



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

LETÍCIA MARIA CABRAL SARAIVA

**A (IM)POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DAS
NULIDADES TRABALHISTA NO ÂMBITO DA ATIVIDADE DE
PROSTITUIÇÃO**

Salvador
2015

LETÍCIA MARIA CABRAL SARAIVA

**A (IM)POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DAS
NULIDADES TRABALHISTA NO ÂMBITO DA ATIVIDADE DE
PROSTITUIÇÃO**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Adriana Brasil Vieira Wyzykowski.

Salvador
2015

TERMO DE APROVAÇÃO

LETÍCIA MARIA CABRAL SARAIVA

A (IM)POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DAS NULIDADES TRABALHISTA NO ÂMBITO DA ATIVIDADE DE PROSTITUIÇÃO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2015

A
Deus e a Nossa Senhora de Fátima,
por serem a luz que me guia.

Aos
meus pais, por todo amor, esforços e
confiança.

A
minhas irmãs amadas por toda
compreensão e carinho.

AGRADECIMENTOS

Mais gratificante do que ver um ciclo se encerrando é ter a certeza de que muitas pessoas contribuíram para isto. Sinto-me prestigiada por ser cercada de pessoas que não somente lutam pelas minhas vitórias, mas também contribuem, direta ou indiretamente para que elas sejam conquistadas.

Agradeço imensamente a minha orientadora, professora Adriana Wyzykowski, por toda atenção, disponibilidade, auxílio, ensinamentos e carinho. Agradeço a Daniel Nicory pelo auxílio e pela prestatividade de sempre. Igualmente, agradeço à Rosa por toda atenção e disponibilidade.

Ao promotor Dr. Manoel Candido, pelo aprendizado diário, não somente da matéria penal, como da vida. Pela paciência de sempre e por toda compreensão.

Aos meus pais, por serem minha inspiração diária de ser humano, não poderia ter melhor referência de profissionais. Obrigada por todos os dias me ensinarem o significado da justiça e do amor incondicional, por terem me ensinado, por ações, valores que considero como essenciais. Agradeço, ainda, por terem me mostrado a grandeza do amor incondicional.

Não poderia deixar de agradecer a minhas irmãs, que, em que pese questionaram a mim, diariamente, que dia iria terminar este trabalho, sempre acreditaram e respeitaram o meu momento. Desculpem-me pela ausência, prometo recompensá-las com o amor de sempre.

Agradeço, ainda, a meu Rafa, pessoa admirável, por todo amor, compreensão, companheirismo, por cada gesto de incentivo e por todo auxílio. O caminho que trilhei nestes últimos meses não seria tão leve e alegre sem você! Sigo com a certeza de que o amor se constrói e se solidifica a cada momento que passamos juntos.

Não poderia deixar de agradecer a todos os meus amigos, os de sempre, por todo carinho, pela compreensão, por ouvirem minhas angústias e por todos momentos compartilhados. Agradeço, ainda, aos “novos” amigos. Engana-se quem afirma a impossibilidade de se criar vínculos de amizade com os colegas de faculdade, foi

aqui que fiz muitos dos meus amigos que levarei para a vida; vocês se identificarão, ao ler!

Também agradeço a todos os funcionários da biblioteca da Faculdade Baiana de Direito, que sempre, muito prestativos, nos auxiliam nesta árdua e gratificante tarefa de realizar este trabalho.

O meu muito obrigada a todos vocês!

RESUMO

Em que pese a prostituição autônoma ser considerada uma atividade lícita e reconhecida como ocupação, pelo Ministério de Emprego e Trabalho, a exploração da prostituição é considerada um ilícito penal pelo ordenamento jurídico brasileiro. A doutrina e jurisprudência se posicionam, majoritariamente, no sentido de não reconhecer a relação jurídica empregatícia ou de trabalho, como também em não conceder efeitos jurídicos-trabalhistas ao profissional do sexo que exerce sua atividade por meio de um agenciador ou em uma casa de prostituição. Sob o argumento de a prestação ser considerada ilícita, os doutrinadores entendem pela inaplicabilidade da teoria das nulidades trabalhistas, aplicando efeitos *ex tunc*, retroagindo a formação do contrato para negar qualquer efeito jurídico ao profissional do sexo, vez que, segundo eles, esse ajuste de vontades está eivado de nulidade absoluta. Faz-se necessário, portanto, analisar esta relação jurídica de forma mais profunda e crítica, para verificar a (im)possibilidade de aplicação da teoria das nulidades trabalhistas ao profissional do sexo que exerce sua profissão por intermediação, como também a (im)possibilidade do vínculo empregatício. Vale ressaltar que a própria Constituição Federal tutela princípios fundamentais, tais como a dignidade da pessoa humana, não discriminação e liberdade no trabalho, todos estes aplicáveis, sem dúvidas ao profissional do sexo. Ademais, a falta de regulamentação da prostituição causa um cenário de inseguranças e falta de tutela jurídica ao profissional do sexo, mesmo para aqueles que exercem a atividade sexual autonomamente. Importante salientar, entretanto, que a falta de regulamentação não pode ser um óbice para conceder direitos e deveres a este profissional.

Palavras-chave: exploração da prostituição; objeto ilícito; relação empregatícia; teoria das nulidades trabalhistas.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

a.C	antes de Cristo
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
art.	Artigo
CBO	Classificação Brasileira de Ocupações
CC	Código Civil
CCJ	Comissão de Constituição, Justiça e de Cidadania
CF	Constituição Federal da República
CLT	Consolidação da Leis do Trabalho
CP	Código Penal
CUT	Central Única dos Trabalhadores
DJe	Diário de Justiça eletrônico
FGTS	Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
TRT	Tribunal Reginal Territorial
TST	Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 PANORAMA DA PROSTITUIÇÃO	13
2.1 ACEPÇÃO DO VOCÁBULO.....	13
2.2 PROSTITUIÇÃO NA HISTÓRIA	14
2.3 OS REGIMES JURÍDICOS DA PROSTITUIÇÃO: PROIBICIONISMO, REGULAMENTARISMO, ABOLICIONISMO E A LEGALIZAÇÃO	20
2.4 A PROSTITUIÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	25
2.4.1 A prostituição e o Código Penal brasileiro	26
2.4.1.1 Mediação para servir a lascívia de outrem	27
2.4.1.2 Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual	28
2.4.1.3 Casa de prostituição ou estabelecimento de exploração sexual	30
2.4.1.4 Rufianismo.....	32
2.4.1.5 Tráfico Internacional e interno de pessoas.....	33
2.4.2 Projetos de lei 98/2003 e 4.211/2012	35
3 PROSTITUIÇÃO E O DIREITO DO TRABALHO	39
3.1 RELAÇÃO DE TRABALHO X EMPREGO X PROFISSÃO X OCUPAÇÃO	39
3.2 ANÁLISE DA ESTRUTURA DO CONTRATO DE TRABALHO.....	40
3.3 PRESSUPOSTOS DE EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA DO CONTRATO DE TRABALHO	43
3.4 VÍCIOS E DEFEITOS DO CONTRATO DE TRABALHO	48
3.4.1 Tipos de invalidades e seus respectivos efeitos	49
3.4.1.1 Nulidade total e parcial	49
3.4.1.2 Nulidade absoluta e relativa	50
3.4.2 Teoria trabalhista de nulidades	51
3.4.2.1 Aplicação plena da teoria trabalhista.....	53
3.4.2.2 Aplicação restrita da teoria trabalhista.....	54
3.4.2.3 Inaplicabilidade da teoria especial trabalhista	55
3.5 A PROSTITUIÇÃO COMO TRABALHO.....	58
3.5.1 Os princípios fundamentais e o trabalho da prostituta	59
3.5.2 Empregado	61

3.5.3 Trabalho autônomo	63
3.5.4 Trabalho eventual	63
3.6 A PROSTITUIÇÃO NA CLASSIFICAÇÃO BRASILEIRA DE OCUPAÇÕES	65
4 (IM)POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DO VÍNCULO TRABALHISTA DO PROFISSIONAL DO SEXO E (IN)APLICABILIDADE DAS TEORIAS DAS NULIDADES NA ATIVIDADE DE PROSTITUIÇÃO	66
4.1 O PROFISSIONAL DO SEXO E A (IM)POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO	66
4.1.1 Atividade ilícita X atividade proibida	68
4.1.2 Prostituição autônoma X exploração da prostituição	69
4.1.3 A possibilidade de configuração do vínculo trabalhista entre o profissional do sexo e o agenciador ou dono de casa de prostituição	70
4.2 A ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA DOS CRIMES RELACIONADOS À PROSTITUIÇÃO	75
4.3 A PROSTITUIÇÃO NA VISÃO DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS	79
4.4 DIREITOS E DEVERES TRABALHISTAS INERENTES AO PROFISSIONAL DO SEXO	82
4.4.1 Salário e remuneração	82
4.4.2 Férias	84
4.4.3 Aviso prévio	84
4.4.4 Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS)	85
4.4.5 Identificação e Registro Profissional	86
4.4.6 Segurança e Medicina do trabalho na prostituição	86
5 CONCLUSÕES	89

1 INTRODUÇÃO

Ainda no século XXI a estigmatização da prostituição se faz presente. Em razão disso há uma dificuldade em discutir sobre esta atividade laborativa sem tangenciar as questões da moral pública. Neste trabalho, entretanto, imune de qualquer discriminação a esta categoria, busca-se analisar a (im)possibilidade de aplicação da teoria das nulidades trabalhistas no âmbito, principalmente, da exploração da prostituição à luz, primordialmente, do direito trabalhista e dos princípios fundamentais expostos na Constituição Federal de 1988.

Em razão de o Brasil adotar o sistema jurídico abolicionista, a exploração da prostituição é tipificada como ilícito penal, aquela em que o profissional do sexo exerce sua atividade por meio de agenciador ou em uma casa de prostituição, por exemplo. Sendo uma atividade criminosa, a doutrina e jurisprudência apontam que o objeto da prestação laboral da exploração da prostituição é ilícita, embora a prostituição autônoma seja, não somente lícita, como também reconhecida como ocupação, de acordo com a portaria nº 397/2002, aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego.

O tema em estudo é assunto de grande importância prática, uma vez que a análise da intermediação da prostituição, sob uma nova perspectiva, poderá implementar maiores direitos à prostituta, bem como evitar a sua própria exploração.

O interesse do presente trabalho emergiu por diversas razões. Inicialmente, no que tange à atividade de prostituição, o ordenamento jurídico, como um todo, se apresenta incongruente, além de existir lacuna jurídica acerca da existência dos direitos e deveres dos profissionais do sexo, bem como, em caso de sua existência, quais seriam estes direitos. Vale ressaltar, ainda, que inexistente qualquer regulamentação da prostituição, em que pese já ter havido uma proposta de lei nesse sentido, a de nº 98/2003, já arquivada, e uma outra, ainda em tramitação, a de nº 4.211/2012. A incongruência no sistema legal, bem como a falta de tutela jurídica, motivaram tal pesquisa.

A proposta metodológica utilizada nesta pesquisa tem como base um diálogo entre os problemas existentes nesta relação de exploração da prostituição e as respectivas soluções críticas sugeridas.

Com o objetivo de concluir a cerca da (im)possibilidade de aplicação da teoria das nulidades trabalhistas no âmbito da exploração da prostituição, bem como a (im)possibilidade do vínculo empregatício entre aquele que agencia ou é proprietário da casa de prostituição e o profissional do sexo, faz-se necessário analisar a doutrina, a jurisprudência e o sistema legislativo pátrio.

Com o escopo de apresentar uma ampla perspectiva do problema em análise, o trabalho possui a utilização de fontes de pesquisa diversas, se valendo, além daquelas referências mencionadas no parágrafo anterior, de periódicos, reportagens, artigos científicos, teses, etc.

Para a realização deste trabalho foram escritos quatro capítulos, sendo o primeiro de introdução e o último de conclusão. Inicialmente, no capítulo segundo, explorar-se-á a acepção do vocábulo de prostituição, bem como o esboço histórico desta atividade, perpassando, inclusive, pela origem da hostilização deste labor. Em seguida, estudar-se-á os possíveis regimes jurídicos da prostituição, trazendo, em todos estes argumentos favoráveis e contras.

O tratamento jurídico-penal brasileiro a esta atividade, também será abordado neste capítulo, analisando todas as tipificações penais relacionados à exploração da prostituição. O capítulo encerra com o estudo dos projetos de leis de números 98/2003 e 4.211/2012, que buscou e busca, respectivamente, a regulamentação da prostituição.

O terceiro capítulo versa sobre a atividade da prostituição e o Direito do Trabalho. Serão diferenciadas as relações trabalho, emprego e ocupação e será analisada a estrutura do contrato de trabalho, bem como os pressupostos de existência, validade e eficácia deste.

Em razão da doutrina e jurisprudência apontarem como nulo o contrato em que tem como objeto a prestação laboral na exploração da prostituição, dissertar-se-á, no capítulo terceiro, sobre os possíveis vícios e defeitos factíveis a contrato de trabalho. Como a nulidade preponderante na relação da exploração da prostituição é o objeto ilícito, será dado enfoque a este elemento. Estudar-se-á, também, a respectiva solução e conseqüências das nulidades no âmbito trabalhista. Em seguida, analisar-se-á a teoria trabalhista de nulidades e as suas possíveis aplicações.

Examinar-se-á, ainda no terceiro capítulo, a atividade da prostituição como possível trabalho em uma análise, além de jurídico-trabalhista, também principiológica à luz da Constituição Federal de 1988, identificando quais os possíveis princípios fundamentais aplicáveis a esta atividade. Diferenciar-se-á, ainda, empregado, trabalhador eventual e trabalhador autônomo, tal ponto é importante, pois caso se entenda possível o vínculo jurídico-trabalhista na exploração da prostituição, deverá ser analisado em que categoria o profissional do sexo se enquadra.

No quarto capítulo será examinado a (im)possibilidade de reconhecimento do vínculo trabalhista do profissional do sexo e (in)aplicabilidade das teorias das nulidades na atividade de prostituição. Em razão de ser considerado um objeto ilícito, o capítulo abordará a diferença conceitual e as respectivas conseqüências da atividade ilícita e da atividade proibida, também chamada de irregular. Bem como será examinada a diferença entre a prostituição autônoma e a exploração da prostituição, pois em que pese não ser aquela o objeto deste estudo, tal abordagem faz-se necessário até mesmo para possíveis comparações de proteção jurídica.

Será examinado neste capítulo os princípios constitucionais e o sistema jurídico trabalhista para concluir acerca da (im)possibilidade de configuração do vínculo trabalhista entre o profissional do sexo e o agenciador ou dono da casa de prostituição. Após esta análise, verificar-se-á também, ainda que breve, uma doutrina penal acerca da atipicidade material da conduta da exploração da prostituição.

Analisar-se-á, ainda, os posicionamentos jurisprudenciais no tratamento da exploração da prostituição, não obstante, serão examinados o posicionamento majoritário e será trazido a baila julgados recentes. Para concluir, listar-se-á os possíveis direitos e deveres trabalhistas inerentes ao profissional do sexo.

2 PANORAMA DA PROSTITUIÇÃO

Primeiramente é necessário trazer o conceito do termo “prostituição”, bem como o seu esboço histórico, desde a Antiguidade até os dias atuais. Após tal introdução é possível adentrar no estudo jurídico da prostituição, oportunidade em que será apresentada as diferentes formas de tratamento jurídico deste labor.

A seguir abordar-se-á o sistema jurídico vigente no Brasil, analisando detidamente os tipos penais. Para concluir, analisar-se-á os Projetos de Lei de números 98/2003 e o 4.211/2012 verificando as possíveis mudanças e avanços que tal projeto poderá gerar caso haja a sua aprovação.

2.1 ACEPÇÃO DO VOCÁBULO

É preciso salientar, primeiramente, que a significação que uma pessoa dá para um vocábulo depende da cultura em que está inserida, dos valores morais que o indivíduo carrega, além do momento histórico em que se encontra. É certo que a origem da palavra não se altera. Entretanto, a forma de interpretá-la e os conceitos que são atribuídos a um vocábulo estão em constantes modificações.

O vocábulo “prostituir” advém do verbo latino *“prostituere”* que significa expor publicamente, por à venda, entregar-se à devassidão. “Prostituta” é derivado deste verbo latino que referencia as cortesãs de Roma, que se colocava à entrada dos prostíbulos.¹

No ano de 1913, sob influência religiosa e moral, o autor Candido de Figueiredo, por exemplo, conceituou de forma mais conservadora as palavras prostituição, prostituir e prostituta. Vejamos:

prostituição, (tu-i) f. Acto (*sic*) ou efeito (*sic*) de prostituir. Vida desregrada. O conjunto das prostitutas. Vida das prostitutas. Profanação. (Lat. prostitutio)
prostituir v. t. Entregar á devassidão; desmoralizar. Fig. Aviltar; deshonorar. (*sic*) (Lat. prostituere) prostituível adj. Que se póde (*sic*) prostituir. (*sic*) prostituta f. Mulher pública; rameira; meretriz. (Lat. prostituta)

¹ ANDRADE, Maria Cristina Castilho de. **Mulheres prostituídas**. Disponível em: <http://www.hottopos.com/seminario/sem2/cris1.htm>. Acesso em: 14/08/2014 às 10:09.

prostituto adj. Que se prostituiu; deshonrado. (*sic*) Cf. Castilho, *Metam.*, p. XVI. (Lat. *prostitutus*).²

A ideia de que a pessoa que se prostitui carece de honra é desconecta da conjectura atual da sociedade. A prostituição é uma atividade laborativa como outra qualquer e, também por isso, merece respeito. É necessário afastar a ideia moralista e religiosa ao analisar tal atividade.

Neste estudo a prostituição será encarada como um labor de natureza sexual, prestada por um homem ou uma mulher capaz, que, em troca de remuneração, oferece satisfação sexual.

2.2 PROSTITUIÇÃO NA HISTÓRIA

É inquestionável que a prostituição é uma das profissões mais antigas da história, entretanto, mesmo assim, ainda é objeto de preconceito. A autora Nickie Roberts atribui este preconceito ao desenvolvimento histórico do patriarcado.³

Os primeiros registros da prostituição se deram por volta do segundo milênio a.C, época da sociedade matriarcal. Neste período as mulheres eram vistas como o centro de toda a atividade social, eram adoradas como a “Grande Deusa” e a prostituição feminina era vista como sagrada.⁴

Com o tempo, as prostitutas passaram a deixar de exercer a prostituição no templo e continuaram exercendo-a nas ruas, sem, no entanto, deixar de serem consideradas mulheres sagradas. Ocorre que no antigo Egito, na medida em que os homens governantes e os sacerdotes se consolidavam no poder, as mulheres foram despejadas dos templos, quando então passou-se a ter uma sociedade patriarcal, na época da Grécia antiga.⁵

Pode-se observar, desta forma, que a prostituição já foi não somente respeitada, como também relacionada a questões sagradas. Ocorre que tal cenário foi

² FIGUEIREDO, Candido de. **Novo dicionário da Língua Portuguesa**. Disponível em: <http://www.gutenberg.org/files/31552/31552-pdf.pdf>. Acesso em 20/07/2015.

³ ROBERTS, Nickie. **As prostitutas na história**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1998, p. 17.

⁴ *Ibidem*, p. 19.

⁵ *Ibidem*, p. 26.

modificado com o surgimento da sociedade patriarcal, momento em que os profissionais do sexo passaram a ser estigmatizados.

Neste momento histórico supramencionado a sociedade era baseada em classes e era conhecida pela sociedade patriarcal. Aqueles que detinham poder aquisitivo alto tinham acesso a uma variedade de serviços sexuais. A autora Nickie Roberts, em sua obra, nomeia este período de “época de ouro do sexo”.⁶

Aqueles que se utilizavam dos serviços sexuais das prostitutas não eram objeto de preconceito, mas ao contrário, eram vistos com orgulho pela sociedade da época. Isso decorre do fato de que somente quem tinha acesso a tais serviços eram aqueles que possuíam alto poder aquisitivo. Entretanto, as prostitutas começaram a ser estigmatizadas e insultadas pela sociedade.⁷

No governo de Sólon, na virada do século VI a.C, na Atenas clássica, as mulheres estavam sob o controle dos homens, e a democracia somente se aplicava a eles. Sólon introduziu uma diversidade de leis que regulamentaram o lugar de todas as mulheres na sociedade e retirou o poder econômico e legal das mulheres. A estas cabiam somente ser submissas aos homens, primeiramente ao pai, depois, ao marido e até mesmo ao seu próprio filho mais velho, na ausência daqueles.⁸

Sólon tratava as mulheres em uma dicotomia; ou eram esposas ou eram prostitutas. Estas eram assim classificadas todas as vezes que tentassem viver independente dos homens. Identificando quão lucrativa era a prostituição (e é assim até hoje), Sólon começou a organizar o negócio, o que causou uma proliferação de bordéis por toda Atenas, administrados pelo próprio Estado⁹; foi então a primeira vez que as mulheres estavam sendo cafetinadas oficialmente.¹⁰

Sem dúvidas o sistema patriarcal acabou por segregar a pessoa da “esposa” e a da “prostituta”. Tal cenário foi se agravando na medida em que as instituições religiosas foram galgando espaço e importância.

⁶ ROBERTS, Nickie. **As prostitutas na história**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1998, p. 32.

⁷ MARQUES, Gustavo. **Regulamentação da prostituição efeitos no direito do trabalho**. 2004. Monografia. (Curso de Graduação em Direito) - Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Itajaí, p. 20.

⁸ ROBERTS, Nickie. *Op. cit.*, p. 33-34.

⁹ *Ibidem*, p. 34-35.

¹⁰ *Ibidem*, p. 37.

Segundo Nickie Roberts, a cafetinagem era estatal e, ao mesmo tempo, privada. Os homens - os administradores dos bordéis, os coletores de impostos -, estavam ganhando enormes fortunas com a venda forçada de serviços sexuais das prostitutas. Da mesma forma, o Estado, à frente na regulamentação, também ganhava grandes fortunas.¹¹

Em razão das leis severas instituídas por Sólon, este período foi difícil para as prostitutas, sendo que algumas delas se submetiam à clandestinidade para driblar tais regulamentações.¹²

Depois da morte de Sólon, as leis atenienses que envolviam a prostituição em todos os seus aspectos foram consideravelmente relaxadas; os governantes posteriores reconheceram o valor literal que todas as prostitutas representavam para o Estado, e até às escravas menos categorizadas, as *dikteriades*, foi concedida a liberdade de andar pela cidade. A legislação passou por ondas periódicas de endurecimento e relaxamento, mas jamais readquiriu a severidade que Sólon havia imaginado. Assim, em certo sentido, o grande governante fracassou redondamente – as prostitutas independentes e instruídas de Atenas floresceram.¹³

No período romano, a prostituição só passou a ser uma atividade disseminada no momento em que houve a expansão do seu império romano.

Na antiga Roma a prostituição era uma profissão natural, aceita pela sociedade e não havia qualquer estigma associada a ela.¹⁴ Diferentemente da Grécia antiga, os romanos não operavam bordéis estatais, mas introduziram o primeiro sistema de registro estatal das prostitutas da classe baixa. Uma vez registrada, não havia possibilidade de concentrar o registro. Por isso, muitas destas profissionais não se registravam, gerando duas categorias de prostitutas: as *meretrices*, aquelas que são registradas; e as *prostibulae*, as que não se registravam.¹⁵

O estado regulou como a prostituição iria funcionar, inclusive proibiu-se, na época, que as profissionais do sexo, não inscritas, exercessem tal profissão. Havia um registro das prostitutas de cada bairro, e aquelas que se entregavam à clandestinidade eram severamente perseguidas.¹⁶ O registro era somente para

¹¹ ROBERTS, Nickie. **As prostitutas na história**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1998, p. 37.

¹² FETAL, Livia Silva. **A legalização da prostituição como atividade profissional**. 2008. Monografia (Curso de Graduação em Direito) - Universidade Salvador, Salvador, p. 26.

¹³ ROBERTS, Nickie. *Op. cit.*, p. 52-53.

¹⁴ *Ibidem*, p. 60.

¹⁵ *Ibidem*, p. 62-63.

¹⁶ BRASIL, Jaime. **História da Prostituição**. Disponível em: <http://www.antropologia.com.br/pauloapagua/trab/prosti.PDF>. Acesso em 10/08/2015 às 10:47.

regular e fiscalizar a atuação dos profissionais do sexo, não tendo como objetivo estigmatizá-los.

A prostituição era vista apenas como mais uma atividade da sociedade, e em todos os níveis estava arraigada à economia romana, sem nenhuma vergonha ou estigma associado aos vendedores e compradores dos serviços sexuais. Entretanto, com a queda da civilização romana, momento em que a nova religião do cristianismo completou seu golpe sobre o dogma oficial, os homens que estavam no poder passaram a aceitar a ideia de que a prostituição era moralmente repreensível e que as prostitutas eram um mal e uma ameaça de corrupção para o resto da sociedade.¹⁷

Desta forma, verifica-se que a prostituição passou, durante a história, por situações antagônicas, ora era amplamente aceita e valorizada, ora estigmatizada ou até mesmo proibida. A religião colaborou para que o profissional do sexo fosse novamente alvo de preconceitos.

As cidades do mundo romano haviam sido os principais centros do comércio do sexo, mas com a sua desintegração e o surgimento de uma sociedade menos complexa, com menos dinheiro, as prostitutas urbanas viram seu meio de vida desaparecer repentinamente.¹⁸

Após a desintegração do mundo romano inicia-se o período denominado Idade das Trevas.

Na Idade Média, justificada pela moral cristã, foram promovidas diversas ações de combate à prostituição. Nesse movimento religioso restou em evidência a concepção dual da mulher: “Eva, a responsável pelo pecado original e a Virgem Maria, a mãe do Salvador”.¹⁹

No século XII, durante a primeira parte da Idade Média, a Igreja desenvolveu um outro projeto para a prostituição, baseado no argumento de que o meretrício é um

¹⁷ ROBERTS, Nickie. **As prostitutas na história**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1998, p. 77.

¹⁸ *Ibidem*, p. 79.

¹⁹ PADUA, Juliana de Jesus Amorim. **Da alegoria à carnavalização do corpo prostituído: perspectivas literárias em Gabriel García Márquez e José Donoso**. Disponível em: <http://www.uesc.br/seminariomulher/anais/PDF/JULIANA%20DE%20JESUS%20AMORIM%20P%C3%81DUA.pdf>. Acesso em: 01/08/2015 às 13:17.

mal necessário. Para a autora Nickie Roberts, tal conduta era uma verdadeira hipocrisia, pois ao mesmo tempo em que tolerava e aceitava a prática, condenava.²⁰

As prostitutas, mesmo neste cenário de fortes influências religiosas, continuaram a exercer suas atividades, não somente nos bordéis, mas também nas ruas.

Ocorre que o cristianismo passou a impor valores cada vez mais rígidos, o que gerou uma perseguição aos profissionais do sexo, ao sexo por prazer e qualquer forma de sensualidade.²¹ As relações extraconjugais e pré-maritais eram muito usais mesmo com a condenação da igreja²², mas aquelas que exerciam a prostituição eram oficialmente excomungada da Igreja, enquanto os bons homens cristãos eram estimulados a manter-se distante das mulheres pecaminosas.²³

No início do século XVI foi publicado o primeiro manifesto do protestanismo, dando origem à Reforma Protestante, que dividiu a Igreja Católica e fez surgir uma nova religião, o Protestantismo. Surge uma nova modalidade sexual; os protestantes visualizaram que o celibato dos padres era um ideal impossível e deu origem a corrupção da velha Igreja. Afirmavam, ainda, que as atitudes anti-sexuais extremas dos padres eram prejudiciais na teoria e inoperantes na prática.²⁴

No Protestantismo o sexo extraconjugal não era tolerado e qualquer sexualidade feminina independente era ameaçadora e, por isso, também nociva. O único propósito da mulher era gerar filhos. Lutero, um teólogo alemão, era totalmente contrário à prostituição e durante o século XVI houve uma repressão às prostitutas.²⁵ Com a ideia da “purificação” as prostitutas passaram a realizar seu labor na clandestinidade.²⁶

Prosseguindo na história, no século XVIII houve o desenvolvimento de um novo estilo de bordéis que se propagou por diversas cidades na Europa. Na época

²⁰ ROBERTS, Nickie. **As prostitutas na história**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1998, p. 100.

²¹ FETAL, Livia Silva. **A legalização da prostituição como atividade profissional**. 2008. Monografia (Curso de Graduação em Direito) - Universidade Salvador, Salvador, p. 27.

²² ROSOSTOLATO, Breno. **A história da prostituição**. Disponível em: http://www.rotadoagito.com.br/colunistas/breno_rostolato/colunas/historia_da_prostituicao.htm. Acesso em 10/08/2015 às 10:20.

²³ ROBERTS, Nickie. *Op. cit.*, p. 85.

²⁴ *Ibidem*, p. 140-141.

²⁵ *Ibidem*, p. 142.

²⁶ VALENÇA, Marcelo Morelatti. Contrato de Trabalho e a Prostituição *in* **Temas em direito do trabalho: direito material individual**, volume I. São Paulo: LTr, 2008, p. 127.

Londres era considerada a cidade mais avançada do Ocidente e todo o comércio estava crescendo, inclusive o comércio do sexo. ²⁷

No século XIX, posteriormente a revolução francesa e revolução industrial, a França passou a regulamentar a prostituição, uma vez que em decorrência da expansão desta atividade, passou-se a ter o aumento de doenças sexualmente transmissíveis. As profissionais do sexo deveriam se registrar e se apresentar mensalmente para uma inspeção vaginal. ²⁸

Incide nesta época, na França, o sistema da regulamentação da prostituição, em que se definiu como as profissionais do sexo poderiam exercer o seu trabalho, bem como especificar o momento e o local onde poderia haver a prestação dos serviços sexuais. A desobediência a estas leis poderia levar as prostitutas à prisão ou detenção.

Em 1830 as prostitutas foram proibidas de andar pelas ruas oferecendo o seu trabalho, somente poderiam trabalhar em bordéis regulamentados. ²⁹

Em meados do século XIX a regulamentação da prostituição passou a ser vigente em toda Europa, baseado no regime francês.

No Brasil, em 1840, em decorrência da propagação das doenças sexualmente transmissíveis como, por exemplo, a sífilis, passou-se a discutir a regulamentação da prostituição. ³⁰

Já no final do século XIX surge na Europa o abolicionismo, que contrapõe-se ao sistema do regulamentarismo. Aquele sistema político surge em decorrência da constatação de que todos os registros históricos de tentativa de erradicação da prostituição fracassaram.

No Brasil, o abolicionismo somente se concretizou no ano de 1959 com o advento do Decreto nº 46.981, onde se permitiu a prática da prostituição autônoma e

²⁷ ROBERTS, Nickie. **As prostitutas na história**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1998, *passim*.

²⁸ *Ibidem*, p. 241.

²⁹ *Ibidem*, p. 242.

³⁰ SOARES, Luiz Carlos. **Rameiras, Ilhoas, Polacas... A prostituição no Rio de Janeiro do século XIX**. São Paulo: Editora Ática, 1992. *passim*.

criminalizou as condutas relacionadas à exploração³¹, e é neste contexto que o Brasil se encontra até hoje. Tratar-se-á deste tema agora.

2.3 OS REGIMES JURÍDICOS DA PROSTITUIÇÃO: PROIBICIONISMO, REGULAMENTARISMO, ABOLICIONISMO E A LEGALIZAÇÃO

Em uma perspectiva internacional é possível identificar que existem quatro sistemas legais diferentes na disposição sobre a prostituição, quais sejam, o proibicionismo, o regulamentarismo, o abolicionismo e a legalização.

O proibicionismo é adotado por poucos países e é considerado o mais interventivo, sob uma perspectiva penal. Esta política criminaliza todas as práticas relacionadas à prostituição, desta forma, acaba por dar um mesmo tratamento jurídico para todos os sujeitos ligado a este serviço sexual.³²

Trata-se de uma política que restringe a liberdade da pessoa de dispor do próprio corpo, pois a prostituta autônoma, aquela que comercializa a atividade sexual sem nenhuma intermediação, comete crime, bem como o seu cliente. Desta forma, o profissional do sexo autônomo, o agenciador, o cliente, etc., são pessoas envolvidas na prostituição e estão sujeitas à intervenção penal, pois são consideradas criminosas.

Os países que adotam esta política são conhecidos por forte intervenção estatal na vida dos seus cidadãos, com a respectiva e evidente restrição da liberdade e/ou influência da religião. Pode-se citar como exemplo três países que adotam a política proibicionista: Estados Unidos, Malta e China³³. Insta salientar, todavia, que no Estado de Nevada, nos Estados Unidos, a prostituição é legalizada.³⁴

O proibicionismo não é considerado uma política eficaz, uma vez que ela tem como finalidade erradicar a prostituição, mas o que ocorre, em verdade, é a sua

³¹ FETAL, Livia Silva. **A legalização da prostituição como atividade profissional**. 2008. Monografia (Curso de Graduação em Direito) - Universidade Salvador, Salvador, p. 30.

³² SANT'ANA, Cinthia Emmanuelle Lima. **A prostituição como atividade lícita: em busca de um novo padrão jurídico-trabalhista para os profissionais do sexo no Brasil**. 2012. Monografia. (Curso de Graduação em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, p. 23.

³³ FETAL, Livia Silva. **A legalização da prostituição como atividade profissional**. 2008. Monografia (Curso de Graduação em Direito) - Universidade Salvador, Salvador, p. 35-36.

³⁴ MARQUES, Gustavo. **Regulamentação da prostituição efeitos no direito do trabalho**. 2004. Monografia. (Curso de Graduação em Direito) - Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Itajaí, p. 28

clandestinidade. É sabido que esta situação deixa os profissionais do sexo ainda mais vulneráveis e expostos a excessos da própria Polícia.³⁵

O regulamentarismo considera a prostituição um fenômeno social não erradicável, mas busca limitar os danos que podem causar na sociedade, e o faz através da regulamentação da prostituição. Desta forma, desde que se cumpra o que o Estado determina através da lei e dos atos administrativos, não existe penalização da prostituta e nem daquele que demanda ou explora esta atividade.³⁶

No sistema regulamentarismo a prostituição é vista como um mal necessário, mas o estado, visando o interesse coletivo da ordem pública e da proteção da saúde, regulamenta a prostituição.³⁷ Neste sistema legal um dos objetivos é compatibilizar a prostituição com o bem estar social, ou seja, aliar o comércio do sexo³⁸ com a saúde pública e a moralidade. Para isso, primeiramente impõe-se diversas limitações no exercício desta atividade e posteriormente os Estados exercem, de forma extrema, o poder de polícia, para verificar se está sendo cumpridas tais exigências.

Os controles estatais são diversos, podendo citar como exemplo a exigência de exames médicos mensais³⁹, inscrição em registro próprio e expedição de alvará para exploração dos bordéis.⁴⁰

No Brasil, a partir dos anos 1840, houve um intenso debate sobre a regulamentação ou não do meretrício, que movimentou a comunidade médica, as autoridades policiais e os juristas.⁴¹

Segundo a autora Nickie Roberts:

³⁵ TAVARES, Manuela. **Prostituição**: Diferentes posicionamentos no movimento feminista. Disponível em: <http://www.umarfeminismos.org/images/stories/pdf/prostituicaomantavares.pdf>. Acesso em 21/07/2015 às 16:59.

³⁶ TAVARES, Manuela. **Prostituição**: Diferentes posicionamentos no movimento feminista. Disponível em: <http://www.umarfeminismos.org/images/stories/pdf/prostituicaomantavares.pdf>. Acesso em 21/07/2015 às 21:52.

³⁷ CARNEIRO, Durval Cintra. Aspectos criminológicos do problema da prostituição *in* **Revista dos Tribunais**, volume 300. Ano 49, outubro de 1960, p. 46.

³⁸ Nesta política considera-se a prostituição um "mal necessário" que sempre existiu e sempre existirá, por isso não é eficaz a criminalização da conduta, mas tão comente disciplinar o seu exercício.

³⁹ TAVARES, Manuela. *Op. cit.*

⁴⁰ SANT'ANA, Cinthia Emmanuelle Lima. **A prostituição como atividade lícita**: em busca de um novo padrão jurídico-trabalhista para os profissionais do sexo no Brasil. 2012. Monografia. (Curso de Graduação em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, p. 27.

⁴¹ SOARES, Luiz Carlos. **Rameiras, Ilhoas, Polacas... A prostituição no Rio de Janeiro do século XIX**. São Paulo: Editora Ática, 1992, p. 93.

Os atuais sistemas legais e de policiamento das prostitutas são exploradores, opressivos, classistas e racistas; são também extremamente caros. As cidades gastam milhões de dólares por ano para combater um comércio que sempre existiu.⁴²

O abolicionismo, todavia, busca a repressão da exploração da prostituição, o lenocínio entende que o profissional do sexo é vítima daquele que o explora e esta somente exerce a atividade sexual mediante uma contraprestação em decorrência de coação de uma terceira pessoa, que seria o agenciador.⁴³ Em decorrência do contexto histórico-social, o abolicionismo bifurca-se em dois: o tradicional e o novo, este também conhecido por sueco, ambos acreditando que a mulher tem o direito de dispor do seu corpo, prestigiando a liberdade sexual, não criminalizando a conduta da prostituta autônoma.

O sistema abolicionista tradicional é modelo adotado pela maioria dos países europeus (Portugal, Espanha, por exemplo), e neste sistema somente há intervenção penal quando ocorrer exploração da sexualidade alheia, ou seja, quem promove a prostituição ou mantém bordéis, os denominados proxenetes. Desta forma, não age contra a lei quem adquire os serviços sexuais, nem aquela que presta tal labor.⁴⁴

O Brasil, bem como a Argentina, adotam o abolicionismo tradicional. Este sistema político se diferencia do regulamentarismo, pois neste não há regulamentação nem tampouco fiscalização da prostituição, ficando, todavia, limitado a não proibir a venda do próprio sexo.⁴⁵

O novo abolicionismo, embora também tenha a finalidade de acabar com a prostituição, o meio utilizado é outro: ela pune apenas os clientes. Os adeptos deste sistema pensam que as profissionais do sexo são obrigadas a exercer a prostituição em decorrência das circunstâncias sociais em que vivem, sendo, desta forma, vítimas dos clientes.

Na Suécia, desde 1º de janeiro de 1999, comprar ou, ainda, tentar comprar serviços sexuais constitui crime, possível de multa ou até seis meses de detenção. Ao adotar

⁴² ROBERTS, Nickie. **As prostitutas na história**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1998, p. 348.

⁴³ SILVA, Mario Bezerra da. **Profissionais do sexo e o Ministério do Trabalho**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5233. Acesso em: 21.07.2015 às 17:12.

⁴⁴ SANT'ANA, Cinthia Emmanuelle Lima. **A prostituição como atividade lícita**: em busca de um novo padrão jurídico-trabalhista para os profissionais do sexo no Brasil. 2012. Monografia. (Curso de Graduação em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, p. 33.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 33.

tais medidas, a Suécia evidencia que considera a prostituição uma forma de opressão contra as mulheres, e, por isso, a necessidade de combatê-la.⁴⁶

A feminista Manuela Tavares, defende que as posições abolicionistas estão desajustadas da realidade:

Ao colarem a tónica (*sic*) na vitimização das mulheres, apontando-lhes apenas o “caminho” da saída da prostituição, quando muitas delas podem querer optar por esse modo de vida, leva a que não sejam consignados direitos para as mulheres que exercem esta actividade (*sic*). Trata-se, assim, de aceitar que existam mulheres marginalizadas, estigmatizadas, sem direitos, o que não condiz com uma perspectiva feminista de defesa dos direitos de todas as mulheres. Assumir posições moralistas de indicar o “caminho” às pessoas também não condiz com a liberdade individual, embora se saiba que a chamada “livre escolha” está condicionada por muitos factores (*sic*), nestas circunstâncias.⁴⁷

Diante do exposto, é possível concluir que o sistema abolicionismo não vem atingindo seu escopo, uma vez que a prostituição não foi erradicada e as figuras dos agenciadores ainda existem, bem como as casas de prostituição. A diferença que agora vivem na clandestinidade. Ademais, é um erro generalizar todas as prostitutas como vítimas afirmando que todas elas exercem tal labor por meio de coação ou violência física. É necessário entender que as pessoas são livres e titulares do livre arbítrio, podendo optar em se prostituir ou não.

Em razão desta “super proteção” dada às prostitutas, esse sistema ao invés de tentar protegê-las, em verdade, acaba desprotegendo-a.

Neste cenário de frustrações destes sistemas políticos surge então o sistema legalista, com o escopo de proporcionar melhores condições de trabalho aos profissionais do sexo. Os meios para atingir este objetivo são diversos, dentre os quais é possível citar a fixação de garantias de direitos, bem como os deveres e também regular como deve ser a prática de tais atividades.⁴⁸

O sistema jurídico legalista afasta a ideia de “prostituta-vítima” e “cafetão-algoz”, além de permitir a prostituição autônoma e a sua exploração, inclusive a intermediação desta atividade, desde que validamente consentida, sem qualquer

⁴⁶ MINISTÉRIO DA INDÚSTRIA, DO EMPREGO E DAS COMUNICAÇÕES. **Prostituição e tráfico de mulheres.** Disponível em: http://elibrary.lt/resursai/Uzsienio%20leidiniai/Countries/Sweden/Integration/2004/mi2004_09.pdf. Acesso em 10/08/2015 às 16:44.

⁴⁷ TAVARES, Manuela. **Prostituição:** Diferentes posicionamentos no movimento feminista. Disponível em: <http://www.umarfeminismos.org/images/stories/pdf/prostituicaoantavares.pdf>. Acesso em 21/07/2015 às 17:00.

⁴⁸ FETAL, Livia Silva. **A legalização da prostituição como atividade profissional.** 2008. Monografia (Curso de Graduação em Direito) - Universidade Salvador, Salvador, p. 40.

coação ou violência física. Neste sistema é lícito, por exemplo, manter casas de prostituição.

Os países que adotam este sistema jurídico – Holanda e Alemanha, por exemplo - criminalizam algumas condutas consideradas reprováveis, aliciamento de criança e adolescente à prostituição e o tráfico forçado de pessoas a fim de exploração sexual.⁴⁹

Neste sistema, afastando a ideia de um “mal necessário”, a prostituição é oficialmente reconhecida como trabalho, podendo se inserir em uma relação de emprego com todos os direitos e deveres iguais a qualquer outro empregado.⁵⁰

Diferentemente do sistema regulamentarismo, o sistema legalista trata os profissionais do sexo com a mesma dignidade que qualquer pessoa, concedendo-lhes direitos (inclusive trabalhistas) e deveres, não considerando a prostituição como um “mal necessário”.

A prostituição, quando legalizada, deixa de ser vista (ou, ao menos, não haveria motivo para tal), como algo estigmatizante. Um comércio de sexo legal traz benefícios não somente para aquele que exerce a prostituição, como também para aqueles que são tomadores deste serviço.

Quando o país não adota o sistema legalista e acaba por criminalizar determinadas condutas, seja adotando o sistema abolicionista ou proibicionista, os profissionais do sexo ficam vulneráveis a inúmeras adversidades. Havendo possibilidade de se trabalhar em casas de prostituição livremente diminuiria sensivelmente a violência contra elas, que hoje é constante em decorrência de sua vulnerabilidade⁵¹, além de conceder aos profissionais direitos trabalhistas.

Apesar de benefícios, o sistema legalizador é passível de críticas. Existem movimentos feministas que são contra este modelo jurídico, pois acreditam que a

⁴⁹ SANT'ANA, Cinthia Emmanuelle Lima. **A prostituição como atividade lícita**: em busca de um novo padrão jurídico-trabalhista para os profissionais do sexo no Brasil. 2012. Monografia. (Curso de Graduação em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, p. 41.

⁵⁰ SILVA, Mario Bezerra da. **Profissionais do sexo e o Ministério do Trabalho**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5233. Acesso em: 10/08/2015 às 16:29 .

⁵¹ No dia 12 de julho de 2014 doze homens armados atacaram dois edifícios no bairro residencial de Zayuna, localizado em Bagdá, no Iraque, conhecido por ser um local de prostituição, deixando 31 vítimas fatais, sendo 29 mulheres que trabalhavam na ilegalidade neste local. (G1. **Sobe para 31 número de vítimas de massacre de prostitutas em Bagdá**. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2014/07/sobe-para-31-numero-de-vitimas-de-massacre-de-prostitutas-em-bagda.html>. Acesso em: 10/08/2015 às 17:19).

legalização favorece os donos das casas de prostituição e os agenciadores dos profissionais do sexo. Acrescentam ainda que estes iriam enriquecer às custas das prostitutas.

O Coletivo Nacional de Mulheres da CUT já discutiu acerca da descriminalização da exploração da atividade da prostituição e as pessoas se posicionaram, em sua maioria, contra esta medida. Na oportunidade, a secretária da Mulher Trabalhadora da Central, Rosane Silva, afirmou que é preciso “lutar por políticas públicas que tirem as mulheres de condição de prostitutas”⁵². Ocorre que tal posicionamento apresenta-se discriminatório.

Finalizada a análise dos sistemas jurídicos da prostituição, faz-se necessário adentrar no estudo da prostituição à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

2.4 A PROSTITUIÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

É necessário esclarecer que hoje, no Brasil, como será demonstrado, não há ilegalidade alguma em uma pessoa se prostituir. Entretanto, as condutas prescritas nos artigos 228 a 231-A, do CP, que são as diversas formas de favorecimento da prostituição ou de exploração sexual, essas são consideradas ilícitas.

Essa opção legislativa em descriminalizar a prostituta autônoma decorreu do reconhecimento de que a prostituição é uma fatalidade da vida social, que ela sempre existiu e existirá enquanto houver vida em sociedade.⁵³

O Brasil, em contramão dos países desenvolvidos que estão caminhando para a legalização da prostituição como atividade laborativa como outra qualquer, “permanece fiel a vetustos costumes de era passadas” e criminalizam diversas condutas relacionadas à exploração da prostituição, conforme se verifica a seguir.⁵⁴

⁵² CARVALHO, Luiz. **Mulheres da CUT são contra regulamentação da prostituição**. Disponível em: <http://www.cut.org.br/noticias/mulheres-da-cut-sao-contra-regulamentacao-da-prostituicao-473a/>. Acesso em 20/10/2015 às 16:27.

⁵³ GONZAGA, Antônio Gonçalves. Casa de prostituição: caráter permanente e não habitual do crime definido no artigo 229 do Código Penal – co-autoria, continuação e reincidência nesse delito *in* **Revista dos Tribunais** ano 48, volume 290. São Paulo, dezembro de 1959, p. 23.

⁵⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 11. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 884.

2.4.1 A prostituição e o Código Penal brasileiro

A conduta do profissional do sexo para com o seu cliente é considerada uma conduta indiferente ao Direito Penal, sendo um fato atípico. Entretanto, não pode haver nesta relação pessoas que, de alguma forma, estimulem este comércio.⁵⁵

Os crimes que integram o Título VI da Parte Especial do CP visam tutelar a dignidade sexual e a moralidade pública sexual, objetivando que não haja a incrementação nem tão pouco o desenvolvimento da prostituição.⁵⁶

Sob o argumento de proteger, o legislador invade a liberdade sexual do cidadão, assegurada constitucionalmente e, pretendendo regular o exercício dessa liberdade, confunde moral com direito, esquecendo-se do processo secularizador implantado no final do século XVIII, que separou crime e pecado, moral e direito.⁵⁷

Após a mudança legislativa ocorrida em 2012, por intermédio da Lei n. 12.015, substituiu-se a expressão “Dos crimes contra os costumes” para “Dos crimes contra a dignidade sexual”. Com isto, o foco da proteção jurídica foi alterado; buscou-se retirar o bem jurídico a moral média da sociedade, os bons costumes para passar a tutelar a dignidade sexual.

A dignidade sexual necessita de proteção penal. Entretanto, a problemática se instala na possibilidade de pessoas capazes, com consentimentos esclarecidos, poderem ajustar, por exemplo, a disponibilização de serviços sexuais em troca de um agenciamento; é o que pode ocorrer com a relação do profissional do sexo com o agenciador ou dono da casa de prostituição.

Desta forma, alguns doutrinadores asseveram que quando há o consentimento válido entre o profissional do sexo e o agenciador ou dono da casa de prostituição, não haveria violação ao bem jurídico da dignidade sexual passível de punição. Entretanto, ainda assim o Direito Penal pune e muitos doutrinadores apontam, e, ao mesmo tempo, criticam, afirmando que a legislação penal pune o agenciador ou dono da casa de prostituição em razão da reprovação moral.

⁵⁵ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**, volume III. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 603-604.

⁵⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal 4: parte especial**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, *passim*.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 153.

O Código Penal optou por criminalizar as condutas que, de alguma forma, tirem vantagem, estimulem, impeçam ou dificultem o abandono da prostituição⁵⁸. O Capítulo V do Título do Código Penal “Dos Crimes contra a Dignidade Sexual” contém os artigos 227 a 231-A, que serão abordados mais adiante.

A normatização penal da vida sexual na edição do Código Penal de 1940 era norteadada por uma dicotomia: sexualidade no casamento ou na conduta desviante da prostituição. No contexto histórico do referido ano era inconcebível a liberdade sexual, a pílula anticoncepcional, como também a afirmação social da mulher.⁵⁹

2.4.1.1 Mediação para servir a lascívia de outrem

O tipo penal “ Mediação para servir a lascívia de outrem” está previsto no artigo 227 do CP.⁶⁰

Com a leitura do artigo pode-se concluir que o tipo penal resta figurado quando o sujeito ativo persuade alguém a satisfazer o desejo sexual de terceiro. Neste tipo penal não há a necessidade da habitualidade e tão pouco da aferição de lucro com o aliciamento, mas se houver, haverá a incidência da qualificadora.⁶¹

⁵⁸ BRASIL, Danielle Marinho. **A prostituição feminina e associação de prostitutas da Paraíba: Movimento social, luta política e reivindicação de direitos.** Disponível em: <http://www.ccj.ufpb.br/pos/wp-content/uploads/2013/07/Danielle-Marinho-Brasil-A-prostitui%C3%A7%C3%A3o-Feminina-e-a-Associa%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em 06/05/2015.

⁵⁹ REALE JÚNIOR, Miguel. Casa e prostituição: mito e realidade parecer *in* **Edição especial comemorativa do 380º ano do Tribunal de justiça da Bahia**. Ano III – março/abril de 1989, volume bimestral. Editora: Ciência jurídica, p. 434.

⁶⁰ 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.

⁶¹ FETAL, Lívia Silva. **A legalização da prostituição como atividade profissional.** 2008. Monografia (Curso de Graduação em Direito) - Universidade Salvador, Salvador, p. 46.

O destinatário do lenocínio deverá ser uma pessoa ou um grupo de pessoas determinadas, caso contrário haveria a incidência de outro tipo penal, o favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual.⁶²

A vítima não obtém nenhuma contraprestação ao satisfazer a lascívia de terceiro e, inclusive, caso haja restaria configurada a atividade de prostituição.⁶³

Nucci defende que essa figura típica fere o princípio da intervenção mínima⁶⁴ e, por isso, deveria ser revogada, uma vez que, para ele, tal tipificação é insignificante.⁶⁵

2.4.1.2 Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual

O tipo penal está previsto no artigo 228 do CP.⁶⁶

A exploração sexual faz parte do chamado “mercado do sexo”⁶⁷ e é gênero que comporta como uma de suas espécies a prostituição.⁶⁸

As ações de induzir, atrair e facilitar, descritas no tipo penal são condutas que aliciam a vontade da vítima. Induzir é o mesmo que convencer alguém; atrair significa fazer com a pessoa se sinta estimulada e também incorre nas penas do artigo 228 do CP quem facilita a prostituição ou outra forma de exploração sexual. Neste último caso, explica Rogério Greco, o agente permite que a vítima, que já se

⁶² CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 3 parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública** (arts. 213 a 359-H). 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 128.

⁶³ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial, volume III**. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 595.

⁶⁴ O direito penal é considerado *ultima ratio* do sistema jurídico, ou seja, este ramo do direito somente pode intervir nos casos que o bem jurídico muito importante for violado de forma muito grave.

⁶⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 11. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 882.

⁶⁶ 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, 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: (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.

⁶⁷ GRECO, Rogério. *Op. cit.*, p. 605-606.

⁶⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. . *Op. cit.*, p. 888.

prostitui, continue se prostituindo, mas agora com seu auxílio, com as facilidades que ele vai proporcionar.⁶⁹

A conduta de “facilitar”, segundo Nucci, é de difícil constatação, uma vez que caso se trate de uma pessoa plenamente capaz, maior de 18 anos, que tem o interesse de prostituir-se a pessoa que facilita este exercício está, ao invés de praticando um crime, ajudando-a, prestando, nos dizeres dele, “um favor”.⁷⁰

Pretender a punição de quem, sem nenhum fim lucrativo, protege a pessoa prostituída, favorecendo a sua atividade é insensato.

Na redação do artigo 228, do CP, há também a expressão “ impedir ou dificultar que alguém a abandone”. Quando o agente se opõe - no caso de impedir - ou, ainda, atrapalha ou faz exigências que não podem ser atingidas - no caso de dificultar - alguém abandone a prostituição, restará figurada também a conduta criminosa descrita no artigo 228 do CP.⁷¹

O legislador não deveria, segundo Nucci, proteger a pessoa adulta que foi convencida a exercer a prostituição, mas tão somente proteger o menor de idade ou aquela que é vítima de atos violentos, fraudulentos ou ameaçadores.⁷²

Com a modificação da redação deste artigo pela Lei nº 12.015 de 2009, as condutas elencadas neste tipo penal podem ter por finalidade outra forma de exploração sexual que não a prostituição, não há necessidade que exista o comércio do corpo.⁷³

Não se exige, para a configuração do delito de favorecimento da prostituição, a finalidade lucrativa.⁷⁴ Vale ressaltar que somente haverá o tipo penal se houver habitualidade.

O tipo penal prescrito no artigo 228 do CP é considerado pelo doutrinador Cezar Roberto Bitencourt “completamente superado e absolutamente desacreditado”. Na sua obra ele afirma que há quase sete décadas de vigência não ocorre (praticamente) a aplicabilidade deste tipo. O doutrinador conclui o pensamento

⁶⁹ GRECO, Rogério. . *Op. cit.*, p. 606-607.

⁷⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. . *Op. cit.*, p. 884.

⁷¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal 4:** parte especial. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 154.

⁷² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal.** 11. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 885.

⁷³ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal:** parte especial, volume III. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 605.

⁷⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal 4:** parte especial. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 155.

afirmando que o “falso moralismo impediu o legislador contemporâneo de excluir do ordenamento jurídico” este tipo penal.⁷⁵

Vale ressaltar, entretanto, que com relação as condutas de “impedir” e “dificultar” o abandono da prostituição, entende-se que este tipo penal não está ultrapassado, sendo, inclusive, uma forma especial do constrangimento ilegal, previsto no artigo 146 do Código Penal. Uma vez que aquele que impede ou dificulta, estará, em verdade, impondo a prática de algo que a lei não exige.

2.4.1.3 Casa de prostituição ou estabelecimento de exploração sexual

Pretende-se com este tipo penal, descrito no artigo 229 do CP⁷⁶, tutelar, além da dignidade sexual, a moralidade sexual pública.⁷⁷ Busca, ainda, impedir a manutenção de locais para o exercício da prostituição.

Com a Lei nº 12.015/09 a redação do artigo 229 do CP foi alterada e modificou-se as expressões “casa de prostituição” ou “ lugar destinado a encontros para fins libidinosos” para “ estabelecimento em que ocorra exploração sexual”.⁷⁸

A conduta elencada no tipo penal é representada pelo verbo “ manter “, que implica ideia de habitualidade e significa conservar, sustentar ou até mesmo custear o estabelecimento em que há a exploração sexual.⁷⁹

Para configurar este tipo penal não é necessária a aferição do lucro.

Não há nesta tipificação qualquer repressão à conduta da mulher que se prostitui, pois esta é considerada pelo Código Penal como uma das vítimas da conduta criminosa.⁸⁰

⁷⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 151.

⁷⁶ **Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual** (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

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.

⁷⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal 4:** parte especial. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 160.

⁷⁸ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal:** parte especial, volume III. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 613.

⁷⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. . *Op. cit.*, p. 161.

Em que pese existirem situações em que os profissionais do sexo exercem suas atividades sexuais em casas de prostituição como verdadeiras escravas, sem garantia de qualquer direito, sendo verdadeiras vítimas, existem situações em que o pensamento de vitimização não se aplica. Havendo o livre arbítrio no sentido da prostituta poder dispor do seu corpo, aquele que mantém uma casa de prostituição poderá agenciar a mesma, dando-lhe melhores condições para o desenvolvimento de seu trabalho.

Luiz Flávio Gomes⁸¹ afirma que não há que se vislumbrar qualquer tipo de crime nas casas destinadas aos encontros sexuais, pois as pessoas maiores que frequentam tais casas são livres para isso. Deve-se, portanto, interpretar de maneira restritiva este artigo, de modo que se o ato sexual envolver somente maiores capazes não há que se falar em crime. O crime tipificado no artigo 229 nada tem haver com exploração sexual. Conclui afirmando que:

Enquanto de adulto se trate, cada um dá a sua vida sexual o rumo que bem entender. O plano moral não pode ser confundido com o plano jurídico. O Estado não tem o direito de instrumentalizar as pessoas (como dizia Kant) com o plano jurídico para impor uma determinada orientação moral ou sexual.⁸²

Da mesma forma, Cezar Roberto Bitencourt afirma em sua obra que há um grande equívoco na tipificação dessa conduta, pois há uma inaplicabilidade ou inefetividade da proibição constante neste tipo.⁸³ Rogério Greco, por sua vez, aduz que mesmo sendo a população em geral ciente que essas atividades são contrárias à lei penal, ainda assim há o seu exercício e, inclusive, divulgação desta atividade e nada se faz para coibi-las. Afirma, com isso, que a existência de tipos penais como o do artigo 229 do CP traz descrédito e desmoralização para a Justiça Penal.⁸⁴

Compartilhando de pensamento semelhante, Nucci defende que se a prostituição não é considerada crime no Brasil, o legislador não deveria criar obstáculo para existir um lugar onde esta atividade pudesse ser desenvolvida. Ele ressalta, ainda, a

⁸⁰ GONZAGA, Antônio Gonçalves. Casa de prostituição: caráter permanente e não habitual do crime definido no artigo 229 do Código Penal – co-autoria, continuação e reincidência nesse delito *in* **Revista dos Tribunais** ano 48, volume 290. São Paulo, dezembro de 1959, p. 23.

⁸¹ GOMES, Luiz Flávio. **Crimes contra a Dignidade Sexual e outras Reformas Penais**. Disponível em: <http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/1872027/crimes-contra-a-dignidade-sexual-e-outras-reformas-penais>. Acesso em 10/05/ 2015.

⁸² GOMES, Luiz Flávio. . *Op. cit.*,.

⁸³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal 4:** parte especial. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 162-163.

⁸⁴ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal:** parte especial, volume III. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 614.

necessidade de punir o rufião, o agressor e controlador da pessoa prostituída que o faz mediante violência ou grave ameaça. O que não é admissível, segundo este autor, é criminalizar alguém que mantém a casa de prostituição protegendo e abrigando a profissional do sexo, retirando-a das ruas.⁸⁵

2.4.1.4 Rufianismo

Crime previsto no artigo 230 do CP⁸⁶ visa proteger a dignidade sexual e a moralidade sexual, pois o rufianismo é modalidade do lenocínio que visa punir aquele que vive à custa da prostituição alheia. O rufião, também conhecido como cafetão, incentiva o comércio sexual na medida em que explora as mulheres que tem como meio de vida a prostituição.⁸⁷

O tipo penal traz a expressão “tirar proveito” que significa auferir vantagem, ou seja, o rufião é aquele que se aproveita economicamente de pessoa que exerce a prostituição. O legislador faz menção a duas modalidades de aproveitamento que vai depender, em verdade, da forma que a vantagem econômica é auferida. Quando o agente participa diretamente dos lucros ele será considerado uma espécie de sócio da prostituta, entretanto pode também tirar proveito de maneira indireta, sendo sustentado, parcial ou totalmente, pela prostituta. Neste último caso e possível, por exemplo, que se receba roupas, moradia, alimentação, etc..⁸⁸

⁸⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 11. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 888.

⁸⁶ **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.

⁸⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal 4:** parte especial. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 170.

⁸⁸ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 2:** parte especial, arts. 121 a 249. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 876.

Consuma-se com a prática reiterada, necessitando-se do requisito da habitualidade para tipificação. Desta forma, a simples vantagem ocasional ou o recebimento eventual de uma gratificação, assim como alguma ajuda esporádica, não configuram crime de rufianismo.⁸⁹ Inclusive este requisito de habitualidade é o que difere o crime de rufianismo do crime de favorecimento da prostituição com intuito de lucro. O crime previsto no artigo 228, §3º do CP trata-se de crime autônomo, portanto, não necessita de habitualidade para sua tipificação.⁹⁰

O doutrinador Nucci, em sua obra, defende que se houver grave ameaça, fraude ou violência, a tutela penal deve existir. Entretanto, nos casos em que não haja tais condutas, não deveria haver tipificação penal, respeitando, desta forma, o princípio da intervenção mínima.

Não fosse a questão moral, tratar-se-ia de uma prestação de serviços a quem presta serviços. Ilustrando, o agenciamento de modelos para desfilarem em uma passarela provoca lucros e tanto a modelo quanto o agenciador a repartem. Qual é a diferença no tocante ao rufião e à prostituição? Para responder a essa indagação, deve-se abstrair a questão moral (prostituição é imoral) e não se leva em conta qualquer ato violento ou constrangedor (para tanto, a intervenção penal é justa).⁹¹

Portanto, para o doutrinador Nucci, esta tipificação é fruto de questão puramente moral e só prejudica a prostituta, pois este agenciamento pode ser altamente interessante para ela e essa repartição do lucro é natural, pois o rufião prestou auxílio.⁹²

2.4.1.5 Tráfico Internacional e interno de pessoas

O tráfico internacional de pessoas para fim de exploração sexual está previsto no artigo 231 do CP⁹³ e tem como escopo proteger a dignidade sexual, bem como a

⁸⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal 4:** parte especial. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 172.

⁹⁰ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal:** parte especial, volume III. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 626.

⁹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal.** 11. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 894.

⁹² *Ibidem*, p. 894.

⁹³ **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)

moralidade pública sexual, pois visa impedir que as prostitutas estrangeiras ampliem o problema ético-social que advém da exploração sexual.⁹⁴ Tutela ainda a própria condição humana, a dignidade da pessoa e a sua liberdade sexual.⁹⁵

O tipo penal faz menção aos verbos “promover” – que significa realizar, impulsionar – e “facilitar” – que traz uma ideia de tornar fácil, auxiliar. Para a tipificação deste crime não se faz necessária a finalidade lucrativa.⁹⁶

O §1º do referido artigo afirma que incorre nas mesmas penas aquele que agencia (aquele que atua como representante da vítima), alicia (seduz alguém para algo), compra, transporta, transfere ou aloja a pessoa traficada.⁹⁷

Já o crime de tráfico interno de pessoas para fim de exploração sexual, por sua vez, está tipificado no artigo 231-A⁹⁸ e é fruto da inovação trazida pela Lei 11.106/05. O

§ 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)

⁹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal 4:** parte especial. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 177.

⁹⁵ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 2:** parte especial, arts. 121 a 249. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 882.

⁹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 178.

⁹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal.** 11. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 895.

⁹⁸ **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)

dispositivo tem como escopo primordial obstar ações que visam o comércio de pessoas, em tese, com finalidade lucrativa.⁹⁹

Pratica o crime tipificado no artigo 213-A, aquele que promove ou facilita o deslocamento de alguém dentro do próprio território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual. Incorre nas mesmas penas aquele que agenciar, aliciar, vender ou comprar, transferir ou alojar a pessoa traficada.¹⁰⁰

2.4.2 Projetos de lei 98/2003 e 4.211/2012

No Brasil houve duas tentativas de regulamentar a prostituição, ambas tendo como objetivo conferir efeitos civis à prestação de serviços sexuais.

O Projeto de Lei nº 98/2003 foi de iniciativa do Deputado Federal Fernando Gabeira, filiado ao partido Verde do Rio de Janeiro e teve por objetivo dispor sobre a exigibilidade de pagamento por serviço de natureza sexual e, ainda, pretendia revogar os artigos 228, 229 e 231¹⁰¹ do Código Penal Brasileiro. Ocorre que este projeto de lei foi arquivado em definitivo em 31 de janeiro de 2011.

O projeto de lei buscava o reconhecimento dos efeitos civis do liame obrigacional, não dos efeitos trabalhistas e tinha a seguinte redação:

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

§ 1º O pagamento pela prestação de serviços de natureza sexual será devido igualmente pelo tempo em que a pessoa permanecer disponível para tais serviços, quer tenha sido solicitada a prestá-los ou não.

§ 2º O pagamento pela prestação de serviços de natureza sexual somente poderá ser exigido pela pessoa que os tiver prestado ou que tiver permanecido disponível para os prestar.

Art. 2º Ficam revogados os artigos 228, 229 e 231 do Código Penal. Art. 3º. Esta lei entra em vigor na data da sua publicação.¹⁰²

§ 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)

⁹⁹ PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.*, p. 887.

¹⁰⁰ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 2**: parte especial, arts. 121 a 249. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 888.

¹⁰¹ "Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual", "Casa de prostituição", "Tráfico internacional de pessoas", respectivamente.

¹⁰² BRASIL. **Projeto de Lei 98/2003**. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=CB42C8607888C5B299E72C36C143A7E7.proposicoesWeb1?codteor=114091&filename=Tramitacao-PL+98/2003. Acesso em 20/10/2015 às 17:42.

Depreende-se pela leitura acima que os valores da prestação dos serviços sexuais poderiam ser exigíveis perante o Poder Judiciário. Ademais, de maneira harmônica com a CLT, o projeto de lei estabelece como tempo de serviço o tempo em que o profissional do sexo permaneceu disponível para efetuar o seu labor, portanto, as verbas são devidas, ainda que não tenha sido prestado qualquer serviço.

Com o projeto de lei a profissional do sexo que exercesse sua atividade mediante auxílio de um gerenciador teria a mesma proteção legal civil da prostituta autônoma, uma vez que não seria mais considerada uma atividade ilícita, vez que se revogaria os artigos 228, 229 e 231 do Código Penal.

A exigibilidade que tratava o referido projeto de lei era até mesmo em relação ao profissional de sexo autônomo, pois, em que pese seja essa modalidade permitida no nosso ordenamento, já que prostituir-se não é crime, a lei não confere tutela para o profissional exigir o pagamento, acaso o cliente se recuse a pagar.¹⁰³

Deixar de regulamentar e até mesmo legalizar a prostituição adulta é mantê-la na clandestinidade, fazendo com que o cenário de marginalidade permaneça e, além disso, que continue sem haver o controle da atividade para proteger as profissionais do sexo.¹⁰⁴

Na justificativa do Projeto de Lei, o deputado Fernando Gabeira disse que

o único caminho digno é o de admitir a realidade e lançar as bases para que se reduzam os malefícios resultantes da marginalização a que a atividade está relegada. Com efeito, não fosse a prostituição uma ocupação relegada à marginalidade – não obstante, sob o ponto de vista legal, não se tenha ousado tipificá-la como crime – seria possível uma série de providências, inclusive de ordem sanitária e de política urbana, que preveniriam os seus efeitos indesejáveis.¹⁰⁵

O projeto de lei de nº 98/2003 foi inicialmente rejeitado pela CCJ. O relator, na época o Deputado Federal Antônio Carlos Magalhães Neto, votou contra o projeto de lei e afirmou que

¹⁰³ FETAL, Livia Silva. **A legalização da prostituição como atividade profissional**. 2008. Monografia (Curso de Graduação em Direito) - Universidade Salvador, Salvador, p. 76.

¹⁰⁴ QUEIROZ, Paulo. **Prostituição é legal?** Disponível em: <http://pauloqueiroz.net/prostituicao-e-legal/>. Acesso em 05/05/ 2015.

¹⁰⁵ BRASIL. **Projeto de Lei 98/2003**. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=CB42C8607888C5B299E72C36C143A7E7.proposicoesWeb1?codteor=114091&filename=Tramitacao-PL+98/2003. Acesso em 20/10/2015 às 17:32.

o projeto iria reforçar a indústria da prostituição, e quem iria ganhar dinheiro seriam os grandes empresários, de quem as mulheres ficariam reféns¹⁰⁶

O Deputado Paulo Maluf disse que a legalização da prostituição é uma “degradação moral, que não ajuda em nada o desenvolvimento econômico e social do Brasil.”¹⁰⁷

Após debates intensos entre os defensores e aqueles que eram contra o projeto de lei, este veio a ser arquivado em janeiro de 2011.

Em 12 de julho de 2012 foi apresentado pelo Deputado Federal Jean Wyllys, filiado ao Partido Socialismo e Liberdade, do Rio de Janeiro (PSOL-RJ) o projeto de lei nº 4.211/2012, que tem como objetivo regulamentar a atividade dos profissionais do sexo.

O projeto de lei é intitulado como “ Lei Gabriela Leite” como uma homenagem a esta profissional do sexo que é militante de Direitos Humanos, desde o final dos anos 70. Por meio da ONG “Dadiva”, fundada por ela, busca-se o fomento de políticas públicas para o fortalecimento da cidadania das prostitutas; mobilização e a organização da categoria além da promoção dos seus direitos.¹⁰⁸

Pela leitura do projeto de lei nº 4.211/2012 conclui-se que o mesmo não faz previsão ao reconhecimento explícito do trabalho da prostitua como vínculo empregatício, mas, assim com o projeto de lei 98/2003, visa assegurar os efeitos civis do contrato.

Inicialmente, no primeiro parágrafo faz-se uma limitação acerca dos destinatários da lei e de maneira expressa afirma que somente as pessoas maiores de dezoito anos, absolutamente capaz e que prestam serviços sexuais voluntariamente podem ser consideradas profissionais do sexo.

O projeto de lei sem estabelecer inequivocamente a possibilidade de reconhecimento do vínculo empregatício, estabelece somente a exigibilidade do pagamento no âmbito judiciário, que seria a eficácia civil. Ademais somente viabiliza, de acordo com o artigo 3º¹⁰⁹ que o profissional do sexo preste serviço como

¹⁰⁶ NEVES, Maria; BRITTAR, Paula. **CCJ rejeita projeto que legaliza a prostituição**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/NAO-INFORMADO/113297-CCJ-REJEITA-PROJETO-QUE-LEGALIZA-PROSTITUICAO.html>. Acesso em 20/10/2015 às 18:10.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ BRASIL. **Projeto de Lei 4.211/2012**. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1012829&filename=Tramitacao-PL+4211/2012. Acesso em 20/10/2015 às 18:32.

¹⁰⁹ Art. 3º - A/O profissional do sexo pode prestar serviços:

I - como trabalhador/a autônomo/a;

trabalhador autônomo ou coletivamente em cooperativa, não havendo menção a possibilidade dele ser considerado empregado.

O projeto de lei prevê a alteração dos conceitos dos tipos penais previstos nos artigos 228, 229, 230, 231 e 231-A do Código Penal. Com tal modificação somente será crime os casos em que haja exploração sexual, definida pelo próprio projeto no artigo 2º¹¹⁰.

Por último concede o direito a aposentadoria especial de 25 anos aos profissionais do sexo.

II - coletivamente em cooperativa. Parágrafo único. A casa de prostituição é permitida desde que nela não se exerça qualquer tipo de exploração sexual.

¹¹⁰ Art. 2º - É vedada a prática de exploração sexual.

Parágrafo único: São espécies de exploração sexual, além de outras estipuladas em legislação específica: I- apropriação total ou maior que 50% do rendimento de prestação de serviço sexual por terceiro;

II- o não pagamento pelo serviço sexual contratado;

III- forçar alguém a praticar prostituição mediante grave ameaça ou violência.

3 PROSTITUIÇÃO E O DIREITO DO TRABALHO

Abordar-se-á, neste capítulo, as relações de trabalho, emprego e ocupação, no que consistem as suas diferenças, bem como a análise da estrutura do contrato de trabalho, tratando, ainda, dos pressupostos de existência, validade e eficácia deste.

Na sequência dissertar-se-á sobre os possíveis vícios e defeitos factíveis em um contrato de trabalho e a respectiva solução trabalhista aplicável, assim como as suas consequências. Posteriormente estudar-se-á a teoria trabalhista de nulidades com as suas possíveis aplicações.

A seguir examinar-se-á a atividade da prostituição como possível trabalho em uma análise, além de jurídico-trabalhista, também principiológica à luz da Constituição Federal, identificando quais os possíveis princípios fundamentais aplicáveis a esta atividade.

3.1 RELAÇÃO DE TRABALHO X EMPREGO X PROFISSÃO X OCUPAÇÃO

O conceito de relação de trabalho é extremamente amplo e abrange todo o contrato de atividade “que o fundamento da sua conceituação é a pessoa do trabalhador, qualquer que seja a modalidade do serviço prestado”¹¹¹. Trabalhador, desta forma, é toda aquela pessoa que exerce uma atividade com dispêndio de energia, podendo ser esta física e/ou mental, em proveito próprio ou alheio, com escopo de atingir um determinado resultado, que pode ser econômico ou não.

A maioria da doutrina afirma que o empregado é o trabalhador, pessoa física, que atende aos requisitos de subordinação¹¹², pessoalidade¹¹³, onerosidade¹¹⁴ e não

¹¹¹ SUSSEKIND, Arnaldo. Da relação de trabalho in **SDI: Jurisprudência uniformizadora do TST** – v. 1, n. 1, Curitiba, PR: Decisório Trabalhista, 1996, p. 9.

¹¹² Em razão do empregador ser detentor dos meios de produção e assumir os riscos da atividade, existe, na relação empregatícia, esta subordinação jurídica. Em razão deste requisito intrínseco ao contrato de emprego surge o poder empregatício, dever de obediência do empregado ao empregador.

¹¹³ A pessoalidade é traduzida na necessidade que aquela pessoa contratada exerça a atividade laborativa, uma vez que ela foi contratada em razão das suas características pessoais.

¹¹⁴ Para ser considerado empregado é necessário que a pessoa preste o labor visando uma contraprestação pecuniária.

eventualidade¹¹⁵. Desta forma, o sujeito tem que se submeter ao poder diretivo do empregador, somente o empregado contratado deve exercer o labor, de maneira não eventual, em razão de uma contraprestação pecuniária - salário.

Desta forma, toda relação de emprego é uma relação de trabalho, mas o contrário não é válido. Vale ressaltar que a relação empregatícia somente se configura se estiver presente todos os requisitos acima elencados, na falta deles, haverá a relação de trabalho.

A profissão é “toda atividade humana lícita, remunerada, especializada e regulamentada por lei em sentido material e formal”¹¹⁶. Ou seja, é uma matéria que é tratada por meio de lei e esta deve seguir todo o trâmite do processo legislativo, tendo a apreciação feita pelo Congresso Nacional e devendo ser sancionada pelo Presidente da República.

Já ocupação é um trabalho reconhecido, mas que ainda não passou pelo processo de profissionalização, sendo reconhecida apenas pela Classificação Brasileira de Ocupações, o qual faz uma classificação junto aos registros administrativos e domiciliares.

3.2 ANÁLISE DA ESTRUTURA DO CONTRATO DE TRABALHO

Faz-se necessário esclarecer no que consiste o contrato de trabalho, uma vez que a teoria das nulidades trabalhistas se aplica a estes contratos que são eivados de alguma nulidade.

Segundo Maurício Godinho Delgado contrato é

o acordo tácito ou expresso mediante o qual ajustam as partes pactuantes direitos e obrigações recíprocas.¹¹⁷

Mais uma vez faz-se mister esclarecer a diferença entre contrato de trabalho e contrato de emprego. Aquele é gênero o qual o contrato de emprego é uma de suas

¹¹⁵ Em que pese haver na doutrina uma discussão do que seria a não-eventualidade, adotar-se-á, neste trabalho, o entendimento de que o serviço, objeto do contrato, não pode ser prestado de forma eventual, esporádica.

¹¹⁶ SILVA NETO, Manoel Jorge e. A proteção constitucional ao trabalho da prostituta *in* **Revista do Ministério Público do Trabalho**, ano XVIII, nº 36, setembro 2008, p. 24.

¹¹⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 520.

espécies. O contrato de trabalho seria todas as modalidades de contratação de trabalho humano modernamente admissível.¹¹⁸

Quanto ao contrato de emprego pode-se recorrer à CLT, nos artigos 2^o¹¹⁹, 3^o¹²⁰ e 442¹²¹ ¹²², todos deste diploma legal supramencionado, e verificar-se-á que o objeto do contrato de emprego é a prestação do labor que deve ser desempenhado necessariamente por pessoa física a um empregador qualquer este pode ser, portanto, pessoa física ou jurídica, devendo haver pessoalidade na prestação de serviço, bem como a não-eventualidade e a subordinação ao tomador do serviço e esta prestação deve ser remunerada, ou seja, deve haver a onerosidade¹²³.

De forma mais breve José Augusto Rodrigues Pinto afirma que contrato individual de emprego

é o ajuste tácito ou expresso que faculta ao empregador utilizar a energia pessoal e permanente de empregado, mediante subordinação e retribuição, para a realização dos fins de sua empresa.¹²⁴

O acordo tácito entre o tomador de serviço e aquele que o exerce está expressamente reconhecido pela CLT, no seu artigo 442.¹²⁵ Desta forma, diante de uma circunstância fática, ainda que não exista contrato escrito ou verbal, bastando,

¹¹⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 287.

¹¹⁹ Art. 2^o - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

§ 1^o - Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

§ 2^o - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

¹²⁰ Art. 3^o - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

¹²¹ Art. 442 - Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.

Parágrafo único - Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela. (Incluído pela Lei nº 8.949, de 9.12.1994)

¹²² O artigo 442 da CLT é criticado pela doutrina, uma vez que a redação do mesmo acaba por confundir os elementos subjetivos do contrato, que é o acordo de vontades, com o elemento objetivo, a relação jurídica contratual. Ademais, a leitura do artigo leva a crer erroneamente que toda relação de trabalho é uma relação de emprego.

¹²³ PINTO, José Augusto Rodrigues. **Curso de direito individual do trabalho: noções fundamentais de direito do trabalho, sujeitos e institutos do direito individual**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2003, *passim*.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 161.

¹²⁵ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. As concepções da relação de trabalho *in Revista do Direito do Trabalho*, ano 33, nº 127, jul.-set./2007, p.140.

portanto, a manifestação de vontade, haverá a relação de trabalho – e também de emprego-, por consequência, o contrato de trabalho firmado de maneira tácita. De acordo com Valentin Carrion

a simples tolerância de alguém permitindo e usufruindo o trabalho alheio terá os mesmos efeitos jurídicos do pacto expresso, se o esforço humano desenvolvido estiver cercado das mesmas características do contrato de emprego.¹²⁶

Feita a análise do objeto do contrato de trabalho faz-se necessário estudar a sua natureza jurídica. Existem duas teorias, a anticontratualista e a contratualista. Aquela, como o próprio nome sugere, nega a natureza contratual, a necessidade de manifestação subjetiva para concretização da relação de empregado e empregador, se subdivide em duas outras teorias - a da relação de trabalho e a teoria da instituição.

A teoria da relação de trabalho entende que basta a ocorrência da prestação de serviço, não exigindo qualquer pactuação ou manifestação da vontade para a existência do vínculo trabalhista.¹²⁷

Já a teoria da instituição, também chamada de institucionalismo, prega ser a relação de emprego a simples inserção do trabalhador na empresa, considera que o empregado encontra-se inserido na organização empresarial¹²⁸ e que a empresa é uma instituição. Não se indaga a respeito do aspecto contratual, mas da inserção daquele que presta o labor no universo da empresa.¹²⁹

Alice Monteiro de Barros defende que a teoria anticontratualista fracassou e aduz que

exatamente porque as relações de fato, sejam elas fundadas na “incorporação” ou na “ocupação”, têm na origem um contrato, seja ele expresso ou tácito. Ademais, o desejo de se construir um Direito do Trabalho sobre os alicerces de uma “comunidade” ficaram reduzidos à ideia de voltar a um tipo de relação de trabalho inconciliável com as exigências técnicas, econômicas e sociais da produção do mundo moderno¹³⁰.

Em contrapartida, a teoria contratualista moderna defende a natureza jurídica contratual da relação empregado e empregador, desta forma, haverá a necessidade

¹²⁶ CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 33. ed., atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 442.

¹²⁷ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 136.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 136.

¹²⁹ JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 275.

¹³⁰ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 191.

da convergência de vontades entre os sujeitos desta relação. O elemento consensual é imprescindível para o aperfeiçoamento dos contratos, não sendo necessário, entretanto, um contrato escrito, como já salientado.

A teoria contratualista é a adotada no Brasil e como todo negócio jurídico há requisitos que devem ser preenchidos para que o contrato seja existente, válido e eficaz. Discorrer-se-á a seguir sobre tais pressupostos.

3.3 PRESSUPOSTOS DE EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA DO CONTRATO DE TRABALHO

O estudo dos pressupostos de existência, validade e eficácia do contrato é de muita relevância para este estudo, uma vez que a atividade de prostituição será o objeto do contrato, atingindo o plano da validade. E caso entenda tratar-se de um objeto ilícito, haverá uma nulidade e deverá verificar se vai haver ou não a aplicação da teoria das nulidades trabalhistas. Assim como, se entender tratar-se de um objeto lícito não há que se falar de nulidade, uma vez que será considerado um contrato válido.

Inicialmente o contrato deve ser existente e, segundo Marcos Bernardes de Mello no “plano da existência não se cogita de invalidade ou eficácia do fato jurídico, importa, apenas, a realidade da existência”¹³¹. Para um negócio jurídico ser existente é necessário haver manifestação de vontade, sujeitos, objeto e forma.

A manifestação de vontade é o consenso entre os sujeitos e no que tange a este elemento, como já exposto, o artigo 442 da CLT nos evidencia a possibilidade da manifestação de vontade ser expressa ou tácita. Para concretização deste elemento é necessário que exista agentes para emitir tal vontade, este é o segundo elemento existencial no contrato de emprego¹³².

No que se refere ao objeto do contrato de emprego, este é a prestação do labor humano. Por fim, é necessário que exista uma forma para se exteriorizar a

¹³¹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 20. ed. São Paulo, Saraiva, 2014, p. 154.

¹³² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil, volume 4: contratos**, tomo I: teoria geral. 11. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 57.

manifestação de vontade dos agentes em relação ao objeto, segundo Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, não se discute aqui adequação, mas apenas a existência de uma exteriorização.¹³³

Desta forma, havendo estes quatro elementos supramencionados pode-se concluir que o contrato de emprego existe na realidade fática.

Adentrando no plano da validade, o art. 104 do CC¹³⁴ disciplina que para ser o contrato válido deve ter um agente capaz, um objeto lícito, possível, determinado ou determinável, a forma deve ser prescrita ou não defesa em lei e a manifestação de vontade deve ser livre e de boa fé.

Quanto à capacidade das partes, que seria justamente a aptidão necessária para exercer atos da vida civil, seja por si ou por outrem, é necessário identificar que em um contrato de emprego há a figura do empregado e do empregador. Com relação a este a lei trabalhista não introduziu inovações ao que já se estabeleceu no Código Civil¹³⁵. Entretanto, o mesmo não ocorreu com a capacidade do empregado, já que a lei trabalhista fez previsão de algumas especificidades normativas como, por exemplo, a maioria trabalhista, que é atingida quando o sujeito completa 18 anos.^{136 137}

A leitura do art. 7º, XXXIII da CF¹³⁸, bem como a dos artigos 402¹³⁹ e 403¹⁴⁰ da CLT evidencia que a capacidade plena do empregado acontecerá a partir dos 18 anos.

¹³³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil, volume 4: contratos**, tomo I: teoria geral. 11. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 58.

¹³⁴ 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.

¹³⁵ O Código Civil sofreu alterações por intermédio da Lei nº 13.146/15, que está no período de *vacatio legis*. Foram revogados todos os incisos do artigo 3º do CC. A alteração incluiu como plenamente capaz, em regra, as pessoas com deficiência. Eventualmente, e em casos excepcionais, estes deficientes podem ser considerados como relativamente incapaz. Os doutrinadores afirmam que o sistema de incapacidades deixou de ter um modelo rígido, passando a ser mais maleável. O único caso de incapacidade absoluta é o menores de 16 anos e com relação à incapacidade relativa só abrange 3 hipóteses, menoridade entre 16-18 anos, ébrios habituais, viciados em tóxicos e pródigos.

¹³⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 529-531.

¹³⁷ Dos 16 aos 18 anos o sujeito possui capacidade relativa para atos da vida trabalhista, pode ser parte na relação de trabalho, mas há algumas restrições. O menor de 18 anos não pode, por exemplo, laborar em período noturno ou em circunstâncias perigosas ou insalubres.

¹³⁸ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;

Os menores de 18 anos, por não ter capacidade plena, dependem de assistência de seus pais ou tutores no instante da contratação. A pessoa que tem entre 14 e 18 anos incompletos é considerado, no âmbito trabalhista, detentor de uma capacidade relativa e aquele que tem idade entre 14 e 16 anos pode trabalhar na condição de aprendiz¹⁴¹.

Vale ressaltar que mesmo que o sujeito seja emancipado civilmente, ele será considerado menor de idade, relativamente incapaz no âmbito trabalhista, recaindo sobre ele todas as restrições protetivas previstas nos artigos supracitados¹⁴².

Já em relação à manifestação de vontade a lei exige que esta seja livre e regular, podendo ser, inclusive, tácita. Marcos Bernardes de Mello afirma que a manifestação de vontade deve ser, ainda, autêntica, íntegra e hígida¹⁴³.

Ainda no plano da validade, é necessário que a vontade seja exteriorizada de forma adequada, livre, prescrita ou não defesa em lei. Em regra, o contrato no direito moderno não tem que observar uma forma adequada, a forma não pode ser, todavia, contrária à lei¹⁴⁴. Ocorre que se a lei exigir, para a formalização de ato jurídico, determinada forma, esta deve ser atendida¹⁴⁵.

Quanto à forma regular ou não proibida no âmbito do Direito do Trabalho, mais especificadamente na celebração de um contrato empregatício, não há, em princípio, qualquer instrumentalização específica obrigatória. O contrato de trabalho

¹³⁹ Art. 402. Considera-se menor para os efeitos desta Consolidação o trabalhador de quatorze até dezoito anos.(Redação dada pela Lei nº 10.097, de 2000)

Parágrafo único - O trabalho do menor rege-se-á pelas disposições do presente Capítulo, exceto no serviço em oficinas em que trabalhem exclusivamente pessoas da família do menor e esteja este sob a direção do pai, mãe ou tutor, observado, entretanto, o disposto nos arts. 404, 405 e na Seção II. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

¹⁴⁰ Art. 403. É proibido qualquer trabalho a menores de dezesseis anos de idade, salvo na condição de aprendiz, a partir dos quatorze anos.(Redação dada pela Lei nº 10.097, de 2000)

Parágrafo único. O trabalho do menor não poderá ser realizado em locais prejudiciais à sua formação, ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social e em horários e locais que não permitam a freqüência à escola.(Redação dada pela Lei nº 10.097, de 2000)

¹⁴¹ MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: reações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 162.

¹⁴² GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 152.

¹⁴³ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 73.

¹⁴⁴ DIREITO, Carlos Gustavo Vianna. **Do Contrato: Teoria geral**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 70.

¹⁴⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. *Op. cit.*, p. 76.

pode ser, inclusive, ajustado de maneira tácita, uma vez que não se trata de um pacto solene.¹⁴⁶

Entretanto, sempre que a legislação trabalhista exigir forma especial para a celebração do contrato individual de emprego esta deverá ser atendida, é o que ocorre, por exemplo, com o contrato de aprendizagem, contrato de trabalho temporário, etc. Segundo o autor Gustavo Filipe Garcia, ainda nestes casos, eventual ausência de forma escrita apenas pode fazer com que o pacto permaneça como um contrato de trabalho comum.¹⁴⁷

Por fim, para concluir o estudo do plano da validade do contrato, o objeto deve ser lícito, possível, determinado ou determinável, o que importa é a licitude da natureza dos serviços.

No que tange à licitude do objeto, tratar-se-á melhor no capítulo seguinte, entretanto, importante salientar agora que a doutrina indica que somente será reputado válido o contrato de trabalho que tenha um objeto lícito. Portanto, acaso a atividade prestada se enquadre em um tipo penal ou em uma contravenção penal, a lei determina que não haverá qualquer repercussão de caráter trabalhista, ou seja, o contrato de trabalho não seria válido¹⁴⁸.

O objeto do contrato de trabalho não pode ofender a lei, deve estar, a doutrina entende, em consonância com a moral, os bons costumes e a ordem pública¹⁴⁹. Têm-se como exemplo de contrato que possuem objetos ilícitos, o contrato de emprego de um matador, de um serviço de narcotráfico ou ainda com relação ao jogo do bicho¹⁵⁰.

O objeto deve ser, ainda, possível e o será quando for material e juridicamente viáveis, quando estiver dentro das forças humanas, das forças da naturezas e dentro da possibilidade legal.¹⁵¹ A impossibilidade material se refere a obstáculos físicos

¹⁴⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 534.

¹⁴⁷ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 154.

¹⁴⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. *Op. cit.*, p. 532- 533.

¹⁴⁹ FERREIRA, Lucélia Aparecida de Lima. **Trabalho ilícito X Trabalho proibido**. Disponível em: http://www.viannajunior.edu.br/files/uploads/20131001_110510.pdf. Acesso em 26/08/2014 às 19:09, p. 56.

¹⁵⁰ MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: reações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 164.

¹⁵¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 374.

que nenhum humano superaria, por outro lado, a impossibilidade jurídica diz respeito a obstáculos que a legislação impõe.¹⁵²

Há também a exigência do objeto ser determinado, o será quando houver certeza sobre a prestação a realizar-se, identificando e descrevendo o objeto do contrato de emprego.¹⁵³

O plano da eficácia do negócio jurídico é a aptidão para produzir efeitos, a regra é que se o contrato for existente e válido, imediatamente passe a produzir seus efeitos. Entretanto, em certos casos, é possível inserir elementos acidentais do negócio jurídico, quais sejam: condição, termo e encargo, que limitam a produção imediata de efeitos ou fazem cessá-los.¹⁵⁴

Condição, segundo o artigo 121 do CC¹⁵⁵, é o instituto que condiciona o efeito do contrato a um evento futuro e incerto que pode ser uma condição resolutiva ou suspensiva, aquela ocorre quando uma vez ocorrida o evento extinguir-se-á o contrato. A condição suspensiva, todavia, prevê que determinado negócio jurídico somente tenha eficácia quando ocorrer a condição.

No âmbito trabalhista o instituto da condição é possível e pode-se citar como exemplo de condição resolutiva o contrato por obra certa, mas que o termo é incerto.¹⁵⁶ A condição suspensiva pode ser exemplificada nos casos em que os empregadores outorgam alguns complementos salariais criados por força da autonomia privada, criam, por exemplo, prêmios condicionados a um período de observação.¹⁵⁷

Termo é evento futuro e certo, podendo figurar no âmbito trabalhista como termo final, através de contrato por prazo determinado, por exemplo.¹⁵⁸

Já o instituto do encargo é uma determinação acessória em que impõe um ônus lícito e possível em detrimento de concessão de uma vantagem. Somente pode ser

¹⁵² MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**: reações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 164.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 166.

¹⁵⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil, volume 4**: contratos, tomo I: teoria geral. 11. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 60.

¹⁵⁵ Art. 121. Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto.

¹⁵⁶ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 200.

¹⁵⁷ MARTINEZ, Luciano. *Op. cit.*, p. 169.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 169.

previsto nos contratos celebrados a título gratuito, em razão disso não pode ser previsto em contrato de emprego.¹⁵⁹

Após a devida e necessária compreensão do estudo dos planos do negócio jurídico, faz-se necessário estudar os vícios e defeitos do contrato de trabalho.

3.4 VÍCIOS E DEFEITOS DO CONTRATO DE TRABALHO

Quando houver qualquer erro que macule a validade do negócio jurídico, o contrato vai ser considerado inválido. Segundo Maurício Godinho Delgado, nulidade é

a invalidação da existência e/ou dos efeitos jurídicos de um ato ou seu componente em virtude de se chocar com regra jurídica imperativa.¹⁶⁰

A nulidade decorre, portanto, da ocorrência de algum vício ou defeito em um ato ou em algum elemento integrante, neste caso que iremos tratar, do contrato de emprego. Desta forma, haverá nulidade quando existir alguma incongruência legal com os seguintes requisitos: agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável, a forma prescrita ou não defesa em lei e a manifestação de vontade livre e de boa fé, conforme assevera o artigo 166 do Código Civil.¹⁶¹

O negócio jurídico também pode ser anulado em razão de vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

Conclui-se, portanto, que caso exista um erro em elemento nuclear de seu suporte fático, decorrente de específica contrariedade a direito, o negócio jurídico vai sofrer a incidência da norma invalidante, cuja consequência é torná-lo inválido (que pode ser nulo ou anulável).¹⁶² Desta forma, a nulidade do ato decorre de uma inobservância

¹⁵⁹ MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**: reações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 169.

¹⁶⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 538-539.

¹⁶¹ Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;

II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;

III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;

IV - não revestir a forma prescrita em lei;

V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;

VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;

VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

¹⁶² MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 85-86.

dos elementos essenciais, salvo na hipótese de incapacidade relativa, que ocasiona anulabilidade.¹⁶³

O vício de maior relevância para este trabalho é o que se relaciona com o objeto do contrato de emprego, a prestação do serviço, que será abordado com maiores detalhes nos itens seguintes. Insta salientar, entretanto, que a doutrina diferencia ilicitude de irregularidade do trabalho. Este seria o labor que se realiza em desacordo a norma imperativa vedatória do trabalho envolvendo certos tipos de empregados ou certas circunstâncias; a ilicitude, entretanto, ocorre quando o trabalho compõe um tipo legal penal ou concorre diretamente para ele.¹⁶⁴

Para Pontes de Miranda, o ordenamento jurídico deve recusar validade ao que levaria à prática do que a lei reprovava, este seria o fundamento da nulidade por ilicitude.¹⁶⁵

Para melhor compreensão dos vícios, faz-se necessário tratar dos tipos de nulidades e seus efeitos, analisar-se-á a seguir.

3.4.1 Tipos de invalidades e seus respectivos efeitos

A nulidade é uma sanção aplicada em razão de uma inobservância ao preceito legal. A nulidade, neste ambiente trabalhista compreende graus diferentes de aplicação, podendo ser total e parcial ou, ainda, absoluta ou relativa. Tratar-se-á deste tema agora.

3.4.1.1 Nulidade total e parcial

A nulidade pode ser total ou parcial. É possível que o defeito constante em um contrato de trabalho afete o próprio vínculo ou parte do conteúdo da relação criada.

¹⁶³ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 126.

¹⁶⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 533.

¹⁶⁵ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado: parte geral**, tomo IV – Validade. Nulidade. Anulabilidade. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 151.

A nulidade total ocorre quando se tratar de um defeito extremamente grave em relação a algum elemento essencial do contrato e, por isso, a nulidade se estende seus efeitos ao conjunto¹⁶⁶, atingindo todo o negócio jurídico.

Em contrapartida, parcial ocorrerá quando o defeito recair em algum elemento não essencial do contrato, atinge tão somente a mera cláusula do contrato e não um elemento constitutivo essencial. Neste caso, a decretação da nulidade, que terá neste caso efeito *ex tunc* ao surgimento do vício tem o condão de corrigir o defeito, ou seja, preservar-se o conjunto do contrato.¹⁶⁷ Essa preservação do negócio jurídico decorre do princípio da conservação do negócio jurídico.

Desta forma, conclui-se que havendo nulidade parcial não haverá invalidação do vínculo empregatício, esse vai subsistir toda vez que não for afetado substancialmente.

3.4.1.2 Nulidade absoluta e relativa

A invalidade do contrato é gênero que comporta duas espécies nulidade e anulabilidade (também chamada de nulidade relativa), que se distinguem pelo efeito que provocam¹⁶⁸ e pelo interesse protegido pela norma. No caso de tratar de interesse público, haverá a incidência da nulidade, todavia, se se tratar de interesse particular, haverá a aplicação da anulabilidade.

A nulidade relativa é instituída de interesse particular, de uma parte do contrato de trabalho, em razão disto, não pode ser decretada de ofício, somente mediante requerimento do interessado. Vale ressaltar que a anulabilidade é sanável e seus efeitos persistem até a declaração da invalidade, devendo observar o prazo prescricional¹⁶⁹, sob pena de convalidação.

No negócio jurídico anulável não há necessidade de praticar um novo ato para a validação, basta que o vício existente seja sanado.

¹⁶⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 543.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 543.

¹⁶⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do Direito do Trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 24. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 548.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 548-549.

A nulidade relativa ocorre nos casos em que o contrato de trabalho fere normas de proteção ao trabalho relacionado aos interesses estritamente individuais.¹⁷⁰

Em contrapartida, a nulidade absoluta, por ir de encontro com as exigências de caráter geral e de ordem pública, há um maior rigor no que tange aos seus efeitos. Ela é imprescritível, pode ser argüida por qualquer interessado, Ministério Público e pode ser conhecida de ofício pelo Juiz, no primeiro momento que ele tiver conhecimento da nulidade. Ademais, a nulidade absoluta é insanável, ou seja, o contrato não pode ser convalidado, o que pode ocorrer que a conversão do contrato nulo em outra forma de contrato aproveitável, desde que a conversão atenda ao objetivo das partes, pela nova forma substitutiva.¹⁷¹

Conclui-se, desta forma, que a nulidade absoluta ocorre quando fere normas de proteção ao trabalho relacionado a interesses que se sobrepõe aos individuais, ou seja, envolve uma tutela de interesse público concomitantemente aos interesses individuais.¹⁷² A CLT no artigo 9º¹⁷³ traz exemplos de nulidade absoluta.

3.4.2 Teoria trabalhista de nulidades

No direito civil, prevalece o entendimento de que verificada a nulidade, o ato deve ser suprimido do mundo jurídico e a situação deve retornar à situação jurídica anterior. O que for absolutamente nulo terá efeito *ex tunc* da decretação judicial da nulidade, ou seja, não terá nenhum efeito jurídico e, inclusive, será excluído até mesmo os fatos que já ocorreram. O direito do trabalho se difere do direito civil neste aspecto, naquele foi desenvolvida uma teoria específica com relação ao problema das nulidades.¹⁷⁴

Segundo o autor Amauri Mascaro Nascimento, a necessidade de tratamento diferente na aplicação da teoria das nulidades no âmbito trabalhista, reside em três

¹⁷⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 543-544.

¹⁷¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do Direito do Trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 24. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 548.

¹⁷² DELGADO, Mauricio Godinho. *Op. cit.*, p. 544.

¹⁷³ Art. 9º Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

¹⁷⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. *Op. cit.*, p. 539.

fatores: 1) o princípio da conservação do contrato de trabalho; 2) a impossibilidade de restituição das partes ao “*status quo ante*” e 3) a facilitação do enriquecimento ilícito.¹⁷⁵

Ademais, a natureza especial da relação de emprego, em face do tipo da prestação devida pelo empregado, segundo os autores Orlando Gomes e Elson Gottschalk, não se compadece com a retroatividade dos efeitos da decretação da nulidade. Desta forma, a diretriz que afirma que o negócio jurídico nulo nenhum efeito produz, não se pode aplicar ao contrato de trabalho.

Ocorrendo alguma nulidade em um contrato de trabalho alguns efeitos poderão ser obtidos, isto ocorre em razão da impossibilidade de voltar ao estado anterior, pois é inviável devolver o dispêndio que o sujeito exerceu para o bom desenvolvimento do trabalho, devolver a força de trabalho¹⁷⁶, ademais o empregador já se beneficiou definitivamente do seu trabalho.

Justamente em razão da impossibilidade de restituir a parte ao “*status quo ante*”, deve-se reconhecer alguns efeitos, evitando, desta forma, o enriquecimento ilícito.

No direito do trabalho tem, como regra geral, o critério da irretroatividade da nulidade decretada, ou seja, uma vez a nulidade conhecida a mesma terá efeito *ex nunc*, ou seja, somente a partir de então é que os fatos e os efeitos deverão ser suprimido do mundo jurídico. Desta forma, ainda que o contrato seja tido como nulo posteriormente, até o instante da decretação da sua respectiva nulidade o contrato produzirá seus efeitos jurídicos.¹⁷⁷

É necessário que se reconheça os direitos trabalhistas ao empregado, uma vez que este cumpriu com a parte do contrato, já que prestou a atividade, se não fosse desta forma haveria, inclusive, enriquecimento sem causa do tomador de serviço.

A teoria das nulidades trabalhistas se subdivide em três formas, a depender do caso concreto esta teoria pode ser aplicada de forma plena, aplicada de forma restrita ou, ainda, casos em que a teoria das nulidades trabalhistas não vão incidir. Neste caso,

¹⁷⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**: história e teoria geral do Direito do Trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 24. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 549.

¹⁷⁶ SOUZA, Ronald Amorim e. **Direito do Trabalho**: estudos. Salvador, 1997, p. 13.

¹⁷⁷ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 128.

aplicar-se-á a nulidade prevista no Código Civil de 2002. Analisar-se-á a seguir os possíveis tipos de tratamento no âmbito trabalhista.

3.4.2.1 Aplicação plena da teoria trabalhista

A aplicação plena da teoria trabalhista como o nome sugere, vai haver uma plena aplicação da teoria trabalhista da nulidade. Neste caso vai haver o reconhecimento de todos os efeitos justrabalhistas ao contrato irregularmente celebrado.¹⁷⁸

Quando se tratar somente de trabalho irregular, também chamado de trabalho proibido, o direito do trabalho confere efeitos justrabalhistas plenos. Não poderá, entretanto, permanecer na irregularidade, haverá a necessidade de corrigir o vício ou não o sendo possível, extinguir-se o contrato.¹⁷⁹ O trabalho proibido é todo aquele que é prestado em desacordo com norma de proteção trabalhista.

A título de exemplo de trabalho irregular pode-se citar aquele executado por menores em período noturno. É possível que uma conduta irregular, seja também ilícita, mas não necessariamente o será.

A partir da aplicação da teoria da nulidade não poderá permanecer na irregularidade. Ocorre, por exemplo, quando não atende ao elemento capacidade, que é essencial do contrato de trabalho, ou seja, o trabalho prestado por menor de 16 anos. São situações que a irregularidade ofende bem jurídico de interesse do obreiro ou, ainda, não agride interesse estritamente público.¹⁸⁰

Conclui-se, portanto, que se o bem jurídico afrontado pela irregularidade disser respeito principalmente a interesse do trabalhador ou não agredir interesse estritamente público, aplica-se de forma plena a teoria da nulidade trabalhista.¹⁸¹

¹⁷⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 540-541.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 533-534.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 540-541.

¹⁸¹ ALMEIDA, Vanesca Cristina. **Contrato de trabalho a termo**. 2009. Pós-graduação. Universidade Candido Mendes, Rio de Janeiro. Disponível em: http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/k210934.pdf. Acesso em 30/09/2015 às 20:30, p. 39.

3.4.2.2 Aplicação restrita da teoria trabalhista

Ocorre que nem sempre será possível aplicar de forma plena a teoria das nulidades trabalhistas, podendo ser aplicada a de forma restrita. É necessário verificar qual o defeito que foi originado do ato jurídico e mais, qual o bem jurídico afrontado por este defeito, pois são estes aspectos que vão graduar a aplicação das teorias das nulidades trabalhistas, se vai ser aplicada de maneira plena, restrita ou, simplesmente, não irá ser aplicada.¹⁸²

Na medida em que o bem jurídico se aproxima do interesse público, tende-se a restringir, proporcionalmente, a aplicação da teoria das nulidades trabalhistas.

Neste sentido, existe jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal em aplicar de forma restrita a teoria das nulidades trabalhistas nos casos de contratação pela Administração Pública sem concurso público, concedendo além do saldo

¹⁸² DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 541-542.

salarial a possibilidade de levantar os valores recolhidos a título de FGTS.¹⁸³ Este posicionamento já era sumulado pelo TST.¹⁸⁴

3.4.2.3 Inaplicabilidade da teoria especial trabalhista

A doutrina argumenta que a inaplicabilidade da teoria especial trabalhista decorre de uma violação ao bem social de muita relevância. Neste caso aplicar-se-á a teoria clássica do direito civil, em que não haverá a produção de qualquer efeito trabalhista, mesmo tendo havido prestação laboral.

Se a nulidade for absoluta terá, ainda no âmbito do direito do trabalho, efeitos retroativos, retorna ao “*status quo ante*”, momento antes de estipular o contrato

¹⁸³ Ementa: TRABALHISTA E CONSTITUCIONAL. MP 2.164-41/2001. INCLUSÃO DO ART. 19-A NA LEI 8.036/1990. EMPREGADOS ADMITIDOS SEM CONCURSO PÚBLICO. CONTRATAÇÃO NULA. EFEITOS. RECOLHIMENTO E LEVANTAMENTO DO FGTS. LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA NORMA. 1. O art. 19-A da Lei 8.036/90, incluído pela MP 2.164/01, não afronta o princípio do concurso público, pois ele não infirma a nulidade da contratação feita à margem dessa exigência, mas apenas permite o levantamento dos valores recolhidos a título de FGTS pelo trabalhador que efetivamente cumpriu suas obrigações contratuais, prestando o serviço devido. O caráter compensatório dessa norma foi considerado legítimo pelo Supremo Tribunal Federal no RE 596.478, Red. p/ acórdão Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/3/2013, com repercussão geral reconhecida. 2. A expansão da abrangência do FGTS para cobrir outros riscos que não aqueles estritamente relacionados com a modalidade imotivada de dispensa – tais como a própria situação de desemprego e outros eventos socialmente indesejáveis, como o acometimento por doença grave e a idade avançada – não compromete a essência constitucional do fundo. 3. A MP 2.164/01 não interferiu na autonomia administrativa dos Estados, Distrito Federal e Municípios para organizar o regime funcional de seus respectivos servidores, uma vez que, além de não ter criado qualquer obrigação financeira sem previsão orçamentária, a medida em questão dispôs sobre relações jurídicas de natureza trabalhista, dando nova destinação a um valor que, a rigor, já vinha sendo ordinariamente recolhido na conta do FGTS vinculada aos empregados. 4. Ao autorizar o levantamento do saldo eventualmente presente nas contas de FGTS dos empregados desligados até 28/7/2001, impedindo a reversão desses valores ao erário sob a justificativa de anulação contratual, a norma do art. 19-A da Lei 8.036/90 não acarretou novos dispêndios, não desconstituiu qualquer ato jurídico perfeito, nem investiu contra nenhum direito adquirido da Administração Pública, pelo que não há falar em violação ao art. 5º, XXXVI, da CF. 5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade – ADI 3127/DF. Relator: Teori Zavascki. Julgamento 26/03/2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28administra%E7%E3o+p%FAblica+sem+concurso%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/q28oau5>. Acesso em: 23/10/2015 às 00:11).

¹⁸⁴ **Súmula nº 363 do TST: CONTRATO NULO. EFEITOS (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003**

A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS. (Tribunal Superior do Trabalho. **Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho.** (Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-363. Acesso em: 23/10/2015 às 00:25).

nulo, como se este não tivesse sido celebrado. Portanto, o empregado não tem o direito de cobrar sequer o salário ajustado. Segundo o autor Vólia Bomfim Cassar não se pode “compensar” trabalho ilícito se o empregado dele participou diretamente, por isso que não se deve pagar o salário¹⁸⁵.

Neste cenário, os autores Orlando Gomes e Elson Gottschalk se posicionam no sentido de defender a máxima “trabalho feito é salário ganho”, ainda que a prestação de serviço tenha como fundamento uma convenção nula. Com relação a impossibilidade do empregado exigir o salário ajustado, afirmam que

é conseqüência evidentemente absurda, ainda mesmo se admitindo que o trabalhador possa exigir a remuneração com fundamento na regra que proíbe o *enriquecimento ilícito*. Porque a verdade é que a *retroatividade* só teria cabimento se o empregador pudesse *devolver* ao empregado a energia que este gastou no trabalho. Mas, como isso não é possível, os efeitos da *retroatividade* seriam unilaterais, isto é, beneficiariam exclusivamente ao empregador.¹⁸⁶

No trabalho ilícito o próprio objeto do contrato, a prestação de serviço é um ilícito penal, nestes casos, a doutrina afirma que a teoria das nulidades trabalhistas não deve ser aplicada. Desta forma, não se reconhece a produção de efeitos jurídicos trabalhistas.

A doutrina elenca, ainda, como hipótese de inaplicabilidade da teoria das nulidades trabalhistas o trabalho imoral, aquele que viola os bons costumes.¹⁸⁷

Os doutrinadores Jorge Neto e Cavalcante, em sua obra, afirmam que para tratar das questões relacionadas ao trabalho ilícito deve-se analisar o labor exercido pelo obreiro (objeto imediato) e como essa atividade é utilizada pelo tomador de serviço para o implemento da sua atividade econômica (objeto mediato).

O autor Delgado afirma que não existe efetivo trabalho, conclusão obtida sob uma perspectiva constitucional, em que afirma o labor como a produção humana de bens e serviços sob a ótica social. Para o referido doutrinador seria uma atividade que vai de encontro ao interesse público e, portanto, não merece qualquer proteção jurídica.

¹⁸⁵ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010, p. 550.

¹⁸⁶ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 127-128.

¹⁸⁷ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 168.

No caso de inaplicabilidade da teoria especial trabalhista nega-se qualquer repercussão trabalhista.¹⁸⁸

A regra geral da conseqüência do trabalho ilícito¹⁸⁹ é de negativa plena de efeitos jurídicos ao trabalho, não se podendo alegar o desconhecimento da vedação legal. Entretanto, é possível visualizar algumas possibilidades concretas de atenuação do preceito geral enunciado¹⁹⁰. Mauricio Godinho Delgado elenca duas possibilidades: a primeira quando o trabalhador não tem conhecimento do fim ilícito a que servia a prestação laboral e a segunda possibilidade consiste na evidente dissociação entre o labor prestado e o núcleo da atividade ilícita, ou seja, se os serviços que foram prestados não tiverem relação direta com o núcleo da atividade ilícita, para fins

¹⁸⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 542-543.

¹⁸⁹ Aquele que a prestação de serviço é ilícito, afronta o ordenamento jurídico e a própria lei penal.

¹⁹⁰ O TRT da 6ª Região vem decidindo de forma reiterada no sentido de reconhecer o vínculo empregatício, mesmo nos casos de "jogo do bicho", contrariando a própria Orientação Jurisprudencial nº199 da SDI-1, uma vez que reconhece o vínculo empregatício mesmo quando a prestação laboral é considerada ilícita.

(...) Mérito: Da validade do contrato de trabalho. "Jogo do Bicho". Do vínculo empregatício. De logo, registro ser possível o reconhecimento de vínculo de emprego em face de empresa que explora atividade de jogo do bicho, pois embora seja, de fato, classificado como contravenção penal, há muito é explorado sem qualquer constrangimento, tendo se alastrado pelo País, seja em face da inércia da sociedade, que tolera e convive lado a lado com a prática legalmente proibida, seja diante da falta de efetiva repressão das próprias autoridades competentes. As conhecidas "bancas" funcionam abertamente, em plena luz do dia, espalhadas em todos os pontos das cidades, assumindo o caráter de cena corriqueira o presenciar de apostas. Enfim, a conduta tipificada como delituosa é tolerada pelas autoridades e tranqüilamente exercida, de modo que, nas palavras de José César de Oliveira, "sua ilicitude se acha inteiramente esvaziada pela falta de reação social à sua prática, que ocorre abertamente de norte a sul e de leste a oeste, pela sabida e inequívoca tolerância das autoridades à sua exploração e, ainda, pelos freqüentes movimentos em favor de sua legalização formal." (grifos nossos - trecho extraído de sentença proferida pela Vara de Sete Lagoas, publicada em "Direito do Trabalho Aplicado/Relação de Emprego"; Coordenação da doutrinadora Alice Monteiro de Barros, BH, Livraria Del Rey, 1993, 3ª ed.; p 230/240). "Data venia" do entendimento consagrado na Orientação Jurisprudencial 199, da SDI-1, do C. TST, filio-me ao posicionamento deste Egrégio Tribunal Regional do Trabalho, que, no Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 00598-2002-017-06-00-6, decidiu pelo reconhecimento dos direitos decorrentes do pacto laboral na atividade de cambista de "jogo de bicho", com a edição da Súmula 12, "verbis": CONTRATO DE EMPREGO. ILICITUDE DO OBJETO. TRABALHO VINCULADO AO JOGO DO BICHO. CONTRAVENÇÃO PENAL. NULIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE DECLARAÇÃO COM EFEITOS RETROATIVOS. Configurados os requisitos do contrato de emprego, não de ser assegurados ao trabalhador os direitos constitucionais por força dos princípios da dignidade humana, da irretroatividade da declaração das nulidades no âmbito do Direito do Trabalho e da primazia da realidade por tratar-se, o jogo do bicho, de atividade socialmente arraigada e tolerada pelo Poder Público. Tenho, pois, como válido o contrato de trabalho mantido entre as partes, razão pela qual reputo correta a decisão que reconheceu o vínculo empregatício, determinando, em condenação de caráter solidário, a anotação da CTPS (...)

(PERNAMBUCO. Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região. Desembargador Relator: Valéria Gondim Sampaio. Julgado em: 3 de setembro de 2015. Disponível em: <http://apps.trt6.jus.br/consultaAcordaos/exibirInteiroTeor.php?documento=1568107&tipoProcesso=pje>. Acesso em: 22/10/2015 às 23:50).

justrabalhistas não serão considerados como ilícitos, ele cita como exemplo o servente em prostíbulo¹⁹¹.

3.5 A PROSTITUIÇÃO COMO TRABALHO

Para que o exercício da atividade possa ser aceito como trabalho faz-se necessário preencher os requisitos mínimos como, por exemplo, a atividade escolhida não pode ser legalmente proibida, como disciplina o inciso II do art. 5º da CF¹⁹².

Em que pese não ser a prostituição autônoma objeto deste trabalho, Manoel Jorge e Silva Neto¹⁹³ afirma que esta modalidade de prostituição é uma espécie de trabalho, pois trata-se de “uma atividade humana lícita, remunerada ou não que se dirige à obtenção de um resultado.” A atividade de prostituição preenche todos os requisitos para ser considerada como trabalho. Trata-se de uma atividade lícita, pois não é proibida pelo sistema brasileiro, logo, é permitida. Ademais, trata-se de uma atividade exercida por uma pessoa natural, em troca de remuneração e para atingir a satisfação do cliente¹⁹⁴.

Entretanto, no que se refere ao profissional do sexo que exerce a sua atividade laborativa por meio de um agenciador, este por ter um objeto contratual um tipo penal, portanto, é considerado um trabalho ilícito. Como tal, por lei não haveria possibilidade de haver um contrato empregatício, pois estaria eivado de uma nulidade absoluta e não seria possível, a doutrina afirma, a aplicação da teoria da nulidade trabalhista.

¹⁹¹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 533-534.

¹⁹² SANT’ANA, Cinthia Emmanuelle Lima. **A prostituição como atividade lícita: em busca de um novo padrão jurídico-trabalhista para os profissionais do sexo no Brasil**. 2012. Monografia. (Curso de Graduação em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, p. 73.

¹⁹³ SILVA NETO, Manoel Jorge e. A proteção constitucional ao trabalho da prostituta *in* **Revista do Ministério Público do Trabalho**, ano XVIII, nº 36, setembro 2008, p. 23-24.

¹⁹⁴ SANT’ANA, Cinthia Emmanuelle Lima. *Op. cit.*, p. 76.

3.5.1 Os princípios fundamentais e o trabalho da prostituta

A partir da Constituição Federal de 1988 é possível extrair diversos princípios fundamentais aplicáveis ao trabalhador, inclusive à prostituta. Vale ressaltar que na ausência de lei específica para regular a matéria da atividade de prostituição a CF é aplicada de maneira satisfatória, pois as normas constitucionais são suficientes para definir de que forma será tutelado o trabalho dos profissionais do sexo¹⁹⁵.

No que tange ao trabalho da prostituta, é possível visualizar diversos princípios fundamentais que se relacionam com tal labor como, por exemplo, os princípios da dignidade da pessoa humana e da liberdade profissional.

Faz-se necessário ressaltar que os princípios fundamentais são considerados normas jurídicas, “porquanto o constituinte ordinário resolveu pela sua inclusão, de modo explícito, no texto do direito positivo”¹⁹⁶.

Ainda que de forma sucinta é de fundamental importância identificar a função dos princípios fundamentais. Segundo José Joaquim Gomes Canotilho:

Os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por partes dos mesmos (liberdade negativa).¹⁹⁷

O princípio da dignidade da pessoa humana -“um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem”¹⁹⁸ - é considerado um *topoi*, desta forma é impossível conceituá-lo. Tal princípio, entretanto, é considerado estruturante do ordenamento jurídico brasileiro¹⁹⁹ e está em permanente processo

¹⁹⁵ SANT’ANA, Cinthia Emmanuelle Lima. **A prostituição como atividade lícita: em busca de um novo padrão jurídico-trabalhista para os profissionais do sexo no Brasil.** 2012. Monografia. (Curso de Graduação em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, p. 72.

¹⁹⁶ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 300.

¹⁹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional.** Coimbra: Almedina, 1993, p. 541.

¹⁹⁸ SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia *in* **Revista de Direito Administrativo**, 212, abril/jun., Rio de Janeiro: Livraria e Editora Renovar, LTDA, 1998, p. 92.

¹⁹⁹ SILVA, Natália Alves da. **Prostituição: a legalização da profissão e a possibilidade do reconhecimento do contrato de trabalho.** Disponível em: <http://www.educacaopublica.rj.gov.br/biblioteca/direito/0003.html> . Acesso em: 10/05/ 2015, p. 5.

de desenvolvimento e construção, uma vez que o conceito de “dignidade humana” é aberto.²⁰⁰

Segundo o doutrinador Ingo Wolfgang Sarlet, dignidade da pessoa humana é além de irrenunciável e inalienável, integrante da natureza humana e dele não pode ser destacado. Justifica, ainda, que a falta de definição jurídica da dignidade da pessoa humana reside no fato de que esta cuida de “valor próprio, da natureza do ser humano como tal”.²⁰¹

Extraí-se deste princípio a impossibilidade de se impor um tratamento ofensivo, discriminatório²⁰², degradante a um ser humano. Ao mesmo tempo, é o fundamento da exigência que todos os cidadãos tenham condições mínimas de sobrevivência.²⁰³ Desta forma, a prostituta, assim como qualquer ser humano, deve ser considerada digna, não podendo ser alvo de discriminações.

Quanto ao princípio da liberdade profissional, a CF prevê a igual dignidade entre todos os trabalhos existentes e, no seu art. 5º, XIII²⁰⁴, disciplina a liberdade de ação profissional definindo ser livre “o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

É possível conceituar a liberdade de trabalho como sendo

o direito de, no âmbito do território nacional, livremente decidir se pretende trabalhar, isto é, dedicar-se a atividade socioeconômica regular, remunerada e sistemática, e, em caso positivo, escolher a profissão ou o ofício e exercê-la livremente, desde que respeitadas as exigências de qualificação legalmente exigíveis.²⁰⁵

Vale ressaltar, todavia que a aplicação do inciso XIII, art 5º combinado com o artigo 5º, §1º, ambos da CF é imediata, uma vez que se trata de um direito fundamental.

²⁰⁰ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 75.

²⁰¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 100-101.

²⁰² Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello “determinados elementos ou traços característicos das pessoas ou situações são insuscetíveis de serem colhidos pela norma como raiz de alguma diferenciação”, sob pena de infringir a regra da igualdade. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed, atual., 19. Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, p. 15).

²⁰³ RAMOS, André de Carvalho. *Op. cit.*, p. 75.

²⁰⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

²⁰⁵ BOAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 117.

Desta forma, a liberdade a que se refere o inciso supracitado, não abrange somente as profissões que foram objeto de regulamentação²⁰⁶.

A liberdade profissional não é, entretanto, irrestrita. Alguns doutrinadores apontam a vedação de aceitar uma atividade como trabalho, ofício ou profissão, se a mesma for legalmente proibida.²⁰⁷

Desta forma, os doutrinadores apontam que o exercício da prostituição autônoma é plenamente protegido pela Constituição Federal, uma vez que em que pese não haver norma regulamentadora de tal labor, a eficácia do princípio fundamental da liberdade profissional é, como já visto, imediata. Soma-se o fato de não haver qualquer ilegalidade da pessoa se prostituir de maneira autônoma, sendo considerada, desta forma, uma atividade lícita.

Em contrapartida, a prostituta que exerce seu labor com o auxílio de um agenciador, objeto deste trabalho, não tem possibilidade, do ponto de vista legal, de exercer livremente a sua atividade, pois a exploração da prostituição é considerada ilícita no Brasil.

Para verificar se existe a possibilidade da prostituta que exerce seu labor em uma casa de prostituição ter um vínculo trabalhista ou empregatício com o seu agenciador faz-se necessário conceituar e diferenciar algumas espécies de trabalho e emprego, abordar-se-á a seguir.

3.5.2. Empregado

A definição de empregado está na CLT no artigo 3º. Segundo Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante “empregado é a pessoa natural que presta serviço de natureza não eventual a empregador e sob a dependência deste e mediante salário”.²⁰⁸

²⁰⁶ SANT’ANA, Cinthia Emmanuelle Lima. **A prostituição como atividade lícita:** em busca de um novo padrão jurídico-trabalhista para os profissionais do sexo no Brasil. 2012. Monografia. (Curso de Graduação em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, p. 72-73.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 73.

²⁰⁸ JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 302.

José Augusto Rodrigues Pinto elenca a subordinação, a pessoalidade, a onerosidade e a permanência ou não-eventualidade como elementos essenciais para caracterizar o empregado.²⁰⁹

A subordinação é explicada por várias teorias, a mais aceita é a subordinação jurídica. Segundo o autor Carlos Henrique Bezerra Leite significa

um estado de dependência real, decorrente de um contrato e produzido por um direito, o direito do empregador de comandar, de dar ordens, donde a obrigação correspondente para o empregado de se submeter a essas ordens. Vale dizer, não é a sua pessoa que fica sujeita ao poder do empregador, mas o modo como o seu trabalho é prestado àquele, ou seja, a subordinação incide sobre a sua atividade e não sobre a sua pessoa.²¹⁰

Já a pessoalidade significa que o contrato é prestado pelo empregado de maneira *intuitu personae*, ou seja, aquele é que deve prestar a atividade laborativa sem qualquer delegação, a menos que haja consentimento do empregador.

A onerosidade é a totalidade das percepções econômicas a serem recebidas pelo empregado, em razão do contrato de trabalho. Por ser um elemento essencial, caso o labor seja prestado de favor, por caridade ou gracioso, não haverá a figura do empregado.²¹¹

Já a não eventualidade se relaciona com a forma temporal como o trabalho é prestado. Para caracterizar a não eventualidade não pode ser prestado de forma transitória, acidental ou esporádico.²¹²

O empregado executa a atividade laborativa por conta alheia, o risco é assumido por aquele que contrata, ademais se submete aos poderes de fiscalização, de punição e de direção exercido pelo empregador.²¹³

Importante a definição de empregado, uma vez que no capítulo seguinte será abordado a (im)possibilidade da relação empregatícia entre o profissional do sexo e o agenciador ou o dono da casa de prostituição.

²⁰⁹ PINTO, José Augusto Rodrigues. **Curso de direito individual do trabalho: noções fundamentais de direito do trabalho, sujeitos e institutos do direito individual**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 108.

²¹⁰ BEZERRA, Carlos Henrique. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 161.

²¹¹ *Ibidem*, p. 161.

²¹² *Ibidem*, p. 162.

²¹³ JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 323.

3.5.3 Trabalho autônomo

O trabalho autônomo distingue-se do empregado pelos seguintes fatores: ausência de subordinação ao tomador do serviço e principalmente pela possibilidade de não haver pessoalidade.²¹⁴ Ademais, há, ainda, a diferença quanto à assunção de riscos da atividade que empreende, uma vez que diferentemente do empregado, o trabalhador autônomo assume os riscos da atividade que empreende.²¹⁵

O trabalhador autônomo é aquele “que exercer habitualmente, e por conta própria, uma atividade profissional remunerada”.²¹⁶

Os doutrinadores Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante elencam as seguintes características do trabalhador autônomo

(a) exerce livremente a sua atividade, estabelecendo quando e como os seus serviços serão realizados; (b) assume os riscos da sua atividade; (c) é comum que os serviços prestados estão vinculados a um determinado resultado do trabalho; (d) o resultado do trabalho pode ser obtido de forma individual pelo próprio trabalhador autônomo ou com o auxílio de outros trabalhadores por ele remunerados. Em suma: é um trabalhador por conta risco próprio.²¹⁷

No trabalho autônomo o prestador de serviço não se submete aos comandos do empregador, ou seja, ele atua como patrão de si mesmo. O trabalho autônomo está fora da égide do Direito do Trabalho.²¹⁸

Essa espécie de trabalho, neste estudo, é importante para esclarecer que o profissional do sexo quando exerce o seu trabalho sem exploração sexual, pode ser considerado trabalhador autônomo.

3.5.4 Trabalho eventual

O trabalhador eventual reúne quase todos os elementos essenciais para caracterizar uma relação empregatícia, falta-lhe apenas a “não eventualidade”.²¹⁹

²¹⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 349-350.

²¹⁵ SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Constitucional do Trabalho**. 2. ed., ampl. e atual. Rio de Janeiro: renovar, 2001, p. 97.

²¹⁶ BRASIL, Lei nº 5.890, de 8 de junho de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5890.htm. Acesso 24/08/2015 às 14:20.

²¹⁷ JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do trabalho**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 323.

²¹⁸ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 173.

Existem diversas teorias para definir os critérios objetivos de identificação do elemento “eventualidade”, quatro teorias se destacam: teoria do evento, teoria da descontinuidade, teoria dos fins da empresa, também chamada de fins do empreendimento e a teoria da fixação jurídica ao tomador dos serviços.²²⁰

A teoria do evento afirma que será trabalhador eventual aquele que em decorrência do acontecimento de um evento episódico na empresa, o sujeito é contratado para realizar um serviço esporádico.²²¹

A teoria da descontinuidade, por sua vez, considera trabalhador eventual o sujeito “que se vincula, do ponto de vista temporal, de modo fracionado ao tomador, em períodos entrecortados, de curta duração.” Essa teoria é rejeitada pela doutrina e jurisprudência.²²²

Já a teoria dos fins do empreendimento afirma que aquele que realiza atividades estranhas aos fins do empreendimento, seria trabalhador eventual, até porque pela sua própria natureza tenderá a ser episódica e curta.²²³

Por fim, a teoria da fixação jurídica entende que aquele que não se fixa a uma fonte de trabalho, a um tomador de serviços, é considerado trabalhador eventual.²²⁴

Alice Monteiro de Barros filia-se à corrente que afirma ser o trabalho eventual aquele que não se insere no âmbito das atividades normais de uma empresa. Vale lembrar que o trabalho eventual está fora da égide do direito do trabalho.²²⁵

Importante esclarecer o significado de trabalho eventual, uma vez que ausentes os requisitos de empregado, e presentes os requisitos do trabalho eventual, será analisado, no capítulo seguinte, a (im)possibilidade do profissional do sexo constituir relação de trabalho eventual com o agenciador ou dono da casa de prostituição.

²¹⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 355.

²²⁰ *Ibidem*, p. 355.

²²¹ *Ibidem*, p. 355.

²²² *Ibidem*, p. 355.

²²³ *Ibidem*, p. 355.

²²⁴ *Ibidem*, p. 355.

²²⁵ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 173-174.

3.6 A PROSTITUIÇÃO NA CLASSIFICAÇÃO BRASILEIRA DE OCUPAÇÕES

Por meio da Portaria nº 397/2002 houve a inclusão da profissão do sexo na Classificação Brasileira de Ocupações (CBO), nos evidenciando o reconhecimento deste labor enquanto trabalho²²⁶.

A prostituição, sob o título de “profissionais do sexo”, encontra-se descrita na CBO sob o número 5198-05. Na descrição sumária da ocupação contém a seguinte redação

Buscam programas sexuais; atendem e acompanham clientes; participam em ações educativas no campo da sexualidade. As atividades são exercidas seguindo normas e procedimento que minimizam a vulnerabilidade da profissão.

O site ainda traz alguns sinônimos a esta profissional: garota de programa, garoto de programa, meretriz, messalina, michê, mulher da vida, prostitua e trabalhador do sexo.²²⁷

Ainda não se pode falar que a atividade do profissional do sexo está regulamentada por lei, uma vez que não há, ainda, fixação de horas de trabalho, meio ambiente do trabalho, previdência social, direitos e deveres, saúde do trabalhador, local de prestação do trabalho e todas as demais previsões que uma regulamentação deve trazer.²²⁸

Ainda que tenha sido aprovada por uma portaria do Ministério do Trabalho e Emprego, a inclusão da profissão do sexo como uma ocupação mostra-se importante, representando um marco do reconhecimento da categoria.

²²⁶ SANT’ANA, Cinthia Emmanuelle Lima. **A prostituição como atividade lícita:** em busca de um novo padrão jurídico-trabalhista para os profissionais do sexo no Brasil. 2012. Monografia. (Curso de Graduação em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, p. 83.

²²⁷ Ministério do Trabalho e Emprego. **CBO** – Classificação Brasileira de Ocupações, 2002, Disponível em: <http://www.mtecbo.gov.br/cbsite/pages/home.jsf>. Acesso em 06/05/2015 às 12:00.

²²⁸ VALENÇA, Marcelo Morelatti. Contrato de Trabalho e a Prostituição. *In Temas em Direito do Trabalho:* direito material individual, v. I. São Paulo: LTr, 2008, p.130.

4 (IM)POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DO VÍNCULO TRABALHISTA DO PROFISSIONAL DO SEXO E (IN)APLICABILIDADE DAS TEORIAS DAS NULIDADES NA ATIVIDADE DE PROSTITUIÇÃO.

Após a devida análise acerca da relação de emprego, sua estrutura de contrato, perpassando pelos pressupostos de existência, validade e eficácia, bem como os possíveis vícios e defeitos do contrato e suas respectivas conseqüências, é possível se questionar sobre a possibilidade de reconhecimento do vínculo trabalhista do profissional do sexo e a conseqüente aplicação ou não das teorias das nulidades trabalhistas, na atividade da prostituição.

Abordar-se-á, neste capítulo, a (im)possibilidade de reconhecimento do vínculo empregatício do profissional do sexo, para isso é necessário diferenciar a atividade ilícita da atividade proibida, como também a prostituição autônoma da exploração da prostituição.

Em razão deste trabalho ter como objetivo o tratamento jurídico da exploração da prostituição, especificar-se-á a possibilidade do vínculo trabalhista entre o profissional do sexo e o seu agenciador ou dono da casa de prostituição.

Na sequência abordar-se-á a atipicidade material da conduta à luz do princípio da adequação social, bem como a visão dos tribunais brasileiros no tratamento da matéria.

Em seguida estudar-se-á os possíveis direitos e deveres trabalhistas inerentes ao profissional do sexo.

4.1 O PROFISSIONAL DO SEXO E A (IM)POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO

Em que pese haver um tópico específico que visa diferenciar a prostituição autônoma da exploração da prostituição, faz-se mister salientar neste momento que a lei estabelece tratamentos jurídicos-trabalhistas diferentes para o profissional do sexo que exerce sua atividade autonomamente e aquele que realiza por meio de agenciador.

O objeto deste trabalho, como já assinalado, é o tratamento jurídico do profissional do sexo com o seu agenciador, ou seja, é a exploração da prostituição. Neste sentido, haverá uma maior ênfase a esta relação e tratar-se-á em tópico apartado.

Entretanto, até mesmo para possíveis comparações, é importante salientar que não há qualquer questionamento acerca da possibilidade de haver uma relação empregatícia entre a prostituta autônoma e o seu cliente, tomador de serviço, uma vez que a prostituição autônoma é amplamente possível e não constitui qualquer crime. Vale dizer que para caracterização de vínculo deve estar presente os demais requisitos para que exista o contrato de emprego, o que não ocorre com a prostituta autônoma.

Vale ressaltar, ainda que o trabalho do profissional do sexo não somente é lícito, como amparado constitucionalmente, como visto em tópico apartado no capítulo anterior. Diferentemente com o que ocorre com a intermediação da prostituição, que configura uma conduta delituosa. Em razão desta prestação ser considerada, pelo Código Penal, um objeto ilícito, haverá um vício no contrato de emprego, o que ocasiona, segundo a doutrina, uma nulidade absoluta, como já foi demonstrado no capítulo anterior.

Se o objeto do contrato constituir atividade ilícita, criminosa ou contrária aos bons costumes, será nulo de pleno direito, por falta de um dos requisitos essenciais para a validade do ato.²²⁹

De igual sorte, já foi estudado a teoria das nulidades trabalhistas, oportunidade em que evidenciou-se que a maioria da doutrina afirma que nos casos de objeto ilícito haveria a inaplicabilidade da teoria das nulidades trabalhistas, incidindo a teoria clássica do direito civil, em que não haverá a produção de qualquer efeito trabalhista, mesmo tendo havido prestação laboral. Os efeitos da nulidade, neste caso, são retroativos, retorna ao "*status quo ante*", momento antes de estipular o contrato nulo, como se este não tivesse sido celebrado, negando qualquer repercussão trabalhista.

²²⁹ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 9. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 545.

4.1.1 Atividade ilícita X atividade proibida

A diferenciação de atividade ilícita para proibida é importante, uma vez que somente nas atividades tidas como ilícitas é que vai haver, para a doutrina e jurisprudência, a inaplicabilidade da teoria das nulidades trabalhistas. No caso da atividade proibida, entretanto, vai haver uma plena aplicabilidade da teoria das nulidades trabalhistas, conferindo efeitos jurídicos-trabalhistas plenos, desde o início da prestação laboral.

Como já salientado a atividade ilícita é aquela que se enquadra no tipo penal, ou seja, o próprio objeto do contrato, a prestação de serviço é um ilícito penal ou, ainda, se não estiver intimamente ligada, que tenha concorrido diretamente para a sua realização, tenha participado ativamente da ilicitude. Vale ressaltar a impossibilidade de se alegar o desconhecimento da vedação legal, mas à luz da boa fé, se o empregado desconhecia a ilicitude da atividade do empregador, afastar-se-á a nulidade do contrato de trabalho.

Nestes casos a doutrina defende a aplicação da teoria clássica civil, aplicando efeitos *ex tunc*, retroagindo para antes da elaboração do contrato de trabalho.

Já a atividade proibida, também chamada de irregular, ocorre quando existe um descumprimento de norma que veda o trabalho em certas circunstâncias, ou seja, que é prestado em desacordo com norma de proteção trabalhista. Em razão de vários elementos, a lei impede que a atividade laborativa seja exercida por determinadas pessoas ou em determinadas circunstâncias.²³⁰

Nestes casos o direito do trabalho confere efeitos justralhistas plenos, não havendo qualquer prejuízo salarial ou de outros direitos ao trabalhador. Segundo Gustavo Filipe Barbosa Garcia, os efeitos do contrato são resguardados, pois não pode ser interpretada e aplicada de forma contrária a quem ela visa proteger²³¹. Vale ressaltar que a partir do reconhecimento da nulidade surgirá a necessidade de sanar o vício e, em não sendo possível, cessar o contrato de trabalho.

²³⁰ JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa . **Curso de Direito do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 136

²³¹ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 164.

O trabalho executado por menores em período noturno, em condições insalubres ou perigosas, bem como o trabalho do menor de 16 anos (não sendo a hipótese de aprendizagem), são exemplos de trabalho irregular.

Como exemplo de trabalho ilícito a doutrina elenca a prostituta que vende o corpo em casa de lenocínio, a exploração da prostituição, o assassino contratado para matar os inimigos do empregador, o apontador do jogo do bicho, o médico que faz o aborto ilegal em clínicas especializadas, o trabalhador que exerce ilegalmente alguma profissão sem a necessária formação profissional ou administrativa, o vendedor de produto receptado.²³²

4.1.2 Prostituição autônoma X exploração da prostituição

Na prostituição autônoma o próprio profissional do sexo controla e oferece seu trabalho diretamente ao cliente, sem qualquer intermediação de terceiros. Não há qualquer crime em prostituir-se desta forma e seria perfeitamente possível constituir uma relação de trabalho ou empregatícia para com o cliente.

Nesses casos o profissional do sexo acerta as condições dos serviços diretamente com o cliente. Vale ressaltar que os serviços não são exclusivamente de natureza sexual, podendo ser outras prestações como, por exemplo, acompanhante, danças sensuais.

Em que pese não ser o tema central deste trabalho, vale dizer que nos casos de prostituição autônoma não há qualquer óbice em constituir uma relação de trabalho ou de emprego do profissional do sexo com o cliente. Para que a relação empregatícia ocorra, é necessário que os cinco elementos essenciais deste contrato estejam presentes. Caso não incida tais elementos, o profissional do sexo pode ser, ainda, trabalhador autônomo ou eventual, a depender de cada caso concreto. Para melhor definição, remete-se o leitor ao capítulo anterior, nos pontos 3.5.3 e 3.5.4.

A exploração da prostituição, todavia, é aquela em que o profissional do sexo exerce sua atividade por meio de um agenciador. Neste caso cabe ao agenciador ou dono da casa de prostituição estabelecer a intermediação entre o profissional do sexo e o

²³² CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 9. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 545.

cliente. Neste caso não há qualquer relação de trabalho entre o cliente e a prostituta. Em relação ao vínculo de trabalho entre o profissional do sexo e o agenciador ou dono da casa de prostituição, analisar-se-á no próximo tópico.

4.1.3 A possibilidade de configuração do vínculo trabalhista entre o profissional do sexo e o agenciador ou dono de casa de prostituição

Alguns doutrinadores afirmam a impossibilidade do reconhecimento do vínculo empregatício entre o agenciador ou dono da casa de prostituição e o profissional do sexo, pois tratar-se-á de um objeto ilícito, vez que a exploração da prostituição está tipificado no Código Penal e o Brasil adota o sistema abolicionista. Como já salientado no primeiro capítulo este modelo possibilita a prática da prostituição autônoma e criminaliza, buscando assim a sua repressão, as condutas relacionadas à exploração da prostituição. Desta forma, no Brasil, não há qualquer questionamento acerca da possibilidade de reconhecimento do vínculo empregatício entre o profissional do sexo e o agenciador, vez que o mesmo não constitui crime, logo, a prestação laboral é lícita.

Se o Brasil deixasse o sistema abolicionista e adotasse o modelo legalista, tal conduta representaria uma evolução e adequação a conjectura atual da sociedade, uma vez que em tal sistema iria ser propiciado melhores condições de trabalho aos profissionais do sexo, seja ele autônomo ou aquele que exerce por meio de agenciador, dando-lhes garantias de direitos trabalhistas, civis e previdenciários, bem como os deveres, além de regular a prática dos serviços sexuais.

Na hipótese do país adotar o sistema legalista bastaria verificar em cada caso se estariam presentes os requisitos para configurar a relação de emprego, quais sejam, empregado ser pessoa física, exercer a atividade com subordinação jurídica, com personalidade, com onerosidade e não eventualidade ou uma relação de trabalho, seja ele eventual ou autônomo.

Ainda que o sistema vigente no Brasil seja o abolicionista, segundo Rosângela Lacerda, se analisarmos o trabalho sob uma perspectiva econômica, seria inegável a conclusão de que a prostituição é trabalho, uma vez que o profissional do sexo vende a sua força de trabalho em troca de remuneração ou de vantagens

econômicas. Vale ressaltar que trabalho em economia é qualquer atividade que se realiza visando obtenção de recursos econômicos.²³³ Este pensamento vai de encontro com o do doutrinador Delgado, que afirma que neste caso de exploração da prostituição não existe efetivo trabalho, tal afirmativa advém, segundo ele, da conclusão de que tal atividade contradiz o interesse público e, portanto, não merece qualquer proteção jurídica.²³⁴

Neste mesmo sentido, o autor Vólia Bomfim afirma que

nulo o ajuste em virtude de objeto ilícito, nada é devido ao empregado, sequer os salários, pois não se pode “compensar” trabalho ilícito se o empregado dele participou diretamente.²³⁵

Com todo respeito aos doutrinadores acima mencionados e todos os seus seguidores, este entendimento encontra-se equivocado e distante do ordenamento jurídico.

A doutrina afirma que por se tratar de uma prestação ilícita – exploração da prostituição – não seria possível enquadrar a relação do profissional do sexo com o agenciador em uma relação empregatícia. Ocorre que tal conclusão é equivocada, e faz-se necessário o reconhecimento dos direitos trabalhistas aos profissionais do sexo que exercem a atividade por meio de agenciador, ainda que se trate de um objeto ilícito.

A simples fundamentação de invalidação do contrato de emprego ou de trabalho²³⁶ em razão de ter uma prestação um objeto ilícito não parece razoável e não traz uma argumentação embasada se observar o ordenamento jurídico como um todo.

Não é concebível que o Estado negue direitos trabalhistas nos casos de envolver objeto ilícito, no caso exploração da prostituição, uma vez que quem infringe as regras estatais não são os profissionais do sexo, mas sim os agenciadores, os donos das casas de prostituição. Não é justo que a prostituta exerça seu labor e, em contrapartida, não tenha amparo jurídico para requerer quaisquer direitos trabalhistas, nem mesmo o salário.

²³³ LACERDA, Rosângela Rodrigues Dias de. **Reconhecimento do vínculo empregatício para o trabalho da prostituta**. 2015. Tese (doutorado) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, p. 112.

²³⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 542-543.

²³⁵ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 9. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 549.

²³⁶ Depende dos requisitos intrínsecos à relação estabelecida entre o cafetão e o profissional do sexo.

Segundo Rosangela Lacerda, a nulidade do contrato de trabalho somente favorece o empregador, o agenciador do profissional do sexo, uma vez que este mantém a atividade dele, obtendo lucros sem ter quaisquer deveres em face dos contratados e conclui afirmando que

ao invés da proteção do hipossuficiente, a nulidade beneficia a torpeza do dono do empreendimento, que deixa de recolher impostos, não paga as verbas trabalhistas e ainda submete seus empregados a condições de meio ambiente de trabalho insalubre.²³⁷

A inaplicabilidade da teoria das nulidades trabalhistas, ainda que se trate de uma prestação ilícita, que é o caso da exploração da prostituição, não parece razoável por diversas questões, além destas citadas acima.

Acrescenta-se àquelas a impossibilidade da restituição à situação anterior, uma vez que o trabalho do profissional do sexo já foi prestado e o agenciador já se beneficiou do serviço, podendo ter galgado inclusive lucros. Não é justo que a prostituta tenha exercido sua parte no ajustado e mesmo diante da impossibilidade de restituir a força de trabalho, o dispêndio de energia, a mesma não tenha qualquer amparo jurídico para conceder-lhe não somente direitos, mas também meios eficazes para buscar a efetividade dos mesmos.

Neste caso de não conceder ao profissional do sexo direitos decorrentes da relação de emprego, o agenciador ou dono da casa de prostituição enriqueceria sem causa às custas da prostituta, que é considerada, pelo direito penal, a grande vítima. No mínimo contraditório colocar o profissional do sexo como vítima dos agenciadores, no âmbito penal e na seara trabalhista negar-lhes direitos em razão da mesma colaborar para o desenvolvimento da atividade ilícita, este profissional estaria sendo “re-vitimizado”.

Ora, como pode a vítima não ter proteção do poder judiciário? Não somente isso, negar direitos trabalhistas ao profissional do sexo é negar a própria base do direito trabalhista, que é o princípio da proteção ao hipossuficiente, trabalhador. Neste caso não se trata de qualquer trabalhador, mas também de uma vítima de um crime. Novamente, como pode o profissional do sexo ser penalizado por um crime que ele mesmo é considerado, pelo ordenamento jurídico como vítima?

²³⁷ LACERDA, Rosangela Rodrigues Dias de. **Reconhecimento do vínculo empregatício para o trabalho da prostituta**. 2015. Tese (doutorado) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, p. 114.

É também por esta razão que o profissional do sexo deve receber todas as parcelas de uma rescisão contratual de emprego ou trabalho, não somente o salário devido, direitos estes elencados no último tópico deste capítulo.

Desta forma, no caso de entender que o profissional do sexo é vítima do tipo penal, ainda que ela colabore com o desenvolvimento da atividade ilícita, que de fato colabora, vez que presta serviços sexuais por meio de agenciador, ela não pode deixar de ser destinatária de seus direitos trabalhistas.

Ademais, o contrato de emprego ou trabalho do profissional do sexo com o agenciador ou dono da casa de prostituição não traz, diferentemente do que ocorre com o “matador de aluguel” qualquer prejuízo para terceiros. Sem contar a ampla aceitação pelo Estado e sociedade da atividade de prostituição exercida por meio de agenciador ou em casa de prostituição, que não fazem nada para coibir tal atividade ilícita. Quanto à essa adequação social tratar-se-á em tópico apartado.

Acrescenta, ainda, como argumentação da possibilidade de reconhecimento do vínculo empregatício do profissional do sexo com o agenciador ou dono da casa de prostituição, o princípio jurídico que impede a alegação, em seu favor, da própria torpeza. Possível pensar até mesmo em um incentivo ao agenciador ou ao dono da casa de prostituição, pois estaria praticando uma conduta ilícita, se beneficiando de um trabalho alheio, sem a obrigação de efetuar os pagamentos necessários.

Desta forma, não pode o agenciador ou dono da casa de prostituição alegar que não pagará as verbas trabalhistas ao profissional do sexo em razão de ter sido realizado um objeto ilícito. Seria muito propício em uma eventual reclamação trabalhista, em que o profissional do sexo tenha requerido o reconhecimento do vínculo empregatício para com seu agenciador, e este alegasse que por explorar uma atividade ilícita, ele não deve qualquer verba trabalhista. Mais absurdo que isso, é o Poder Judiciário acatar este argumento e não reconhecer a relação empregatícia, sob o único argumento de que a atividade constitui um ilícito penal.

Acrescenta Rosangela Lacerda que

não reconhecer o vínculo trabalhista significa também não reconhecer as prostitutas como titulares dos direitos do Estado do bem-estar social, ou ainda reconhecer a existência de cidadãos de segunda categoria.²³⁸

Ademais, se analisarmos os princípios fundamentais, alguns já analisados no capítulo anterior, constatar-se-á que constitucional seria reconhecer os direitos trabalhistas do profissional do sexo que exerce sua atividade por meio de um agenciador, ainda que se trate de um objeto ilícito.

Inicialmente importante salientar o princípio da dignidade da pessoa humana, em que além de amparar diversos outros preceitos, determina a autonomia do ser humano e a impossibilidade de retirar do ser humano a condição de sujeito de direitos, não podendo haver, inclusive, qualquer discriminação. Negar a relação empregatícia entre o profissional do sexo e agenciador é negar, portanto, o princípio base da Constituição Federal.

Segundo Brunno Manfrin Dallossi,

há que se fazer uma releitura do Art. 104, inciso III, do Código Civil, quando da sua invocação para o não reconhecimento dos direitos trabalhistas das profissionais do sexo. As únicas interpretações válidas são aquelas que não venham a se chocar com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, dado sua superior hierarquia no ordenamento jurídico. De acordo com tal princípio, impraticável é a interpretação que suprima a qualidade da profissional do sexo de sujeitos de direitos.²³⁹

É possível elencar ainda o princípio previsto no artigo 5º, XIII, CF, a liberdade de trabalho, ofício, profissão. Vale ressaltar que a prostituição, como já salientado no capítulo anterior foi reconhecida como ocupação. No contrato de exploração da prostituição quem comete o ato ilícito é o agenciador ou dono da casa de prostituição, pois, como já salientado, o profissional do sexo é visto como vítima na seara penalista.

Desta forma, à luz do princípio retro mencionado, não poderia haver qualquer restrição ao exercício da ocupação de prostituição, muito menos vedação ao recebimento de direitos trabalhistas, vez que a Constituição Federal em razão de sua hierarquia deve prevalecer em relação ao Código Civil. Insta salientar, mais uma

²³⁸ LACERDA, Rosângela Rodrigues Dias de. **Reconhecimento do vínculo empregatício para o trabalho da prostituta**. 2015. Tese (doutorado) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, p. 113.

²³⁹ DALLOSSI, Brunno Manfrin. **Direitos Trabalhistas das profissionais do sexo: uma questão de princípios**. Disponível em: <https://www.sinaite.org.br/arquivos/artigos/artigo058d1efcf493c911af975631d1f5feb2.pdf>. Acesso em 19/10/2015 às 20:50, p. 13.

vez que a prostituta que exerce seu labor por meio de intermediação não exerce qualquer ilicitude, inclusive a mesma é considerada vítima no âmbito penal.

Acrescenta o doutrinador Daniel Sarmento que os direitos fundamentais possuem eficácia irradiante e a conceitua como sendo

os valores que dão lastro aos direitos fundamentais penetram por todo o ordenamento jurídico, condicionando a interpretação das normas legais e atuando como impulsos e diretrizes para o legislador, a administração e o Judiciário. A eficácia irradiante, neste sentido, enseja a “humanização” da ordem jurídica, ao exigir que todas as suas normas sejam, no momento de aplicação, reexaminadas pelo operador do direito com novas lentes, que terão as cores da dignidade humana, da igualdade substantiva e da justiça social, impressas no tecido constitucional.²⁴⁰

Cristalino, portanto, é a necessidade de reexaminar a reconhecimento da relação empregatícia do profissional do sexo com o agenciador ou dono da casa de prostituição. Somente a partir do seu reconhecimento é que se verificará a Constituição Federal sendo cumprida.

Para finalizar, mas não esgotar o tema, a conduta de não reconhecer o vínculo trabalhista viola diversos princípios trabalhistas, tais quais boa fé objetiva, dever de lealdade em relação ao contratante e a própria condição de hipossuficiente do trabalhador, aliada a característica de fonte alimentar de que reveste o trabalho.

Diante o exposto, não somente é possível o reconhecimento da relação empregatícia da prostituta com o dono da casa de prostituição ou seu agenciador, como mostra-se imprescindível. A ilicitude do objeto não afasta, no caso em tela os efeitos decorrentes do contrato de emprego ou de trabalho.

Ocorre que existem alguns doutrinadores que apontam uma outra saída para possibilitar o reconhecimento do vínculo trabalhista na relação de exploração da prostituição, é o que será abordado no próximo tópico.

4.2 A ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA DOS CRIMES RELACIONADOS À PROSTITUIÇÃO

Alguns doutrinadores, diferentemente do que defende este trabalho, entendem que é lícito o exercício da prostituição por agenciador. Em que pese não ser a abordagem

²⁴⁰ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014, p.154-155.

deste trabalho, é importante trazer outras possibilidades que a doutrina aponta para o reconhecimento do vínculo empregatício entre o profissional do sexo e o agenciador.

Em razão deste trabalho não adentrar profundamente na seara penal, será trazido, apenas, os fundamentos que embasam a conclusão da atipicidade material da conduta dos crimes relacionados à prostituição.

Rosangela Lacerda afirma que os crimes relacionados à prostituição, capitulados nos artigos 228 a 231-A no Código Penal, são atípicos. Tal afirmação advém de digressões que a autora faz na sua tese de doutorado, acerca da teoria penal funcionalista – sob a ótica mais avançada, proteção do bem jurídico, da teoria da tipicidade conglobante de Zaffaroni, dos princípios da intervenção mínima e da ofensividade, bem como as correntes de discriminalização e de despenalização do direito penal contemporâneo.

Segundo a autora, somente deve ser tipificado condutas que representem violação a bens jurídicos considerados fundamentais para a sociedade, que configurem uma violação intolerável ao bem jurídico tutelado, é o que preceitua o princípio da fragmentariedade.²⁴¹

Ademais, acrescenta Rosangela Lacerda, que a escolha para definir um bem jurídico como tutelado pelo direito penal não é arbitrária e deve ser pautada nos preceitos constitucionais. Conclui afirmando que não devem ser consideradas condutas penalmente relevantes as que violem normas morais, religiosas ou ideológicas, como ocorre atualmente com a prostituição, segundo ela.²⁴²

Explica a autora que no funcionalismo a tipicidade é constituída pela tipicidade formal e pela tipicidade material, não sendo bastante a simples subsunção do fato à norma, é preciso que a tipicidade também esteja em consonância com as modernas teorias do direito penal subsidiário, fragmentário e de *ultima ratio*.²⁴³

A estudiosa agrega ainda como argumento para defender a atipicidade a teoria da tipicidade conglobante, afirmando ser paradoxal que a prostituição não seja em si

²⁴¹ LACERDA, Rosangela Rodrigues Dias de. **Reconhecimento do vínculo empregatício para o trabalho da prostituta**. 2015. Tese (doutorado) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, p. 152.

²⁴² *Ibidem*, p. 152-153.

²⁴³ *Ibidem*, p. 154.

mesma um crime, mas seja a casa de prostituição, o favorecimento a mesma e o rufianismo. Por esta teoria a conduta deve estar proibida pelo ordenamento jurídico como um todo, de forma global.²⁴⁴ Ocorre que a jurisprudência não aceita a antinormatividade da teoria conglobante de Zaffaroni para fins de exclusão da atipicidade.

Para Zaffaroni “a tipicidade implica antinormatividade (contrariedade à norma)” e acrescenta, ainda, que não é possível admitir que na ordem normativa uma norma ordene o que outra proíbe. Conclui afirmando

o juízo de tipicidade não é um mero juízo de tipicidade legal, mas que exige um outro passo, que é a comprovação da tipicidade conglobante, consistente na averiguação da proibição através da indagação do alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente, e sim conglobada na ordem normativa.²⁴⁵

Alguns outros doutrinadores defendem que em razão da adequação social os crimes relacionados à prostituição são atípicos. As casas de prostituição além de divulgarem amplamente seus serviços, funcionam livremente, sem qualquer fiscalização, desta forma, os doutrinadores adeptos a atipicidade da conduta, afirmam que estas são socialmente adequadas e amplamente toleradas pela sociedade, não havendo motivos, concluem, para considerar as condutas relacionadas à prostituição figura típica.

Neste sentido, existem diversos julgados, inclusive um recente em que o juiz de direito André Luiz Nicolitt, em uma ação penal imputando a quatro pessoas os crimes previstos nos artigos 229 e 230 do Código Penal. Frisou-se no relatório que não havia qualquer registro de exploração de criança ou adolescente, tampouco de aliciamento de trabalhadoras, somente suposta exploração sexual de pessoas adultas e capazes que exercem como atividade profissional a venda do sexo.

Abaixo trechos da fundamentação do decreto absolutório:

Além do mais, Hanz Welszel reconheceu no Direito Penal o princípio da adequação social. O professor Francisco de Assis Toledo bem delimita referido princípio afirmando que *se o tipo delitivo é um modelo de conduta proibida, não é possível interpretá-lo, em certas situações aparentes, como se estivesse também alcançando condutas lícitas, isto é, socialmente aceitas e adequadas* [3].

²⁴⁴ LACERDA, Rosangela Rodrigues Dias de. **Reconhecimento do vínculo empregatício para o trabalho da prostituta**. 2015. Tese (doutorado) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, p. 155.

²⁴⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro v. 1: parte geral**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 396.

Conforme lição de Cesar Roberto Bitencourt [4], o tipo penal envolve uma *seleção de comportamentos* e, também, uma *valoração*, sendo o típico já penalmente relevante. Todavia, determinados comportamentos típicos não têm relevância por serem condutas habitualmente sociais. Não poderia ser de outra forma: se o fato é adequado e admitido socialmente, não pode ser definido como crime, ainda que na aparência se ajuste ao tipo.

Com a modernidade, busca-se intensificar o princípio da secularização, segundo o qual se produz uma ruptura entre direito e moral (ou moralidade), destacadamente a moral eclesiástica. Especificamente no que tange o direito penal, distinguindo **crime e pecado**.

Com efeito, o moderno direito penal não pode considerar crime condutas que mais se aproximam do pecado, tampouco pode considerar crime condutas socialmente adequadas, como o caso da casa de prostituição e do rufianismo.

(...)

Ademais, a prostituição é uma das profissões mais antigas do mundo e os movimentos sociais (destacamos as ONGs Daspu e Davida) lutam para o reconhecimento e melhoramento das condições de trabalhos destas profissionais, o que, a nosso ver, encontra eco em princípios fundamentais da República, como a livre iniciativa e os valores sociais do trabalho (art. 1º da CRF/88).

O fato é que os supostos crimes para os quais a suposta quadrilha se formou, são condutas socialmente adequadas e toleradas pela sociedade. Desaparecendo os crimes fins (casa de prostituição e rufianismo) desaparece o crime meio (formação de quadrilha).

(...)²⁴⁶

No mesmo sentido, outro julgado que considerou atípico o crime de manutenção da prostituição

CASA DE PROSTITUIÇÃO. Absolvição. A manutenção de Casa de Prostituição é descriminalizada pela jurisprudência, em virtude da liberação de costumes. APELO MINISTERIAL IMPROVIDO. (Apelação crime nº 70017660143, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Genacéia da Silva Alberton, j. em 17/10/2007). APELAÇÃO-CRIME. MANUTENÇÃO DE CASA DE PROSTITUIÇÃO. ATIPICIDADE. A mudança dos costumes, do comportamento e até mesmo dos valores morais com o passar dos anos despiu de reprovabilidade social a conduta de manter casa de prostituição. Desta forma, tendo em conta que a norma penal incriminadora tem o escopo de repreender e prevenir condutas repudiadas pela sociedade é que tal fato não pode mais ser considerado crime. À unanimidade, negaram provimento ao apelo. (Apelação crime nº 70019472026, Oitava Câmara Criminal, TJ/RS, Relator: Roque Miguel Franj, j. em 19/09/2007).²⁴⁷

Aqueles que defendem a atipicidade em razão da adequação social, argumentam que os serviços sexuais por meio de agenciadores, executados em casas de prostituição são amplamente divulgados em qualquer jornal de grande circulação,

²⁴⁶ EMPÓRIO DO DIREITO. **Casa de Prostituição e Rufianismo não constituem crime – Confira o precedente na íntegra aqui!** Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/casa-de-prostituicao-e-rufianismo-nao-constituem-crime-confira-o-precedente-na-integra-aqui/>.

Acesso em 19/10/2015 às 16:29, p. 3-5.

²⁴⁷ MENDES, Andre. **Crime:** sexo, drogas e armas. Disponível em: https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/crime_sexo_drogas_e_armas_2015-2.pdf Acesso em 19/10/2015 às 16:52, p. 19.

tendo inclusive espaço reservado para anúncios do tipo, ou no chamado “tele-sexo”. Não há sentido, segundo eles, de manter um tipo penal em que o Estado tolere as condutas.

4.3 A PROSTITUIÇÃO NA VISÃO DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Inicialmente, insta salientar que o artigo 114 da Constituição Federal, inciso I²⁴⁸ atribui à Justiça do Trabalho a competência para processar e julgar as causas que envolvam a relação de trabalho, não se restringindo, dessa forma, às relações de emprego.²⁴⁹ Portanto, ainda que estejam ausentes os requisitos da relação empregatícia, a Justiça do Trabalho julgará o feito.

Em contrapartida ao que este trabalho defende os tribunais brasileiros vêm se posicionando no sentido de não reconhecer os direitos trabalhistas dos profissionais do sexo que exerce sua profissão por meio de agenciador. É o que se verifica nos julgados abaixo transcritos e comentados.

Tribunal: TRT 9 - Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região – PR. Relator: Rel. Des. Juiz Lauremi Camaroski Data de Publicação: 10/06/1994. Referência: RO 7.393/93 – 5ª T. – Ac. 10.389/94 – DJPR 10.06.1994
VÍNCULO EMPREGATÍCIO – INEXISTÊNCIA – ART. 82 DO CÓDIGO CIVIL – CASA DE PROSTITUIÇÃO – O art. 82 do Código civil menciona que: "A validade do ato jurídico requer agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei". Em sendo a liceidade do objeto elemento essencial a validade da relação empregatícia, impossível o seu reconhecimento, quando ausente tal requisito. Se existe alguma alegação de hipocrisia, esta deve ser dirigida não a Justiça do Trabalho, mas sim ao legislador, que relaciona como figura penal típica (art. 229 do Código Penal) a manutenção de casa de prostituição, por conta própria ou de terceiro, não importando a finalidade lucrativa ou a mediação do proprietário ou de gerente. Ademais, a doutrina e a jurisprudência trilham sábio caminho ao reconhecer a impossibilidade de vínculo empregatício em casos que tais, eis que jamais poderá ser aceita a hipótese de prestação de trabalho subordinado em atividades de prostituição. O empregador, utilizando-se da mão-de-obra, seria sempre um rufião, auferindo lucros diretos pelo exercício do comércio carnal, o que criaria situações absolutamente insólitas, agravando em muito as condições já deprimentes às quais muitas mulheres se sujeitam, não raro por falta de opções no mercado de trabalho, nem se diga que deveria haver proteção somente para as "empregadas", eis que, para todo direito, há uma obrigação correspondente, não sendo possível

²⁴⁸ Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

I as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

²⁴⁹ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. As concepções da relação de trabalho *in* **Revista do Direito do Trabalho**, ano 33, nº 127, jul.-set./2007, p. 141.

imputar um dever simultaneamente legal e ilícito à parte adversa, ou seja, tal relação de trabalho estaria inexoravelmente validada pela Justiça Obreira. Deve o Ministério Público ser oficiado dos fatos narrados, eis que, caso contrário, estar-se-ia cometendo a omissão de comunicação de crime prevista na Lei de Contravenções Penais, art. 66, inc. I.²⁵⁰

Neste julgado, decidiu-se pela inexistência do vínculo empregatício. Inicialmente elencou os elementos necessários para a validade do ato jurídico, quais sejam, agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei. O desembargador relator verificando que o objeto da prestação, a exploração da prostituição constitui um ilícito, vez que está tipificado no Código Penal no artigo 229, e somente sob este argumento negou o vínculo trabalhista.

De igual sorte, agora o TRT da 4ª Região, negou a relação de emprego sob o mesmo argumento.

Tribunal: TRT 4 - Tribunal Regional do Trabalho 4ª Região - RS
Relator: Relª Juíza Conv. Rejane Souza Pedra Data de Julgamento: 04/09/2003

Referência: RO 00525.019/01-4 – 5ª T. – J. 04.09.2003 RELAÇÃO DE EMPREGO – A prova oral demonstra a inexistência de subordinação da reclamante para com a ré. Além disso, verificando-se que a reclamante era "garota de programa", inviável eventual reconhecimento de vínculo de emprego, em face da ilicitude de objeto. Recurso provido.²⁵¹

Em ambos os julgados se verifica a falta de fundamentação necessária para invalidar um negócio jurídico. Como já abordado no tópico 4.1.3, não basta o simples argumento de que a relação entre o profissional do sexo e o seu agenciador ou dono da casa de prostituição envolve uma prestação ilícita, para não reconhecer o vínculo empregatício entre estes. Faz-se mister analisar o ordenamento jurídico como um todo, incluindo os princípios fundamentais e examinar a questão com maior propriedade, como o tema carece.

Diferentemente, a relatora da 2ª Turma, 4ª Câmara do TRT 15ª Região, Exma. Des. Ana Claudia Torres Viana, ao julgar um recurso de uma dançarina e "acompanhante" que exercia sua atividade em uma casa noturna, em que reconheceu o vínculo empregatício aduziu que:

ainda que a empregada atuasse apenas como acompanhante dos clientes da ré, a solução não seria diversa. Não compartilho da tese que considera ilícito o objeto do contrato de trabalho, considerando possível exploração da prostituição. Nesse sentido, o não-reconhecimento da relação

²⁵⁰ RONDINELLI, Marcus Vinicius Siqueira dos Santos. **Contrato de trabalho de prostituição**. Disponível em: http://academico.direitorio.fgv.br/wiki/Postagem_do_aluno_Marcus_Vinicius_Siqueira_dos_Santos_Rodinelli. Acesso em 18/10/2015 às 19:32, p. 2-3.

²⁵¹ *Ibidem*, p. 3.

empregatícia importaria em odioso enriquecimento sem causa do empregador. Certamente o efeito seria reverso: estimularia a exploração do corpo humano e permitiria trabalho na condição análoga à de escravo. E mais. No presente caso, com patente prejuízo a menor, filho da falecida reclamante, que não contaria sequer com a proteção previdenciária.²⁵²

Verifica-se, neste julgado, que a Excelentíssima Relatora não encontra óbice em reconhecer o vínculo empregatício quando há uma exploração da prostituição sob o argumento de que o objeto do contrato é ilícito. Desta forma, havendo os cinco elementos necessários à constituição da relação empregatícia, esta, ainda sendo o caso de objeto ilícito, deve ser reconhecido. Utilizando-se acertadamente dos argumentos de vedação ao enriquecimento sem causa do empregador e de vedação ao estímulo à exploração do corpo humano, podendo causar, inclusive, condição análoga à de escravo, ela reconhece o vínculo empregatício entre o profissional do sexo e o seu agenciador.

Esta decisão encontra-se amparada no ordenamento jurídico pátrio e condiz com a sociedade atual, em que a prostituição exercida por meio do agenciador é uma atividade amplamente aceita.

Como já salientado os tribunais superiores negam o reconhecimento do vínculo empregatício do dono da casa de prostituição com os trabalhadores que exercem, neste estabelecimento, atividades outras que não a prostituição. Tal decisão é em razão da mesma não exercer qualquer atividade ilícita, pois o que é vedado é a exploração da prostituição e não, por exemplo, servir de garçoneiro em uma casa de prostituição.

Entretanto, ainda que os Tribunais não reconheçam o vínculo, deve ser aplicado efeito *ex nunc* no contrato existente, aplicando, desta forma, a teoria das nulidades trabalhistas. Como consequência os efeitos justrabalhistas ao contrato celebrado devem ser assegurados ao profissional do sexo. Inclusive, tal consequência ocasionaria em um desestímulo ao agenciador ou dono da casa de prostituição, vez que deveria pagar todas as verbas rescisórias. Abordar-se-á, a seguir, os direitos e deveres trabalhistas inerentes ao profissional do sexo.

²⁵² CAMPINAS, São Paulo. Tribunal Regional Territorial - 15ª Região. Recurso ordinário. Juíza Relatora: Ana Cláudia Torres Vianna. Julgado em: 14/05/2013. Disponível em: http://busca.trt15.jus.br/search?q=cache:XgyrC6lfipoJ:www.trt15.jus.br/voto/patr/2013/041/04171913.rtf+prostitui%C3%A7%C3%A3o+v%C3%ADnculo+empregat%C3%ADcio&site=jurisp&client=dev_index&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=dev_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&access=p&oe=UTF-8. Acesso em 16/10/2015 às 12:17.

4.4 DIREITOS E DEVERES TRABALHISTAS INERENTES AO PROFISSIONAL DO SEXO

Como já foi evidenciado neste trabalho, os direitos trabalhistas decorrentes do vínculo empregatício ou de trabalho entre o profissional do sexo e o agenciador independe do entendimento de ser um objeto lícito ou ilícito. Em ambos os casos tais direitos irão incidir na relação e deverão ser resguardados pelo judiciário.

No caso da exploração da prostituição, objeto deste trabalho, existem alguns posicionamentos doutrinários acerca dos direitos que o profissional do sexo teria resguardado. Um primeiro posicionamento declara a nulidade o contrato de maneira total e não paga sequer os salários; uma outra corrente defende o pagamento apenas dos salários (artigo 182 do Código Civil); outro posicionamento faz uma analogia com a súmula 363 do TST e mesmo declarando a nulidade, manda pagar salário e FGTS e o último posicionamento e mais acertado é de declara a nulidade, mas manda pagar todas as parcelas trabalhistas a título de indenização, com todos os seus efeitos, aplicando efeitos *ex tunc* à nulidade.

Não é objetivo deste tópico aprofundar sobre os direitos trabalhistas, as discussões doutrinárias acerca de cada um, mas apontar os mais relevantes direitos rescisórios que devem ser assegurados ao profissional do sexo.

4.4.1 Salário e remuneração

Inicialmente importante salientar que o salário possui natureza jurídica de retribuição em razão dos serviços prestados, pelo tempo que o empregado ou trabalhador ficou à disposição ou pelo tempo referente à interrupção contratual. Ademais, o salário possui caráter alimentar, desta forma, tal valor é de fundamental importância ao trabalhador. O artigo 76 da CLT²⁵³ define o conceito desta verba.

Nos dizeres de Maurício Godinho Delegado,

²⁵³ **Art. 76** - Salário mínimo é a contraprestação mínima devida e paga diretamente pelo empregador a todo trabalhador, inclusive ao trabalhador rural, sem distinção de sexo, por dia normal de serviço, e capaz de satisfazer, em determinada época e região do País, as suas necessidades normais de alimentação, habitação, vestuário, higiene e transporte.

salário é o conjunto de parcelas contraprestativas pagas pelo empregador ao empregado em função do contrato de trabalho.²⁵⁴

Remuneração é toda contraprestação paga por terceiros ao trabalhador e tem previsão no artigo 457 da CLT.²⁵⁵

As formas utilizadas para fixar o salário são: a) por unidade de tempo, em que vai ser levado em consideração alguma unidade de tempo, parâmetros diários, semanal, quinzenal ou mensal; b) por unidade de obra, leva em consideração a produtividade do empregado e c) por tarefa, neste caso o salário vai levar em consideração tanto o critério de horário, unidade de tempo, quanto o critério da produtividade do empregado. O salário é fixado pelo resultado, mas o empregado está sujeito a uma jornada de trabalho.

Além do salário base o profissional do sexo pode receber, ainda, outras parcelas denominadas sobressalários, que são as gratificações, adicionais, percentagem, prêmios, diária de viagem, abono, ajuda de custo, etc.²⁵⁶

Independente da forma que o salário vai ser fixado, este, por ser uma contraprestação do trabalho deve ser sempre assegurado, posicionamento também defendido pelos autores Gomes e Elson Gottschalk. Como já exposto no capítulo anterior, estes doutrinadores defendem a máxima “trabalho feito é salário ganho”, ainda que a prestação de serviço tenha como fundamento uma convenção nula. Tal posicionamento apresenta-se correto, uma vez que o empregador já se beneficiou do trabalho desenvolvido e não é possível devolvê-lo.²⁵⁷ O profissional do sexo também possui direito às parcelas denominadas sobressalários.

²⁵⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 732.

²⁵⁵ **Art. 457** - Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber.

§ 1º - Integram o salário não só a importância fixa estipulada, como também as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagens e abonos pagos pelo empregador.

§ 2º - Não se incluem nos salários as ajudas de custo, assim como as diárias para viagem que não excedam de 50% (cinquenta por cento) do salário percebido pelo empregado.

§ 3º - Considera-se gorjeta não só a importância espontaneamente dada pelo cliente ao empregado, como também aquela que for cobrada pela empresa ao cliente, como adicional nas contas, a qualquer título, e destinada a distribuição aos empregados.

²⁵⁶ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 9. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 770.

²⁵⁷ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 127-128.

4.4.2 Férias

O período de férias corresponde ao descanso anual remunerado que o trabalhador tem direito de usufruir, desde que tenha adquirido tal direito. Em que pese o empregado não prestar serviço, o mesmo vai ter direito a remuneração.

Com relação ao profissional do sexo, até mesmo para garantir a saúde e integridade do mesmo, as férias devem ser concedidas, caso o mesmo tenha decorrido o prazo do período aquisitivo.

4.4.3 Aviso prévio

O aviso prévio é a comunicação da rescisão do contrato de trabalho pela parte que o decide findar sem justa causa. Desta forma evita-se que a outra parte seja surpreendida pela cessação do ajuste por ato unilateral da outra. Desta forma, é possível notar que o aviso prévio pode ser concedido tanto pelo empregador quanto pelo empregado.

O profissional do sexo que exerce sua atividade por meio de intermediação também deve ter assegurado o aviso prévio e em caso do mesmo não ser concedido, o empregado terá direito ao chamado “aviso prévio indenizado”.

Todas as parcelas de natureza salarial habitualmente pagas nos últimos 12 meses de vigência do contrato, servem de base de cálculo do aviso prévio indenizado, tais como horas extras, adicionais, gratificações, etc.²⁵⁸

Vale ressaltar que o tempo do aviso prévio, ainda que seja indenizado, integra-se no contrato para todos os fins (férias proporcionais, 13^o proporcional, FGTS, etc.)²⁵⁹

²⁵⁸ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 9. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 1039.

²⁵⁹ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO Marcelo. **Direito do trabalho** – 6^a ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005 Página 453.

4.4.4 Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS

O FGTS é um depósito realizado pelo empregador em uma conta bancária, em que o empregado pode utilizar nas ocasiões em que prevê a lei, ou em razão de dispensa ou diante de outras situações excepcionais. É uma espécie de reserva em favor deste.

Tem direito ao FGTS os empregados urbanos e rurais, os trabalhadores avulsos e temporários e o empregado doméstico. Em razão da exceção prevista no artigo 4º da CLT combinado com o artigo 28 do Decreto nº 99.684/90, quando o contrato estiver suspenso em virtude de acidente de trabalho, licença-maternidade ou serviço militar o FGTS será devido²⁶⁰.

Segundo os doutrinadores Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino

além de assegurar o direito indenizatório ao trabalhador por acosião da dispensa imotivada, o FGTS também favorece o empregador de forma indireta, ao ampliar a oferta de moradias populares e propiciar as condições necessárias para o financiamento e comercialização dessas habitações²⁶¹

O empregador tem o dever de depositar 8% (oito por cento) de remuneração paga ou devida com relação ao mês anterior. O FGTS incide, como já salientado, sobre todos os pagamentos de natureza salarial.

O artigo 20 da Lei 8.036/90 traz as hipóteses de levantamento do FGTS. Vale ressaltar que se o empregado pedir demissão ou for dispensado por justa causa, ele não terá direito ao levantamento da quantia, tampouco a indenização do FGTS²⁶².

Como o profissional do sexo pode constituir uma relação empregatícia com o seu agenciador, aquele tem direito ao recolhimento do FGTS.

²⁶⁰ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 9. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 1167.

²⁶¹ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito do Trabalho**. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005, p. 292.

²⁶² PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito do Trabalho**. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005, p. 298.

4.4.5 Identificação e Registro Profissional

A legislação trabalhista apresenta diversas regras regulando a identificação profissional do empregado e seu registro, pelo empregador. A Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) é o principal documento de identificação profissional do trabalhador.

A CTPS tem a finalidade de documentar e comprovar o contrato de trabalho, e o tempo de serviço do empregado, não somente para fins trabalhistas, mas também para fins previdenciários.

Em relação a exploração da prostituição ainda não é possível assinar a CTPS, pois ainda é considerado uma prestação ilícita. Entretanto, isso não obsta o reconhecimento da relação jurídica travada entre o profissional do sexo e seu agenciador. Neste caso a comprovação do vínculo empregatício será feito de outra forma, que não a CTPS.

Não adentrando na seara previdenciária, mas a título de informação, os profissionais do sexo podem se filiar como contribuinte individual.

4.4.6 Segurança e Medicina do trabalho na prostituição

A integridade física e psíquica do trabalhador é um direito fundamental, previsto na Constituição Federal, no artigo 7º, XXII. A CLT tem diversas normas a serem observadas pelas empresas quanto à segurança e à medicina no trabalho.

As doenças profissionais, os acidentes de trabalho, as enfermidades físicas e psíquicas e a redução da capacidade laborativa muitas vezes decorrem das más condições em que o trabalho se realiza ou do ambiente hostil de trabalho.²⁶³

A segurança do trabalho é o conjunto de medidas que são adotadas com o escopo de minimizar as doenças ocupacionais e os acidentes de trabalho, além de proteger a integridade do trabalhador.

²⁶³ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 9. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 965.

Quando o trabalho oferece risco ao empregado, é obrigação do empregador fornecer gratuitamente o equipamento de proteção individual adequado ao risco que aquele está sujeito. Segundo Gustavo Filipe Barbosa Garcia

Equipamento de Proteção Individual (EPI) todo dispositivo ou produto, de uso individual utilizado pelo trabalhador, destinado à proteção de riscos suscetíveis de ameaçar a segurança e saúde no trabalho.²⁶⁴

Assim como o empregador, o empregado também tem obrigações relacionadas às normas de segurança e medicina do trabalho, cabe a ele atentar-se às ordens e instruções de serviço no que tange às precauções na realização da atividade. Inclusive, em caso de descumprimento das normas de segurança e medicina do trabalho por parte do empregado, inclusive pela simples inutilização do EPI, este está sujeito a dispensa por justa causa.

Trazendo para o âmbito deste trabalho, o EPI do profissional do sexo seria o uso adequado de camisinha e dos métodos anticoncepcionais, com o escopo de não somente evitar a gravidez indesejada pelo profissional, mas também evitar a contaminação de doenças sexualmente transmissíveis.

Estas medidas de segurança e medicina do trabalho no âmbito da prostituição é de extrema importância, uma vez que as mesmas estão expostas a ambientes aptos a comprometê-las com diversas doenças, inclusive as sexualmente transmissíveis.

Com a regulamentação da profissão o estado iria acompanhar a saúde do profissional do sexo e a questão de saúde pública seria também melhor considerada, uma vez que haveria possibilidade de fiscalizar os prostíbulos e em caso de descumprimento de regras relacionados à segurança e medicina dos trabalhadores, haveria a devida sanção, especificada em lei.

A Norma Regulamentadora NR-15, aprovada por meio da Portaria de no 3.214/78 discriminam os agentes considerados nocivos à saúde, bem como os seus respectivos limites de tolerância. Para a constatar e classificar a insalubridade deve haver uma perícia médica por profissional competente e registrado no Ministério do Trabalho e Emprego.

Nos dias atuais o adicional de insalubridade não é devido para o profissional do sexo. Entretanto, havendo regulamentação da profissão poderia haver a inclusão da

²⁶⁴ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1136.

atividade na lista das atividades insalubres²⁶⁵, vez que a atividade sexual desenvolvida pelo profissional do sexo, como já salientado, pode ocasionar doenças nocivas à saúde do trabalhador.

²⁶⁵ A CLT, no artigo 189, conceitua condições insalubres como sendo as “atividades ou operações que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância, fixados em razão da natureza e da intensidade dos agentes e do tempo máximo de exposição aos seus efeitos.”

5 CONCLUSÕES

I) Com relação ao tratamento jurídico da prostituição, o Brasil adota o sistema abolicionista tradicional. Neste modelo, a prostituição autônoma, aquela em que o profissional do sexo se prostitui autonomamente, sem qualquer intermediação de terceiros, não constitui crime. Entretanto, a exploração da prostituição constitui tipo penal, e, para esse sistema, o profissional do sexo é vítima daquele que a explora. Nesse sistema supramencionado aquele que se prostitui e o que adquire serviços sexuais não são considerados criminosos.

II) Esse sistema abolicionista está desajustado à realidade, uma vez que a exploração da prostituição, hoje, é amplamente realizada e divulgada, não tendo qualquer ação estatal com o intuito de inibir ou erradicar tal atividade.

III) A proibição da exploração da atividade sexual faz com que as casas de prostituição vivam na clandestinidade, fazendo com que os cafetões escolham gerir aquele estabelecimento da forma que melhor lhes convém, uma vez que não há lei que especifique os deveres que eles devem cumprir.

IV) Os crimes que integram o título VI da Parte Especial do CP, visam tutelar a dignidade sexual e a moralidade pública sexual. O Código Penal optou por criminalizar as condutas que, de alguma forma, tirem vantagem, estimulem, impeçam ou dificultem o abandono da prostituição.

V) Os crimes em comento são duramente criticados pela doutrina, podendo citar como exemplo de críticos os autores Luiz Flávio Gomes, Cezar Roberto Bitencourt, Guilherme de Souza Nucci e Rogério Greco. Estes afirmam que os tipos penais supramencionados estão inaplicáveis, uma vez que há uma grande divulgação desta atividade e nada se faz para coibi-las. Concluem afirmando que os profissionais do sexo, maiores e capazes, podem ter a vida sexual e o rumo que bem entender, não podendo o plano da moral ser confundido com o plano jurídico.

VI) Não é possível generalizar, entretanto, a possibilidade do profissional do sexo ser agenciado por terceiros, podendo causar-lhe melhores condições de serviço, uma vez que poderia galgar mais clientes, e se houvesse regulamentação da atividade, os agenciadores deveriam atender o quanto prescrito na lei. Desta forma,

os profissional do sexo teriam direitos assegurados e, em caso de descumprimento, poderiam recorrer ao judiciário para buscar sua efetividade.

VII) No Brasil houve uma tentativa de regulamentar a prostituição através do projeto de lei nº 98/2003, já definitivamente arquivado. Tinha como objetivo dispor sobre a exigibilidade de pagamento por serviço de natureza sexual, buscando o reconhecimento dos efeitos civis do liame obrigacional e pretendia revogar os artigos 228, 229 e 231 do Código Penal.

VIII) O valor dos serviços sexuais poderiam ser exigidos perante o Poder Judiciário, sendo que o projeto de lei previa uma mesma proteção legal civil da prostituta autônoma e daquela que exercesse sua atividade mediante auxílio de um gerenciador, uma vez que, revogando os artigos 228, 229 e 231, não mais consideraria atividade ilícita.

IX) Em 2012 foi apresentado o projeto de lei nº 4.211/2012 que tem como objetivo regulamentar a atividade dos profissionais do sexo. Tem previsão da exigibilidade do pagamento no âmbito judiciário, que seria a eficácia civil. Somente viabiliza que o profissional do sexo preste serviço como trabalhador autônomo ou coletivamente, em cooperativa, não havendo menção a possibilidade de ele ser considerado empregado.

X) O projeto de lei prevê, ainda, a alteração dos conceitos dos tipos penais previstos nos artigos 228, 229, 230, 231 e 231-A, previstos no Código Penal. Inova ao prever o direito de aposentadoria especial de 25 anos aos profissionais do sexo.

XI) Em nenhum dos projetos há previsão de reconhecimento do trabalho da prostituta como vínculo empregatício, mas em ambos há a tentativa de assegurar os efeitos civis do contrato.

XII) No que tange ao contrato de trabalho e emprego, o Brasil adota a teoria contratualista. Desta forma, o negócio jurídico deve preencher requisitos do plano da existência, validade e eficácia dos contratos.

XIII) Quando houver qualquer erro que macule a validade do negócio jurídico, o contrato vai ser considerado inválido.

XIV) O objeto do contrato de emprego ou de trabalho é a prestação do labor humano. Nesse sentido, a maioria da doutrina se posiciona no sentido de entender

que quando o contrato tiver como objeto a atividade de exploração da prostituição, este contrato é inválido, de forma absoluta e total, pois o objeto é ilícito, uma vez que explorar a prostituição constitui tipo penal.

XV) No âmbito trabalhista há um tratamento diferente no que diz respeito à nulidade. A teoria das nulidades trabalhistas determina que caso ocorra alguma nulidade em um contrato de trabalho, alguns efeitos poderão ser obtidos. Nesta teoria, a regra geral é que haja a irretroatividade da nulidade decretada, ou seja, os efeitos aplicáveis seria o *ex nunc*, sendo que, até o instante da decretação de sua respectiva nulidade, o contrato produzirá seus efeitos jurídicos, reconhecendo os direitos trabalhistas ao empregado.

XVI) Existem três formas de aplicação da teoria das nulidades trabalhistas. A aplicação plena é aquela em que todos os efeitos justralhistas ao contrato eivado de nulidade serão reconhecidos. A aplicação restrita da teoria trabalhista indica que somente alguns efeitos trabalhistas, como recolhimento de FGTS e saldo salarial.

XVII) A última forma, é a inaplicabilidade. A doutrina afirma que haverá a inaplicabilidade da teoria trabalhista, quando houver uma violação ao bem social de muita relevância. Neste caso alguns doutrinadores defendem que nem mesmo o salário seria devido, pois não há qualquer efeito jurídicos ao trabalho.

XVIII) A doutrina e jurisprudência afirmam que nos casos em que o objeto for ilícito, tal qual ocorre com a exploração da prostituição, asseveram aqueles, a teoria das nulidades trabalhistas não deveria incidir, aplicando-se, desta forma, os efeitos *ex tunc* ao contrato entre o profissional do sexo e seu agenciador.

XIX) Em que pese não ser o objeto deste trabalho, chegou-se a conclusão de que a prostituição autônoma é uma modalidade de trabalho, sendo, inclusive, reconhecida como ocupação e sendo destinatária de diversos princípios fundamentais, tais quais: dignidade da pessoa humana, liberdade de trabalho, da não discriminação. Nesse sentido, é possível, sem qualquer dificuldade doutrinária, que se reconheça a possibilidade de haver relação empregatícia, ou de trabalho eventual entre a prostituta autônoma e o seu cliente, tomador de serviço, uma vez que esta modalidade de prostituição é amplamente possível e não constitui qualquer crime, desde de que preenchidos os requisitos para tanto. Da mesma forma, neste cenário, o profissional do sexo pode ser também trabalhador autônomo.

XX) É certo que a lei estabelece tratamentos jurídicos-trabalhistas diferentes para o profissional do sexo que exerce sua atividade autonomamente e aquele que a exerce por meio de agenciador.

XXI) Se o Brasil deixasse o sistema abolicionista e adotasse o modelo legalista, tal conduta representaria uma evolução e adequação à conjectura atual da sociedade, uma vez que em tal sistema iria ser propiciado melhores condições de trabalho aos profissionais do sexo, seja ele autônomo ou aquele que exerce, por meio de agenciador, dando-lhes garantias de direitos trabalhistas, civis e previdenciários, bem como os deveres, além de regular a prática dos serviços sexuais. Se assim o fosse. bastaria verificar em cada caso se estariam presentes os requisitos para configurar a relação de emprego, quais sejam, empregado ser pessoa física, exercer a atividade com subordinação jurídica, com pessoalidade, com onerosidade e não eventualidade ou uma relação de trabalho, seja ele eventual ou autônomo.

XXII) Ocorre que enquanto não houver essa evolução no sistema jurídico pátrio, deve-se observar que a simples fundamentação de invalidação do contrato de emprego ou de trabalho entre o agenciador e o profissional do sexo, em razão de ter como prestação um objeto ilícito, não é razoável e não traz uma argumentação embasada se observar o ordenamento jurídico como um todo.

XXIII) Faz-se, urgentemente, necessário o reconhecimento dos direitos trabalhistas aos profissionais do sexo que exercem a atividade por meio de agenciador, ainda que se trate de um objeto ilícito, por diversas razões. Não somente isso, mas também o reconhecimento do vínculo empregatício entre o aqueles.

XXIV) Não é justo que o profissional dos sexo exerça seu labor e, em contrapartida, não tenha amparo jurídico para requerer quaisquer direitos trabalhistas, nem mesmo os salário. Ademais, quem infringe as regras estatais não são os profissionais do sexo, mas sim os agenciadores, os donos da casa de prostituição. Vale ressaltar, ainda, que declarar efeitos *ex tunc* ao contrato de trabalho/emprego somente favorece o agenciador, pois ele exerce a sua atividade, obtém lucros, mas não tem quaisquer deveres em face do contratado, configurando o enriquecimento sem causa às custas da prostituição, uma vez que não será possível restituir a força de trabalho despendida pelo profissional do sexo..

XXV) Analisando o sistema jurídico como um todo verifica-se uma incongruência no ordenamento, uma vez que, na seara penal, o profissional do sexo, que exerce a atividade por meio de agenciador, é considerado vítima. Entretanto, no âmbito trabalhista nega-se direitos em razão do mesmo ter colaborado para o desenvolvimento da atividade ilícita; este profissional estaria sendo “re-vitimizado”. A vítima não tem qualquer proteção do judiciário.

XXVI) Este posicionamento de negar direitos trabalhistas ao profissional do sexo que exerce seu labor por meio de agenciador ou em casa de prostituição nega a própria base do direito trabalhista, o princípio da proteção ao hipossuficiente. Neste caso, vale ressaltar que não se trata somente de um trabalhador, mas de uma vítima de crime.

XXVII) Ademais, negar direitos trabalhistas ou negar o reconhecimento do vínculo empregatício acaba por fomentar a alegação em favor do agenciador, beneficiando-se da própria torpeza e acabando por incentivar a prática delituosa, uma vez que estes agenciadores exploram a atividade sem obrigação de efetuar os pagamentos trabalhistas.

XVIII) Os profissionais do sexo são titulares dos direitos do Estado do bem-estar social, são destinatários do princípio da dignidade da pessoa humana, da não discriminação, somando-se a estes princípios o da boa fé objetiva, dever de lealdade em relação ao contratante e à própria condição de hipossuficiente do trabalhador, aliada à característica de fonte alimentar de que reveste o trabalho.

XIX) Desta forma, não somente legal, como constitucional o reconhecimento do vínculo empregatício entre o profissional do sexo e o agenciador. A ilicitude do objeto não afasta, no caso em tela, os efeitos decorrentes do contrato de emprego ou de trabalho.

XXX) Em que pese não ser a linha de estudo desta pesquisa, foi trazido o posicionamento de alguns doutrinadores que entendem que o objeto da prestação por agenciador é lícita, em razão da atipicidade material da conduta. Para embasar esta conclusão, Rosângela Lacerda fez uma digressão acerca da teoria penal funcionalista – sob a ótica mais avançada, proteção do bem jurídico, da teoria da tipicidade conglobante de Zaffaroni, dos princípios da intervenção mínima e da

ofensividade, bem como as correntes de discriminalização e de despenalização do direito penal contemporâneo.

XXXI) Em razão de não ser possível considerar condutas penalmente relevantes às que violem normas morais, religiosas ou ideológicas, a exploração da prostituição não deve ser considerada tipo penal.

XXXII) Os doutrinadores acrescentam ainda a atipicidade em razão da adequação social

XXXIII) Em contrapartida ao que este trabalho defende, os tribunais brasileiros vêm se posicionando no sentido de não reconhecer os direitos trabalhistas dos profissionais do sexo que exercem suas atividades por meio de agenciador. Entretanto, verificou-se que os julgados não há fundamentação necessária para invalidar o negócio jurídico; eles invocam somente o fato de ser objeto ilícito.

XXXIV) Ainda que os Tribunais não reconheçam o vínculo empregatício, deve ser aplicado efeito *ex nunc* no contrato existente, aplicando, desta forma, a teoria das nulidades trabalhistas. Como conseqüência, os efeitos justrabalhistas ao contrato celebrado devem ser assegurados ao profissional do sexo. Inclusive, tal conseqüência ocasionaria um desestímulo ao agenciador ou dono da casa de prostituição, vez que deveria pagar todas as verbas rescisórias.

XXXV) Desta forma, o profissional do sexo deve ter assegurado o salário e a remuneração pelos serviços prestados ou pelo tempo que ficou à disposição, do agenciador ou, ainda, pelo tempo referente à interrupção contratual; férias; aviso prévio; Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS.

XXXVI) Com relação a Identificação e Registro Profissional, precisa-se primeiro que seja considerado uma atividade lícita o que não obsta, entretanto, o reconhecimento da relação jurídica travada entre o profissional do sexo e seu agenciador. A comprovação do vínculo será feito de outra forma.

XXXVII) O profissional do sexo tem direito, ainda, a laborar em um local onde há cumprimento às exigências de segurança e medicina o trabalho, em que pese não ser possível cobrar ainda os adicionais de insalubridade, mesmo o profissional estando em contato com riscos de doenças, principalmente aquelas sexualmente transmissíveis.

XXXVIII) O agenciador ou dono da casa de prostituição deve, ainda, conceder os equipamentos de proteção individual de forma gratuita, sendo estes, principalmente, preservativos e anticoncepcionais.

REFERÊNCIAS:

ALMEIDA, Vanesca Cristina. **Contrato de trabalho a termo**. 2009. Pós-graduação. Universidade Candido Mendes, Rio de Janeiro. Disponível em: http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/k210934.pdf.

ANDRADE, Maria Cristina Castilho de. **Mulheres prostituídas**. Disponível em: <http://www.hottopos.com/seminario/sem2/cris1.htm>.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2012.

BEZERRA, Carlos Henrique. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 9. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

_____. **Direito do Trabalho**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010.

BRASIL, Danielle Marinho. **A prostituição feminina e associação de prostitutas da Paraíba**: Movimento social, luta política e reivindicação de direitos. Disponível em: <http://www.ccj.ufpb.br/pos/wp-content/uploads/2013/07/Danielle-Marinho-Brasil-A-prostitui%C3%A7%C3%A3o-Feminina-e-a-Associa%C3%A7%C3%A3o.pdf>.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm.

_____. **Decreto-lei nº 2.484 de 07 de dezembro de 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm.

_____. **Decreto-lei nº 5.452 de 1 de maio de 1943**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm.

_____, Jaime. **História da Prostituição**. Disponível em: <http://www.antropologia.com.br/pauloapgaur/trab/prosti.PDF>.

_____. **Lei nº 10.506 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm.

_____. **Lei nº 5.890, de 8 de junho de 1973**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5890.htm.

_____. **Projeto de Lei 98/2003**. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=CB42C8607888C5B299E72C36C143A7E7.proposicoesWeb1?codteor=114091&filename=Tramitacao-PL+98/2003.

_____. **Projeto de Lei 4.211/2012**. Disponível em:
http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1012829&filenome=Tramitacao-PL+4211/2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Constitucionalidade – ADI 3127/DF**. Relator: Teori Zavascki. Julgamento 26/03/2015. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28administracao+E7%E3o+p%FAblica+sem+concurso%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/q28oau5>.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal 4: parte especial**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAMPINAS, São Paulo. Tribunal Regional Territorial - 15ª Região. Recurso ordinário. Juíza Relatora: Ana Cláudia Torres Vianna. Julgado em: 14/05/2013. Disponível em:
http://busca.trt15.jus.br/search?q=cache:XgyrC6lfipoJ:www.trt15.jus.br/voto/patr/2013/041/04171913.rtf+prostitui%C3%A7%C3%A3o+v%C3%ADnculo+empregat%C3%ADcio&site=jurisp&client=dev_index&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=dev_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&access=p&oe=UTF-8.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 3 parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 359-H)**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARNEIRO, Durval Cintra. Aspectos criminológicos do problema da prostituição *in* **Revista dos Tribunais**, volume 300. Ano 49, outubro de 1960.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 33. ed., atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO, Luiz. **Mulheres da CUT são contra regulamentação da prostituição**. Disponível em: <http://www.cut.org.br/noticias/mulheres-da-cut-sao-contraregulamentacao-da-prostituicao-473a/>.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed, atual., 19. Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores.

DALLOSSI, Brunno Manfrin. **Direitos Trabalhistas das profissionais do sexo: uma questão de princípios**. Disponível em:
<https://www.sinaite.org.br/arquivos/artigos/artigo058d1efcf493c911af975631d1f5feb2.pdf>.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014

DIREITO, Carlos Gustavo Vianna. **Do Contrato: Teoria geral**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

EMPÓRIO DO DIREITO. **Casa de Prostituição e Rufianismo não constituem crime – Confirma o precedente na íntegra aqui!** Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/casa-de-prostituicao-e-rufianismo-nao-constituem-crime-confirma-o-precedente-na-integra-aqui/>.

FERREIRA, Lucélia Aparecida de Lima. **Trabalho ilícito X Trabalho proibido**. Disponível em: http://www.viannajunior.edu.br/files/uploads/20131001_110510.pdf.

FETAL, Livia Silva. **A legalização da prostituição como atividade profissional**. 2008. Monografia (Curso de Graduação em Direito) - Universidade Salvador, Salvador.

FIGUEIREDO, Candido de. **Novo dicionário da Língua Portuguesa**. Disponível em: <http://www.gutenberg.org/files/31552/31552-pdf.pdf>.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil, volume 4: contratos, tomo I: teoria geral**. 11. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GOMES, Luiz Flávio. **Crimes contra a Dignidade Sexual e outras Reformas Penais**. Disponível em: <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1872027/crimes-contra-a-dignidade-sexual-e-outras-reformas-penais>.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GONZAGA, Antônio Gonçalves. Casa de prostituição: caráter permanente e não habitual do crime definido no artigo 229 do Código Penal – co-autoria, continuação e reincidência nesse delito *in* **Revista dos Tribunais** ano 48, volume 290. São Paulo, dezembro de 1959, p. 20-33.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial, volume III**. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

G1. **Sobe para 31 número de vítimas de massacre de prostitutas em Bagdá**. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2014/07/sobe-para-31-numero-de-vitimas-de-massacre-de-prostitutas-em-bagda.html>. Acesso em: 10/08/2015 às 17:19.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

LACERDA, Rosangela Rodrigues Dias de. **Reconhecimento do vínculo empregatício para o trabalho da prostituta**. 2015. Tese (doutorado) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito.

MARQUES, Gustavo. **Regulamentação da prostituição efeitos no direito do trabalho**. 2004. Monografia. (Curso de Graduação em Direito) - Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Itajaí.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: reações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 20. ed. São Paulo, Saraiva, 2014.

_____. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Andre. **Crime: sexo, drogas e armas**. Disponível em: https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/crime_sexo_drogas_e_armas_2015-2.pdf.

MINISTÉRIO DA INDÚSTRIA, DO EMPREGO E DAS COMUNICAÇÕES. **Prostiuição e tráfico de mulheres**. Disponível em: http://elibrary.lt/resursai/Uzsienio%20leidiniai/Countries/Sweden/Integration/2004/mi2004_09.pdf.

Ministério do Trabalho e Emprego. **CBO – Classificação Brasileira de Ocupações**, 2002, Disponível em: <http://www.mtecbo.gov.br/cbosite/pages/home.jsf>.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado: parte geral, tomo IV – Validade. Nulidade. Anulabilidade**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do Direito do Trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 24. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

NEVES, Maria; BRITTAR, Paula. **CCJ rejeita projeto que legaliza a prostituição**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/NAO-INFORMADO/113297-CCJ-REJEITA-PROJETO-QUE-LEGALIZA-PROSTITUICAO.html>.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 11. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PADUA, Juliana de Jesus Amorim. **Da alegoria à carnavalização do corpo prostituído: perspectivas literárias em Gabriel García Marquéz e José Donoso**. Disponível em:

<http://www.uesc.br/seminariomulher/anais/PDF/JULIANA%20DE%20JESUS%20AMORIM%20P%C3%81DUA.pdf>.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito do Trabalho**. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

PERNAMBUCO. Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região. Desembargador Relator: Valéria Gondim Sampaio. Julgado em: 3 de setembro de 2015. Disponível em:
<http://apps.trt6.jus.br/consultaAcordaos/exibirInteiroTeor.php?documento=1568107&tipoProcesso=pje>.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Curso de direito individual do trabalho: noções fundamentais de direito do trabalho, sujeitos e institutos do direito individual**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2003.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 2: parte especial, arts. 121 a 249**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

QUEIROZ, Paulo. **Prostituição é legal?** Disponível em:
<http://pauloqueiroz.net/prostituicao-e-legal/>.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

REALE JÚNIOR, Miguel. Casa e prostituição: mito e realidade parecer *in* **Edição especial comemorativa do 380º ano do Tribunal de justiça da Bahia**. Ano III – março\abril de 1989, volume bimestral. Editora: Ciência jurídica, p. 432-440.

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

RONDINELLI, Marcus Vinicius Siqueira dos Santos. **Contrato de trabalho de prostituição**. Disponível em: http://academico.direito-rio.fgv.br/wiki/Postagem_do_aluno_Marcus_Vinicius_Siqueira_dos_Santos_Rodinelli.

ROSOSTOLATO, Breno. **A história da prostituição**. Disponível em:
http://www.rotadoagito.com.br/colunistas/breno_rostolato/colunas/historia_da_prostituicao.htm.

SANT'ANA, Cinthia Emmanuelle Lima. **A prostituição como atividade lícita: em busca de um novo padrão jurídico-trabalhista para os profissionais do sexo no Brasil**. 2012. Monografia. (Curso de Graduação em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Salvador.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia *in* **Revista de Direito Administrativo**, 212, abril/jun., Rio de Janeiro: Livraria e Editora Renovar, LTDA, 1998, p. 89-94.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. As concepções da relação de trabalho *in* **Revista do Direito do Trabalho**, ano 33, nº 127, jul.-set./2007, p. 132-145.

SILVA, Mario Bezerra da. **Profissionais do sexo e o Ministério do Trabalho**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5233.

SILVA, Natália Alves da. **Prostituição: a legalização da profissão e a possibilidade do reconhecimento do contrato de trabalho**. Disponível em: <http://www.educacaopublica.rj.gov.br/biblioteca/direito/0003.html>.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. A proteção constitucional ao trabalho da prostituta *in* **Revista do Ministério Público do Trabalho**, ano XVIII, nº 36, setembro 2008, p. 13-34.

SOARES, Luiz Carlos. **Rameiras, Ilhoas, Polacas... A prostituição no Rio de Janeiro do século XIX**. São Paulo: Editora Ática, 1992.

SOUZA, Ronald Amorim e. **Direito do Trabalho: estudos**. Salvador, 1997.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Constitucional do Trabalho**. 2. ed., ampl. e atual. Rio de Janeiro: renovar, 2001.

SUSSEKIND, Arnaldo. Da relação de trabalho *in* **SDI: Jurisprudência uniformizadora do TST – v. 1, n. 1**, Curitiba, PR: Decisório Trabalhista, 1996, p. 9-16.

Tribunal Superior do Trabalho. **Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho**. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-363. Acesso em: 23/10/2015 às 00:25.

VALENÇA, Marcelo Morelatti. Contrato de Trabalho e a Prostituição *in* **Temas em direito do trabalho: direito material individual**, volume I. São Paulo: LTr, 2008, p.127-134.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
TAVARES, Manuela. **Prostituição: Diferentes posicionamentos no movimento feminista**. Disponível em: <http://www.umarfeminismos.org/images/stories/pdf/prostituicaomantavares.pdf>.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro v. 1**: parte geral. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.