lícito, não há qualquer óbice para o reconhecimento de seus direitos. Relembra-se aqui a decisão colombiana: não há qualquer dispositivo na Constituição que justifique o tratamento diferenciado da prostituta. O estigma social somente se justifica do ponto de vista moral e não pode se confrontar à autonomia da profissional. Os

⁵⁹ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. “Dignidade da pessoa humana: o princípio dos princípios constitucionais”. In: **Direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres/ SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.160.

dispositivos que criminalizam o rufianismo e a manutenção de casas de prostituição somente impedem o reconhecimento de verdadeiras relações de emprego e, portanto, de direitos. Não parece justo que o ordenamento jurídico, consagrando princípios como a não-discriminação, a igualdade, a liberdade do indivíduo, justifique uma restrição de direitos às trabalhadoras do sexo.

Mais do que isso: não se deve justificar a inexistência de regulamentação e a invisibilidade das prostitutas perante o Direito pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Considerando a prostituta como um sujeito de direitos, capaz de realizar suas próprias escolhas, não há que se falar em dignidade como sinônimo de moralidade, mas sim de autonomia.

Há quem justifique o emprego da dignidade da pessoa humana no sentido de tolher escolhas desesperadas, como vimos no capítulo sobre “Aspectos filosóficos”. Contudo, há de se entender, em primeiro plano, que escolhas desesperadas, em um contexto de abismo socioeconômico, acontecem todos os dias e se manifestam nas mais diversas opções profissionais. O que justifica uma pessoa preferir uma profissão a outra deve estar relacionado a suas concepções morais internas, o que não pode ser ditado por um Estado que se pretende democrático. Ademais, se as escolhas não são realizadas de forma plena em contextos de pobreza, não que há se tolher a escolha para resolver o problema, mas sim promover medidas de distribuição de renda que desenvolvam a liberdade plena que tanto se almeja. Nesse sentido, devemos lembrar também que a dignidade da pessoa humana pode e é usada, muitas vezes, em sentidos contrários: basta lembrar a discussão sobre células embrionárias e sobre o aborto de feto anencefálico: a pesquisa, supostamente, violava a dignidade do embrião e, por outro lado, violava a dignidade de quem dela dependia para ser salvo; no caso do aborto, a proibição violava a dignidade da mulher, enquanto a sua legalização violava a dignidade do feto.⁶⁰

Em sendo um conceito plástico, além das quatro dimensões já citadas neste trabalho (a não instrumentalização da pessoa; o reconhecimento do direito a uma autonomia existencial ou moral; a garantia de um mínimo existencial; e a integridade psicofísica), podemos mencionar uma quinta dimensão: o direito ao reconhecimento. Trata-se do direito a que as identidades das pessoas sejam valorizadas ou, ao menos, não estigmatizadas⁶¹. Se o Judiciário, como instituição, nega às prostitutas direitos trabalhistas, ignorando a existência de

⁶⁰ Daniel Sarmiento em aulas ministradas na Faculdade de Direito do Estado do Rio de Janeiro, em 20.9.2010, 18.10.2010 e 30.10.2010.

⁶¹ Ibid.

relações de trabalho ou de cooperativas, como pode pretender sustentar a dignidade da pessoa humana em suas decisões?

Caem em evidente contradição os intérpretes da norma constitucional. Ao passo que utilizam em seu exercício de hermenêutica princípios como a igualdade, a não-discriminação, a dignidade da pessoa humana, garantindo o direito fundamental à liberdade profissional, negam por completo a existência de relações verdadeiramente jurídicas, que deveriam ser objeto de análise e estudo pelo Direito.

Entende-se, pois, que o estabelecimento do vínculo empregatício, legalmente reconhecido nos âmbitos penal e trabalhista, implicaria uma maior proteção do profissional e, portanto, seu direito ao livre exercício, garantido constitucionalmente. Nesse sentido, entendeu a Corte Suprema Colombiana, na análise do caso *Lais vs. Pandemo*, já mencionado anteriormente.

5.3. Aspectos Trabalhistas no Direito Brasileiro

No Direito Trabalhista, a contradição se faz ainda maior. Isso porque, em que pese seja reconhecida pelo próprio MTE, a jurisprudência e a doutrina não só identificam na profissão um objeto ilícito, como também não admitem o estabelecimento de um vínculo de emprego.

Destacam-se, nesse sentido, os seguintes julgados:

ATIVIDADE ILÍCITA. CONTRATO NULO. EFEITOS. Ao contrário da teoria civilista, em que a declaração de nulidade contratual tem efeitos ex tunc (retroativos), o direito do trabalho tem como regra garantir que a nulidade contratual tenha seus efeitos somente a partir da sua declaração (não retroativos). Casos há, porém, em que essa regra deve ser deixada de lado, tendo em vista o vício que inquinou o contrato - A exemplo dos **contratos para a consecução de atividade ilícita** -, passando a nulidade a concorrer para o seu desfazimento, com **efeitos retroativos**, desde a celebração, exatamente o que ocorreu na hipótese, em que o reclamante mourejava recebendo valores de frequentadores de ponto de exploração da prostituição alheia, constituindo tipo penal disciplinado pelos arts. 229 e 230 do Código Penal. Restam repelidos, assim, todos os pedidos perseguidos na exordial, vez que, **em sendo ilícito o objeto, nulo é o contrato de trabalho**. (TRT 23ª R.; RO01344.2008.021.23.00-7; Primeira Turma; Rel. Des. Roberto Benatar; DEJTMT 03/09/2009; Pág. 27) (*negritou-se*)

VÍNCULO DE EMPREGO. ADMINISTRADOR DE PROSTÍBULO. **Não há vínculo de emprego** entre a casa que explora a prostituição e o reclamante que desenvolvia atividades diretamente relacionadas ao próprio objeto ilícito da exploração da prostituição. (TRT 12ª R.; RO 0003649-39.2012.5.12.0051; Primeira Câmara; Rel. Juiz Jorge Luiz Volpato; DOESC 20/06/2013) (*negritou-se*)

CONTRATO DE TRABALHO. OBJETO ILÍCITO. NULIDADE. A atividade da recorrente, relacionada à exploração da prostituição, por se tratar de atividade ilícita,

torna nula a contratação e **inexistente a relação de emprego, não permitindo o pagamento de verbas próprias do contrato de trabalho**, consoante orientação da oj 199 da sbdi-I do TST, aqui aplicada por analogia. (TRT 3ª R.; RO 2269-02.2011.5.03.0007; Rel. Juiz Conv. Hélder Vasconcelos Guimarães; DJEMG 01/10/2012; Pág. 219) (*negritou-se*)

IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. OBJETO ILÍCITO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA OJ Nº 199 DA SDI-1 DO C. TST. De acordo com o artigo 104, inciso II, do Código Civil, a validade do negócio jurídico requer objeto lícito, possível, determinado ou determinável. O artigo 166, inciso II, do mesmo diploma legal determina que é nulo o negócio jurídico quando for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto. Neste sentido, não se pode conferir validade a um contrato que tem origem em objeto ilícito, como no caso em análise. A situação fática que exsurge dos autos indica possível enquadramento em crimes tipificados no Código Penal (arts. 228 a 230). Configura-se, assim, a **impossibilidade jurídica do pedido**, o que acarreta a extinção do feito sem julgamento do mérito (art. 267, VI, do CPC), eis que a **atividade do empregador e o objeto do suposto contrato existente entre as partes são ilícitos** (atividade relacionada à prostituição). Aplicação analógica do entendimento consubstanciado na oj nº 199 da SDI-1 do c. TST. (TRT 9ª R.; Proc. 01055-2012-411-09-00-6; Ac. 57808-2012; Quarta Turma; Rel. Des. Luiz Celso Napp; DJPR 10/12/2012) (*negritou-se*)

COLABORAÇÃO COM PROSTITUIÇÃO. VÍNCULO EMPREGATÍCIO NÃO RECONHECIDO. A situação retratada pela demandante em seu depoimento pessoal é inequívoca quanto à natureza da atividade explorada pela Ré, qual seja, a prostituição, para a qual concorria como "gerente" ou "promoter". A reclamante, em seus misteres, colaborava diretamente com a exploração da prostituição, trazendo e levando "promotoras" (eufemismo usado para referir-se às prostitutas, como declarou às fls. 97) e inclusive recebendo comissão pelo comércio do sexo. Portanto, embora tenha havido trabalho, pessoalidade, onerosidade e subordinação, o objeto econômico perseguido pela reclamada e para o qual a demandante prestava o seu concurso como "gerente", por se destinar entre outros, à exploração da prostituição, não comporta o revestimento contratual e legal, vez que incide na tipificação penal disposta no artigo 228 do Código Penal. Assim, resta afastada a possibilidade da tutela pretendida pela recorrente, **eis que nosso ordenamento jurídico, consoante o disposto no artigo 104 do Código Civil, estabelece como condição de validade que o objeto do contrato seja lícito.** " (...) Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I. Agente capaz; II. Objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III. Forma prescrita ou não defesa em Lei. (...)". Recurso ao qual se nega provimento. (TRT 2ª R.; AI 0000398-07.2011.5.02.0316; Ac. 2012/0880703; Quarta Turma; Rel. Des. Fed. Ricardo Artur Costa e Trigueiros; DJESP 17/08/2012) (*negritou-se*)

A identificação como trabalho ilícito se deve ao fato de o Direito do Trabalho ter um caráter eminentemente protetivo. Isso porque, segundo a doutrina trabalhista, são vedadas as atividades que constituam trabalho proibido ou trabalho ilícito. Para Godinho, o primeiro engloba as atividades que são irregulares, ou seja, que “*se realizam em desrespeito a norma imperativa vedatória do labor em certas circunstâncias ou envolvente de certos tipos de empregado*”. Embora possa ser ilícita, como no caso de exercício irregular da Medicina, tal ilicitude não se faz necessária para configuração do trabalho proibido. Já o trabalho ilícito seria aquele que “*compõe um tipo penal ou concorre diretamente para ele*”⁶².

⁶² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2008, p. 503.

Para Vólia Bonfim, enquanto no trabalho proibido não há qualquer ilicitude na atividade prestada, pois o trabalho não contraria a ordem pública, a moral ou os bons costumes, o trabalho ilícito tem como objeto atividade ilícita, criminosa ou contrária aos bons costumes, sendo nulo de pleno direito⁶³.

O resultado prático de tal distinção está no fato de que, em que pese as casas de prostituição empreguem, ilicitamente, profissionais do sexo, o Judiciário, a estes não reconhece direitos trabalhistas e as verbas deles decorrentes; em contrapartida, aos seus funcionários, cujas atividades não representam trabalho ilícito, são devidas as verbas trabalhistas, sob a justificativa de se defender o valor social do trabalho, constitucionalmente previsto no art. 1º da CRFB, e evitar o enriquecimento indevido. Nesse sentido, seguem os seguintes julgados:

VÍNCULO EMPREGATÍCIO. RECONHECIMENTO. A ilicitude da atividade de prostituição desenvolvida no bar da reclamada **não deve ser óbice ao reconhecimento do vínculo empregatício da laborista que atuava como caixa do estabelecimento**, na cobrança dos produtos lícitos ali vendidos, quando revelados os elementos fático-jurídicos da relação de emprego, em tal função, **sob pena de se favorecer o enriquecimento ilícito da ré e negar-se o valor social do trabalho** (inc. IV, art. 1º, CR/88) lícitamente desenvolvido pela obreira. (TRT 3ª R.; RO 01344-2006-103-03-00-0; Oitava Turma; Relª Juíza Conv. Adriana Goulart de Sena; Julg. 01/08/2007; DJMG 18/08/2007) (*negritou-se*)

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 nondebet". 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.; RO 1125/00; Quinta Turma; Relª Juíza Rosemary de Oliveira Pires; DJMG 18/11/2000; pág. 23) (*negritou-se*)

CONTRATO DE TRABALHO. COPEIRA EM DANCETERIA. Comprovado o desempenho da função de **copeira em casa noturna** que explora a prostituição, é **reconhecido o vínculo de emprego** entre as partes, cabendo o retorno dos autos à origem para julgamento dos demais pedidos formulados na inicial. (TRT 4ª R.; RO 01279.371/97-8; Primeira Turma; Relª Juíza Maria Helena Mallmann; Julg. 06/07/2000; DOERS 14/08/2000) (*negritou-se*)

⁶³ CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, pp. 589 e 579.

VÍNCULO DE EMPREGO. ADMINISTRADOR DE PROSTÍBULO. Não há vínculo de emprego entre a casa que explora a prostituição e o reclamante que desenvolvia atividades diretamente relacionadas ao próprio objeto ilícito da exploração da prostituição. (TRT 12ª R.; RO 0003649-39.2012.5.12.0051; Primeira Câmara; Rel. Juiz Jorge Luiz Volpato; DOESC 20/06/2013) (*negritou-se*)

Ora, se os funcionários que compactuam com a atividade supostamente ilícita têm garantidos seus direitos trabalhistas, do mesmo modo deveriam ser protegidas as profissionais do sexo, para valorização do seu trabalho e para não configuração do enriquecimento ilícito do empregador. Afinal de contas, para que serve o princípio da proteção, tão em voga no Direito do Trabalho, se não protege, de fato, aquele que trabalha?

Entretanto, em que pese reconheça a prostituição como profissão, a jurisprudência parece se contradizer ao afirmar que não há licitude no objeto do trabalho. Nesse sentido, o impedimento à configuração do vínculo de emprego constitui contrassenso na ordem jurídica, desprotegendo um profissional que é reconhecido como tal.

Há ainda que se destacar que existe corrente doutrinária que rejeita a qualquer trabalhador que tenha ciência da finalidade ilícita do estabelecimento o reconhecimento de seus direitos trabalhistas, o que se repugna por completo⁶⁴.

Retomando a decisão da Corte Suprema Colombiana, podemos trabalhar alguns aspectos. Em primeiro lugar, em face do princípio da primazia da realidade, é evidente que o contrato de trabalho existente entre uma prostituta e um estabelecimento deveria ser reconhecido. Isso porque a prostituição constitui atividade lícita, reconhecida pelo Ministério do Trabalho e Emprego como tal. Não há que se falar em ilicitude do objeto do contrato, como afirmam os doutrinadores, sob pena de descaracterizar o próprio sentido de ilicitude. O próprio MTE afirma que as atividades do profissional do sexo serão exercidas conforme “*normas e procedimentos que minimizam a vulnerabilidade da profissão*”, o que, simplesmente, não existe.

Por mais, vimos que o tipo penal sobre a manutenção de estabelecimento em que ocorra a prática de exploração sexual deve ser interpretado restritivamente: a exploração sexual deve ser considerada apenas aquela em que se apresenta ameaça, violência ou fraude. Há de se lembrar que contra menores, a violência é presumida e a capacidade para celebração do contrato é viciada.

⁶⁴ SANTOS, Bruno Pereira. **As várias faces da prostituição: análise sob a ótica do Direito**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20545/as-varias-faces-da-prostituicao>>. Acesso em: 25 mai. 2014.

Isto posto, as cooperativas de prostitutas, maiores de idade e de consentimento livre, também devem ser reconhecidas: em não constituindo sociedade de objeto ilícito, tampouco se enquadrando no tipo penal do artigo 229, devem ser abrangidas pelo Direito do Trabalho.

Discorda-se, porém, no presente trabalho, da decisão colombiana, no tocante à precariedade dos direitos trabalhistas dos profissionais do sexo e à consequente improcedência do pedido de reintegração da autora. Em primeiro porque considera que o Estado não pode incentivar a prática da prostituição, em virtude de sua degradação moral: a posição da Corte parte de um juízo de valor que se rejeita, por negar o reconhecimento de que cada indivíduo pode estabelecer sua própria moral autônoma, como dimensão da dignidade da pessoa humana. Em segundo, porque estabelece que há direitos que devem ficar fora do rol das garantias trabalhistas asseguradas aos trabalhadores do sexo – ora, não cabe ao Judiciário o papel de decidir o rol de direitos que se deve assegurar ou não, mas sim ao Legislativo. Em sua falta, deve-se presumir que, reconhecendo-se a relação de emprego, dela decorrem todos os direitos básicos assegurados às demais profissões sem lei própria de regulamentação. Por mais, erra a Corte Colombiana ao negar o direito à reintegração, decorrente da estabilidade da gestante, pois olvida que este protege, em primeira instância, o direito da criança. Neste caso, por simples ponderação de interesses, há de se perceber que o direito da criança e, portanto, a estabilidade da gestante devem se sobrepor, por adequação, necessidade e proporcionalidade, à intenção de desestimular a prostituição.

Sendo assim, conclui-se que o Direito do Trabalho Brasileiro está em total contradição: ao passo que, em ato administrativo, o MTE reconhece a profissional do sexo, a doutrina e a jurisprudência ainda entendem o objeto do contrato de trabalho como ilícito, negando-lhe seus direitos. É mister que a interpretação sobre a ilicitude do objeto mude: a prostituição é atividade lícita e, como tal, pode ser objeto de contrato de prestação de serviços. Além disso, há de se reconhecer a possibilidade de estabelecimento de vínculo de emprego e da formação de sociedades, pois a exploração sexual inexistente num cenário de consentimento livre entre a prostituta e o estabelecimento.

Ainda que assim não entendam os doutrinadores e julgadores, há de se alterar o resultado das decisões ilustradas acima, por questão de justiça. Para isso, basta usar o exemplo colombiano: a aplicação de efeitos *ex nunc* à declaração de ineficácia do contrato que tem objeto ilícito resulta no pagamento de salários e benefícios trabalhistas devidos a prostitutas, como trabalhadoras que são. O conhecimento sobre a ilicitude do objeto, neste caso, não afastaria o pagamento, que se faz para evitar o enriquecimento ilícito e prestigiar a boa-fé contratual vigente entre prostituta e o estabelecimento.

Por outro lado, o ideal é, por óbvio, a regulamentação. Na Holanda, por exemplo, o empresário deve firmar acordo de trabalho escrito, garantir a segurança dos serviços, disponibilizar ouvidorias para prestação de queixas contra a administração dos negócios. Na Alemanha, a cobertura social ganhou destaque, facilitando que os trabalhadores do sexo tenham sua atividade legalmente assegurada, seja com o trabalho prestado a outrem, seja de maneira autônoma ou independente. Igualmente, se reconhecem limites à subordinação patronal, dadas as características do serviço que se presta, primando pela vontade de quem desenvolve diretamente o trabalho. O poder diretivo do empregador engloba exigências como tempo e local de trabalho. As profissionais têm direito a prestações sociais, assistência médica na saúde pública, seguro desemprego e aposentadoria. Na Nova Zelândia, desde 2003, existem medidas dirigidas àqueles que querem exercer a prostituição, assim como àqueles que se beneficiam do negócio, todos devendo cumprir regras de saúde, seguridade e ordem pública. São reconhecidos direitos aos trabalhadores do sexo relacionados a suas liberdades e também acesso a benefícios próprios de quem emprega sua força de trabalho. O funcionamento de estabelecimentos requer licença, salvo quando constituem microempresas. Um comitê nacional foi formado para rever as leis e políticas públicas ligadas à prostituição e para redigir um relatório direcionado ao Parlamento, cujo objetivo é a adoção das medidas mais adequadas para proteger os interesses particulares e públicos envolvidos⁶⁵.

5.4. Uma proposta de viabilização

No que tange, portanto, à regulamentação e à profissionalização da(o) prostituta/prostituto, podemos traçar algumas medidas fundamentais a serem tomadas.

Em primeiro lugar, destacamos que o profissional do sexo já pode, hoje, trabalhar como autônomo. O autônomo é o trabalhador, não empregado, que não possui vínculo de subordinação com qualquer estabelecimento. Apresenta, porém, outras características do contrato de emprego, tais como pessoalidade, onerosidade, habitualidade e o fato de ser realizado por pessoa física. Como autônomo, o profissional já pode também realizar suas contribuições para a Previdência Social, como contribuinte individual.

⁶⁵ Suprema Corte de Justicia de La Nación. **Sentencia T-629/10**. Disponível em: <http://www.equidad.scjn.gob.mx/IMG/pdf/Lais_vs_Pandemo.pdf>. Acesso em: 22 set. 2013.

Destaca-se ainda que, ausente ou não o vínculo de subordinação, o trabalhador do sexo pode anunciar seus serviços por meio de sites e jornais, além de criar espaços fechados para seu trabalho. Contudo, não pode se associar em cooperativas, tampouco em sindicatos.

Isso porque a criminalização da exploração sexual, descrita como tipo penal em diversos crimes, impede a existência de um estabelecimento voltado para este fim, além de configurar um ilícito de forma explícita no artigo 229 do Código Penal. Em verdade, toda a regulamentação passa pela descriminalização, em primeiro plano, porque urge na jurisprudência e na doutrina uma superação do conceito de exploração sexual como sinônimo de prostituição individual, aquela livre de consentimento e praticada, sempre, por maiores capazes.

Do mesmo modo, a prostituição individual deve poder constituir autêntico vínculo de emprego, em existindo subordinação jurídica. Deste modo, lembramos que o conceito de subordinação é amplamente discutido na doutrina trabalhista. Ao passo que, para Godinho, temos subordinação em uma dimensão estrutural, a partir da inserção do profissional na estrutura dinâmica da empresa, para Alice Monteiro de Barros temos subordinação quando há a possibilidade de o empregador intervir na atividade do empregado. Esta seria a dimensão clássica ou tradicional do conceito de subordinação jurídica. Por fim, para Maurício Godinho Delgado, temos também uma dimensão objetiva da subordinação: seria a integração do trabalhador nos fins e objetivos da empresa⁶⁶.

O vínculo de subordinação da prostituta, neste caso, deve ser analisado sob a perspectiva da atividade que ela exerce. A subordinação, em qualquer conceito que se adote, será visualizada na obediência de horários, no uso de uniformes e de equipamentos de segurança individual, tal como um preservativo, por exemplo. Por outro lado, a subordinação, neste caso, deve respeitar, necessariamente, o domínio de seu corpo. Isso implica dizer que a profissional deve ter o direito de recusar clientes e exercer sua liberdade sexual de forma plena, negando determinados tipos de prestação sexual quando não lhe interessar fazê-lo. Esclareça-se que tal característica se faz presente em qualquer trabalho que envolva em seu objeto o corpo do profissional: um atleta pode se recusar a jogar uma partida, uma massagista pode negar um cliente, um ator pornô pode não querer filmar determinado filme. Enfim, sob tal ótica, o poder diretivo do empregador encontra limite na liberdade sexual do profissional, o que não impede, de modo algum, a constituição de um vínculo de emprego.

⁶⁶ RESENDE, Ricardo. Direito do Trabalho Esquematizado. São Paulo: Método, 2013, pp.69-76

Por outro lado, seja como autônoma, seja como empregada subordinada, a trabalhadora do sexo esbarra em outro problema prático: a anotação de sua Carteira de Trabalho. Atualmente, não há interesse da profissional em anotar sua CTPS como profissional do sexo, ainda que para fins somente previdenciários. Isso porque o estigma social que acompanha a prática, como já mencionado neste trabalho, envolve diversas questões morais que não são facilmente superadas pela sociedade. Nesse sentido, à luz do Direito Comparado e das proposições do Professor João Batista Berthier, o que se destaca como solução é a criação de um documento de registro próprio ao campo profissional do sexo.

O documento de registro do profissional seria emitido sigilosamente pelo Ministério do Trabalho e Emprego, assim como a CTPS, e existiria em paralelo a esta. Como sua emissão seria solicitada e realizada pelo órgão público, seria instrumento hábil, dotado de fé pública, para apresentação na Justiça do Trabalho e na Previdência Social, reduzindo significativamente a exposição da prostituta ao estigma social e possibilitando a conquista efetiva de seus direitos.

Há ainda que se ressaltar a importância da organização das prostitutas em associações e sindicatos, para a ampliação de suas conquistas. É fundamental que o Estado adote medidas de assistência a pessoas que se prostituem, para que o campo profissional se desenvolva da maneira mais protetiva ao trabalhador. Não só é necessário que se invista na capacitação profissional daqueles que pretendem abandonar a vida sexual, como também que se fomente a proteção daqueles que optaram por continuar e permanecer no mundo da prostituição. Isso passa, necessariamente, pelo reconhecimento do trabalhador como livre e capaz de fazer suas próprias escolhas, o que se dá com base nos mais diversos princípios constitucionais. A liberdade profissional, neste caso, apenas se configura com outro objeto de trabalho, não se diferenciando das demais escolhas profissionais que são feitas todos os dias, por milhares de brasileiros. Do mesmo modo, ouvidorias especializadas podem ser criadas para atendimento dos trabalhadores do sexo, assim como no exemplo alemão. Trata-se de da necessidade de visibilizar as demandas da classe e sugerir soluções, o que deve ser objeto das políticas públicas. Ademais, a formação de sindicatos deve ser incentivada desde logo, bem como de cooperativas de trabalho, permitindo aos profissionais maior visibilidade na luta por seus direitos e organização laboral.

Com relação às medidas a serem adotadas de plano, há de se destacar a necessidade de uma restrição na interpretação dos artigos do Código Penal que envolvem a prostituição: não se pode confundir a exploração sexual com a prostituição individual, exercida de forma livre e consentida por maiores de idade. Nesse sentido, o trabalho de Guilherme Nucci é apontado

como referência para o tratamento sobre o tema: a exclusão e modificação dos tipos penais do obsoleto Código Penal Brasileiro deve ser objeto de trabalho do Legislativo, cabendo ao Judiciário, no momento, ajustar sua interpretação para que não se produzam mais decisões esdrúxulas, como as exemplificadas anteriormente.

A partir da mudança no campo penal, cabe à Justiça do Trabalho rever seu posicionamento acerca dos efeitos do contrato de trabalho de objeto ilícito: a consideração de seus efeitos retroativos está em total descompasso com a lógica protetiva do Direito do Trabalho, além de ferir diversos princípios constitucionais e trabalhistas. Cumpre, de plano, ao Judiciário Trabalhista conferir ao contrato de emprego, reconhecido a partir do princípio da primazia da realidade, efeitos *ex nunc*, possibilitando à prostituta a garantia de seus direitos mais básicos, tais como saldo de salários, aviso prévio, jornada de trabalho, férias, décimo terceiro salário, depósitos de FGTS, dentre outros. Tal situação certamente estimularia também a adesão dos profissionais do sexo à Previdência Social, permitindo-se cogitar numa real abrangência da classe, o que hoje não se verifica.

Por fim, a medida legislativa se impõe: não só no que tange à reforma do Código Penal, mas também naquilo que diz respeito à regulamentação da prostituição como profissão e suas consequências jurídicas. É imperioso que se reconheça a prostituta como profissional e se lhe permita uma legislação específica, regulamentadora de sua atuação, que limite o abuso de seus atuais empregadores, bem como do próprio Estado e da sociedade, produzindo maior proteção e garantia de direitos à classe.

CONCLUSÃO

A Constituição de 1988 estabeleceu como fundamento da República a dignidade da pessoa humana e reconheceu como direito fundamental o livre exercício profissional, ao passo que o legislador ordinário manteve, por motivos de ordem moral, a criminalização da exploração econômica da prostituição, impedindo qualquer estabelecimento de vínculo de trabalho. Por outro lado, o Ministério do Trabalho e Emprego reconheceu a profissional do sexo e a sociedade aceitou a existência de sua exploração econômica, compactuando com o funcionamento de notórias casas de prostituição.

Por todo o exposto, é evidente que nossa ordem jurídica encontra-se embebida de preconceitos morais e religiosos, presentes não só no Congresso Nacional, impedindo a regulamentação do profissional do sexo, como também no âmbito doutrinário e jurisprudencial, impossibilitando qualquer avanço na concessão de direitos trabalhistas.

A despeito da dificuldade mencionada, Fernando Gabeira apresentou ao Congresso Nacional o PL nº 98/2003, objetivando a descriminalização das casas de prostituição, com a revogação dos artigos 228, 229 e 231 do Código Penal, estabelecendo também a exigibilidade do pagamento pela prestação de serviços sexuais⁶⁷. O projeto foi vetado em quase toda a sua totalidade, apenas suprimindo-se o artigo 229 do Código Penal, modificado novamente em 2009 pela Lei nº 12.015/09. Novamente apreciado em 2005, o PL foi rejeitado pelo Congresso. Em 2007, o deputado Fernando Gabeira requereu o desarquivamento do PL, que, com dificuldades para ser votado, foi novamente arquivado⁶⁸.

Atualmente, também está em trâmite Projeto de Lei nº 4.211/2012 (“Projeto de Lei Gabriela Leite”, em referência à falecida prostituta e fundadora da DASPU), que visa à regulamentação da atividade de prostituição. Em seu artigo 3º, o Projeto de Lei aborda a possibilidade de existirem casas de prostituição, desde que estas não explorem sexualmente seus profissionais. Nesse sentido, estabelece como exploração a apropriação maior que 50% dos rendimentos da profissional, o não pagamento pelo serviço contratado e a utilização de grave ameaça ou violência.⁶⁹ Pretende, portanto, superar a associação da prostituição individual, que é permitida, ao tipo penal que a entende como “exploração sexual”,

⁶⁷ BRASIL. **Projeto de Lei nº 98/2003.** Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/114091.pdf>> Acesso em 8 jul 2014.

⁶⁸ RODRIGUES, Marlene Teixeira. **A prostituição no Brasil contemporâneo: um trabalho como outro qualquer?** Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-49802009000100009> Acesso em: 8 jul 2014.

⁶⁹ BRASIL. **Projeto de Lei nº 4.211/2012.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1012829>. Acesso em: 08 nov. 2013.

ultrapassando diversas dificuldades do ponto de vista criminal. No que tange aos direitos trabalhistas, porém, o projeto se faz omissivo, somente mencionando o previdenciário direito à aposentadoria especial.

É evidente que o ordenamento jurídico falha ao criminalizar condutas correlatas à prostituição e negar à classe seus direitos trabalhistas mais básicos, como jornada de trabalho, repouso semanal remunerado, férias, etc. Em alguns países, já é possível observar avanços nessa seara, principalmente naqueles que adotam uma perspectiva regulamentadora. Isso porque, ao pretender regulamentar a profissão em lei, o ordenamento jurídico protege a classe e não a relega ao estigma e a preconceito morais. Em sendo um Estado Democrático de Direito, nosso país deve pretender incluir as minorias em suas políticas públicas, o que não é feito com a classe dos profissionais do sexo. A criminalização do ato de “exploração sexual” pelos tipos penais, em não havendo fraude, violência ou ameaça, demonstra que a sociedade não superou o estigma da profissão. Nem poderia, pois o Código Penal se encontra obsoleto face às mudanças sociais vividas. Desde sua edição, vivemos uma revolução sexual intensa, a partir da década de 1960, e uma nova revolução pela liberdade sexual da mulher e questões de gênero, que começou no meio da década de 1990 e está sendo vivenciada hoje⁷⁰. Como poderia um Código editado na década de 1940 pretender refletir a moral social atual se não somos mais a mesma sociedade e não temos mais o mesmo conceito de moral?

Ainda assim, é importante lembrar que a dignidade da pessoa humana, consagrada no texto constitucional, é princípio que embasa todo o ordenamento e, como tal, dá à prostituta a autonomia moral necessária para ditar suas próprias regras de conduta. Logo, como o Estado pode pretender ditar uma moral vigente, se reconhece aos indivíduos a possibilidade de autodeterminação moral, como aspecto intrínseco da dignidade da pessoa humana?

No mesmo sentido, como pode a doutrina trabalhista fechar os olhos para as injustiças cometidas com relação à classe das prostitutas? Considerar o objeto de trabalho da prostituta como ilícito é negar a ela o reconhecimento da existência de qualquer relação de emprego ou organização profissional e, por conseguinte, seus direitos. Se a doutrina e a jurisprudência passassem, ao menos, a reconhecer efeitos *ex nunc* à declaração de nulidade deste contrato, de modo a garantir direitos à prostituta, como o faz no caso de trabalho proibido, não haveria uma injustiça tão grande. Entretanto, a solução obviamente não deve vir do Judiciário, mas sim do Legislativo: a regulamentação dos direitos das prostitutas deve ser objeto de lei editada pelo Congresso, a fim de determinar quais garantias são aplicáveis à classe e em que termos.

⁷⁰RAMPTON, Martha. The three waves of feminism. Disponível em: <http://www.pacificu.edu/magazine_archives/2008/fall/echoes/feminism.cfm> Acesso em: 20 jul 2014

Além do estabelecimento de um rol de direitos mínimos, há que se garantir a fiscalização do cumprimento dos deveres patronais, o que protege a prostituta de eventuais abusos, que hoje existem, mas que passam ao largo dos olhos do Estado. Além disso, é necessário pensar na criação de um documento de registro de trabalho especial para todos os trabalhadores do sexo: diminuindo-se o estigma moral, aumenta-se a proteção social.

A solução, a curto prazo, portanto, passa pela interpretação restritiva dos artigos penais relacionados à prostituição, bem como pelo reconhecimento da licitude do objeto de trabalho da prostituta e, portanto, de seu contrato de emprego. A longo prazo, entretanto, somente a edição de uma norma regulamentadora da classe, bem como a alteração do Código Penal, poderão ser verdadeiramente eficazes na tentativa de garantir o cumprimento de seus direitos, alterando a visão conservadora da doutrina e da jurisprudência.

Resta incerto, deste modo, se as prostitutas terão no Brasil, a curto ou a longo prazo, seus direitos trabalhistas reconhecidos. Certa é, porém, a sua luta.

REFERÊNCIAS

AMMAR. “**Abuelo Quique**”: “¿Cuál es el criterio para bajar de un spot publicitario a un trabajador? Basta de estigmatización”. Disponível em: <<http://www.ammar.org.ar/Abuelo-Quique-Cual-es-el-criterio.html> >. Acesso em: 20 jul. 2014. (tradução livre)

ANDRADE, Regis de Castro. “**Kant: a liberdade, o indivíduo e a República**”. In: Os clássicos da Política. São Paulo: Ática, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: a natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_dignidade_da_pessoa_humana_no_direito_constitucional.pdf>. Acesso em: 1 jul. 2014.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Classificação Brasileira de Ocupações**. Disponível em: <<http://www.mte.gov.br/cbosite/pages/pesquisas/BuscaPorTituloResultado.jsf>>. Acesso em: 14 abr. 2013.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 98/2003**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/114091.pdf>> Acesso em 8 jul 2014.

BRASIL. **Projeto de Lei Gabriela Leite**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1012829>. Acesso em: 8 nov. 2013

BRASIL, Agência. **Anistia Internacional lança ação em defesa de prostitutas agredidas no Rio**. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2014-07/anistia-internacional-lanca-acao-em-defesa-de-prostitutas-agredidas>> Acesso em 20 jul. 2014.

CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. “**Dignidade da pessoa humana: o princípio dos princípios constitucionais**”. In: Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres/ SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

COLOMBIA. **Código Sustantivo de Trabajo**. Disponível em: <<http://www.ilo.org/dyn/travail/docs/1539/Codigo%20Sustantivo%20del%20Trabajo%20Colombia.pdf>>. Acesso em: 6 jul. 2014.

COLOMBIA. Suprema Corte de Justicia de La Nacion. **Sentencia T-629/10**. Disponível em: <http://www.equidad.scjn.gov.mx/IMG/pdf/Lais_vs_Pandemo.pdf>. Acesso em: 22 set. 2013.

DAS LUTAS, Coletivo. **Mais de 300 prostitutas são brutalmente despejadas pela Polícia em Niterói – RJ**. Disponível em: <<http://daslutas.wordpress.com/2014/05/24/mais-de-300-prostitutas-sao-brutalmente-despejadas-pela-policia-em-niteroi-rj/>> Acesso em 20 jul 2014.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2008.

FERREIRA, Isabel Bernardes; PEREIRA, Mayra Cardoso; AMARAL, Sueli Gião Pacheco do. **Prostituição: opção ou determinação social?** Disponível em: <http://www.pucsp.br/iniciacaocientifica/20encontro/downloads/artigos/ISABEL_BERNARDES_FERREIRA_e_MAYRA_CARDOSO_PEREIRA.pdf> Acesso em 8 jul 2014.

GERSHON, Priscila. **Profissionais do sexo: da invisibilidade ao reconhecimento**. In: Revista Sociologia Jurídica n. 02 – janeiro-junho/2006. Disponível em: <http://www.sociologiajuridica.net.br/antigo/rev02priscillag.htm#_ftn9> Acesso em 8 jul 2014.

GRECO, Luís. **Princípios fundamentais e tipo no novo projeto de código penal** (Projeto de Lei nº 236/2012 do Senado Federal). Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/133-ARTIGO#_ftn9>. Acesso em: 15 out. 2013.

INTERNACIONAL, Legislação. **Convenção para a supressão do tráfico de pessoas e da exploração da prostituição de outrem**. Disponível em: <http://direitoshumanos.gddc.pt/3_9/IIIPAG3_9_6.htm>. Acesso em: 8 nov. 2013.

INTERNACIONAL. **Convenção da ONU de Nova York de 1949**. Disponível em: <http://direitoshumanos.gddc.pt/3_9/IIIPAG3_9_6.htm>. Acesso em: 8 nov. 2013.

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

MARX, Karl. **Trabalho estranhado e propriedade privada**. In: título original: Ökonomisch-philosophische Manuskripte. Marx-Engels Gesamtausgabe (MEGA), I, 2, Berlin: Dietz Verlag, 1982. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.

MURRAY, LAURA. **Um beijo para Gabriela**. Movimento. Disponível em: <http://umbeijoparagabriela.com/130410_guiã_dvd_miolo_WEB.pdf> Acesso em: 16 abr. 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prostituição, Lenocínio e Tráfico de Pessoas: aspectos constitucionais e penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NUSSBAUM, Martha. **“Whether from Reason and Prejudice”**. In: Prostitution and Pornography: Philosophical Debate About the Sex Industry. Edited by Jessica Spector. California: Stanford University Press, 2006.

O DIA. **Projeto Damas vira o jogo do preconceito**. Disponível em: <<http://odia.ig.com.br/noticia/rio-de-janeiro/2014-04-15/projeto-damas-vira-o-jogo-do-preconceito.html>>. Acesso em: 16 abr. 2014

PEREIRA, Patrícia. **De deuses à escória da humanidade**. Disponível em: <<http://leiturasdahistoria.uol.com.br/ESLH/Edicoes/15/artigo119600-4.asp>>. Acesso em: 16 abr. 2014.

PROCON. **100 countries and their prostitution policies**. Disponível em: <<http://prostitution.procon.org/view.resource.php?resourceID=000772#indonesia>>. Acesso em: 4 jul. 2014

RAMPTON, Martha. **The three waves of feminism**. Disponível em: <http://www.pacificu.edu/magazine_archives/2008/fall/echoes/feminism.cfm> Acesso em: 20 jul 2014

RANGEL, Helano Márcio Vieira. **A discriminação sociojurídica à empregada doméstica na sociedade brasileira contemporânea: uma projeção do passado colonial**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14215/a-discriminacao-sociojuridica-a-empregada-domestica-na-sociedade-brasileira-contemporanea>>. Acesso em 4 jul 2014.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2006.

REDE BRASILEIRA DE PROSTITUTAS. Disponível em: <<http://www.redeprostitutas.org.br/>> Acesso em: 8 jul 2014.

RESENDE, Ricardo. **Direito do Trabalho Esquematizado**. São Paulo: Método, 2013, pp.69-76.

RODRIGUES, Marlene Teixeira. **A prostituição no Brasil contemporâneo: um trabalho como outro qualquer?** Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-49802009000100009> Acesso em: 8 jul 2014.

SABINO, Mario. **Rodando o bolsinho**. In: Veja, edição 2349, ano 46, nº 48, 27 de novembro de 2013.

SANTOS, Bruno Pereira. **As várias faces da prostituição: análise sob a ótica do Direito**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20545/as-varias-faces-da-prostituicao>>. Acesso em 25 mai. 2014.

SAYEJ, Nadja. **As Trabalhadoras do Sexo de Ibiza formaram o primeiro Sindicato de Prostituição da Espanha**. Disponível em <http://www.vice.com/pt_br/read/trabalhadoras-do-sexo-de-ibiza-formaram-primeiro-sindicato-prostituicao-espanha>. Acesso em: 5 jul. 2014

SCHOUTEN, Maria Johanna. **Estigma, legitimidade e legalidade: fragmentos da história do debate sobre a prostituição**. Disponível em: <http://www.academia.edu/767523/Estigma_legitimidade_e_legalidade_fragmentos_da_historia_do_debate_sobre_a_prostituicao>. Acesso em: 24 mai. 2014.

SIQUEIRA, Chico. **TJ considera adolescente prostituta e absolve fazendeiro**. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,tj-considera-adolescente-prostituta-e-absolve-fazendeiro,1523095>>. Acesso em: 5 jul. 2014.

TEIXEIRA, Igor Slaomão. **A encruzilhada das idéias: aproximação entre a legenda áurea (Iacopo da Varazze) e a Suma Teológica (Tomás de Aquino)**. Tese de Mestrado: Orientador: José Rivair Macedo. Porto Alegre, 2007. Disponível em <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/10787/000601167.pdf>>. Acesso em: 25 mai. 2014.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro**. Segundo volume. Rio de Janeiro: Revan, 2010.