



AMANDA DE SALES PEREIRA

**A PROSTITUIÇÃO E O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS TRABALHISTAS:
UMA FORMA DE GARANTIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA
VALORIZAÇÃO DO TRABALHO E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

LAVRAS – MG

2017

AMANDA DE SALES PEREIRA

**A PROSTITUIÇÃO E O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS TRABALHISTAS:
UMA FORMA DE GARANTIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA
VALORIZAÇÃO DO TRABALHO E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Trabalho de Conclusão de Curso submetido à Universidade Federal de Lavras como parte dos requisitos necessários para a obtenção do Grau de Bacharel em Direito. Sob a orientação do Professor Doutor David Francisco Lopes e coorientação do Professor Mestre Gustavo Seferian Scheffer Machado.

Prof. Doutor David Francisco Lopes Gomes

Orientador

Prof. Mestre Gustavo Seferian Scheffer Machado

Coorientador

LAVRAS MG

2017

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo apresentar a problemática que envolve a possibilidade do reconhecimento do vínculo de emprego entre as prostitutas e seus respectivos locais de trabalho, enquanto forma de garantia mínima de seus direitos fundamentais e trabalhistas. A temática é permeada por conflitos existentes entre as disposições legais apresentadas pela esfera jurídica penal em contraponto ao regramento jurídico trabalhista. Em que pese as considerações acerca da controvérsia existente entre ambos os sistemas, busca-se argumentar de forma favorável a possibilidade do reconhecimento do vínculo empregatício, com fundamento no princípio da proteção consagrado no direito trabalhista, que se impõe como a única forma de concretização da justiça social nas relações de trabalho.

Palavras chaves: Prostitutas; reconhecimento do vínculo de emprego; conflitos; esferas penal e trabalhista; princípio da proteção.

SUMÁRIO

1	Introdução.....	6
2	Direito comparado: a Prostituição no Brasil e no mundo	7
3	Direitos Fundamentais	9
3.1	O direito à liberdade de ofício	9
3.2	Princípio da valorização do trabalho e da dignidade da pessoa humana.....	11
4.	Conflitos entre o reconhecimento dos direitos trabalhistas e a matéria penal.....	13
5.	Princípios do Direito do Trabalho aplicáveis	17
5.1	Princípio da Proteção	17
5.2	Princípio da primazia da realidade sobre a forma.....	18
6.	Análise jurisprudencial dos Tribunais Regionais do Trabalho	20
7.	Conclusão	25

1 Introdução

A atividade de prostituição, apesar de ter suas origens datadas no período dos escritos bíblicos é ainda considerada atividade marginalizada, muitas vezes associada à imoralidade e à libertinagem. De acordo com Muçouçah (2015), no Egito Antigo e na Suméria as prostitutas eram consideradas semi-divindades, a quem eram oferecidas caras oferendas, que eram levadas para os templos religiosos pelas prostitutas. Roberts (1998, p.26, citado por Muçouçah, 2015, p.13) descreve da seguinte forma as prostitutas daquela época:

“Eram símbolos de fertilidade e, mais que isso: diferenciavam-se das esposas dóceis e submissas, constituindo-se em seres iguais aos homens em termos de posicionamento social e independência no agir.”

Durante muito tempo prostituição e religião tiveram fortes relações. Após as Cruzadas, constam nos registros bíblicos que a atividade de prostituição era admitida dentro das cidades como forma de comércio, tendo o clero se apropriado de bordéis e casas de Prostituição. Assim, de acordo com Lewinsohn (1960, citado por GIRARDI, 2013, p. 32) as mulheres que ali trabalhavam eram obrigadas a “observar estritamente as horas de oração e a não esquecer nenhum ato de devoção, pois, apesar de sua profissão desprezada, deviam continuar sendo boas cristãs.”

Foi em meados do século XIX que a prostituição passou, mais ostensivamente, a se tornar atividade proibida e, conseqüentemente, marginalizada, destoante das demais famílias consideradas descentes, de acordo com Muçouçah (2015).

Ainda nos dias atuais vislumbra-se uma percepção social negativa acerca do exercício da prostituição, ao passo em que a mulher prostituída é vista como violadora de regras e valores sociais, sendo atribuído à elas o rompimento da antiga visão da mulher enquanto mãe e esposa. (CHAVES; NEWTON, 2013).

Neste contexto, mesmo após a Revolução Sexual, movimento que ocorreu entre as décadas de 50 e 60, marcado pelo crescimento da participação das mulheres e pela difusão dos métodos contraceptivos, permaneceu o estigma sobre a mulher prostituída, ainda que diante de um quadro em que se vislumbrou o reconhecimento tácito do comércio sexual vigente. (CHAVES; NEWTON, 2013)

A preocupação com a tutela desses direitos se justifica pelo fato de que muitos dos trabalhadores que se encontram lavorando nesta atividade são pessoas oriundas das camadas mais pobres da sociedade, que se encontram, na maioria das vezes, em situação de miserabilidade, além de serem, frequentemente, alvos de violência de gênero, vez que esses

trabalhadores se incluem em posições socialmente inferiorizadas.

No decorrer do presente trabalho pretende-se primeiramente apresentar o posicionamento da legislação brasileira acerca do trabalho exercido pelas prostitutas, buscando demonstrar através do direito comparado, os diferentes tratamentos jurídicos dispensados a estas profissionais no mundo.

Com base nos direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana e da liberdade de ofício, busca-se demonstrar a necessidade de se promover uma leitura mais completa do texto normativo, aliando tanto os institutos previstos no direito penal quanto no direito trabalhista. Aqui importará ressaltar as condutas tipificadas no Código Penal que se relacionam ao exercício da profissão e analisar criticamente o posicionamento do legislador frente à temática.

Por fim, após a apresentação geral do tema, será feita uma análise jurisprudencial crítica acerca de decisões paradigmáticas sobre o reconhecimento do vínculo de emprego das prostitutas e seus respectivos locais de trabalho, enquanto condição essencial para a garantia de uma tutela jurídica efetiva que leve em conta a aplicação irrestrita dos princípios trabalhistas da proteção e da primazia da realidade.

2 Direito comparado: a Prostituição no Brasil e no mundo

No âmbito internacional, o tratamento jurídico dispensado às prostitutas, transita entre três tipos principais: regulamentarista, proibicionista e abolicionista. (GUIMARÃES, 2014).

Segundo Nucci (2014, p. 69) “o modelo proibicionista vê a prostituição como um grave atentado contra os direitos humanos, uma clara manifestação da violência contra as mulheres e um símbolo inequívoco de exploração sexual.” Para tanto, o sistema proibicionista não faz distinções entre a prostituta e o cliente, estando ambos sujeitos a penalidades. São países adeptos ao modelo proibicionista: os Estados Unidos, com exceção do estado de Nevada, Albânia, Lituânia, Romênia e Sérvia.

Outro modelo que tem sido adotado por alguns países é o abolicionista. No referido sistema jurídico a mulher é reconhecida como vítima da exploração sexual sendo, portanto, criminalizada somente a cafetinagem e, em alguns casos também o cliente que paga pelos serviços sexuais (TAVARES, 2002). A principal crítica feita a esse modelo é que neste tipo de tratamento jurídico o Estado se abstém de aplicar penalidades para aqueles que exercem

atividade como prostituto mas, por outro lado, não veicula quaisquer tipos de políticas públicas para resguardar as pessoas que se encontram inseridas neste ramo.

Ao mesmo tempo, é gerada a falsa sensação de que se está reprimindo a conduta ao criminalizar a exploração sexual, ao passo em que permanece o Estado inerte frente à escancarada realidade das pessoas que exercem atividades dentro de estabelecimentos relacionados à exploração sexual.

Países como a Suécia, por exemplo, têm optado pelo denominado “novo abolicionismo”, o qual está centralizado em alguns preceitos fundamentais, de acordo com Tavares (2002, p. 4):

“luta contra o ‘sistema que sustenta a prostituição’ e não propriamente contra a prostituição; proteção jurídica da pessoa prostituída (no caso de mulheres imigrantes colocá-las sob o sistema de refugiados políticos); penalização do proxenetismo ou qualquer tipo de exploração comercial de prostituição; penalização e consciencialização dos clientes, passando o cliente a ser o alvo principal das medidas a implementar: multas, prisão, educação sexual.”

No ordenamento sueco vislumbra-se uma punição dirigida apenas àquele que usufrui dos serviços sexuais, sendo assim, de acordo com BRUFAO CURIEL (2008, p. 26) a lei criminaliza:

“la compra de servicios sexuales, que puede acarrear penas de prisión de hasta seis meses o multa. Las prostitutas tiene garantizado su anonimato y el no comparecer em juicio, ya que son tratadas como victimas e no como delincuentes.” (BRUFAO CURIEL, 2008, P. 26).

O Estado Francês também entende que a comercialização do próprio corpo para fins sexuais constitui violência de gênero, ao passo em que optou, no ano de 2016, por implementar o novo modelo abolicionista, como forma de reduzir a atividade no país, estimulando o abandono do ofício. Conforme afirma Ribeiro (2016), a França foi o quinto país a adotar a criminalização de clientes. Outros países que já adotaram essa concepção foram: Noruega, Islândia, Suécia e Reino Unido. (RIBEIRO, 2016)

A proposta legislativa foi aprovada pela Assembleia Nacional após dois longos anos de debate que dividiu as duas câmaras legislativas do país, tendo tido forte resistência por parte de várias profissionais que atuam no ramo.

Por fim, o sistema regulamentarista foi adotado por países como a Alemanha, Holanda, Uruguai, Hungria e Turquia (GUIMARÃES, 2014). A implementação deste modelo em alguns países como a Alemanha e a Holanda partiu do princípio de que a autodeterminação das pessoas que se ocupam deste trabalho deve ser respeitada, tratando-se de um direito individual a

negociação do próprio corpo. Por sua vez, em países como a Hungria e a Turquia, a legalização ou regulamentação da prostituição não foi baseada no princípio da autodeterminação mas sim em uma concepção de que a atividade de prostituição, “não obstante configurar uma atividade imoral e indesejável, é um fenômeno social inevitável.” (GUIMARÃES, 2014, p. 6).

Em países como a Holanda, que possui seu Código Penal alterado desde o ano de 2000, quando foi revogada a proibição da intermediação entre prostituta e cliente, a regulamentação baseou-se essencialmente, de acordo com Guimarães (2014, p.10), em: “controlar e regulamentar o trabalho das prostitutas, proteger menores contra o abuso sexual e reduzir o exercício da prostituição por imigrantes ilegalmente residentes na Holanda”. Dentre outras reformas pode ser citada a legalização dos bordéis no país, que até então encontravam-se banidos, bem como a exigência de licença a todos os profissionais do sexo para que pudessem ter acesso a direitos trabalhistas e sociais, tornando-se também contribuintes, por meio do pagamento de impostos. (GUIMARÃES, 2014).

3 Direitos Fundamentais

Relevante discussão para o tema prostituição e reconhecimento dos direitos trabalhistas se refere aos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados. A análise a estas disposições tem servido como norte para grande parte das decisões envolvendo o tema diante dos casos concretos. Além disso, imprescindível se faz a interpretação de tais princípios como forma de se vislumbrar decisões mais justas, em conformidade com o complexo sistema de normas jurídicas que se relacionam ao problema.

Determinados princípios, também conhecidos como direitos fundamentais ou constitucionais, conforme leciona Girardi (2013), podem ser considerados como autoaplicáveis a todos os ramos do Direito. Dentre eles podem ser citados os princípios da dignidade da pessoa humana e da valorização do trabalho. Dada à importância de tais direitos constitucionalmente previstos, é válido aqui perpassar por cada um deles, explicitando sua função e pertinência à temática aqui tratada.

3.1 O direito à liberdade de ofício

Consoante se extrai do artigo 5º, inciso XIII da Constituição Federal de 1988 “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.” Tal dispositivo tem por escopo assegurar o exercício livre de qualquer profissão, cujo exercício não encontre obstáculo em outra norma constitucional ou infraconstitucional.

Conforme leciona Fernandes (2015), seguindo a tradicional classificação adotada por José Afonso da Silva, esta possibilidade de limitação encontra amparo no fato de que a norma em referência possui eficácia contida.

Cumpra salientar, muito embora, que a limitação a um direito poderá ocorrer somente mediante fundamentação constitucional. Acerca da possibilidade de restrição do direito fundamental à liberdade de ofício em função de outros direitos fundamentais vejamos o posicionamento de Leal (2008):

“A liberdade de trabalho, ofício ou profissão, a exemplo de outras liberdades públicas, é direito fundamental passível de restrição. A presença no texto constitucional de uma carta de direitos implica necessariamente a tutela de vários bens jurídicos eleitos pelo constituinte como fundamentais. Contudo, deve-se admitir que, em determinados casos, os direitos de liberdade encontram na própria Constituição - embora nem sempre de modo expresse - imposições que autorizam a instituição de limites ao seu exercício. A própria restrição ou a sua viabilidade devem ter fundamento no texto constitucional. Não há restrição a direito fundamental sem base constitucional.” (LEAL, 2008, p. 19)

A primeira consideração que pode ser extraída do referido dispositivo constitucional está relacionada ao direito à livre escolha de profissão. Tal direito consubstancia-se em uma autonomia do sujeito em desempenhar a atividade que melhor lhe convém, de acordo com suas preferências e habilidades. Não obstante, conforme assevera Leal (2008), a escolha da profissão está dissociada da liberdade de exercício da mesma, isto porque, em algumas situações, mesmo diante de uma possibilidade de escolha de uma atividade profissional, o exercício desta poderá estar condicionado ao preenchimento de outros requisitos. A este exemplo podem ser citados os cargos públicos cujo ingresso se dá por meio da realização de concurso público, obedecendo aos mandamentos insertos no artigo 37 da Constituição Federal (LEAL, 2008).

Pode-se afirmar ainda que, em outros casos, o exercício de determinada profissão poderá ser considerado vedado diante do ordenamento jurídico pátrio. Tais vedações incidem sobre aquelas atividades que possam configurar ilícitos de natureza cível ou penal (LEAL, 2008). Sendo assim, para que se afirme que uma profissão é vedada pelo ordenamento jurídico não importa saber se a atividade pode ser considerada ilegítima ou de questionável utilidade social, mas sim na constatação de que esta profissão esteja violando bem jurídico especialmente protegido pelo ordenamento jurídico pátrio.

Diante deste fato, pode-se aqui afirmar que a atividade profissional da prostituta não encontra óbice em qualquer dispositivo tanto da norma constitucional como nas normas infraconstitucionais, não havendo, portanto, qualquer fundamento jurídico capaz de amparar a

ilegalidade do exercício da profissão diante de seu exercício, pois não o mesmo não viola qualquer bem jurídico objeto de especial proteção legal.

Outro aspecto que importa ser analisado frente ao dispositivo constitucional em comento se refere ao regime jurídico sobre o qual determinada profissão será exercida. (LEAL, 2008). Conforme assevera Leal (2008), tal liberdade se estende à maneira como ocorrerá a prestação do serviço, abarcando inclusive as inúmeras possibilidades de contratação e exigências impostas a ambas as partes contrapostas existentes no contrato de trabalho. Senão vejamos o entendimento explicitado no seguinte excerto:

A Constituição, neste aspecto, possibilita a opção em ser empregado ou trabalhador autônomo, em celebrar contratos temporários ou por prazo indeterminado. Tal liberdade também inclui o direito de escolher com quem e, sobretudo, para quem serão prestados os serviços, bem como determinar o tipo e o quantum de remuneração. Evidentemente que tais escolhas ficam adstritas à aceitação do empregador ou do tomador do serviço que pode discordar de determinadas pretensões ou opções do trabalhador. Em certa medida, a liberdade de trabalho guarda alguma identidade com a liberdade de propor o conteúdo do contrato. (LEAL, 2008, p. 8)

3.2 Princípio da valorização do trabalho e da dignidade da pessoa humana

Os princípios da dignidade da pessoa humana e da valorização do trabalho, ambos fundamentos recepcionados pela Constituição Federal, encontram-se intimamente ligados, tendo em vista que o segundo é irradiação do primeiro, não podendo daquele dissociar-se.

A partir de uma visão correlacionada do princípio da valorização do trabalho e da dignidade da pessoa humana, entende-se que o Estado deverá dispensar igual tratamento a todo e qualquer indivíduo independentemente de sua classe ou grupo social, uma vez que o indivíduo se insere dentro de um determinado contexto social com o trabalho que realiza, devendo, portanto, receber tratamento justo, o que inclui razoável remuneração e condições propícias dentro de um ambiente de trabalho, razão pela qual pode o referido princípio ser entendido também como um direito social. (FERNANDES, 2015)

O princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição, pode ser entendido, conforme leciona Moraes (2011), como um fundamento basilar inerente à pessoa humana, de valor moral e espiritual, através do qual é externalizada uma pretensão destinada ao respeito.

De acordo com Sarlet tal princípio pode ser definido como:

A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que garantam a pessoa contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, bem como venham a lhe assegurar as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.” (SARLET, 2001, citado por GIRARDI, 2013, p. 27)

O princípio da dignidade da pessoa humana para São Thomás de Aquino, relaciona-se a uma noção de que o homem foi feito à imagem e semelhança de Deus, e que, dado a este fato, poderia-se afirmar que seria dotado de uma capacidade de autonomia e autodeterminação, sendo por sua própria natureza livre e possuidor de sua vontade. (FERNANDES, 2015)

De outro lado, de forma a dissociar a dignidade da pessoa humana de um pensamento de cunho religioso, Kant, baseado no iluminismo alemão identifica o homem sempre como o fim nas relações humanas e não apenas o meio. Neste sentido o ser humano passa a ser reconhecido diante de sua individualidade e singularidade, o que lhe confere, por si só seu caráter insubstituível perante a ordem jurídica. (FERNANDES, 2015)

A partir de uma ruptura para com as ideias jusnaturalistas, dissociando o fundamento da dignidade da pessoa humana de uma adjetivação em referência ao ser humano propriamente dito, os italianos abordam o tema com base em um conceito de dignidade social. Assim, dispôs a Constituição italiana acerca do tema:

“está ligada ao desenvolvimento segundo as próprias possibilidades e a própria escolha , uma atividade ou uma função que concorra ao progresso material e espiritual da sociedade.” (art. 4º, § 2º da Constituição italiana de 1948)

Partindo da interpretação do texto constitucional italiano pode-se afirmar que o fundamento da dignidade da pessoa humana está associado a um contexto econômico-social e que, por isso, compreende o trabalho enquanto forma de dignificar o homem. Conforme leciona Fernandes (2015), a partir desta compreensão extraída do direito italiano, o ser humano adquire não apenas um direito, mas também um dever diante da concretização da ideia de que toda pessoa contribui para a sociedade e seu progresso mediante o exercício de uma atividade laboral.

Uma análise crítica que pode e deve ser feita acerca do tema se refere ao esquecimento desta perspectiva de interpretação pelo direito pátrio, que ainda permanece caracterizando o

princípio da dignidade da pessoa humana a partir de uma concepção meramente jusnaturalista, o que contribui para uma interpretação restritiva do princípio, baseada somente em valores e argumentos éticos religiosos. (FERNANDES, 2015)

Não obstante, em que pesem as críticas feitas à interpretação do princípio da dignidade da pessoa humana e a efetividade de sua aplicação nos mais diversos casos concretos, pode-se afirmar que a dignidade da pessoa humana adquiriu status de meta princípio perante o ordenamento jurídico, com fortes influências do direito germânico, o que significa dizer que uma série de valores consagrados pela constituição só fazem sentido se pensados como irradiação deste princípio norteador, como é o caso do direito à vida, do direito à liberdade e do direito à intimidade. (FERNANDES, 2015)

4. Conflitos entre o reconhecimento dos direitos trabalhistas e a matéria penal

A despeito da forma contratual, insta ressaltar que o contrato de trabalho configura espécie do gênero negócio jurídico, regulado pela teoria geral das obrigações no Código Civil. Em termos de validade do negócio jurídico, o Código Civil de 2002 estabeleceu os seguintes critérios, em seu artigo 104: capacidade das partes; objeto lícito, possível e determinado; forma prescrita ou não defesa em lei.

A vedação ao trabalho ilícito implica em dizer que nenhum contrato de trabalho poderá recair sobre uma conduta tipificada como ilícita. Além disso, o trabalho exige capacidade civil, para tanto são três as modalidades existentes, quais sejam: capacidade plena, capacidade relativa e incapacidade. A capacidade plena é adquirida a partir dos 18 anos, enquanto a relativa refere-se às pessoas de faixa etária entre 16 e 18 anos e a incapacidade absoluta refere-se aqueles menores de 16 anos.

Importa aqui realizar uma distinção acerca dos conceitos de trabalho ilícito e trabalho proibido. O trabalho ilícito, segundo leciona Cassar (2007, citado por GOMES, 2010, p. 32) não pode ser equiparado ao proibido, isto porque, apesar de ambos tratarem de vício de nulidade absoluta o segundo pode produzir alguns efeitos, tratando-se não de um objeto ilícito, mas de uma “situação social indesejável para o trabalhador”, como assevera Maior (2008, p. 74). Em contrapartida, o trabalho ilícito, dado ao fato de consistir em violação aos valores de moralidade, legalidade que contrariam a ordem pública, não pode produzir qualquer efeito. (MAIOR, 2008)

Como exemplo de trabalhos considerados proibidos pode ser citado o trabalho que

exija da mulher força muscular superior a 20 kg ou o trabalho noturno prestado por pessoa incapaz relativa ou absolutamente. (MAIOR, 2008)

O trabalho ilícito, uma vez caracterizado pelo desempenho de atividade contrária ao interesse público não merece, todavia, ser tutelado pela ordem jurídica. Sendo assim, tal qual assevera Maior (2008), nestes casos não incide a teoria justrabalhista especial das nulidades, sendo negada qualquer repercussão na esfera trabalhista. Como exemplo de trabalho ilícito pode ser citada a função desempenhada pelo “coletor de apostas” no jogo do bicho.

Vale destacar ainda a ressalva feita por Maior (2008) em atenção à necessidade de se verificar a contribuição do trabalhador para o desempenho da função ilícita. Nos casos em que a atividade for paralela, nada impedirá a configuração do vínculo de emprego. Entendimento semelhante é esboçado também por Paes, senão vejamos:

“entende que existe vínculo de emprego, desde que a atividade do empregado seja lícita, não importando a atividade do seu empregador. Neste caso estamos diante de um objeto lícito da ação que é o reconhecimento da atividade do obreiro como empregado, não havendo que se discutir a atividade do seu empregador.” (PAES, 2014, p. 48)

Ressalta-se que a grande distinção existente entre o trabalho proibido e o trabalho ilícito é que no trabalho proibido não se nega ao trabalhador os direitos que lhes são devidos. Tal prerrogativa origina-se e uma perspectiva de flexibilização da noção de nulidade do contrato de trabalho.

Em atenção ao tema, seguindo o raciocínio proposto por Nascimento (2009), se em uma relação de compra e venda regulada pelo Direito Civil o contrato é anulado, posteriormente as partes voltam ao *status quo ante*, sendo o proprietário revestido de seu bem e, conseqüentemente, o comprador restituído pelo preço que desembolsou. Ao contrário, em uma relação de trabalho, o empregador pode reaver os valores que pagou em virtude do contrato, enquanto o empregado jamais poderá readquirir a força laboral que uma vez despendeu.

O Código Penal estabelece três tipificações que estão relacionadas à prestação do serviço sexual para fins lucrativos ou não. Neste sentido os delitos de favorecimento à prostituição, “Casa de prostituição” e Rufianismo estão previstos nos artigos 228, 229 e 230 do Código Penal.

O delito previsto no artigo 229 do Código Penal sofreu significativa alteração após a edição da lei 12.015/09 que trata dos crimes contra a dignidade sexual. Sendo assim, o tipo revogado previa a criminalização da conduta: “*Manter, por conta própria ou de terceiro, casa*

de prostituição ou lugar destinado a encontros para fim libidinoso”, passando a ter após a edição da Lei a seguinte redação: “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.”

Vejamos qual o entendimento jurisprudencial sobre o tema:

Casa de prostituição (art. 229 do Código Penal). Preliminar rejeitada. Recurso com vistas à absolvição. Admissibilidade. Lei nº 12.015/09. Abolitio criminis. Configura-se atípica a manutenção de estabelecimento destinado a encontros libidinosos, mesmo programas sexuais, a menos que presente a elementar típica da “exploração sexual”, acrescida ao dispositivo em comento após a reforma legislativa. Exploração sexual que deve ser interpretada a luz da tutela da dignidade sexual, com significado, portanto, relacionado às condutas marcadas pelo ardil, violência, grave ameaça, enfim, pelo prejuízo à vontade e dignidade da vítima prostituída. Ausente comprovação nos autos neste sentido, remanesce a mera manutenção de uma casa que sediava programas, impondo-se a absolvição calcada no art. 386, III, CPP. Recurso provido. (TJ-SP Apelação Criminal 00072879420118260368 SP 0007287-94.2011.8.26.0368 SP. Relator: Otávio de Almeida Toledo. Data de Julgamento: 09/09/2014, décima sexta Câmara. Data de Publicação: 09/09/2014.)

Ao analisar o referido dispositivo, em sua versão mais atual, torna-se evidente que sem que se configure a exploração sexual impossível se faz o enquadramento da conduta ao tipo penal em análise. A exploração sexual, por sua vez pode ser interpretada como uma conduta caracterizada pelo emprego de meios de violência e grave ameaça, ato este que prejudica veementemente a vontade e a dignidade da vítima objeto da exploração.

A prostituição, de outro lado, não é considerada atividade ilícita. Tal premissa se extrai pelo reconhecimento dado a esse tipo atividade pela Portaria 397, de 9 de outubro de 2002 pelo Ministério do Trabalho e Emprego. Conforme dispõe Código Brasileiro de Ocupações, regulamentado pela portaria a atividade do profissional do sexo - categoria inscrita pelo código CBO 5198-05 - possui a seguinte descrição:

5198-05 – Profissional do sexo
Garota de programa, garoto de programa, meretriz, messalina, michê, Mulher da vida , prostituta, trabalhador do sexo.
Descrição sumária: Buscam programas sexuais; atendem e acompanham clientes; participam em ações educativas no campo da sexualidade. as atividades são exercidas seguindo normas e procedimentos que minimizam a vulnerabilidades da profissão.” (BRASIL, 2012)

Em que pese a louvável iniciativa do Ministério do Trabalho e Emprego em reconhecer amparo ao trabalho desempenhado pelo profissional do sexo, a legislação penal de 1940 ainda obsta o exercício deste tipo de atividade, impedindo que os profissionais do ramo

sejam auxiliados por pessoas que dirijam a prestação do serviço, como secretários e agenciadores.

Neste sentido, sobre a temática da tutela penal afirma com maestria Muçouçah que:

“o direito penal padece de uma arcaica herança moralista: deve-se ter em conta a proibição apenas de relações que afetem a autodeterminação de alguém. Considerando a atividade de prostituição como algo verdadeiramente ligado à autodeterminação sexual – ou seja, ao direito geral de liberdade ínsito a qualquer pessoa humana – como negar que estes trabalhadores, muitas vezes vítimas da miséria e da falta de condições de oportunidades oferecidas pelo Estado Brasileiro, sejam submetidos apenas à tutela criminal, em nome de um bem jurídico arcaico e ultrapassado como “moral e bons costumes” ou “pudor público”?” (MUÇOUÇA, 2010, p. 6)

O Direito Penal, enquanto sistema jurídico fragmentário, possui o papel de tutelar somente aqueles bens jurídicos mais relevantes, destinando-se a intervir minimamente nos casos em que as demais esferas jurídicas se mostrarem inaptas a solução do problema (NUCCI, 2011).

Reforçando a concepção de que o direito penal possui caráter subsidiário e fragmentário, Nucci (2011), afirma que deve-se ter em mente que o bem jurídico possui um caráter social e, portanto, o direito penal deveria destinar-se a prevenir os danos sociais e nunca ser usado como forma de sustentar concepções morais ou ideológicas. Sobre o tema Rodrigues afirma que:

"a premissa de base continua a ser a de que o hodierno Estado de direito é informado pelo princípio do pluralismo e da tolerância, daqui se deduzindo, ainda mais uma vez, que a pena estatal não pode ser legitimamente aplicada para impor o mero respeito por determinadas concepções morais. Desta orientação axiológica do sistema constitucional derivaria, pois, um princípio vinculante de política criminal: o direito penal tem por função apenas preservar as condições essenciais a uma pacífica convivência dos indivíduos-cidadãos, só nesta medida logrando, pois, legitimidade a intervenção jurídico-penal" (RODRIGUES, 1995, p. 268).

Cumprindo aqui ressaltar que o direito é fruto das modificações sociais e, portanto, deve-se basear não somente em uma análise positivista do ordenamento jurídico, mas levando em consideração o entendimento jurisprudencial, de forma a ampliar as possibilidades interpretativas do texto normativo, considerando sempre o princípio da autonomia privada como diretriz na análise do caso concreto. Desta forma, parte-se de uma concepção ampla sobre a autodeterminação do sujeito que se encontra inserido neste tipo de atividade, buscando-se tutelar de maneira mais justa as relações jurídicas que envolvem o tema.

5. Princípios do Direito do Trabalho aplicáveis

Conforme assevera Vecchi (2009, citado por GIRARDI, p. 12), os princípios são “fundamentos sobre os quais se ergue o ordenamento jurídico, informando o seu nascimento, interpretação, integração e controlando o exercício dos direitos.” Neste sentido, pode-se afirmar que os princípios são instrumentos que visam nortear a aplicação da norma jurídica, auxiliando como fundamento, como fonte supletiva e também como critério orientador para os operadores do direito. (RODRIGUEZ, 2000)

Especificamente, no que tange o Direito do trabalho, os princípios são geralmente utilizados como instrumento supletivo em relação as outras fontes do direito do trabalho. (GIRARDI, 2013). Neste sentido, pode – se afirmar que o principal objetivo de se analisar a interpretação do texto normativo a partir de uma base principiológica é o de proteger a parte hipossuficiente na relação jurídica, contribuindo para que seja dado um tratamento mais justo e igualitário às relações de emprego.

Ao discorrer sobre a aplicabilidade e relevância dos princípios do Direito do Trabalho, Rodriguez (2000, p. 6) afirma com maestria a importância da matéria, senão vejamos:

“[...] não apenas pela função fundamental que os princípios sempre exercem em toda disciplina, mas também porque, dada sua permanente evolução e aparecimento recente, o Direito do Trabalho necessita apoiar-se em princípios que supram a estrutura conceitual, assentada em séculos de vigência e experiência possuídas por outros ramos jurídicos. (2000, p.6)”

Com o intuito de apresentar a aplicabilidade e função desempenhadas pelas referidas fontes no direito do trabalho, imprescindível se faz discorrer, a partir de agora, acerca de dois dos mais importantes princípios norteadores existentes no sistema jurídico trabalhista, quais sejam: o princípio da proteção e o da primazia da realidade sobre a forma.

5.1 Princípio da Proteção

Conforme leciona Delgado (2013), o princípio da proteção irradia por toda a legislação trabalhista, fundamentando todos os demais princípios existentes no complexo sistema de normas do direito do trabalho, como o princípio da inalterabilidade contratual lesiva, o princípio da continuidade da relação de emprego, o da irretroatividade das nulidades e o da não alegação da própria torpeza.

O princípio da proteção é um dos mais importantes fundamentos existentes no Direito do Trabalho e tem o escopo de tutelar as relações trabalhistas, buscando contrabalancear as disparidades existentes entre as partes no contrato de trabalho. Sendo assim, conforme leciona Delgado (2013), seguindo a teoria das dimensões do princípio da proteção adotada por Rodriguez (2000), pode-se considerar a manifestação do referido princípio em três subcategorias, quais sejam: princípio do *in dubio pro operário*, princípio da norma mais favorável e o princípio da condição mais benéfica.

Cumprido ressaltar que, em decorrência da aplicação do princípio da proteção ao direito do trabalho deverão os contratos ser norteados a partir de uma concepção de hipossuficiência da parte que presta os serviços. No caso das profissionais do sexo tal necessidade se mostra ainda mais evidente, isto porque as pessoas que se encontram desempenhando tais funções são, em sua grande maioria, pessoas significativamente vulneráveis social e economicamente, podendo ser destacada a presença de mulheres e transgêneros que se encontram inseridos nesse ramo.

Diante deste cenário e, tendo em vista que o sistema jurídico deve ser interpretado como um todo, acompanhando sempre as mudanças sociais, imprescindível se faz a concessão de uma tutela às profissionais do sexo que exercem sua profissão de forma digna, independentemente das razões que as orientaram ao meretrício. Corroborando com tal entendimento Dalossi (2012) afirma que não reconhecer direitos trabalhistas a estas pessoas seria interpretar a norma da forma menos favorável ao trabalhador, em total desacordo com o princípio da proteção.

Ademais, se o próprio ordenamento jurídico penal reconhece a prostituta enquanto vítima da exploração, ao prever um tipo penal específico para o rufianismo, contraditório seria se a legislação trabalhista negasse a estas pessoas seus respectivos direitos, punindo de forma injustificada o exercício de uma profissão socialmente aceita e reconhecida pelo Estado. (DALOSSI, 2012)

5.2 Princípio da primazia da realidade sobre a forma

O princípio da primazia da realidade sobre a forma pode ser entendido como um fundamento das normas de Direito do Trabalho a partir do qual se permite que o operador do Direito se atente mais a conduta praticada pelos agentes, através da análise de sua conduta volitiva do que propriamente às formalidades que deram origem aquela relação contratual. (DELGADO, 2013)

Trata-se o referido princípio de um dos mais importantes basilares em que se assenta a teoria do Direito do Trabalho, decorrente do princípio da proteção. Sobre o conceito do princípio da primazia da realidade sobre a forma, seu criador Rodriguez traz importantes considerações. Sendo assim, segundo ele

“o princípio da primazia da realidade sobre a forma significa que, em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge de documentos ou acordos, deve-se dar preferência ao primeiro, isto é, ao que sucede no terreno dos fatos.” (RODRIGUEZ, 2000, p. 57)

Através da aplicação do princípio da primazia da realidade conclui-se que o operador do direito deve estar mais atento à realidade do que realmente ocorre no contrato de trabalho do que propriamente no que foi ajustado inicialmente entre as partes. (SCNEIDER, 2010)

Conforme assevera o mesmo autor o princípio da primazia da realidade sobre a forma deve ser aplicado sempre em sentido favorável ao empregado. Tal fato se justifica em virtude da presunção da veracidade dos documentos existentes na relação de trabalho, a qual fica a encargo do empregador no sentido de mantê-la. Não fosse assim, seria flagrante a desproporção na exigência de produção da prova que recairia somente sobre o empregado.

Ainda, de acordo com o posicionamento de De La Cueva (1998), o direito do trabalho, dado a sua natureza pública, é constituído por normas de natureza cogente e imperativa, as quais aplicam-se independentemente da vontade das partes. Devido a este fato as normas pertinentes ao direito do trabalho devem ser estendidas também aos contratos nulos ou dissimulados.

A partir da noção de contrato-realidade, Schneider (2010, p. 37) conclui que a relação de trabalho pode ser entendida como “o conjunto de direitos e deveres que se originam não do contrato de trabalho em si, mas da realidade da prestação de serviços.”

Neste sentido, cabe aqui citar as lições trazidas por De La Cueva em atenção ao instituto do contrato - realidade por ele criado:

“Em atención a estas consideraciones, se há denominado al contrato de trabajo, contrato-realidad, pues existe no en el acuerdo abstracto de voluntades, sino en la realidad de la prestación del servicio y porque es el hecho mismo del trabajo y no el acuerdo de voluntades, lo que determina su existência.” (DE LA CUEVA, 1998, p. 458)

Realizadas as considerações acerca dos princípios do Direito do Trabalho, passe-se, no tópico seguinte a uma verificação da aplicação dos referidos institutos aos casos concretos, a partir da análise jurisprudencial dos Tribunais Regionais do Trabalho, levando em

consideração as decisões que enfrentam discussões acerca da possibilidade do reconhecimento do vínculo empregatício das meretrizes em relação aos estabelecimentos de comercialização de serviços sexuais.

6. Análise jurisprudencial dos Tribunais Regionais do Trabalho

Diante das considerações até então realizadas acerca da situação das prostitutas diante de um cenário no qual, até então, não se vislumbra uma regulamentação efetiva que possibilite o reconhecimento formal da atividade na esfera trabalhista, busca-se a partir de agora realizar uma verificação das decisões jurisprudenciais relativas à possibilidade do reconhecimento do vínculo empregatício entre as profissionais do sexo, mais especificamente daquelas pessoas que comercializam o próprio corpo em troca de uma contraprestação pecuniária, e os prostíbulos ou casas de prostituição.

A princípio, cumpre demonstrar que na maioria dos julgados quando a atividade principal da profissional que presta serviços em casa de prostituição não é propriamente a característica de uma garota de programa existe uma forte tendência ao reconhecimento do vínculo de emprego. Tal fato ocorre quando, por exemplo, a profissional exerce atividades como dançarina ou garçonete, ainda que em algum momento durante o período de trabalho no estabelecimento, tenha prestado serviços sexuais aos clientes. Esta afirmativa pode ser confirmada a partir dos seguintes julgados abaixo colacionados, senão vejamos:

Ementa: “dançarina de casa de prostituição. possibilidade de reconhecimento de vínculo empregatício — Restando provado que a autora laborava no estabelecimento patronal como dançarina, sendo revelados os elementos fático-jurídicos da relação de emprego, em tal função, não se tem possível afastar os efeitos jurídicos de tal contratação empregatícia, conforme pretende o reclamado, em decorrência de ter a reclamante também exercido a prostituição, atividade esta que de forma alguma se confunde com aquela, e, pelo que restou provado, era exercida em momentos distintos. Entendimento diverso implicaria favorecimento ao enriquecimento ilícito do reclamado, além de afronta ao princípio consubstanciado no aforismo *utile per inutile vitiari non debet*”. (grifei) (TRT – 3 RO 1.125/2000, Relator: Juíza Rosemery de Oliveira Pires. Data de Julgamento: 18/11/2000, quinta turma, Data de Publicação: 18/11/2000)

Trata-se no caso em questão de um recurso ordinário interposto pelos reclamados em uma ação com pedido de pagamento de dívida decorrente de uma relação de emprego. No caso, a autora promovia shows de *strep tease*, que tinham o intuito de atrair clientes para agendamento de programas na casa. Na sentença recorrida foi decidido que pelo fato de que a

empregada não exercia a prostituição como única função no estabelecimento, trabalhando também como garçoneiro, deveria haver o reconhecimento do seu vínculo de emprego, isto porque encontravam-se presentes os requisitos fáticos aptos a configurar a relação jurídica trabalhista. Reconhecendo os fundamentos da decisão o Tribunal julgou improcedente o pedido de reforma da sentença de primeiro grau, afirmando que caso adotado entendimento contrário poderia configurar o enriquecimento ilícito da parte reclamada.

No segundo caso em apreço a reclamante interpôs recurso ordinário contra decisão de primeiro grau que negou reconhecimento do vínculo de emprego entre esta e a parte reclamada, para quem a mesma afirmava prestar serviços como garçoneiro. O proprietário da casa alegou que a reclamante havia atuado como prostituta em seu estabelecimento e que, dada a natureza ilícita da atividade, não poderia restar configurada a relação de emprego. A decisão de segundo grau decidiu no sentido de reformar a sentença de primeiro grau, tendo em vista que, independentemente da função exercida pela reclamante, deveria configurar relação de emprego, tendo em vista a presença dos requisitos da subordinação e onerosidade. Como fundamento da decisão foi apontado ainda pelo Egrégio Tribunal que, mesmo que comprovado o exercício da função de prostituta, que deveria ser reconhecida a relação de emprego, tendo em vista a prestação de outro serviço, que se dava de forma concomitante ao exercício da prostituição, qual seja, a de garçoneiro. Senão vejamos o julgado:

Ementa: “relação de emprego – garçoneiro e copeira. Bar e boate.” Reconhecido pelas testemunhas do próprio reclamado os serviços de garçoneiro e copeira, com habitualidade e subordinação jurídica, a atividade de prostituição, imputada à autora, mesmo que fique demonstrada, não é fato impeditivo de que se reconheça relação de emprego pelo exercício concomitante de outra atividade. Vínculo empregatício reconhecido. Remessa à origem. Apelo provido” (TRT- 4 RO 0127966-69.1997.5.04.0371 RS, Relator: Juiz Armando Cunha macedônia Franco. Data de Julgamento: 06/10/1999, primeira turma, Data de publicação: 06/10/1999)

O julgado da quarta turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região trata de Recurso Ordinário interposto pela reclamante que ajuizou ação com o intuito de obter reconhecimento da relação de emprego. Neste caso o proprietário da boate onde trabalhava a reclamante alegou que tendo em vista a ilicitude da atividade exercida pela mesma, não seria possível o reconhecimento do vínculo empregatício. Tendo a sentença de primeiro grau negado o pedido da reclamante, a mesma interpôs recurso ao tribunal, ao qual deu-se provimento sob a fundamentação de que estariam presentes todos os requisitos da relação de emprego, quais sejam: pessoalidade, onerosidade, habitualidade, subordinação jurídica.

Ademais, reafirmou que o fato da reclamante ter prestado serviços como prostituta não obstava o reconhecimento do vínculo. Senão vejamos:

Ementa: “Tempestividade do apelo. Desnecessária a análise do tópico, face ao decidido em sede de agravo de instrumento e que determinou o conhecimento do recurso em exame. Nulidade da decisão por ausência de prestação jurisdicional. Apelo denegado. Hipótese em que os embargos de declaração opostos pela ré não mereciam ser conhecidos, porquanto ininteligíveis, tal como entendeu a Juíza de primeiro grau. Sentença extra petita. A decisão recorrida não é extra petita. Todos os pleitos formulados na inicial decorrem da afirmação de que entre as partes se estabeleceu típica relação de emprego. Relação de emprego. Bailarina de casa noturna. Prova dos autos a demonstrar que a autora laborou em benefício da reclamada, como bailarina. Presença dos elementos configuradores do liame de emprego. Indenização do PIS. Devida. Decorrência lógica da manutenção da decisão de origem, no tópico em que reconhecida a existência de liame de emprego entre as partes (...)”(grifei) (TRT – 4 – RO 4365100-28.1996.5.04.0011 RS Relator: Carlos Cesar Cairolí Papaléo. Data de Julgamento: 18/10/2000 quarta turma. Data de Publicação: 18/10/2000)

O recente julgado do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª região trata de um recurso ordinário interposto por uma profissional do sexo que buscou reconhecimento do vínculo de emprego com a casa de prostituição para a qual prestava serviços. Conforme se extrai do julgado, a reclamante havia sido contratada como dançarina e garota de programa. No entanto, no decorrer do seu trabalho realizava também as funções de acompanhante dos clientes, como forma de aumentar a venda de bebidas alcoólicas no estabelecimento. A sentença de primeiro grau declarou improcedentes os pedidos de recebimento de verbas trabalhistas da reclamante, aduzindo que não havia provas suficientes para que ficasse configurada a relação de emprego.

Não obstante, o Ministério Público do Trabalho foi contrário à sentença, aduzindo que a atividade exercida por essas profissionais nesses tipos de estabelecimentos são plenamente aceitas pela sociedade. Ainda, como prova do vínculo existente entre a trabalhadora e a casa de prostituição, a procuradora do trabalho apresentou documentos comprovando o cumprimento de jornada de trabalho e remuneração paga pelos serviços.

A juíza relatora do acórdão posicionou-se também contrária à sentença, determinando que fossem pagas as verbas devidas à empregada, como: férias, FGTS e décimo terceiro salário (BRASIL, 2013). Vejamos o teor do referido julgado:

VÍNCULO DE EMPREGO. DANÇARINA E ACOMPANHANTE QUE AJUDAVA A VENDER BEBIDA. Presentes os requisitos da relação de emprego. Ainda que a empregada atuasse apenas como acompanhante dos clientes da ré, a solução não seria diversa. Considerar que a ilicitude do

objeto, por possível exploração da prostituição, obstaria o reconhecimento do contrato de trabalho 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 prejuízos a menor, filho da falecida reclamante, que não contaria sequer com a proteção previdenciária. Ademais, desde que o mundo é o mundo e o ser humano se organizou em sociedade, é sabido que a imagem da mulher exibindo seu corpo e provocando os impulsos mais primitivos do sexo oposto é um excelente meio de vender produtos. Qualquer tipo de produto. Os publicitários atuais (e também não tão atuais assim) bem conhecem esta forma de marketing, que o diga os fabricantes de automóveis, bebidas e até brinquedos. A psicologia social conhece os mecanismos cerebrais ativados pela figura feminina. Mãe, mulher, prazer, possibilidade de reprodução e perpetuação da espécie. Diante dessas possibilidades, qualquer pessoa que deseja comercializar algum produto pode cogitar usar e associar (ou não) a imagem da mulher aos seus produtos. O que a mulher faz ou deixa de fazer com o seu corpo é direito exclusivo dela, conquistado em apenas alguns lugares do mundo atual e não sem muitas lutas. Agora, fazer uso da imagem e da presença física da mulher para cobrar ingressos e aumentar o consumo de bebidas alcoólicas de um estabelecimento constitui exploração com finalidade comercial. Se há comércio e existem pessoas trabalhando com habitualidade, subordinação, pessoalidade e onerosidade, nesse local há vínculo de emprego. Comercializar bebida alcoólica ainda não é crime e dança nunca foi ilícito no Brasil. ACIDENTE DO TRABALHO. QUEDA DE TRABALHADORA DURANTE O HORÁRIO DE TRABALHO. ESTADO DE EMBRIAGUEZ HABITUALMENTE TOLERADO PELO EMPREGADOR. INCAPACIDADE TOTAL E PERMANENTE. MORTE DA TRABALHADORA NO DECORRER DO PROCESSO. TRANSMISSÃO DO DIREITO DE REPARAÇÃO AO ESPÓLIO. Estabelecido o nexo causal em acidente do trabalho ocorrido durante a jornada de trabalho de empregada que habitualmente tinha estado de embriaguez tolerado pelo empregador. Incapacidade total e permanente da trabalhadora, que faleceu no curso do processo. Indenização dos danos morais devida, cuja reparação foi transmitida ao espólio. Não integra o objeto da lide eventual reparação de danos pela dor dos dependentes econômicos. Necessidade de ação autônoma para discussão de eventual dano próprio dos herdeiros. (TRT -15 RO: 0006700-15.2009.5.15.0137 SP Relator: Ana Cláudia Torres Vianna. Data de Julgamento: 14/05/2013, segunda turma. Data de Publicação: 23/05/2013)

Além do pedido de verbas trabalhistas, a reclamante postulou também o recebimento de indenização por acidente de trabalho. Conforme se extrai do acórdão, a ingestão de bebidas alcoólicas pelas profissionais durante a jornada de trabalho era obrigatória, sendo que a ausência de consumo importava o desconto de R\$ 50,00 do valor a ser recebido pelo trabalho prestado. No entanto, caso a cota de consumo diário fosse atingida faria a trabalhadora jus a uma gratificação de R\$ 50,00. (BRASIL, 2013)

Em uma das noites em que a reclamante se dirigia para seu quarto, subindo as escadas, desequilibrou-se devido ao estado de embriaguez em que se encontrava, vindo a cair de uma janela, numa altura considerável, fato que a levou a ficar tetraplégica. A reclamante ficou impossibilitada de sair da cama por 18 meses, até que, após uma série de complicações, veio a óbito.

A procuradora do Trabalho posicionou-se de forma favorável ao pagamento de indenização a título de danos morais e danos materiais. Ainda, na decisão do Tribunal ficou reconhecido que, não obstante tenha sido rebatida a tese de que o consumo de bebidas não era obrigatório dentro da casa de prostituição, que essa prática era no mínimo tolerada e incentivada pelo empregador, que tinha plena ciência de que essas profissionais poderiam atingir estado de embriaguez. Sendo assim, ficou evidenciado que haveria uma violação ao dever de cautela por parte do empregador, que, sabendo dos riscos daquela conduta, que inclusive trazia benefícios para seu negócio, deixava de coibir a prática em seu estabelecimento. (BRASIL, 2013)

Foi citado ainda como fundamento para o arbitramento da indenização substitutiva à estabilidade pelo acidente de trabalho o Enunciado 41 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, que dispõe sobre a inversão do Ônus da prova nos casos de acidente de trabalho, senão vejamos o teor do referido enunciado:

Responsabilidade Civil. Acidente do Trabalho. Ônus da prova. Cabe a inversão do ônus da prova em favor da vítima nas ações indenizatórias por acidente de trabalho. (BRASIL, 2007)

Em virtude do sofrimento decorrente da perda de todos os movimentos do corpo, foi arbitrado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, indenização por danos morais à reclamante, no importe de R\$ 100.000,00, que ficou sujeita a uma série de transtornos, como visitas a ambulatórios e hospitais durante os 18 meses em que ficou enferma, sem qualquer amparo previdenciário. (BRASIL, 2013)

Foi arbitrado ainda, em favor do espólio da falecida lucros cessante e pensão mensal no importe do salário fixado, além do 13º salário. (BRASIL, 2013)

Cumpramos aqui citar excerto da paradigmática decisão apresentada pela magistrada:

“(…) é sabido que a imagem da mulher exibindo seu corpo e provocando os impulsos mais primitivos do sexo oposto é um excelente meio de vender produtos. Qualquer tipo de produto. Os publicitários atuais (e também não tão atuais assim) bem conhecem esta forma de marketing, que o diga os fabricantes de automóveis, bebidas e até brinquedos. A psicologia social conhece os mecanismos cerebrais ativados pela figura feminina. Mãe, mulher, prazer, possibilidade de reprodução e perpetuação da espécie. Diante dessas possibilidades, qualquer pessoa que deseja comercializar algum produto pode cogitar usar e associar (ou não) a imagem da mulher aos seus produtos. O que a mulher faz ou deixa de fazer com o seu corpo é direito exclusivo dela, conquistado em apenas alguns lugares do mundo atual e não sem muitas lutas. Agora, fazer uso da imagem e da presença física da mulher para cobrar ingressos e aumentar o consumo de bebidas alcoólicas de um

estabelecimento constitui exploração com finalidade comercial. Se há comércio e existem pessoas trabalhando com habitualidade, subordinação, pessoalidade e onerosidade, nesse local há vínculo de emprego.” (BRASIL, 2013)

7. Conclusão

É possível afirmar que a ausência de uma tutela jurídica destinada às pessoas que tem trabalhado na prestação de serviços sexuais tem impedido a aplicação dos princípios norteadores do Direito do Trabalho a esse tipo de relação jurídica, acabando por lhes dispensar um tratamento equivalente àqueles que se aproveitam da exploração deste tipo de trabalho.

O Código Penal de 1940 optou por adotar um posicionamento abolicionista, no qual a prostituta é tratada como vítima, punindo apenas aqueles que venham a auferir renda proveniente da exploração da atividade de outras pessoas, podendo ser destacadas as condutas de: favorecimento da prostituição (art. 28 do Código Penal), manutenção de estabelecimento onde ocorre a prostituição (art. 229) e rufianismo (Art. 230).

Portanto, fato é que a atividade de prostituição não é incriminada no ordenamento jurídico pátrio, estando adstrita a uma concepção de autodeterminação sexual do sujeito. No entanto, mais que uma tutela penal, faz-se necessária uma tutela jurídica que permita uma efetiva proteção dos direitos do trabalhador enquanto pessoa humana e não simplesmente uma abstenção no sentido de regulamentar a atividade, relegando a matéria apenas ao âmbito criminal.

A prostituição, bem como as atividades correlacionadas à ela, perpassaram ao longo dos anos por um processo de adequação, através do qual tem se vislumbrado cada vez mais uma tolerância em relação às práticas de comércio sexual, tanto pelo Poder Público quanto pela sociedade.

Diante de um cenário em que se vislumbra um constante crescimento de estabelecimentos que exploram a comercialização de serviços sexuais, é possível afirmar que a norma penal tem se mostrado inapta a produzir os efeitos aos quais se propôs a produzir inicialmente quando da sua implementação, principalmente tendo em vista as recentes modificações sociais e a ruptura com os padrões morais e religiosos antes estabelecidos. De outro lado tem-se o maior problema que se refere ao reconhecimento dos direitos trabalhistas, gravitando em torno do tema da descriminalização e conseqüente regulamentação da atividade.

Atualmente, muito embora os profissionais do sexo já tenham sido contemplados com o reconhecimento dos direitos previdenciários, por meio da lei 8.212 de 1991, antes mesmo da regulamentação pelo Ministério do Trabalho e Emprego, distante ainda é o cenário em que se vislumbra um reconhecimento de todos os direitos inerentes a qualquer empregado registrado em carteira, tais como: férias, acrescidas do terço constitucional, FGTS, horas extras, descanso semanal remunerado, fornecimento de equipamentos de proteção individual no trabalho e adicionais de insalubridade e periculosidade.

Em suma, raras são as decisões dos Tribunais Regionais do Trabalho que partem para uma análise mais aprofundada do texto normativo apresentando posicionamentos que refletem a problemática em si, considerando os princípios norteadores do direito do trabalho frente aos desdobramentos do caso concreto e, em atenção aos direitos fundamentais consagrados na constituição, especialmente aqueles que se referem à liberdade de ofício e da dignidade da pessoa humana.

Por fim, resta claro que estender os princípios da proteção e da primazia da realidade sobre a forma, ambos consagrados pelo Direito do Trabalho, seria a melhor forma de promover eficácia aos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal, o que certamente asseguraria a promoção da justiça social e dos valores sociais do trabalho.

Referências Bibliográficas

ALMEIDA, André Luiz Paes de. **Direito do trabalho; material, processual e legislação especial**. 15. Ed. São Paulo: Rideel, 2014.

BRASIL. Classificação Brasileira de Ocupações : CBO – 2010 – 3ª ed. Brasília : MTE, SPPE, 2010. v. 3, 196 p.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Criminal nº 0007287-94.2011.8.26.0368. Apelante: Dirce Derico. Apelado: Ministério Público. Relator: Otávio de Almeida Toledo. Data de Julgamento: 09/09/2014, décima sexta câmara, data de publicação: 09/09/2014.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (3ª Região). Recurso Ordinário Nº 1.125/00. Recorrentes: Ferreira Ribeiro Indústria e Comércio Ltda. e Márcia Cristina Silva Soares.

Recorridos: os mesmos. Relatora: Juíza Rosemary de Oliveira Pires. Data de Julgamento: 18/11/2000, quinta turma, Data de Publicação: 18/11/2000.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. Recurso Ordinário 0127966-69.1997.5.04.0371. Recorrente: Náurea Maria da Silva. Recorrido: Paulo Iarte Gomes da Rocha. Relator: Juiz Armando Cunha Macedônia Franco. Data de Julgamento: 06/10/1999, primeira turma, Data de publicação: 06/10/1999.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. Recurso Ordinário nº 4365100-28.1996.5.04.0011. Recorrente: Amarante e Ribeiro Ltda. Recorrido: Ana Lúcia Cannata de Mesquita. Relator: Carlos Cesar Cairoli Papaléo. Data do Julgamento: 18/10/2000, quarta turma, Data de Publicação: 18/10/2000.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (15ª região). Recurso Ordinário nº 0006700-15.2009.5.15.0137 SP. Recorrente: Micheli dos Santos (Espólio de). Recorrido: Djalma William Spolidori – ME. Relator: Ana Cláudia Torres Vianna. Data de Julgamento: 14/05/2013, segunda turma. Data de Publicação: 23/05/2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. “Enunciado 41: RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. ÔNUS DA PROVA. Cabe a inversão do ônus da prova em favor da vítima nas ações indenizatórias por acidente do trabalho.” **1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho**. Brasília: LTr, 21/11/2007.

BRITO, Márcio Roberto Andrade. Prostituição no Brasil e inclusão social: uma análise do projeto de Lei n. 98, de 2003, sob o aspecto constitucional. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região**, Brasília, DF, v. 15/18, n. 15/18, p. 125-136, 2006/2009.

BRUFAO CUIRIEL, Pedro. **Prostitución y políticas públicas: entre la reglamentación, la legalización y la abolición**. Madrid: Fundación Alternativas, 2008.

CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho**. Niterói: Impetus. 2007. P. 565

CHAVES, N. F.; NEWTON, P. C. C. Legalização da prostituição: tutela de direitos ou violência de gênero? **Revista de Ciências Jurídicas da Universidade Estadual da Paraíba**. Campina Grande, n 10, v. 7, p. 122-136, Dez. 2013.

DALOSSO, B. M. Direitos Trabalhistas das profissionais do sexo: uma questão de princípios. **Revista Ciência Jurídica do Trabalho**, Minas Gerais, n. 92, p. 85-108, Mar. 2012.

DE LA CUEVA, Mário. In *Derecho Mexicano del Trabajo*. 10a Edição. Editorial Porrúa. México. Tomo I, p. 458

DELGADO, M. G. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013.

FERNANDES, B. G. **Curso de direito constitucional**. 7ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

GIRARDI, W. **A possibilidade de reconhecer vínculo empregatício às profissionais do sexo**. 2013. 81 f. Monografia (Curso de Direito) - Universidade de Passo Fundo, Passo Fundo, RS, 2013.

GUIMARÃES, C. M. R. N. **PROSTITUIÇÃO NO BRASIL E NO DIREITO COMPARADO: nulidade do contrato de prestação de serviços sexuais e o retorno das partes ao status quo ante**. In: Fiúza, Cesar; Rodrigues Júnior, Otávio; Carvalho Neto, Frederico (Org.) DIREITO CIVIL I. 1ª ed. Florianópolis: Conpedi, 2014, v. 23, p. 22-51.

LEAL, Roger Stiefelmann. Atividade profissional e direitos fundamentais: breves considerações sobre o direito ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão. **Revista Mestrado em Direito (UNIFIEO)**, Osasco, v. 1, a.8, p. 191-212, 2008

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Curso de direito do trabalho. v. II: a relação de emprego**. São Paulo: Ltr, 2008.

MUCOUÇA, Renato de Almeida Oliveira. **Trabalhadores da Sexualidade e seu Exercício Profissional: Um enfoque sob o prisma da ciência jurídica trabalhista**. **Universidade de São Paulo**, 2010.

MUCOUÇA, R. A. O. **Trabalhadores do sexo e seu exercício profissional: delimitações entre a Esfera penal e trabalhista**. São Paulo: LTr, 2015.

NASCIMENTO, A. M. **Curso do Direito do Trabalho**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral e parte especial**. 7. ed. rev., atual, e ampl. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011 .

RIBEIRO, Fernanda Maria Vieira. **É POSSÍVEL CONSENTIR NO MERCADO DO SEXO? o difícil diálogo entre feministas e trabalhadoras do sexo**. **Revista de Estudos e Investigações Antropológicas**, v. 2, n. 2, 2016.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **A determinação da medida da pena privativa de liberdade**. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 268.

RODRIGUEZ, A. P. **Princípios do Direito do Trabalho**; tradução de Wagner D. Giglio. 3ª ed. São Paulo. LTr, 2000.

SCHNEIDER, J. M. O princípio da primazia da realidade e sua aplicação enquanto instrumento de combate à fraude à relação de emprego. **Repositório Digital da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: LUME, 2010. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br>. Acesso em: 18/07/2017 às 16:30.