

Prostituição: exercício de individualidade e livre mercado sexual

Nota Técnica 02/2021

A presente nota foi elaborada pela setorial McCloskey LGBTI e visa subsidiar o debate público sobre a prostituição enquanto atividade econômica. O intuito é impactar positivamente na mudança da qualificação jurídica da profissão, o que implica retirar um conjunto de pessoas da insegurança jurídica, de forma a prover maior proteção social aos indivíduos envolvidos nesse mercado.

1. Definições

Para fins de análise, deve-se delimitar os termos empregados conforme segue:

- **Prostituição:** Atividade econômica exercida por agente maior e absolutamente capaz, o que a distingue necessariamente da exploração sexual de crianças e adolescentes. A prostituição atende à conceituação de trabalhador autônomo, segundo dispõe Lei Federal nº 8212/91. Segundo o Cadastro Brasileiro de Ocupações, trabalhadores sexuais *“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 as vulnerabilidades da profissão”*, e englobam pessoas do gênero masculino e feminino.
- **Regulamentação:** O termo regulamentação na presente nota está diretamente atrelado a uma questão de não imposição. É, portanto, um preceito negativo em que o Estado deve abster-se de intervir na livre emancipação e desenvolvimento da atividade. Ao mesmo

tempo, cabe ao poder estatal garantir subterfúgios, atuar positivamente no auxílio da compreensão de que a prostituição é uma atividade econômica como qualquer outra. O uso do termo regulamentação não presume que o Estado deva em alguma instância criar regramento e disciplinar a atividade em dispositivo de lei.

2. A atividade da prostituição no ordenamento jurídico brasileiro

A prostituição não é uma atividade homogênea, de forma que seus agentes não se encontram na mesma situação socioeconômica. É possível destacar três formas em que a prostituição é exercida:

- prostituição de ruas na qual o/a trabalhador(a) capta seus clientes em algum ponto estratégico, geralmente de forma autônoma;
- prostituição dentro de casa de shows, bordéis, etc, que apesar de ser considerada ilícito penal, não se pode olvidar sua existência;
- prostituição de luxo, que se baseia no serviço de acompanhamento em viagens, eventos, etc, além dos serviços sexuais. Geralmente, esta última modalidade está atrelada a um alto poder aquisitivo e maior seleção de carteira de clientes.

Cada uma dessas formas possui peculiaridades que devem ter os embaraços estatais existentes revistos, seja pela descriminalização de condutas que afetem a atividade, seja pela conferência de maior segurança e integração em políticas de saúde e de segurança públicas. Também há a necessidade do incentivo por meio de programas de qualificação e empregabilidade para as pessoas que não tenham mais interesse em se manter no ramo.

A prostituição é reconhecida na classificação de ocupações brasileiras pelo Ministério do Trabalho. Portanto, o aparato legislativo e judiciário deveriam reconhecer a licitude civil do negócio jurídico pactuado entre trabalhador sexual e cliente, podendo aquele provocar a jurisdição quando seu direito for lesado.

A prostituição preexiste, subsiste e se protraí ao longo da evolução das sociedades, independente do tratamento conferido à atividade. Nenhum aparato estatal jamais conseguiu pulverizar a atividade, mas

consegue, sim, tornar vulneráveis os seus agentes, deixando-os mais suscetíveis a arbitrariedades.

3. Inconstitucionalidade dos crimes relativos à prostituição

A Constituição da República de 1988:

- reconhece a toda pessoa humana, a inviolabilidade dos direitos à vida, à liberdade e à segurança (art. 5º, caput);
- dispõe que ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, inc. III);
- assegura o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais exigidas em lei (art. 5º, inc. XIII); e
- estabelece que ninguém pode ser privado de sua liberdade ou de seu patrimônio sem o devido processo legal (art. 5º, LIV).

Toda e qualquer lei, numa ordem jurídica, deve estar alinhada com os preceitos da Constituição da República – que se apresenta como o centro do sistema jurídico, não podendo ser afrontada por normas que lhe são inferiores. Deste modo, a lei que contraria, de modo formal ou substancial, as normas da Constituição deve ser reconhecida como inválida, e removida do direito como se não existisse.

Os direitos fundamentais mencionados no início desta seção são inderrogáveis e suplantam todas as demais normas de direito no Brasil. Nada pode contrariar o seu texto ou a sua essência, sob pena de invalidade, pela inconstitucionalidade.

O Código Penal brasileiro, por sua vez, não prevê penalidades criminais para a prostituição. Contudo, e sob a justificativa de coibir a prática da prostituição, vista como algo socialmente nocivo, a legislação criminal prevê figuras delituosas para quem explora a prostituição alheia, a agencia ou se beneficia de seus frutos.

O art. 229 do Código Penal brasileiro prevê, como crime

“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”.

Já o art. 230 do mesmo Código prevê, como crime

“tirar proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça”.

A primeira figura criminosa recebe o nome de “casa de prostituição”; a segunda, “rufianismo”, tendo ambos origem no antigo tratamento dos chamados “crimes contra os costumes”, previstos pelo antigo Código Penal de 1940. Tais criminalizações, embora não recaiam diretamente sobre a prostituição, geram efeitos sobre essa prática. A marginalização das trabalhadoras sexuais acaba por expô-las a riscos aumentados no exercício de seu trabalho.

Em 2013, a Suprema Corte do Canadá, no julgamento do caso *Canada (Attorney General) v. Bedford*, reconheceu a incompatibilidade da Carta Canadense dos Direitos e Liberdades, de 1982, com os crimes de casa de prostituição (*bawdy-houses*), de rufianismo (*living on avails of prostitution*), e de promoção da prostituição em público (*communicating in public for purposes of prostitution*).

A análise constitucional operada por aquele Tribunal traz importantes paralelos para uma eventual leitura desses tipos criminais no direito brasileiro. Textualmente, em tradução livre, enuncia a Seção 7 da Carta Canadense dos Direitos e Liberdades:

“Todos têm o direito à vida, à liberdade e à segurança de sua pessoa, e o direito de não ser privado exceto de acordo com os princípios de justiça fundamentais”.

Como se percebe, a redação da Carta Canadense não se distancia dos direitos fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil, o que resultou no seguinte entendimento da Corte Canadense:

“os danos às prostitutas (...) como serem impedidas de trabalhar em locais mais seguros, dentro de espaços fechados, e de recorrer a abrigos seguros, são grosseiramente desproporcionais à prevenção de perturbações comunitárias”

Quanto ao rufianismo, a Corte entendeu que o alvo do comando legal eram *“os cafetões e a conduta parasítica, exploradora que estes praticam”*, mas que a norma:

“pune todos que vivem com os produtos da prostituição, sem distinguir entre aqueles que exploram as prostitutas e aqueles que poderiam aumentar a segurança das prostitutas, como, por exemplo, motoristas, gerentes ou seguranças legítimos”.

Por fim, o crime de comunicação sobre a prostituição preveniria a possibilidade de a trabalhadora selecionar seus clientes e evitar potenciais agressores, o que a exporia a riscos desnecessários. Ao final da decisão, a Suprema Corte do Canadá não derrubou os preceitos legais, mas estabeleceu prazo de um ano para que o Parlamento revisse a lei, modificando-a para se adequar às normas da Constituição.

No caso brasileiro, em que temos figuras de crime equivalentes – a de casa de prostituição e a de rufianismo – uma análise constitucional pode ser feita para restringir e limitar a aplicação dos tipos penais em questão. A princípio, a persistência do crime de casa de prostituição acarreta riscos desnecessários às trabalhadoras sexuais, não permitindo que seja exercida a sua ocupação em espaços mais seguros e menos expostos.

As duas figuras de crime foram revistas pela Lei Federal nº 12.015/2009, ou seja, o legislador teve a oportunidade de revogá-las ou de modificar, de forma mais profunda, seu conteúdo, e não o fez por inteiro. Assim, impõe-se a interpretação dos tipos penais, com sua redação dada pela Lei Federal nº 12.015/2009, à luz da Constituição da República, julgando

ambos os crimes como potencialmente lesivos à vida, à liberdade e à segurança das prostitutas, e, deste modo, inconstitucionais.

Alternativamente, e graças à nova redação do crime após a reforma de 2009, admite-se também a interpretação conforme a Constituição, para se limitar a ação estatal apenas aos casos em que se verificar efetiva ocorrência de “exploração sexual” no local, e não apenas o exercício voluntário da prostituição.

A figura do rufianismo, por sua vez, é mais questionável. Proibir que a pessoa que exerce a prostituição possa destinar seu trabalho a qualquer outro sujeito, mesmo que não se configure diretamente uma situação abusiva ou de exploração sexual, viola a liberdade essencial da prostituta em usar seu dinheiro como bem entende.

A lei proíbe, ainda que de modo indireto, que o trabalhador sexual contrate auxiliares ou assistentes, como pessoas responsáveis pelo agendamento de encontros sexuais, seguranças privados ou mesmo motoristas. Isso foi devidamente criticado no precedente da Suprema Corte do Canadá, em que se argumentou, com razão, que a criminalização do rufianismo aumenta, não diminui, os riscos a que se submetem os trabalhadores sexuais.

A figura do rufianismo ainda incorpora causa de aumento de pena para os familiares (ascendentes, irmãos ou cônjuge) da pessoa que exerce o trabalho sexual, se vierem a ser sustentados por essa atividade (art. 230, § 1º, Código Penal brasileiro). Deste modo, é possível imaginar cenário em que o ascendente idoso do trabalhador sexual, para quem este ou esta possui o dever civil de cuidado e de alimentos, venha a ser responsabilizado criminalmente por esta circunstância.

Uma leitura constitucional do crime do art. 230 do Código Penal pode reputar o rufianismo como conduta que extrapola os limites de tutela do Estado, removendo-a do ordenamento jurídico como inconstitucional, ou, no mínimo, limitá-la apenas aos casos em que o rufianismo é feito

contra a vontade expressa da vítima, mediante a exploração sexual compulsória.

Quando, no caso, o pagamento se der de forma espontânea, voluntária, não será configurado o crime, permitindo que a prostituta possa contratar auxílios, como responsáveis por sua agenda, por sua aparência e até por sua segurança. Não faz sentido permitir a atividade da prostituição e, a um só tempo, impedir que o profissional gaste seu dinheiro da forma como melhor lhe atende.

Cumpra lembrar que, num Estado Democrático, o mecanismo da criminalização de comportamentos deve cumprir função subsidiária, a ser empregada tão somente quando outros mecanismos de política pública não forem capazes de lidar com a situação potencialmente lesiva. O emprego das normas penais para lidar com o fenômeno complexo e multifacetado do trabalho sexual, ao invés de reduzir seus custos humanos e sociais, acaba por perpetrar um ciclo de marginalização, exploração e discriminação. É hora de empregar ferramentas mais sutis, e, a um só tempo, mais eficazes para lidar com o fato social do trabalho sexual.

4. Economia do trabalho do sexo

Pautar a “economia do trabalho do sexo” significa estudar o trabalho do sexo como um fenômeno econômico, sujeito aos princípios de alocação de recursos, de produção de bens e das relações de troca em um mercado. Doutra forma, significa aplicar ao trabalho do sexo o arcabouço teórico da ciência econômica, colher dados empíricos sobre o trabalho do sexo e a ele aplicar métodos quantitativos que compreendam e modelem a estrutura desse mercado.

4.1 Era do sexo casual: Hook-up culture

Não se encontrou para o Brasil nenhum trabalho acadêmico acerca da economia do trabalho do sexo. Porém, nos Estados Unidos, onde a

literatura tem sido mais abundante, é possível que se encontrem *papers* com análise própria acerca do tema. A título de exemplo, vale mencionar um trabalho teórico, escrito pelas economistas Lena Edlund e Evelyn Korn, publicado no renomado *Journal of Political Economy*, que visa modelar o comportamento dos homens casados que demandam pagar por sexo fora do casamento, “*A Theory of Prostitution*”.¹

Um artigo da *The Economist* constata que o mercado do trabalho do sexo nos Estados Unidos tem encolhido como resultado da nova “*hook-up culture*”: período de expansão da tecnologia e da Internet, a primeira década do século XXI viu também o surgimento de *sites* de encontros casuais, onde indivíduos poderiam obter sexo casual sem recorrer a profissionais do sexo.

Segundo a obra dos economistas Steven Levitt e Stephen Dubler, *Freakonomics*, 69% dos homens entrevistados em uma pesquisa de 1948 afirmaram terem pagado por sexo, estatística que caiu para 15% em 2006.² Além da tendência de queda observada ao longo do último século, ao menos naquele país, o trabalho do sexo tem perdido espaço mais rapidamente na primeira década deste século.

No estudo “*Estimating the Size and Structure of the Underground Commercial Sex Economy in Eight Major US Cities*” da *Urban Institute* que analisou a indústria do sexo em sete cidades norte-americanas entre 2003 e 2007, houve encolhimento em pelo menos cinco cidades. Em Washington, a indústria do sexo encolheu em 34%.

Dessa forma, porque a profissão do sexo *já vem sendo menos demandada*, isso minimiza em parte a força do argumento de que a sua liberação aumentaria as suas taxas. Na era do sexo casual disseminado e

¹ FORBES. The Economics Of Prostitution. Disponível em: https://www.forbes.com/2006/02/11/economics-prostitution-marriage_cx_mn_money06_0214prostitution.html?sh=49be275c134f. Acesso em: 4 fev. 2021.

² THE ECONOMIST. The Economics of Prostitution: Sex, lies and statistics. Disponível em: <https://www.economist.com/united-states/2014/03/22/sex-lies-and-statistics>. Acesso em: 3 fev. 2021.

dos *sites* e aplicativos de encontros, a liberação dessa profissão não causaria um baque profundo na estrutura desse mercado.

4.2 Mercado do sexo

Ainda nos Estados Unidos, um artigo do *The New York Times* sintetizou o mesmo estudo do *Urban Institute*, que entrevistou milhares de cafetões e profissionais do sexo em grandes áreas metropolitanas do país. Tanto o artigo quanto o estudo corroboraram vários fatos estilizados da economia do trabalho do sexo para aquele país.³

Em primeiro lugar, no contexto dos mercados do submundo, a estrutura do mercado do sexo difere radicalmente da estrutura de outros mercados marginalizados. Os mercados de drogas e de armas, por exemplo, são concentrados, internacionalizados (com altos índices de tráfico internacional) e possuem operações chefiadas por poucos indivíduos (os chefes de cartel organizado).

A profissão do sexo, por sua vez, consiste em operações isoladas em um mercado mais difuso, chefiadas por indivíduos (“cafetões”), cada qual contando com um número pequeno de pessoas empregadas. De acordo com o relatório, cada unidade operacional de trabalho do sexo nos Estados Unidos contava, em média, com cinco profissionais para um único cafetão.

Por mais que o tráfico sexual seja uma realidade, a operação do mercado do sexo depende menos desse tipo de prática. No caso das drogas e das armas, a produção dos bens comercializados é custosa e de difícil início. No caso da profissão sexual, o serviço comercializado (o sexo e a companhia) é de relativamente baixo investimento e pode ser facilmente “oferecido”.

No caso das drogas, há uma tendência de mercado à formação de grandes cartéis, cuja rivalidade (somada à institucional “guerra às drogas”)

³ THE NEW YORK TIMES. In-Depth Report Details Economics of Sex Trade. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2014/03/12/us/in-depth-report-details-economics-of-sex-trade.html>. Acesso em: 3 fev. 2021.

pode traduzir-se na deterioração da segurança pública. Para a profissão do sexo, por outro lado, uma parte significativa dos riscos decorre, não como externalidade negativa da atuação dos agentes envolvidos, mas da falta de segurança jurídica.

Essas constatações rebatem o argumento de que a liberação da prostituição “fomentaria o crime”: o mais provável é que o contrário ocorra, com uma diminuição das taxas de criminalidade em regiões e atividades relacionados à atividade.

O relatório leva às seguintes conclusões: o trabalho do sexo ocorre, simultaneamente, por escolha e por necessidade. Inclusive, diversos relatos profissionais corroboram com o fato dos indivíduos terem nascido em condição de pobreza, mas escolhido não recorrer a outros tipos de trabalho, uma vez ser a prostituição mais vantajosa que outras atividades no setor de serviços.⁴

Essa conclusão desmistifica a ideia de que o trabalho do sexo seria radicalmente diferente de alguns outros tipos de trabalho no ramo de serviços. Em um contexto de vulnerabilidade social, os indivíduos recorrem a profissões, simultaneamente, por escolha e por um elemento forte de necessidade. Resolver o problema da vulnerabilidade social deve ser uma prioridade do Estado, mas empurrar a atividade sexual para a insegurança jurídica somente contribui para precarização dos profissionais.

4.3 Variações remuneratórias dos profissionais do sexo

Por último, há alta variação dos preços cobrados por profissionais de sexo e dos faturamentos incorridos pelos cafetões. A depender das características e da estratégia do profissional e do seu empregador, o valor cobrado por hora pode variar drasticamente. Em síntese, o trabalho do

⁴ Em um dos relatos, um cafetão disse ao entrevistador que havia crescido em habitações populares, que não desejava mais viver daquela forma, que desejava uma vida com “*glamour*” e que “trabalhos ‘quadrados’ não eram o [seu] tipo de coisa”. (Tradução e aspas minhas)

sexo é uma prática com modelo e estratégia de negócios próprios, em um mercado altamente competitivo e diverso.

Diferentemente dos Estados Unidos, a cafetinagem é menos comum no mercado do sexo no Brasil, estando as profissionais mais próximas da categoria conhecida de profissionais autônomas. O ato de trocar sexo por dinheiro, não é por si só uma conduta criminosa. Porém, a insegurança e imprevisibilidade jurídica da atividade empurra os envolvidos para a marginalização, beirando à ilegalidade.

É possível observar, portanto, que esse mercado é difuso, de baixo investimento relativo e de fácil “produção” do bem comercializado. É um mercado de estrutura competitiva, de fácil entrada e baixa proporção de capital por trabalho. Logo, esse mercado mais se assemelha ao mercado das profissões autônomas do que ao mercado de trabalho assalariado.

Conclusão

A prostituição é questão de autonomia, de saúde individual e coletiva, e acima de tudo, uma questão de liberdade. Portanto, a setorial McCloskey LGBTI, em nome do movimento Livres, se manifesta, pela segurança jurídica aos contratos oriundos das atividades de quem esteja envolvido na cadeia de mercado do sexo.

Pela liberdade e pela responsabilidade,

Diretoria de Políticas Públicas



Lucas Almeida Franceschi

Coordenador da Setorial
McCloskey LGBTQI

Bernardo Rocha da Motta

Advogado
Mestrando em Direito pela UERJ

Marcelo Sarsur

Advogado criminalista
Coordenador da setorial de Justiça
e Segurança Pública

