

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1006893-49.2020.8.26.0079, da Comarca de Botucatu, em que é apelante J. R. DE J. (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado P. H. DE S. (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MELO BUENO (Presidente sem voto), FLAVIO ABRAMOVICI E GILSON DELGADO MIRANDA. São Paulo, 24 de março de 2021.

MORAIS PUCCI, Relator

Apelante: J. R. de J.

Apelado: P. H. de S.

Comarca de Botucatu - 3ª Vara Cível

Juiz: Dr. José Antonio Tedeschi

Apelação Cível. Ação de cobrança decorrente de prestação de serviços sexuais. Sentença de extinção sem resolução do mérito pelo indeferimento da inicial. Insurgência do autor.

Negócio jurídico que, para ser válido, deve observar a licitude do objeto, não vedado legalmente e nem ofensivo aos bons costumes e à moral.

Atualmente, no mundo pós-moderno, a atividade da prostituição vem se difundido, principalmente nas cidades maiores. Tradicionalmente, tal atividade, por envolver questões sexuais, sempre foi vista como pecaminosa, contrária aos bons costumes e à moral, não encontrando, por isso, outrora, proteção jurídica.

Com a evolução da sociedade contemporânea, em constante transformação de seus valores, a atividade de prestação de serviços sexuais tem se integrado à realidade atual, já inserida na Classificação Uniforme de Ocupações (CIUO) de 2002.

A Constituição da República Federativa Brasileira tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), constituindo como seu objetivo fundamental a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III), promovendo o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV).

Nesse quadro, não se pode negar proteção jurídica àquele que busca amparo do Estado, cobrando de seu cliente o valor ajustado pelos serviços sexuais prestados.

O Eg. STJ já abordou o tema, no julgamento do HC 211.888/TO, de relatoria do eminente Ministro Rogerio Schietti Cruz, sinalizando que:

“Não mais se sustenta, à luz de uma visão secular do Direito Penal, o entendimento do Tribunal de origem, de que a natureza do serviço de natureza sexual não permite caracterizar o exercício arbitrário das próprias razões, ao argumento de que o compromisso assumido pela vítima com a ré - de remunerar-lhe por serviço de natureza sexual - não seria passível de cobrança judicial.”

Recurso provido para o prosseguimento da ação.

A r. sentença proferida à f. 157/160 destes autos de ação de cobrança, movida por J.R.J. em relação a P. H. S., indeferiu a inicial e julgou a ação extinta, sem apreciação do mérito por falta de interesse processual. Não houve condenação dos ônus de sucumbência.

Apelou o autor (f. 162/172) alegando, em suma, que: (i)prestou seus serviços sexuais, tendo direito a receber a remuneração

pactuada; (ii) a sentença deve ser anulada para que se dê continuidade ao processo; (iii) os benefícios da justiça gratuita lhe devem ser deferidos.

A apelação, não preparada por pleitear o autor os benefícios da justiça gratuita, foi contra-arrazoada, pleiteando, também, o réu, pela justiça gratuita (f. 183/187).

Monocraticamente, concedi a justiça gratuita às partes.

É o relatório.

A sentença foi disponibilizada no DJE em 15 de outubro de 2020, considerando-se publicada no primeiro dia útil subsequente (f.161);

a apelação, protocolada em 26 de outubro do mesmo ano, é tempestiva.

O autor ajuizou a presente ação alegando que: (i) não tem condições de arcar com as custas e despesas processuais, fazendo jus

aos benefícios da justiça gratuita; (ii) em 22 de agosto de 2020, foi contratado pelo réu para realizar serviços sexuais, firmando contrato

verbal de prestação de tais serviços; (iii) lhe prestou tais serviços, mas não recebeu a remuneração ajustada; (iv) O STJ, em votação unânime na 6ª Turma do STJ, cujo Relator foi o Ministro Rogério Schietti Cruz, ao conceder habeas corpus a uma garota de programa acusada de roubar um cordão folheado a ouro de um cliente que não quis pagar, considerou a prostituição um ato lícito; (v) a prostituição em si não é crime e, portanto, o contrato verbal de prestação de serviço também não é ilícito; (vi) a profissão de trabalhador do sexo está amparada no Código de Ocupações Brasileiras. Juntou cópia das conversas via WhatsApp às fls.

17/154.

Pedi: (i) condenação do réu no pagamento de R\$15.395,90, correspondente à prestação dos serviços realizados como garoto de programa, que deverá ser acrescido de juros de mora e correção desde o ajuizamento; e (ii) a concessão dos benefícios da justiça gratuita.

Sobreveio, então, a r. sentença, que extinguiu a ação e não apreciou o pedido da justiça gratuita.

O autor alega que foi contratado pelo réu para lhe prestar seus serviços sexuais. Para o negócio jurídico ser válido, a lei requer: agente

capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei (art. 104, CC).

Para o Ministro Cezar Peluso, objeto lícito é aquele “não proibido por lei, nem contrário à ordem pública, à moral e aos bons costumes”. (Fonte: Código Civil Comentado, Ed. Manole, 2007, página 81).

Para Sílvio de Salvo Venosa:

“(…) a licitude do objeto é regulada pela forma negativa: atingimos a

compreensão do negócio do objeto lícito pelo conceito de ilicitude. A

lei impõe limitações ao objeto do negócio. O objeto do ato não gozará

de proteção legal quando for contrário às leis de ordem pública, ou aos bons costumes. (...)

Da mesma forma é diluído o conceito de bons costumes, não encontrável na lei. Embora não sejam exclusivamente preenchidos pela Moral, os bons costumes são integrados por ela. Existe moral costumeira variável no tempo e no espaço. (...) Sabe-se que a Moral é mais ampla que o direito. Como é difusa, sua conceituação apenas toscamente pode ser dada como noção teórica. Em princípio, nos anos passados, contrariava a moral um contrato de convivência conjugal entre companheiros, salvo (...)” (Código Civil interpretado, Ed. Atlas, ano 2013, página 156).

Diante disso, embora inexista vedação legal à prostituição no Brasil, a questão apresentada nos autos consiste em saber se tal atividade ofende a moral e os bons costumes, o que invalidaria o negócio jurídico em caso afirmativo.

Para Humberto Theodoro Junior: Não é só o que contraria o texto da lei que se considera ilícito. Tem-se

também como negócio de objeto ilícito o que é contrário à moral e aos bons costumes (...)

A contrariedade à moral está incluída na contrariedade do direito. Mas para que se tenha um ato como contrário à moral é preciso que a contradição se dê com a opinião mais generalizada da sociedade. Não basta, para configuração da nulidade, que o negócio atrete a moral de determinada religião, ou com a sensibilidade das pessoas de requintada exigência ética; nem cabe exigir-se que a moral seja apenas a de determinado grupo de pessoas. (Comentários ao Novo Código

Civil, Editora Forense, Vol. III, 3ª Ed., Rio de Janeiro, ano 2006, páginas 441/442).

A prostituição é uma ocupação que remonta à Antiguidade Oriental, nas civilizações mais antigas no vale da Mesopotâmia, por volta de 1700 a.C.

Desde então, ela esteve presente, como, por exemplo, na época Romana e Idade Média; ora sendo criticada, ora sendo abertamente aceita e institucionalizada, como no reinado de Luis XV, na França, quando teve seu auge. (Fonte: “Prostituição, Lenocídio e Tráfico de Pessoas – Aspectos Constitucionais e Penais”, Guilherme de Souza Nucci, Ed. Forense).

Aqui no Brasil, também há registros de prostituição desde a época das sociedades indígenas e do Período Colonial (Fonte: História das Mulheres no Brasil, Mary Del Priori, ano 2004, Ed. Contexto).

Atualmente, no mundo pós-moderno, a atividade da prostituição, em que se oferece serviços sexuais em troca de vantagem econômica, vem se difundido nas cidades maiores.

Tradicionalmente, tal atividade, por envolver questões sexuais, sempre foi vista como pecaminosa, ofensiva aos “bons costumes” e à moral, então mais conservadora, religiosa e rígida, não encontrando, por isso, proteção jurídica.

O tema, entretanto, é controvertido.

Atualmente, com a evolução da sociedade contemporânea, que está em constante transformação de seus valores, a atividade de prestação de serviços sexuais tem se integrado à realidade atual.

Quanto à evolução da mentalidade dominante e o conceito de “bons costumes”, o saudoso Orlando Gomes esclarece:

Não vale, porém, os negócios de conteúdo ilícito ou imoral. A locução 'negócio ilícito' não expressa todo negócio em que há violação de regra de caráter imperativo, mas se reserva para designar o negócio cujo conteúdo é, em conjunto, proibido pela lei. Por isso, há quem prefira dominá-lo 'negócio proibido'. Esta conceituação afasta qualquer dificuldade quanto à sanção aplicável. Todo negócio proibido é nulo de pleno direito.

Mas difícil é o conceito de negócio imoral, porque os preceitos morais não estão formulados concretamente. Englobam-se na expressão bons costumes, a que falta rigidez, e precisão. Mas, se, por um lado, a definição de negócio imoral não pode ser formulada em termos gerais, porque vago o conceito de bons costumes, pelo outro, não oferece grande dificuldade sua aplicação prática, uma vez que se reconheça a existência de alguns princípios comuns a todos os povos civilizados, admitidos e observados pelos homens de bem. Esses princípios, no entanto, sofrem variações conforme a mentalidade dominante em cada época e em cada povo. (Orlando Gomes, Introdução ao Direito Civil, 5ª Ed., ano 1977, Ed. Forense, página 437/438)

A propósito, em 2002, com base na Classificação Uniforme de Ocupações (CIUO), (regulamentado pela Portaria do Ministério do Trabalho n. 397, de 9 de outubro de 2002), o Ministério do Trabalho e Emprego decidiu reconhecer e identificar todas as ocupações do mercado de trabalho do país. (<http://www.mtecbo.gov.br/cbosite/pages/saibaMais.jsf>). Nessa listagem – Classificação Brasileira de Ocupações CBO -, os profissionais do sexo aparecem no item nº 5198 como uma categoria profissional, que, embora ainda não esteja regulamentada, já

reflete uma mudança na mentalidade dominante.

A Justiça, que não deve fechar os olhos à evolução da sociedade, precisa estar atenta a suas transformações.

A Constituição da República Federativa Brasileira tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), constituindo como seu objetivo fundamental a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III), promovendo o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV).

Permitir o acesso à Justiça é respeitar a dignidade sexual, a soberania sobre o próprio corpo e a livre autonomia no ato de contratar.

Diante dessa constante evolução dos costumes e da proteção garantida pela Carta Magna, não se pode negar tutela jurídica àquele que busca amparo do Estado, cobrando o valor ajustado de quem se aproveitou de seus serviços de cunho sexual, livremente contratados.

A respeito, Guilherme de Souza Nucci, em sua obra

“Prostituição, Lenocídio e Tráfico de Pessoas Aspectos Constitucionais e Penais”, bem leciona que:

(...) compreender a liberdade do ser humano, como indivíduo, sem lhe impor critérios morais estratificados e questionáveis quanto à sua vigência, é um dos maiores problemas da sociedade contemporânea.

(...)

Creemos que é perfeitamente viável que um trabalhador sexual, não tendo recebido pelos serviços sexuais combinados com o cliente, possa se valer da Justiça para exigir o pagamento. (...)

A prostituição individual é somente uma prática laborativa como outra

qualquer, reconhecida pelo Poder Executivo como profissão. (....)

Enfim, há direitos individuais em jogo que precisam ser tutelados e respeitados, independentemente de idiosincrasias alheias. (Editora Forense, ano 2015, 2ª Edição. f. 174 e 190/191).

O Eg. STJ já se debruçou sobre essa questão, ao afastar a caracterização do crime de roubo, qualificando a conduta da prestadora de serviço sexual, que se apoderou de colar de um cliente para garantir o pagamento da remuneração avençada, como exercício arbitrário das próprias razões.

Assim se posicionou o E. STJ, no julgamento desse caso, de relatoria do eminente Ministro Rogério Schietti Cruz, julgado, por unanimidade, pela 6ª Turma em 2016:

HABEAS CORPUS. ROUBO IMPRÓPRIO. NULIDADE DA SENTENÇA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NULIDADE DO ACÓRDÃO. NÃO OCORRÊNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA EXERCÍCIO ARBITRÁRIO DAS PRÓPRIAS RAZÕES. PRETENSÃO LEGÍTIMA E PASSÍVEL DE DISCUSSÃO JUDICIAL. REGRA. MORAL E DIREITO. SEPARAÇÃO. MUTAÇÃO DOS COSTUMES. SERVIÇO DE NATUREZA SEXUAL EM TROCA DE REMUNERAÇÃO. ACORDO VERBAL. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO. USO DA FORÇA COM O FIM DE SATISFAZER PRETENSÃO LEGÍTIMA. CARACTERIZAÇÃO DO DELITO PREVISTO NO ART. 345 DO CÓDIGO PENAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. OCORRÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A matéria atinente à nulidade da sentença não foi submetida à

análise pelo colegiado do Tribunal estadual, circunstância que impede seu conhecimento por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

2. Não mais se sustenta, à luz de uma visão secular do Direito Penal, o entendimento do Tribunal de origem, de que a natureza do serviço de natureza sexual não permite caracterizar o exercício arbitrário das próprias razões, ao argumento de que o compromisso assumido pela vítima com a ré - de remunerar-lhe por serviço de natureza sexual - não seria passível de cobrança judicial.

3. A figura típica em apreço relaciona-se com uma atividade que padece de inegável componente moral relacionado aos "bons costumes", o que já reclama uma releitura do tema, mercê da mutação desses costumes na sociedade hodierna e da necessária separação entre a Moral e o Direito.

4. Não se pode negar proteção jurídica àquelas (e àqueles) que oferecem serviços de cunho sexual em troca de remuneração, desde que, evidentemente, essa troca de interesses não envolva incapazes, menores de 18 anos e pessoas de algum modo vulneráveis e desde que o ato sexual seja decorrente de livre disposição da vontade dos participantes e não implique violência (não consentida) ou grave ameaça.

5. Acertada a solução dada pelo Juiz sentenciante, ao afastar o crime de roubo - cujo elemento subjetivo não se compatibiliza com a situação versada nos autos - e entender presente o crime de exercício arbitrário das próprias razões, ante o descumprimento do acordo verbal de pagamento, pelo cliente, dos préstimos sexuais da paciente.

6. O restabelecimento da sentença, mercê do afastamento da reforma promovida pelo acórdão impugnado, importa em reconhecer-se a prescrição da pretensão punitiva, dado o lapso temporal já transcorrido, em face da pena fixada.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para restabelecer a sentença de primeiro grau, que desclassificou a conduta imputada à paciente para o art. 345 do Código Penal e, por conseguinte, declarar extinta a punibilidade do crime em questão.

(HC 211.888/TO, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/05/2016, DJe 07/06/2016)

A propósito, extraio trechos do voto do culto Relator, que cita lições de André Estefam, em sua tese de Doutorado, e de Guilherme

Nucci:

O tipo penal em apreço relaciona-se, na espécie, com uma atividade que, a despeito de não ser ilícita, padece de inegável componente moral relacionado aos "bons costumes", o que já reclama uma releitura do tema, à luz da mutação desses costumes na sociedade pós-moderna. Não é despiciendo lembrar que o Direito Penal hodiernamente concebido e praticado nas democracias ocidentais passou por uma "longa encubação no pensamento jusnaturalista da época iluminista", resultando na "separação entre legitimação interna e legitimação externa ou entre direito e moral" (FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão. Teoria do garantismo penal. Trad. Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 172).

(...)

Em verdade, "a história dos crimes sexuais é, em última

análise, a história da secularização dos costumes e práticas sexuais."

(Paulo Queiroz, in <http://www.pauloqueiroz.net/crimes-contra-adignidade-sexual/>).

Sob essa mesma perspectiva, não vejo como se possa negar proteção jurídica àquelas (e àqueles) que oferecem seus serviços de natureza sexual em troca de remuneração, sempre com a ressalva, evidentemente, de que essa troca de interesses não envolva incapazes, menores de 18 anos e pessoas de algum modo vulneráveis, desde que o ato sexual seja decorrente de livre disposição da vontade dos participantes e não implique violência (não consentida) ou grave ameaça.

Conforme leciona Nucci,

'Na órbita do Direito Civil, a prostituição deve ser reconhecida como um negócio como outro qualquer [...] O comércio sexual entre adultos envolve agentes capazes. Como já se deixou claro, reconhecida a atividade no rol das profissões do Ministério do Trabalho, o objeto é perfeitamente lícito, pois é um contato sexual, mediante remuneração, entre agentes capazes. Seria o equivalente a um contrato de massagem, mediante remuneração, embora sem sexo. Não há forma prescrita em lei para tal negócio, que pode ser verbal (NUCCI, Guilherme de Souza. Prostituição, lenocínio e tráfico de pessoas. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 190).'

(...)

Bem observa André Estefam, em tese de Doutorado sobre o tema, que:

De acordo com o Código Civil (art. 104 e 166, a contrario sensu), é válido o negócio jurídico que envolver agente capaz, objeto lícito,

possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei. A prostituição, quando realizada entre maiores e capazes, tem por objeto uma prestação lícita, possível e determinada, inexistindo, conforme é cediço, expressa proibição legal. (...) Nota-se, ademais, que o Texto assegura a liberdade de contratar, devendo ser exercida em razão e nos limites da "função social do contrato" (art. 421). Pode-se tê-la [a prostituição], nesta ordem de ideias, como um contrato de prestação de serviços, regido pelos arts. 593 e 594 do Código Civil, proclamando o último que toda "a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição".

(ESTEFAM, André. Dignidade sexual como fruto da dignidade da pessoa humana: homossexualidade, prostituição e estupro. Tese de Doutorado em Direito. PUC. São Paulo, 2015, p. 170).

Vale acrescentar, como noticiado no referido trabalho acadêmico, que a Corte de Justiça da União Europeia já reconheceu a legalidade da prostituição, declarando-a uma atividade econômica lícita, quando independente e voluntária, "isto é, se exercida por conta própria e tendo como contrapartida uma remuneração paga integral e diretamente ao profissional, sem subordinação a terceiros quanto à sua escolha, às condições de prestação do trabalho e à remuneração" (ESTEFAM, André, op. cit.).

Dessas considerações que, por óbvio, não implicam apologia ao comércio sexual do próprio corpo, mas apenas o reconhecimento, com seus naturais consectários legais, da secularização dos costumes sexuais e a separação, inerente à própria concepção do Direito Penal pós-iluminista, entre Moral e Direito (...)'.

Forçoso concluir, portanto, com base em tais lições doutrinárias e jurisprudencial, que o negócio celebrado pelo autor, prestação onerosa de seus serviços sexuais, é válido e passível de proteção jurídica.

Por tais motivos, dou provimento ao recurso para afastar a r. sentença, devendo o processo prosseguir com a designação de

audiência de conciliação ou de mediação, ou, se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição amigável,

com a intimação do réu, na pessoa de seu advogado, para apresentar resposta à ação em quinze dias.

Morais Pucci, Relator