



ARGUMENTOS DOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL AO JULGAREM PRISÕES EFETUADAS EM RAZÃO DE PROSTITUIÇÃO

Monografia apresentada à Sociedade Brasileira de Direito Público como requisito para a conclusão do curso Escola de Formação – 2008.

Estudante: **Fernanda Elias Zaccarelli Salgueiro**

Orientadora: **Marta Machado**

São Paulo
2008

Às Genis.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha orientadora, Marta Machado, pelas suas considerações importantes no processo de escrita desta monografia. A toda a turma da Escola de Formação de 2008, com quem muito aprendi e me diverti ao longo deste ano. Obrigada! A João Bosco pelas aulas ocasionais de direito penal que ele me deu sem saber (ou sabendo). A Roberta Sundfeld, Evorah Cardoso, Adriana Vojvodic e Bruna Pretzel, pela permanente disposição em ajudar e pelas incontáveis colaborações. A Diogo Coutinho, Marcos Paulo Veríssimo e Ana Lúcia Pastore Schritzmeyer, pelas possibilidades de diálogo. A Kelly Cristina e Thaís Maria pela atenção de sempre e por facilitarem o meu dia-a-dia. A José Rodrigues, pelas críticas feitas na banca examinadora.

Um especial agradecimento para a Sra. Célia Rubistein Eisenbaum e para o Dr. Francisco Lobo da Costa Ruiz pela solicitude e por todas as informações que se dispuseram a dar graciosamente, por meios informais ou por questionário.

Também a Ana Paula Pires, por me acompanhar nesse processo – onde ninguém mais poderia. Para as(os) amigas(os) da PUC e da USP, do Grupo Liberta e do NEMA, pelos papos sérios e pelos nada sérios. E, muitíssimo, a minha família pelo imenso carinho, bem visível na paciência com minha constante falta de tempo e com o amontoado de papéis e livros no quarto.

"Mas a verdade é que a sociedade se envergonha de seus próprios atos e despreza aquele a quem puniu, assim como as pessoas desprezam o credor a quem não tenham como pagar, ou a alguém contra quem tenham cometido um ato irreparável e irredimível."

(Oscar Wilde, De Profundis)

ÍNDICE

1. Considerações iniciais	7
1.1. Estrutura da monografia	7
1.2. Introdução	8
2. Metodologia	22
2.1. A vontade de saber	22
2.2. A seleção dos acórdãos	26
2.2.1. A exclusão do RHC 39.265	31
2.3. A pesquisa em jornais	33
3. Panorama dos acórdãos	38
3.1. Os recursos de <i>habeas corpus</i> no STF	53
4. Os argumentos do STF	58
4.1. O que é um argumento?	58
4.2. A classificação dos argumentos	61
4.3. A função do Judiciário (grupo 1)	70
4.4. A validade das provas (grupo 2)	73
4.5. Questões técnicas (grupo 3)	83
4.6. Limites ao poder de polícia (grupo 4)	91
4.7. (I)legalidade do <i>trottoir</i> (grupo 5)	99
4.8. Outros argumentos (grupo 6)	102
5. Conclusão	112
6. Bibliografia	118

Apêndice

Apêndice I – Pesquisa preliminar: sexualidades no *site* do STF

Apêndice II – Questionário: respostas do advogado Francisco Lobo

Apêndice III – Tabela comparativa de votos dos ministros

Apêndice IV – Identificação de argumentos por acórdão

SIGLAS UTILIZADAS

CF: Constituição Federal
CP: Código Penal
CPP: Código de Processo Penal
DP: Distrito Policial
FSP: Folha de São Paulo (jornal)
HC: *Habeas corpus*
OESP: O Estado de São Paulo (jornal)
PGJ: Procuradoria-geral de Justiça
PGR: Procuradoria-geral da República
RHC: Recurso de *habeas corpus*
SP: São Paulo
STF: Supremo Tribunal Federal
TJ: Tribunal de Justiça

TABELAS E GRÁFICOS

Tabelas

- 1 – Palavras-chave de busca de decisões no site do STF (p.)
- 2 – Acórdãos exclusivamente relativos a prostituição (p.)
- 3 – Acórdãos encontrados por referência em outros (1ª vez) (p.)
- 4 – Acórdãos encontrados por referência em outros (2ª vez) (p.)
- 5 – Localização dos Distritos Policiais por RHC (p.)
- 6 – Concentração dos 19 RHCs por década (p.)
- 7 – Resultado dos recursos conforme a Turma julgadora
- 8 – Argumentos de quem concede o *habeas corpus*
- 9 – Argumentos de quem denega o *habeas corpus*
- 10 – Quantidade de votos por grupo temático (p. 68)

Gráfico 1 – Distribuição de argumentos por grupo temático

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

1.1. Estrutura da monografia

A presente monografia trata da identificação e análise dos argumentos de que os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) se valem ao julgarem pedidos de salvo-conduto¹ de prostitutas que dizem estar sendo presas pela polícia sem as formalidades legais, o que configuraria medida ilegal, havendo justo temor de que essas prisões viessem a se repetir.

O texto se divide em cinco partes, além da bibliografia. No segundo tópico deste primeiro capítulo é feita uma breve introdução do objeto central do trabalho. Nele são desenvolvidas considerações a respeito da atipicidade da prostituição, fato que problematiza as prisões que suas praticantes sofreram no período estudado, além de enfatizar a importância da fundamentação de decisões judiciais que julguem a legalidade ou a ilegalidade dessas medidas policiais.

No segundo capítulo são explicados os procedimentos e a metodologia adotada para que se chegasse aos casos judiciais do Supremo Tribunal Federal sob exame. No terceiro, há uma apresentação geral desses casos, em que se destacam aspectos comuns e diferentes entre eles quando considerados em uma abordagem mais panorâmica. No quarto, o conceito de argumento é explicado e os argumentos dos ministros do STF (identificados no apêndice IV) são expostos em tabelas, sendo, a seguir, divididos em seis grupos, analisados um a um. O quinto capítulo conclui o exame desses argumentos.

¹ *Salvo-conduto* é o instrumento que o Poder Judiciário expede em sede de *habeas corpus* preventivo para que uma pessoa que se encontre ameaçada em sua liberdade de ir, vir e permanecer não venha a ser ilegalmente presa. Eis o que assevera o art. 660, parágrafo 4º do Código de Processo Penal: "Se a ordem de *habeas corpus* for concedida para evitar ameaça de violência ou coação ilegal, dar-se-á ao paciente salvo-conduto assinado pelo juiz". É, portanto, diferente do *habeas corpus* repressivo, que tem cabimento quando o(a) paciente já está preso(a) e pede ao Judiciário o relaxamento (o desfazimento) da sua prisão, também por se tratar de um ato ilegal.

1.2. Introdução

Infelizes², pessoas de moralidade anormal³, seres ambulantes⁴, decaídas⁵, barregãs⁶, marafonas⁷, rebanho pecador⁸, desgraçadas⁹, meretrizes¹⁰, prostitutas¹¹. É assim que membros do Poder Judiciário se referem às mulheres de que trata este trabalho, que tem o objetivo de identificar e examinar os argumentos utilizados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) ao julgarem a legalidade ou a ilegalidade das prisões¹² feitas pela polícia exclusivamente em razão da prática de prostituição, entre 1960 e 1980.

A questão se mostra interessante, tendo em vista que se prostituir nunca foi crime ou contravenção no Brasil. Talvez porque, já no século XVIII, as prostitutas fossem convenientemente utilizadas para a realização das necessidades do Estado colonizador, em especial por meio do seu desterramento para vilas desertas cujo povoamento assegurariam¹³. Diante

² Relatório do Recurso de *Habeas Corpus* (doravante RHC) 59.520 e votos do Min. Leitão de Abreu (RHCs 58.179 e 58.938).

³ RHC 60.153 e voto do Min. Moreira Alves no RHC 58.179

⁴ Relatório do RHC 59.520.

⁵ Magistrado de 1ª instância mencionado no voto do Min. Rafael Mayer (RHC 59.518).

⁶ Magistrado de 1ª instância mencionado no voto do Min. Rafael Mayer (RHC 59.518).

⁷ Magistrado de 1ª instância mencionado no voto do Min. Rafael Mayer (RHC 59.518).

⁸ Voto do Min. Carlos Ramallete no RHC 59.114.

⁹ Voto do Min. Cordeiro Guerra no RHC 58.179.

¹⁰ Voto de Oscar Corrêa no RHC 63.236, entre outros.

¹¹ RHCs 59.087 e 59.114, entre outros.

¹² À época dos casos, havia uma diferença entre prisão e detenção, já que esta teria caráter provisório e temporário, ao contrário daquela. Mas essa diferença será ignorada no restante da monografia, por não ter qualquer implicação prática.

¹³ Eram desterradas as prostitutas consideradas desordeiras. Assim, unia-se o útil ao conveniente, como bem ilustra a ordem de 1771 de Dom Luiz Antônio de Souza ao Capitão-Mor de Sorocaba (São Paulo), relatada pelo Delegado de Polícia Guido Fonseca: "*Constame que nessa vila e seu Distrito há quantidade de mulheres fadistas, que com escandaloso procedimento andam perturbando o sossego público e porque será útil à terra e serviço de Deus mandá-las para Iguatemi, onde podem casar e viver como Deus manda sem andar em tão estragada vida, ordeno Vmcê. que logo em recebendo esta faça prender a todas quantas nesse distrito viverem em semelhante trato, sejam de que qualidade for, contanto que não sejam velhas ou doentes e incapazes de poder casar e aumentar a terra para onde quero que sejam remetidas*" (FONSECA, *História da prostituição em São Paulo*, p. 52). A exigência de as mulheres serem jovens ou adultas, ou seja, serem capazes de procriar, não podendo ser velhas ou doentes, revela-se sintomática da pretensão de povoamento das áreas do interior, "onde podem casar e viver como Deus manda". Daí que aquelas que porventura já fossem casadas também não deveriam ser presas, como esclareceu o Governador ao Capitão-Mor José de Almeida Leme em outra oportunidade, "*porque não indo desembaraçadas para poderem casar se faz inútil sua ida, e não menos prejudicial aquela terra, onde só é útil quem possa aumentá-la e que não perturbe o sossego dos seus habitantes*" (FONSECA, *op.cit.*, p. 53).

disso, seria irracional que a polícia, havendo que desaforá-las por conta de um interesse político estratégico, fosse por lei obrigada a prendê-las.

A partir do século seguinte até o começo do século XX, a visão acerca da prostituição se modificou. Não, por certo, porque ela tenha deixado de ser considerada um “mal necessário”, algo negativo de que se precisasse. Não, a necessidade é que mudou de lugar. A prostituição não servia mais, ao ser reprovada, como justificativa para a expulsão das mulheres das vilas centrais do Império para as do interior, com o fito de povoar a região. Nesse momento, elas passaram a ser imprescindíveis por garantirem aos homens de bem um corpo de mulher no qual eles pudessem satisfazer o que se acreditava serem suas ‘funções orgânicas’ não-usuais e imorais, porém naturais.

A imperatividade dessas funções era atestada por médicos, que alertavam – com a autoridade da ciência – para os perigos da sua contenção. Ocorre que, apesar de concebidas como algo incontornável, as funções orgânicas (ou o ‘instinto sexual’) dos homens seriam prejudiciais ao santificado casamento, no âmbito do qual só caberia a sexualidade controlada, saudável e reprodutiva. Mas se sua insatisfação acarretasse problemas físicos e mentais, o que fazer?

Para que fosse possível manter a moralidade familiar era preciso que os ímpetos masculinos pudessem ser canalizados e manifestados em algum outro lugar. Assim, as prostitutas eram transformadas em válvula de escape, depósitos da libido masculina reprimida socialmente. Nesse sentido se entende a comparação que o médico L. C. de Azevedo tece entre os intestinos do ser humano e o vaso sanitário, e o instinto do homem e o corpo da prostituta:

“Há exigências da natureza que o homem menos policiado não sabe comprimir; e se para as funções privadas dos intestinos, se estabelecem cloacas limpas e arejadas para que os gases mefíticos não corrompam nelas o ar, deve haver também arraiais demarcados e bem regidos onde se possa o organismo aliviar dessas descargas de sensualidade e luxúria que o vício engendra, e fracos preceitos da vida social não conseguem ainda comprimir”¹⁴.

¹⁴ *Apud* ENGEL, *Meretrizes e doutores: saber médico e prostituição no Rio de Janeiro (1840-1890)*. São Paulo: Brasiliense, 1989, p. 109. Tais considerações, ainda que instigantes, não

O trecho final da transcrição acima indica a íntima relação entre o discurso médico e o discurso político, estatal ou policial. Afinal, para além da afirmação científica sobre conseqüências da contenção sexual para o corpo há uma observação política acerca de como a 'natureza' masculina viveria em sociedade. Note-se a correlação dessa fala com o significativo comentário abaixo do chefe de polícia Candido Motta, que chegou a ser Secretário da Justiça e Segurança Pública do Estado de São Paulo, a respeito da relevância da prostituição para a manutenção da saúde do corpo, não individual, mas social, e para a preservação dos bons costumes:

"A sua necessidade [da prostituição] explica-se pelo derivativo que oferece às excitações genéricas muito intensas, que sem ela não respeitariam, talvez, nem a infância, nem o lar doméstico"¹⁵.

Evidencia-se o receio de que a abstinência sexual decorrente da ausência de prostitutas pudesse deixar os homens descontrolados, de modo que apelassem para a prática do que eram consideradas imoralidades com crianças ou com suas puras esposas.

Esse tipo de concepção estava subjacente à não tipificação penal da prostituição no Código Penal de 1830, do Império, estando presente como causa justificadora do silêncio também do Código Penal de 1940, até hoje vigente¹⁶, que mantém o não-apenamento da prática.

constituem o objeto central deste trabalho, e, por isso, não serão melhor exploradas, de modo que remeto o(a) leitor(a) interessada(o) a outras fontes. Há maiores detalhes a respeito em RAGO, Margareth, *Os prazeres da noite: prostituição e códigos da sexualidade feminina em São Paulo (1890-1930)*, Rio de Janeiro: Paz e Terra, e *Do cabaré ao lar: a utopia da cidade disciplinar (Brasil: 1890-1930)*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985, da mesma autora. Além disso, cumpre destacar a tese de Luiz Carlos Soares, Rameiras, *ilhoas, polacas... a prostituição no Rio de Janeiro do século XIX* (São Paulo: Ática, 1992), que examina a chegada de cáftens e a imigração de prostitutas estrangeiras ao Brasil e o modo como a polícia se organizou para (não) recebê-las.

¹⁵ *Prostituição, polícia de costumes e lenocínio*, São Paulo, 1897, p. 316, *apud* MAZZIEIRO, "Sexualidade criminalizada: prostituição, lenocínio e outros delitos – São Paulo 1870/1920". *Rev. Bras. Hist.* [online]. 1998, vol. 18, n. 35, p. 185-247. Para mais informações, conferir FONSECA, Guido. *História da prostituição em São Paulo*. São Paulo: Ed. Resenha Universitária, 1982.

¹⁶ O Código Penal de 1940 vige até os dias de hoje. Em 1984, ele passou por uma grande reforma, incidente na sua parte geral, o que não tem relevância para este estudo, haja vista que o que mais interessa aqui é a parte especial, em que consta a tipificação das condutas consideradas crimes, além, também, de haver apenas um caso que tenha sido julgado sob o código reformado, sem que tenha havido qualquer modificação jurídica na situação examinada, relativamente aos julgamentos anteriores apreciados.

Não é preciso ir longe para constatá-lo. Basta notar que mais de dez anos depois da promulgação desse último código, a assistente social Nautilde Batista da Costa Valente registrava que se costumava “dizer que a castidade é nociva à saúde, podendo ocasionar distúrbios nervosos. (...) Outro preconceito comum, contra prática dessa virtude, é[era] de que o exercício da função sexual é[era] obrigatório como prova de virilidade” (“Serviço de recuperação moral e social da mulher prostituída”, em *Arquivos da Polícia Civil de São Paulo*, vol. XXII, 2º sem., 1951, p. 120).

Em 1952, o então Consultor Jurídico da Secretaria da Segurança Pública de São Paulo, Cícero Fajardo, ainda tentava desmentir o que ele denominou como o “mito da incontinência”, em artigo no qual se valia de vários pareceres médicos de sua época que apontavam:

“(...) ser de todo falso que a abstinência sexual seja danosa à saúde, e que [se] desconhecia qualquer moléstia que pudesse ser atribuída a uma vida perfeitamente pura e austeramente moral” (“A prostituição perante a lei”, *Revista dos Arquivos da Polícia Civil do Estado de São Paulo*, vol. XXIII, 1952, 1º semestre, p. 55).

Nesse texto, o autor não negou a existência de um desejo masculino forte. Contudo, afirmou que a ‘solução’ para ele não estava em sua exteriorização com prostitutas, tampouco devendo haver sua satisfação no lar. Ele haveria de ser recalcado, por meio de “uma vida perfeitamente pura e austeramente moral”¹⁷.

De fato, a concepção que Cícero Fajardo procurou combater nesse artigo parecia muito difundida. Tanto assim que Nelson Hungria, que havia sido membro da Comissão Revisora do Anteprojeto do Código Penal de 1940, assim como da Comissão Elaboradora dos Anteprojetos do Código de Processo Penal e da Lei de Contravenção Penal consignava, em 1955 (três anos depois do artigo do referido secretário), quando era ministro do Supremo Tribunal Federal:

¹⁷ Claro, às moças era preciso ensinar “que seus pais não só lhes deram o sêr, como também a missão de serem a pedra basilar das futuras gerações. Que, portanto, é preciso se conservarem puras, para depois, sacerdotizas do lar, poderem cumprir o seu destino sagrado de mães” (*idem*, p. 50, textual).

“Tem-se de convir, porém, que a prostituição tem sido e continua sendo um *mal necessário*. Prevenindo piores desregramentos e transvios, ela serve à descarga da libido que em vão se procuraria reprimir com as fórmulas ético-jurídicas sobre a atividade genésica ou intercursos dos sexos. É possível que, em remotíssimo futuro, com o advento de uma requintada civilização, venha a ser repudiada a torpeza do *exercitium vulgivagae Veneris*, sem que isso importe o *choc de retour* da imoralidade derivada para o recesso das famílias, nem o recurso ao que SALVADOR CICALA (ob.cit.), espirituosamente, chama “saturnais do onanismo”. Por enquanto, porém, a prostituição é uma espécie de abscesso de fixação, um meio de atalhar uma septicemia. O famoso conceito de SANTO AGOSTINHO continua irrefutável: ‘*Aufer meretrices de rebus humanis, turbaveris omnia libidinus*’¹⁸ (Comentários ao Código Penal, vol. V: arts. 121 a 136, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 383-385).

Edgard Magalhães Noronha, a sua vez, que viria a se tornar um dos mais reconhecidos doutrinadores penalistas até a reforma do Código Penal promovida em 1984, colocava-se no mesmo sentido, em trabalho datado de 1954. O discurso fatalista que ele expõe, preocupado com as conseqüências sociais da extinção da prostituição, aproxima-se do apresentado pelo chefe de polícia Cândido Motta em 1897:

“Ninguém duvida que ela seja um modo de vida imoral e constitua mesmo um *estado perigoso*. O que nos parece falaz é, no estágio de civilização em que nos encontramos, extingui-la. Todos estão de acordo que a vida sexual normal e decente só encontra solução no casamento (pondo de lado, naturalmente, os raros e privilegiados abstêmios, por função religiosa, convicção, etc.). Na civilização burguesa em que vivemos, parece-nos difícil a solução. Enquanto a casa paterna e a das famílias se fecharem para a donzela seduzida; enquanto a mulher viver na dependência econômica do homem e enquanto todos os adultos não casarem – aliás, bem cedo – haverá prostituição. (...) Imagine-se se hipoteticamente conseguisse o Estado asilar e acolher em estabelecimentos de assistência social todas as infelizes, qual a situação dos milhares ou milhões de

¹⁸ Significa: “Suprime as meretrizes da sociedade humana e a libidinagem tudo perturbará”.

homens solteiros e viúvos. É visível que mais que nunca o homossexualismo campearia e se multiplicariam assustadoramente os atentados contra a honra das famílias” (NORONHA, “Dos crimes contra os costumes”, *Código Penal Brasileiro Comentado*, vol. VII, CASTIGLIONE, Teodolindo (coord.), São Paulo: Saraiva, 1954, p. 418-420).

Essa concepção imperial se refletiu nas décadas de 1940, 1950 e foi além. Em 1975, o delegado de polícia Anor Scatimburgo retoma expressões e idéias do passado, quando sustenta que a “indústria de máquinas vaginais, porém, não desaparece. É uma fatalidade da vida social. É o mal necessário que pode e deve mesmo ser cerceado. Nunca definitivamente estirpado (...) Caso o meretrício deixasse de existir um dia, a luxúria seria uma nova espada de Damocles suspensa sobre a cabeça da sociedade” (“Prostituição”, em *Revista dos Arquivos da Polícia Civil*, vol. XXV, 1º sem., 1975, p. 145-146).

Cinco depois, Maria Carneiro da Cunha comentava criticamente, em palavras similares, que o *trottoir* ainda seria visto dubiamente como um “mal necessário”:

“A maneira como o meio social encara a prostituição reveste-se em geral de uma grande ambigüidade, assumindo um caráter de condenação e ao mesmo tempo de justificação, definindo-a como um ‘mal inevitável’, como se tratasse de um fenômeno estático”. (“Frente debate: o problema da prostituição”, *Folha de SP*, 11 de maio de 1980).

Portanto, muito menos que o resguardo da garantia de liberdade individual ou do direito de livre disposição do próprio corpo, a prostituição permaneceu como prática penalmente atípica após a promulgação do Código Penal de 1940, por conta da suposta existência de uma ‘função social’ da prostituta.

Isso não evitou que condutas paralelas à da prostituição fossem apenadas. O Código Penal (CP) estabeleceu quatro tipos penais afetos a ela: a intermediação entre a prostituta e o cliente (art. 227), o induzimento, facilitação, atração à prostituição ou o impedimento para que seja

abandonada (art. 228), a manutenção de local destinado à prática de prostituição (art. 229) e a exploração financeira de prostituta(o) (art. 230):

Mediação para servir à lascívia de outrem¹⁹

Art. 227. Induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

(...)

Favorecimento da prostituição

Art. 228. Induzir ou atrair alguém à prostituição, facilitá-la ou impedir que alguém a abandone:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

(...)

Casa de prostituição²⁰

Art. 229. Manter, por conta própria ou de terceiro, casa de prostituição ou lugar destinado a encontros para fim libidinoso, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

(...)

Rufianismo²¹

Art. 230. Tirar proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem exerça:

Pena – reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

(...)”.

¹⁹ Esse crime só havia sido previsto nas Ordenações Filipinas, Livro V, Título XXXI, cuja preocupação é punir os que colocavam à disposição de terceiros suas esposas e filhas: “Dos alcoviteiros, e dos que em suas cazas consentem a mulheres fazerem mal a seus corpos”, a seguir sendo arroladas hipóteses de lenocínio (Cf. FÜHRER, Maximiliano, *Código Penal Comentado*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 626).

²⁰ Esse tipo penal existe desde 1915, criado pela chamada “Lei Mello Franco”, segundo a qual era crime “manter ou explorar casas de tolerância”, o que alterou a norma penal incriminadora do lenocínio. A idéia inicial era tornar a legislação brasileira consoante às decisões do congresso internacional sobre tráfico internacional de mulheres ocorrido em Paris em 1902. Porém, na prática, a mudança normativa apenas ampliou as hipóteses de caracterização do lenocínio, que agora poderia ser praticado contra qualquer mulher, independentemente do seu “estado moral” ou idade, desde que se tratasse de indução para “satisfazer os desejos desonestos ou paixões lascivas de outrem”, com o que a lei procurou facilitar a formação de justa causa para as acusações. Além disso, foi criada a figura das ‘casas de tolerância’, tradução literal da *maison de tolérance* francesa que, segundo o deputado Alberto Sarmiento, “*jamais poderia ser adotada num país que não regulamentava a prostituição, caso do Brasil*” (in SCHETTINI, Cristina, “*Que tenhas teu corpo*” – uma história social da prostituição no Rio de Janeiro das primeiras décadas republicanas, Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 2006 p. 195). Com efeito, a promulgação do dispositivo gerou debates infundáveis a respeito do que seriam elas, se sinônimas de casas de *rendez-vous*, pensões de finalidades desvirtuadas (motéis), ou meros hotéis; se importaria a análise subjetiva de suas(seus) freqüentadoras(es) ou bastavam considerações fáticas sobre o ambiente. Na prática, essa formulação fez com que a simples utilização de um quarto como motel fosse suficiente para a punição penal.

²¹ O CP de 1940 foi influenciado pelo Código Rocco (promulgado ou outorgado pelo regime fascista italiano), que previa em seu art. 514 o mencionado crime de rufianismo. Contudo, deve-se anotar, o rufianismo já havia sido previsto uma vez antes, cumpre dizer, nas Ordenações Filipinas, Livro V, Título XXXIII – “Dos rufiões e mulheres solteiras – Defendemos que nenhuma pessoa tenha manceba teúda em mancebia, de que receba bemfazer, ou ella delle” (Cf. FÜHRER, Maximiliano, *op.cit.*, p. 635).

A previsão desses crimes, todos praticados em circunstâncias afetas à prostituição, e a ausência de tipificação da prostituição em si gerara protestos. Não haveria aí uma incoerência? Não só incoerência: haveria, sim, um paradoxo. Afinal, estar-se-ia punindo aquele(a) que vive do meretrício, mas o meretrício continuaria incólume. Em outras palavras, apenar-se-ia o acessório e se deixaria livre o principal. A esse tipo de interpelação, Edgard Noronha respondeu:

“Na verdade, muita vez, é de se refletir onde está o principal: se em quem se prostituiu ou impede o abandono da prostituição. Depois, não se pode olvidar o critério da conveniência. Pode tolerar-se a prostituição – o comércio carnal de uma pessoa, mediante um preço, como meio de vida – por ser um mal *necessário*, ou, pelo menos, nos tempos que vivemos, inextinguível; mas razão alguma existe para a tolerância do lenocínio – assistência à lascívia alheia ou sua exploração – mal *desnecessário*” (*op.cit.*, p. 419, itálicos originais, grifo meu).

Tratava-se, portanto, de restringir ao máximo a esfera de permissão do fenômeno da prostituição, que não se conseguiria ou não se poderia extinguir, para que somente o que houvesse de indispensável nessa imoralidade permanecesse no âmbito da licitude.

A perseguição às(aos) praticantes da prostituição independeu da previsão legal de ilicitude do ato. Os próprios mentores do Código Penal e da Lei de Contravenções Penais, os quais pugnaram pela não-inclusão da prática no rol de delitos, falam expressamente que caso ela viesse ser realizada em moldes diferentes daqueles imaginados por eles, ou seja, caso a prostituição fosse além do fim para ela destinado pelos legisladores, de realização de uma ‘função social’, e sempre que o ‘interesse público’ o exigisse, ela poderia ser sancionada. Inclusive penalmente.

Essa idéia se encontra nos pronunciamentos de Nelson Hungria, que pugna pela coerção contra as “vontades recalcitrantes” que se indispusessem a respeitar o que fosse melhor para o “interesse coletivo” e o “objetivo da política social”:

“Mas, como todo mal necessário, o da prostituição deve ser tolerado no estrito limite da necessidade que o impõe. A mesma política de utilidade social que defende a tolerância da prostituição em si mesma, aconselha uma vigilante ação contra os males que lhe são acessórios, notadamente a propagação das moléstias venéreas. Apresenta-se a este respeito, entretanto, uma questão preliminar: as medidas de caráter sanitário em torno à prostituição devem ser coercitivas ou meramente persuasivas? Não vacilamos em preconizar a última solução [coercitivas]. *Onde está em jogo o interesse coletivo não se pode contemporizar com certos postulados da liberdade individual.* (...) Não há objetivo de política social que dispense o elemento sinérgico das sanções legais contra as vontades recalcitrantes. Tem-se de empregar a coercição [sic] administrativa e até mesmo, como *ultima ratio*, a repressão penal” (*op.cit.*, p. 385-387, grifei).

Ora, esse mesmo tipo de discurso poderia ser utilizado para apenar prostitutas com fundamento em qualquer valor que se quisesse representar em nome do ‘interesse coletivo’²²⁻²³. De fato, caberia sempre argüir que “[o]nde está em jogo o interesse coletivo não se pode contemporizar com certos postulados da liberdade individual”, ainda que a Constituição Federal de 1946, vigente à época, já assegurasse o princípio da reserva legal em seu artigo 141, parágrafo 2º (²⁴) – justamente no capítulo referente aos “direitos e garantias individuais” – e, no parágrafo 23 daquele mesmo artigo, velasse pelo *habeas corpus*, instrumento voltado a zelar pela liberdade de locomoção contra “ilegalidade ou abuso de poder”²⁵.

²² Veja-se, por exemplo, um caso contado por Guido Fonseca, segundo quem, nessas primeiras décadas do século XX, quando a polícia pegava as prostitutas por estarem, de qualquer modo, envolvidas em simples brigas e conflitos, eram levadas para a delegacia, onde “recebiam uma ducha de água fria, por vezes uma surra e, quase sempre saíam de lá de cabeça raspada” (*História da prostituição em São Paulo*, São Paulo: Ed. Resenha Universitária, 1982, p. 155-156). Além de desestimulá-las, isso talvez as privasse de clientes por algum tempo. Tudo em nome do “interesse coletivo”.

²³ Como se verá nos acórdãos, o principal valor defendido pela polícia para justificar as prisões das prostitutas é a moralidade pública. Diante desses poucos elementos colacionados, o fundamento não deixa de ser irônico. Afinal, nunca se negou que a prostituição fosse imoral. Fosse só essa compreensão da matéria, a prostituição talvez tivesse se tornado crime. Conforme assinalado, Nelson Hungria fez parte da Comissão Elaboradora do Anteprojeto da Lei de Contravenções Penais, de 1940, pelo que poderia ter nela incluído norma de apenamento da prostituição, se não entendesse fosse ela um “mal necessário”.

²⁴ “Ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. O dispositivo é reproduzido tanto na CF de 67 quanto na EC nº 1 de 69.

²⁵ “Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas

O fato é que a legislação em vigor nas décadas de 60 a 80, período dos casos examinados, certamente não previa que prostituição fosse crime ou contravenção e, no entanto, desde 1960, “[t]odos os tipos de repressão foram usados, inclusive cães pastores perseguindo mulheres e rufiões na **boca do lixo**” (“Agora, o campo livre”, *OESP*, 14.01.73, grifo original).

Nesse período, houve seqüenciais tentativas de enquadramento legal da prática em São Paulo, no sentido de tentar assegurar a legitimidade das ações policiais. Uma delas ficou conhecida como “operação 59”, idealizada pelo delegado Coriolano Nogueira Cobra e adotada por muitos outros agentes públicos, tais como Edson Charmilot, “na esperança de reprimir, sem ferir suscetibilidades, a prática do *trottoir*”. Era o que se fazia na chamada ‘boca do lixo’, no centro da Paulicéia:

“(…) aquelas que têm antecedentes criminais são detidas, levadas a exame médico no Serviço de Proteção e Previdência a fim de se verificar se estão em condições de saúde para trabalhar e depois assinam o compromisso de conseguir emprego no prazo de 30 dias. A isso chamam **assinar 59**. Após essa sindicância preliminar, a reincidência justifica o auto de prisão em flagrante, retirando a infratora de circulação” (“Agora, o campo livre”, *FSP*, 14.01.73, grifo original).

O flagrante delito, alegavam esses delegados, era possível na medida em que, defendiam eles, a prostituição se subsumia perfeitamente no tipo da contravenção penal prevista na segunda parte do art. 59 da Lei de Contravenções Penais (delito de vadiagem) – daí se falar tanto em “operação 59” quanto em “assinar 59”. No entanto, essa providência foi perdendo o seu alcance, já que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo considerou a ação ilegal, o que certamente não impediu a manutenção de sua execução:

“Os policiais da ‘**Operação 59**’ sabem que esse esforço e a eficácia da medida é praticamente nula. As Câmaras Criminais Conjuntas já se manifestaram a respeito ao julgar o *habeas corpus* n. 115.541:

transgressões disciplinares, não cabe *habeas corpus*”. Esse artigo é o mesmo que o estabelecido no art. 150, par. 20 da CF/67 e que o art. 153, par. 20 da CF/69.

considerando a prisão de algumas mulheres que faziam o *trottoir* uma 'violência arbitrária'" (*idem, ibidem*).

É por isso que na *Semana de Estudos sobre Prostituição*²⁶, organizada pelo Instituto Latino-Americano de Criminologia e pelo Serviço Social do Estado de São Paulo (sob o mandato do Governador Laudo Natel), ocorrida entre 17 e 21 de outubro de 1966, o Delegado Especializado de Costumes, João Anzaloni Neto²⁷, destacou a sugestão de Flamínio Fávero²⁸ de que a 'racolage' deveria ser incluída na Lei de Contravenções Penais e de que os estrangeiros condenados por lenocínio deveriam ser expulsos do país.

Além disso, mencionou o "Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito sobre o Meretrício", da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, de junho de 1965, que recomendava:

"Proporcionar às autoridades meio legal de evitar a prática do 'trottoir' escandaloso. Corresponderia isto, aliás, a tomarmos medida já existente na França. Para tanto seria necessário alterarmos nossa legislação penal, o que, por ser da competência do Governo Federal, excederia de nossa alçada" (*apud ANZALONI NETO, João, "Atuação da polícia frente ao problema da prostituição e do meretrício", inédito*).

Evidencia-se, assim, a situação: o Estado de São Paulo gostaria de legitimar juridicamente a atuação repressiva policial adotada no combate à prostituição. Afastado o enquadramento no ordenamento vigente pela

²⁶ Para compreender os atores sociais envolvidos na discussão pública sobre prostituição em São Paulo parece sintomático notar quais eram as instituições presentes no referido evento: Governo do Estado de São Paulo, Associação dos Delegados de Política do Estado de São Paulo, Associação dos Magistrados, Associação Paulista de Medicina, Associação Paulista do Ministério Público, Escola de Polícia, Federação de Obras Sociais, Serviço Social do Comércio, Sociedade Amigos da Cidade, Secretaria de Medicina Legal e Criminologia de São Paulo, Instituto de Advogados de São Paulo, Instituto de Biotipologia Criminal, Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, Instituto Oscar Freire, Juizado de Menores, OAB, Secretaria do Bem-Estar Social do Município, Rotary Club e Faculdade de Higiene e Saúde Pública. Cf. "Semana em SP sobre prostituição" (*FSP*, 25.09.66), "Semana' estudará o caso da prostituição" (*FSP*, 29.09.66) e "Começa hoje a Semana da Prostituição" (*FSP*, 17.10.66).

²⁷ Ele também viria a ocupar o posto de delegado do Departamento de Investigações Gerais (DIG) em 67, quando as especializadas foram extintas pelo Decreto n. 49.046, até 69, quando foram restauradas pelo Decreto n. 52.213 (cf. FONSECA, Guido, "Contribuição à história do Departamento Estadual de Investigações Criminais - DEIC", em *Revista Arquivos da Polícia Civil de São Paulo*, vol. XXXIX, 2º sem., 1982, p. 108-109).

²⁸ Médico e membro da comissão de estudos de prostituição de 1958, promovida pelo Governo de São Paulo.

jurisprudência, inquire-se sobre a possibilidade de o Poder Legislativo Estadual efetuar as alterações e inovações jurídicas pertinentes para a coibição legalizada da prostituição, a qual, no entanto, mais uma vez parece impossibilitada, em razão de a Assembléia Estadual se mostrar incompetente para legislar sobre a matéria penal.

Nessa esteira se compreende o ofício que a Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo encaminhou, em 19 de setembro de 1966, ao Ministério da Justiça, requerendo alterações legais urgentes no art. 59 da Lei de Contravenções Penais por meio do acréscimo de um parágrafo, o que assim se justifica:

“(...) Procurando encontrar remédio legal para o problema, a Polícia Paulista tentou, em várias oportunidades, valer-se do disposto no artigo 59 da Lei das Contravenções Penais, a qual considera como VADIAGEM: (...).

Não logrou êxito, porém, porque a jurisprudência vem se orientando no sentido de achar que a prostituta não está empreendida na conceituação de vadiagem, mesmo quando, em plena via pública, atenta despididamente contra normas de moralidade.

Embora, com a devida vênia, se possa discordar da orientação dos tribunais paulistas, e nisso nossa organização policial encontra apoio em numerosos estudiosos do Direito Penal, nada mais resta senão acatá-la e procurar outra solução que venha dar base legal ao combate ao ‘trottoir’ e à ‘racolage’” (*apud* ANZALONI NETO, João, “Atuação da polícia frente ao problema da prostituição e do meretrício”).

O que se passava em São Paulo chegou ao conhecimento do presidente Castelo Branco em março de 1967, que encaminhou um projeto de lei de acréscimo de parágrafo ao art. 59 da Lei de Contravenções Penais ao Congresso Nacional, com exposição de motivos feita pelo então Ministro da Justiça, Carlos Medeiros da Silva, na qual se reproduzia quase inteiramente o mencionado ofício dos delegados de São Paulo, asseverando que ele tinha:

“(...) o propósito de encontrar remédio legal para a extinção do problema do ‘trottoir’, meio para a habilitação do que é chamado ‘racolage’, que se vem agravando dia a dia, tomando proporções que justificam sérias preocupações, *tanto mais que bairros tradicionalmente residenciais estão sendo invadidos por meretrizes*” (“Governo quer coibir ‘trottoir’”, *OESP*, 10.03.67, grifei).

Após, o Ministro da Justiça expressamente comentou a dificuldade que a polícia de São Paulo tem encontrado para enquadrar a prática, sendo esse o motivo da necessidade da alteração (cf. “Castelo tenta mensagem ao Congresso enquadrar a prostituição como vadiagem”, *Jornal do Brasil*, 10.03.1967).

As investidas policiais contra prostitutas não pararam enquanto a associação paulista dos delegados de polícia procurava embasá-las juridicamente. Nesse ponto, deve-se ressaltar a resistência política sustentada por essas mulheres, especialmente no ápice das agressões, no fim da década de 70 e começo da de 80.

Um dos exemplos mais significativos dessa resistência se viu na última semana de novembro de 79. No dia 28, várias prostitutas foram protestar em frente à Assembléia Legislativa, reivindicando a instituição por lei de uma “zona de prostituição”, bem como medidas de proteção. No dia 30, mais de cem mulheres criticaram o fechamento dos hotéis “de alta rotatividade” localizados na “boca do lixo” e se dirigiram ao 3º DP, exigindo o fim das perseguições.

O delegado titular da Seccional Centro, William do Amaral (um dos mais referidos em matérias de violência contra prostitutas), “explicou que havia recebido ordens superiores para reprimir a exploração do lenocínio. Ressalvou que nada tem contra as mulheres, mas sim contra quem as explora. Esclareceu também que vem[vinha] recebendo reclamações de comerciantes estabelecidos em ruas centrais segundo as quais a ação ostensiva das mulheres tem prejudicado o comércio” (“Prostitutas passeiam e protestam”, *Folha da Tarde*, 01.12.79).

Extremamente vulneráveis, seja pelo contexto histórico, seja pela delicada situação social em que se encontravam, muitas dessas

manifestantes eram torturadas já no dia seguinte ao dos atos públicos, como retaliação:

“Quando mais de 100 de suas companheiras protestaram contra o tratamento que recebiam da polícia (...) ela foi presa novamente e espancada, tanto pelos PMs da viatura 202 do Patrulhamento Tático Móvel que faz o policiamento na área, quanto pelos investigadores conhecidos como ‘Biro-Biro’ e ‘Cachimbo’. ‘Preta’ contou que os PMs, depois de espancá-la, a conduziram até o pronto-socorro da Barra Funda, onde lhe deram uma injeção de sonífero. Sem poder defender-se, teve as roupas arrancadas, permanecendo nua em uma cela tipo ‘solitária’ durante todo o dia de segunda-feira. Os policiais alegaram que a prenderam porque estava nua, drogada e fazendo desordens. Agora, na Corregedoria querem saber que remédio foi aplicado na jovem, no pronto-socorro da Barra Funda e por que o 3º Distrito tem uma cela tipo ‘solitária’, onde o preso é ilegalmente mantido em pé ou de cócoras, sem luz e, frequentemente, nu e recebendo jatos de água fria” (“Mulheres prestam depoimento e acusam policiais”, *FSP*, 11.12.79).

“Como na sexta-feira, cerca de cem prostitutas, revoltadas com a situação, denunciassessem à imprensa o que estava ocorrendo e pedissem providências ao delegado seccional centro, William do Amaral, desde sábado começaram a sofrer represália. *Muitas das mulheres que encabeçaram o movimento desapareceram e suas companheiras afirmam que estão presas, ‘sofrendo espancamento como represália’* (“Sindicância para apurar denúncias”, *FSP*, 05.12.79, grifei).

Em 1980 foi realizado um dos maiores protestos em favor de prostitutas em São Paulo, pelo fim da violência e destituição do delegado Wilson Richetti do 3º DP²⁹, reconhecido como a I Parada LGBT de São Paulo,

²⁹ Considera-se que a primeira Parada LGBTTT de São Paulo ocorreu no dia 13 de junho de 1980, como um protesto organizado por grupos de prostitutas, homossexuais, negras/os e estudantes, tais como SOMOS, Ação Lésbica-Feminista e Ação Homossexual, começando “com um ato público nas escadarias do Teatro Municipal, na praça Ramos de Azevedo, onde foi lida uma carta aberta à população, denunciando ‘a repressão policial e exigindo a imediata destituição do sr. José Wilson Richetti’” (“Na av. São João, passeata pede o fim da violência”, *FSP*, 14.06.80). Segundo dados obtidos pelo *Jornal Contraponto*, essa manifestação reuniu mais de mil pessoas (cf. “Uma parada muito mais do que gay”, de Marcela Rocha, *Contraponto*, ano 8, n. 56, nov/08, p.9).

e em 1987, o 1º Encontro Nacional de Prostitutas³⁰ - mas disso poucos efeitos concretos se sentiram quanto às perseguições policiais.

Restava-lhes tentar a via judicial. Por isso, quando elas requereram o julgamento da correção ou não de prisões à luz da lei e das garantias individuais previstas na Constituição Federal, alegando que tinham direito à liberdade, era preciso que o Poder Judiciário decidisse e fundamentasse racionalmente um entendimento a respeito. Alguns desses casos chegaram, por meio de recurso, ao Supremo Tribunal Federal. As decisões e fundamentações dessa Corte figuram como o objeto de análise deste trabalho.

2. METODOLOGIA

No presente capítulo, apresento as diferentes etapas da construção da estrutura da monografia. No primeiro tópico, ofereço algumas das razões pelas quais escolhi o assunto e o tema. No segundo tópico, explico de forma pormenorizada as fases de seleção das decisões (*lato sensu*) e como, ao cabo, optei por selecionar somente acórdãos. No fim, teço um comentário sucinto acerca do enigmático RHC 39.265, justificando a sua exclusão do conjunto de acórdãos filtrados. No terceiro tópico, justifico a realização da pesquisa documental, comentando como se deu esse processo, o que fracassou e o que deu certo.

2.1. A vontade de saber: escolha do assunto

Explicitar alguns motivos da vontade de saber: eis a melhor maneira encontrada para evitar o discurso ideológico da neutralidade e de uma cientificidade vazia, traduzível pela omissão do posicionamento individual, como se o(a) autor(a) fosse uma tábula rasa, sem impressões ou

³⁰ “Queremos resgatar nossa cidadania. A prostituta é discriminada, não tem o menor amparo e serve como bode expiatório de todas as doenças malditas. A prostituta tem que ser encarada como cidadã, tem que ter um mínimo de saneamento básico. Afinal de contas, temos hoje cerca de 10 milhões de mulheres que trabalham nas ruas, nos bordéis, nas zonas. Estamos nos organizando para que seja criada uma entidade nacional, que seja respeitada e ouvida – diz Gabriela [Leite], acrescentando que ao final do encontro será elaborado um documento para ser enviado à Assembléia Nacional Constituinte” (“ Prostitutas abrem sua reunião”, *Jornal do Brasil*, 12.07.87).

conhecimentos prévios, ou um papel em branco inerte face ao fenômeno considerado.

Perseu Abramo afirma que há duas ordens de elementos que levam o(a) pesquisador(a) à escolha de um assunto de estudo, a pessoal e a coletiva. A primeira cuida de motivações e preferências devidas “às peculiaridades de formação escolar, inclinação maior ou menor por certos temas, existência de preconceitos favoráveis ou desfavoráveis a certos estudos, maior ou menor empatia (percepção e sensibilidade) por determinados aspectos da realidade social)”³¹. A segunda está relacionada a fatores históricos, políticos e econômicos, que abrangeriam um grupo inteiro ou mais, atingindo o sujeito pesquisador em uma perspectiva mais impessoal.

Esses condicionantes sociais são algo múltiplo, com dados inconscientes e detalhes que muitas vezes escapam a uma identificação precisa ou que passam despercebidos. Não darei especial atenção a eles, dada a complexidade da discussão, o que não significa que ignore a sua relevância, bem como a preferência por dizer algo no campo das motivações mais diretas e inclinações temáticas pessoais.

É no império do desejo que residem a libido, o sexo, a vontade e as mais diversas expressões das sexualidades. Mas no mundo real a sua manifestação se defronta – quase nunca de forma amorosa – com as leis, o que a tradição chamou de “moral e os bons costumes”, originando caracterizações de algumas práticas como ‘sujas’, ‘perversas’, ‘desviantes’, ou seja, metaforicamente, como tabus sociais. Monique Augras comenta a dimensão desse último fenômeno, tal como ele aparece na psicanálise:

“Se o tabu mexe conosco, não é por despertar em nós ecos longínquos de dramas primitivos. É porque lembra, hoje, que o homem é para sempre um enigma, e que a vida nos devora à medida que a tentamos decifrar. Para nos orientar neste mundo sem sentido, precisamos ordená-lo, organizá-lo, atribuir-lhe limites precisos. Mas o tabu está aí para sinalizar que todo limite pede para ser ultrapassado, e que a

³¹ “Pesquisa em Ciências Sociais”, in SEDI HIRANO (org.) *Pesquisa social: projeto e planejamento*, São Paulo: T. A. Queiroz, 1979, p. 59.

estranheza é a nossa substância. O fascínio do tabu é o fascínio do espelho”³².

As transgressões a normas morais são interessantes pelas ambigüidades que as constituem. Ao passo que, de um lado, podem servir para fixar e reafirmar lindes, de outro, podem ser estímulos marginalizados à transformação e ao deslocamento da centralidade de determinado sistema de valores. Acredito que as práticas afetas ao desejo e às sexualidades gozam de um lugar privilegiado no rol dos tabus e dos assuntos polêmicos, motivo pelo qual despertam meu interesse.

É também por isso, aliás, que a atual monografia se iniciou como uma pesquisa genérica de como o STF via a *diversidade sexual* – tema de que desisti por inconsistência do material encontrado em averiguações preliminares³³. A partir dessas pesquisas obtive informações que me levaram a optar pelo presente tema.

Além disso, não posso deixar de mencionar que o fato de ter residido, ainda que não por muito tempo, em área reconhecidamente voltada à prostituição, acompanhando cotidianamente parte da rotina das(os) profissionais do sexo, também foi importante não só para que eu formasse uma opinião particular sobre esse tema, mas especificamente a respeito das violências que o circundam.

De fato, constatam-se violências de várias ordens. Os(as) moradores(as) de bairros contíguos aos das ‘zonas’ reclamam do Estado providências para que prostitutas(os) saiam da frente de suas casas à noite, não possam transitar nas ruas em que moram de dia. Grupos imobiliários fazem *lobby* com a prefeitura para que os prostíbulos sejam interditados e se retirem dali. Os(as) clientes querem ter amplo acesso ao local, mas nem sempre freqüentam a área apenas para pagarem os serviços sexuais das(os) profissionais do sexo, senão que às vezes vão até lá para ofendê-los(as) física e moralmente.

³² MONIQUE AUGRAS, *O que é tabu*, São Paulo: Brasiliense, 1989, p. 44. Permito-me, valer-me da idéia de tabu em sentido metafórico, como algo que seja objeto de proibições ou reprovações sociais tradicionalmente postas – e não no sentido antropológico ou psicanalítico da expressão, conforme cunhada por Lévi-Strauss ou Sigmund Freud

³³ Conferir no Apêndice I a pesquisa preliminar realizada no *site* do Supremo Tribunal Federal sobre sexualidades.

Nesses casos, a força policial se faz presente, exercendo um papel dúbio. Ora, ela é requisitada pela vizinhança para exercer o controle, a restrição e a repressão de prostitutas(os); outrora, para fiscalizar as casas de prostituição a fim de interditá-las; ainda, é chamada para socorrer prostitutas(os) que se vêem ameaçadas(os) por clientes ou por transeuntes, afora os casos em que policiais se deslocam para a área na posição de clientela ou para exercerem o voyeurismo.

Mas há, por fim, circunstâncias em que a própria polícia é a ameaça mais direta e objetiva às(aos) profissionais do sexo, quando se colocam em posição de produzir uma violência concreta, física, contra elas. Com efeito, tem especial importância a existência de um setor considerável da população – inclusive nas fileiras policiais – que concebe a prostituição como um ato imoral inadmissível e que, por isso, exige medidas que por vezes não possuem respaldo legal.

Nesse quadro conflituoso, em que ao direito individual de ir e vir de prostitutas(os) se contrapõe uma série de outros interesses e direitos, cumpre ao Poder Judiciário o papel de decidir os casos com a maior isenção possível.

Ademais, nas hipóteses em que a liberdade de locomoção de alguém se vê em risco ou já lesionada, compete ao Judiciário apreciar e julgar a situação, possibilitando que prisões configuradas como atos ilegais ou que tenham sido realizadas mediante atos assim maculados sejam revistas, que sejam impedidas de ocorrer, mediante a concessão de salvo-conduto, ou, ao menos, que a medida policial efetivada seja fundamentada e justificada jurídica e racionalmente.

Desse modo, o Supremo Tribunal Federal (STF) se mostra um ator fundamental do Poder Judiciário, em se tratando da liberdade individual, protegida por meio do remédio constitucional denominado *habeas corpus*. Afinal, ele é o órgão competente para analisar, em último grau de recurso, os acórdãos dos tribunais superiores que decidirem pela denegação da

ordem requerida³⁴. Assim, o STF é responsável pela palavra final acerca da liberdade ameaçada de alguém.

2.2. A seleção dos acórdãos

Este é um trabalho de análise do discurso do Supremo Tribunal Federal (STF) ao julgar o poder de polícia contra prostitutas(os) pelo só fato de exercerem a prostituição, sem que sejam acusadas de cometerem delito, consoante tipificação legal. Por isso, o primeiro passo a dar foi encontrar decisões sobre esse assunto no *site* oficial da instituição³⁵.

Por meio da redação das palavras-chave “prostituição”, “prostituta”, “meretriz”, “meretrício”, “puta”, “*trottoir*”³⁶, “profissionais do sexo”, “profissional do sexo”, “prostíbulo”, “bordel”, “lenocínio”, “casa de tolerância”, “garota de programa” e “bons costumes” no campo da ferramenta de busca de jurisprudência do *site* do Supremo Tribunal Federal (37), encontrei 1093 julgamentos potencialmente relacionados à detenção de prostitutas(os).

Esse número se formou pelo somatório de 253 acórdãos, 51 decisões monocráticas e 789 decisões da presidência, como se vê abaixo.

TABELA 1 – Palavras-chave da busca de decisões no *site* do STF

Palavra-chave	Acórdão	Decisão Monocrática	Decisão da Presidência	Total
Prostituição	64	13	3	80
Prostituta	4	3	1	8
Meretriz	3	-	-	3
Meretrício	13	1	-	14
Puta	-	3	-	3
<i>Trottoir</i>	8	-	-	8
Profissionais do sexo	-	-	-	0

³⁴ Pelo critério da pessoa envolvida (*ex personae*), não há competência originária do STF para apreciar nenhum dos *habeas corpus* ora examinados. Todos eles são, como se verá no tópico seguinte, recursos de *habeas corpus* (RHCs). Confira: “Art. 667. No processo e julgamento do *habeas corpus* de competência originária do Supremo Tribunal Federal, bem como nos de recurso das decisões de última ou única instância, denegatórias de *habeas corpus*, observar-se-á, no que lhes for aplicável, o disposto nos artigos anteriores, devendo o regimento interno do tribunal estabelecer as regras complementares” (Código de Processo Penal).

³⁵ www.stf.gov.br

³⁶ Para fins desta monografia, *trottoir* e prostituição serão palavras sinônimas. As expressões só foram diferenciadas na busca a fim de ampliar seu alcance. Porém já alerta que alguns ministros as diferenciaram, atribuindo à segunda ora um sentido pejorativo, necessariamente atrelado à ofensa dos bons costumes, outrora menos ofensivo que “prostituição”.

³⁷ www.stf.gov.br, campo *pesquisa livre* da página “Pesquisa de Jurisprudência”.

Profissional do sexo	-	-	-	0
Prostíbulo	2	2	-	4
Bordel	3	-	-	3
Lenocínio	113	1	-	114
Casa de tolerância	7	-	-	7
Garota de programa	-	-	-	0
Bons costumes	36	28	785	849
TOTAL	253	51	789	1093

(FONTE: SALGUEIRO, Fernanda. "Argumentos dos ministros do Supremo Tribunal Federal ao julgarem prisões efetuados em razão de prostituição")

Li todas as decisões monocráticas e parte das decisões da presidência, mas elas foram excluídas por três motivos. Primeiro, pela falta de pertinência temática, isto é, porque cuidavam de pessoas acusadas de praticarem fato enquadrável em algum dos tipos penais inseridos no capítulo do Código Penal denominado "Do lenocínio e do tráfico de mulheres" (arts. 227 a 232). Segundo, pela restrição processual do objeto, circunscrito a decisões em período de recesso forense e a matérias de urgência com grave risco de lesão, ou seja, suspensão de liminar, suspensão de segurança e arguição de suspeição. Terceiro, pelo tipo de manifestação proferida – monocrática.

Essa última constatação foi determinante para a escolha assumida, com base nestes dois pressupostos, apenas evidenciados no decorrer da leitura do teor dos julgados: as decisões monocráticas inviabilizam uma análise complexa da atuação da Corte, à medida que não permitem identificar algumas dinâmicas de colegiados³⁸; e as decisões colegiais guardam maior riqueza argumentativa, pois se pode presumir que nelas é possível encontrar diálogos e talvez seja preciso convencer o restante da turma ou do plenário sobre a opinião que se tem, havendo, portanto, uma

³⁸ Contraposição de idéias *a priori* ou *a posteriori*, impactos de formações e deformações da composição do tribunal, influências persuasivas da presença ou ausência de determinados Ministros em certas situações, entre outros.

maior³⁹ exigência⁴⁰ de clareza, lógica, consistência e coerência na fundamentação do voto.

Desse modo, resolvi ter em conta apenas os 253 acórdãos, que passei a selecionar pelo critério temático. Assim, tudo o que não consistia em detenções ou prisões de prostitutas(os) pelo exclusivo fato de elas serem prostitutas foi descartado a partir da observação da ementa⁴¹, no caso dos acórdãos, e da leitura das decisões nos demais casos. Desconsidereei, portanto, todas as ações nas quais prostitutas(os) estavam sendo acusadas(os) por delitos penalmente tipificados como crimes ou contravenções.

Ao fazê-lo, dei-me conta, por exemplo, de que a expressão “casa de tolerância” estava reservada a casos da década de 60⁽⁴²⁾ tipificados como crimes de lenocínio ou rufianismo. A princípio, acreditei que embora contivessem um sentido secundário ao objeto da pesquisa, as palavras-chave “casa de tolerância”, “bordel”, “prostíbulo” e “lenocínio” levariam a julgamentos de detenções de pessoas pelo fato de praticarem a prostituição. Contudo, não foi o que ocorreu, tendo encontrado somente ações penais fundadas exclusivamente nos artigos 227 a 230 do Código Penal, as quais excluí.

Com isso, obtive o seguinte quadro:

TABELA 2 – Acórdãos exclusivamente relativos a prostituição

Palavra-chave	Acórdãos de	Total
---------------	-------------	-------

³⁹ Bem entendido, não estou sustentando que nas decisões individuais não é preciso motivar o dispositivo da decisão de modo persuasivo. Apenas afirmo que, em razão da necessidade da formação conjunta de uma decisão, a mera expressão do ponto de vista pessoal do ministro (ao contrário do que ocorre em decisões monocráticas) pode não ser suficiente para que ao final se tenha o julgamento esperado. Assim, é-lhe conferido o ônus de convencer não só o destinatário do seu voto, mas, antes, o seu colega de tribunal, cujo entendimento poderá ser decisivo para o deslinde de cada caso. Concordo que a despreocupação pessoal de algum ministro com esse ponto pode enfraquecer minha segunda justificativa, mas entendo, de qualquer modo, que há uma possibilidade considerável de as decisões dos ministros menos atentos à formação de uma decisão conjunta também serem direta ou indiretamente afetadas por argumentos dos seus colegas.

⁴⁰ O fato de haver tal exigência por conta da lógica interna ao processo de julgamento e da necessidade de controle democrático das decisões judiciais não significa que os votos sempre sejam construídos considerando-a seriamente. Trata-se de um custo político-jurídico com o qual algum ministro pode não querer arcar em certa situação, com conseqüências difíceis de precisar, conseqüências estas que fogem completamente ao escopo deste trabalho.

⁴¹ Isso é o que foi feito na maioria das vezes. No entanto, por óbvio, sempre que a ementa pareceu pouco esclarecedora a respeito do que versava o julgamento em questão, recorri ao inteiro teor do acórdão para me certificar de seu conteúdo.

⁴² RMS 11.360, de 1963; MS 11.360, de 63; HCs 40.004, de 63; 42.308, de 65; e 45.186, 45.187 e 45.189, todos do DF, de 1968.

	interesse*	
Prostituição	59.518 e 58.974	2
Prostituta	59.518 e 58.974	2
Meretriz	-	0
Meretrício	54.434	1
Putá	-	0
<i>Trottoir</i>	39.270; 51.434; 54.534; 58.974; 59.104; HC 59.104 59.114 e 59.518	8
Prostíbulo	-	0
Bordel	-	0
Lenocínio	-	0
Casa de tolerância	-	0
Bons costumes	59.518; 59.104 e 39.265	3
TOTAL PARCIAL		16

* A ausência de referência antes do número do acórdão indica se tratar de recurso de *habeas corpus* (RHC) (FONTE: SALGUEIRO, Fernanda. "Argumentos dos ministros do Supremo Tribunal Federal ao julgarem prisões efetuados em razão de prostituição")

Foram encontrados 16 acórdãos de interesse para este trabalho somando-se o total de julgados a que remeteram as palavras de busca. Ocorre que esse foi um total parcial, haja vista que alguns dos acórdãos se repetiram, isto é, foram contados mais de uma vez; além disso, o *habeas corpus* (doravante HC) 59.104 não estava com seu inteiro teor disponível⁴³ e o recurso de *habeas corpus* (doravante RHC) 39.265 apresentava teor que o tornou inutilizável nesta pesquisa⁴⁴. Então, subtraí as repetições e esses dois outros recursos, e cheguei ao número de 8 acórdãos diferentes, todos eles RHCs, com exceção de um HC.

Procedi a uma leitura inicial desses julgados, procurando remissões a quaisquer outros julgamentos do STF, tendo em conta o fato de que talvez não tivesse empregado todas as palavras possíveis e necessárias, ou nem todos os acórdãos existentes de fato estivessem disponíveis no universo de busca do *site*. Assim, em contagem parcial, encontrei 15 novos acórdãos, conforme abaixo-esboçado.

TABELA 3 – Novos acórdãos encontrados por referência (1ª vez)

⁴³ Requeri o conteúdo do acórdão por email, mas ele não fora encontrado.

⁴⁴ O RHC 39.265 foi excluído preliminarmente pelos motivos desenvolvidos no item "2.1.1" (*infra*).

RHC	Acórdão(s) mencionado(s) No RHC	Novos acórdãos Encontrados
39.270	-	0
51.434	39.270 e 42.987	1
54.534	-	0
58.974	RTJ 24/213; RTJ 36/358 (RHC 42.987); 39.270; 54.534; 56.956; 57.031 e 58.179	4
59.104	58.179 e 58.938	2
59.114	RE 58.974 ⁽⁴⁵⁾ ; 58.179 e 58.974	1
59.518	39.270; 42.952; 54.534; 56.956; 57.031; 58.179; 58.974; 59.087; 59.104; 59.114; 59.417; 59.520; RTJ 68/58 – Rel. Aliomar Baleeiro e RTJ 85/47 – Rel. Alckmin	7
TOTAL PARCIAL		15

(FONTE: SALGUEIRO, Fernanda. "Argumentos dos ministros do Supremo Tribunal Federal ao julgarem prisões efetuados em razão de prostituição")

Em razão da contagem de alguns julgados mais de uma vez foi feita a subtração necessária, de modo que, em verdade, foram encontrados, a princípio, 9 novos RHCs, dos quais sobraram 7⁽⁴⁶⁾ com os quais se repetiu o procedimento anterior de busca por remissões – dessa vez encontrando dois novos HCs, mencionados duas vezes, em dois acórdãos. Veja-se:

TABELA 4 – Novos acórdãos encontrados por referência (2ª vez)

Nº RHC	Acórdão(s) nele mencionado(s)	Total de novos acórdãos
42.952	39.270	0
56.956	-	0
58.179	39.270; 42.952 e 54.534	0
58.938	58.179; HC 58.179; HC 4.149 e HC 58.169 ⁽⁴⁷⁾	1
59.087	39.270; 54.534; 56.956; 57.031 e 58.179	0
59.417	58.938 e 59.104	0
59.520	58.179; 58.938 e HC 4.149	1

⁴⁵ Conferindo esta indicação vim a descobrir seu equívoco. O recurso extraordinário com tal número cuida de outro assunto, pelo que infiro ser não RE, mas RHC. Se isso for verdadeiro, o que parece verossímil, chego à conclusão de que a referência feita é ao RHC 58.974, já mencionado em outro momento do mesmo RHC 59.114.

⁴⁶ O RHC 42.987 cuidava das competências das turmas para julgar recursos e o HC 57.031 abordava a prisão preventiva de réu pronunciado e foragido. Nenhum deles se refere à prostituição e, por isso, foram excluídos.

⁴⁷ O Min. Moreira Alves parece ter se equivocado aqui, haja vista que o HC 58.169 não cuida do assunto em apreço. É provável que ele tenha querido se referir ao HC 58.179 em mais de uma vez ao longo de seu voto.

Total parcial		2
----------------------	--	----------

(FONTE: SALGUEIRO, Fernanda. "Argumentos dos ministros do Supremo Tribunal Federal ao julgarem prisões efetuados em razão de prostituição")

Os dois novos acórdãos mencionados (HCs 4.149 e 58.179) não constavam do *site*, tampouco sendo encontrados pela Comissão de Jurisprudência do STF. Desse modo, ao final, nenhum acórdão mencionava julgado que já não fosse conhecido, o que indicou a exaustão desse método de busca, que terminou com um total de 15 casos.

Terminada essa fase, resolvi utilizar os indexadores que constavam do final de cada ementa, no *site* do STF, para assegurar que nenhum julgamento ali mencionado tivesse escapado à metodologia até então empregada. Procedendo dessa maneira, tive ciência da existência dos RHCs nº 60.151, 60.153, 60.170, 63.236, todos pertinentes à pesquisa⁴⁸. Assim selecionei os 19 acórdãos que embasam este trabalho.

Cabe apenas lembrar que essas buscas foram realizadas entre os dias 02 de maio e 20 de junho de 2008, mas que, como a maioria⁴⁹ dos RHCs e HCs não estavam no *site*, tive que requerê-los por *e-mail* na página "Solicitação por E-mail", o que fiz em quatro oportunidades, até o dia 1º de julho.

2.2.1. A exclusão do RHC 39.265

A exclusão do RHC em epígrafe merece um tópico à parte pela importância da situação. Foi identificado no *site* do STF a partir da expressão "bons costumes". De fato, deduz sua ementa inteira: "*Poder de polícia. Preservação dos bons costumes*".

O recurso foi relatado pelo Min. Djalma da Cunha Mello, tendo sido julgado em 18 de julho de 1962. Figuram como partes a/o recorrente "Elidiomar Correia OU Claudete de Oliveira" e como recorrido o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Todas as informações que constam do relatório, tal como transcrito, são exatamente estas:

⁴⁸ No indexador do RHC 59.518 também havia uma referência ao RHC 69.520. Sucede que tal recurso não aborda tema relativo a prostituição, podendo-se inferir que houve erro ao se pretender digitar o número do RHC 59.520.

⁴⁹ São eles, dentre os RHCs: 39.265, 42.987, 57.021*, 57.031*, 58.179, 58.938, 59.087, 59.417, 59.250*, 59.520, 60.151, 60.153, 60.170 e 63.236. Dentre os HCs: 4.149, 42.987, 57.021*, 58.179 e 59.104 (*para confirmar a correção do número; outros testes de correção foram feitos imediatamente, no *site*).

“O SENHOR MINISTRO DJALMA DA CUNHA MELLO: - O Acórdão recorrido consta de fls. 89. Eis seu inteiro * teor: (lê).

As razões de recurso posso assim resumir: (lê) trechos do recurso).

É o relatório.”

A sua vez, o voto que proferiu, seguido à unanimidade pelo Pleno do Tribunal, quedou assim descrito [*sic*]:

“O SENHOR MINISTRO DJALMA DA CUNHA MELLO: - A polícia agiu no afan (*sic*) de preservar os bons costumes.

Pela motivação do Acórdão recorrido, confirmo-o.

Nego provimento.”

Os pouquíssimos dados de que se dispõe permitem que sejam levantadas hipóteses e reflexões sobre o que se passou neste caso. O que é curioso logo à primeira vista é censura da quase integralidade do acórdão. Se àquele tempo havia o princípio da publicidade processual, ele parecia ser manipulável conforme a situação e, quem sabe, a repercussão moral dos fatos abordados.

O fato de a/o recorrente possuir dois nomes, *aparentemente* um masculino e outro feminino, é indício de que, talvez, trate-se de repressão policial a um/a travesti, transexual ou transgênero, impressão que, em tese, pode ser confirmada na defesa judicial dos ‘bons costumes’, já que se não a totalidade, a parte majoritária dos casos encontrados com esta expressão que não tratam da aplicação de lei ou convenção estrangeira no território nacional cuidam da consideração de alguma sexualidade ou prática sexual considerada desviante ou perigosa.

Outro elemento interessante neste RHC é a figura do advogado da parte prejudicada, Roberto von Haydin. Como se verá, ele é o responsável pela maior parcela dos HCs e RHCs pleiteados pelas prostitutas de São Paulo, tendo sido considerado, na descrição de alguns juízes e promotores, como “combativo advogado” desse grupo.

Por óbvio, isso não é suficiente para que se possa afirmar com segurança que o caso em apreço tem o objeto da pesquisa. Em verdade,

simplesmente não é possível identificar o pedido da/o recorrente, verificar se se trata de um caso de repressão policial à prostituição ou a outra prática, situação ou escolha pessoal. Daí o descabimento de utilizar esse julgamento, sendo imperativa sua exclusão.

2.3. A pesquisa em documentos da época

2.3.1. Justificação

A sistematização das informações dos acórdãos selecionados apontou dois dados curiosos sobre os elementos fáticos do 'problema' da pesquisa: (1) *todos* os casos estão compreendidos no intervalo das décadas de 60 e 80, concentrando-se mais precisamente entre os anos de 76 e 82; e (2) *todos* os casos são provenientes da Capital do Estado de São Paulo, referindo-se com reiteração à região central da cidade.

Em outras palavras, há sinais de que se cuidava de fenômeno bem limitado temporal e espacialmente, com possíveis explicações políticas particulares. Afinal, São Paulo não era o único Estado da Federação em que havia um desenvolvido mercado de sexo. O Min. Clóvis Ramalhete, por exemplo, mencionou o caso do Distrito Federal: "*Brasília, Capital da República, vê diariamente o trottoir perto do Hotel Nacional*" (RHC 59.114).

Além de não ser o único Estado com tal prática, São Paulo não era tampouco o maior, segundo reportagem de 16 de novembro de 1980, do jornal *O Globo*:

"O Estado do Rio de Janeiro é o que apresenta, em todo o País, os mais elevados índices de exploração de prostituta. (...) Os índices constam de pesquisa feita em julho de 1979 e atualizada este ano por quatro psicólogos da [instituição] **Vida**"⁵⁰.

Afinal, se de fato existiam prostitutas em diversas partes do Brasil, como já era de se supor, por que somente as de São Paulo pediram salvo-conduto contra atos ilegais da polícia na história recente (de que se tem conhecimento) do STF?

⁵⁰ "Estado tem os maiores índices de exploração da prostituição", *O Globo*, 16.11.80.

A pesquisa acerca da prostituição na cidade de São Paulo das décadas de 60 a 80 não serve para responder a essa questão, que requereria uma investigação nos outros Estados que indicasse por que motivo neles não houve esse tipo de demanda judicial. Mas se tal foco não pode explicar a ausência de HCs e RHCs no Supremo Tribunal oriundos do Rio de Janeiro, Campo Grande, Recife, Salvador, Vitória ou Distrito Federal, certamente poderá sinalizar causas para a existência daqueles provindos de São Paulo, compondo um panorama mais realista do que se passava.

Não é só isso. Muitos dos ministros que julgaram esses HCs e RHCs também eles eram provindos de São Paulo, tendo cursado Direito na Faculdade do Largo São Francisco, situada no centro do município, uma das áreas próximas às principais zonas de prostituição, e tendo residido em outras áreas freqüentadas pelas prostitutas. O Min. Alfredo Buzaid, de modo ilustrativo, alude expressamente à sua experiência pessoal, que pode ajudar a entender o seu ponto de vista⁵¹:

“Venho de um Estado onde o meretrício assume a forma mais agressiva de provocação social: o trottoir. Nos bairros mais elegantes e familiares da cidade de São Paulo e nas avenidas de maior tráfego desfilam as hetairas, vestidas com roupas extravagantes que facilmente as identificam, embargando a passagem de homens e requestando-os para a prática sexual” (RHC 59.518/SP).

E há uma terceira justificativa para essa perquirição histórica, insitadamente relacionada ao objeto da monografia. É que diante de prisões realizadas sem a formação de culpa (a lavratura do documento na delegacia), diante do indeferimento de alguns juízes da oitiva de testemunhas no bojo de HCs, e em face da repercussão jornalística da repressão policial, as pacientes passaram a utilizar a tese do ‘fato notório’ como um dos seus principais argumentos para “comprovar” as ocorrências ilegais⁵².

⁵¹ Cumpre alertar que aqui não se quer desenvolver uma tese determinista, do tipo “O Min. Z veio do Estado C, então ele irá pensar V”. Contudo, parece inegável a *potencial* influência de questões fáticas no entendimento apresentado em decisões, quando estas cuidam de assuntos polêmicos com os quais o julgador já teve um tipo de relação/opinião prévia, seja positiva, seja negativa.

⁵² Ilustrativamente, confirmam-se os RHCs 39.270, 42.952, 56.956, 58.974 e 59.114.

Nessas circunstâncias, o material jornalístico representou a possibilidade de registrar fatos que, de outro modo (pelos meios oficiais), não seriam registrados. Está-se falando de fatos que seriam notórios na capital paulista e que não poderiam ser do conhecimento de nenhum ministro que lá não residisse, salvo pela juntada dos recortes de jornal. Os dois excertos infra-transcritos pontuam o grau de importância do uso ou da rechaça desse tipo de material e do argumento do fato notório para o resultado dos *writs*:

“Há nos autos, farta documentação, consistente em certidões de sentenças e recortes de jornais que comprovam a campanha que a Polícia vem fazendo ao meretrício sem observar as garantias individuais que a Constituição outorgou a todos, de ir e vir, sem sujeitar-se a prisão. O que ocorre, pois, além de público e notório, está comprovado pela imprensa, é a ameaça acompanhada de prova.” (Rel. Min. Pedro Chaves, RHC 39.270, também citado pelo Min. Rel. Geraldo Trigueiro, RHC 42.952).

“Os documentos juntados nenhum valor têm como prova, pois, ou são declarações extrajudiciais (ou declaração prestada há muitos anos por uma das pacientes) ou cópias de decisões...” (Min. Rel. Rodrigues Alckmin, RHC 54.534, trecho do relatório).

Convencida, portanto, da relevância dessas informações históricas e considerando as reiteradas menções ao material jornalístico juntado como prova da notoriedade da situação da cidade de São Paulo, resolvi fazer a pesquisa histórico-documental tendo por base um ou dois jornais no período (1962 a 1985, com ênfase na segunda metade da década de 70). Acessar relatórios policiais ou governamentais também pareceu uma possibilidade interessante.

2.3.2. A busca do material jornalístico

Dirigi-me ao Arquivo do Estado de São Paulo⁵³ a fim de pesquisar as caixas de documentos de 1965 a 1985 e só encontrei as do Instituto de

⁵³ Rua Voluntários da Pátria, nº 576 (metrô Tietê).

Polícia Técnica (IPT)⁵⁴ e as da Secretaria de Segurança Pública (SSP) de São Paulo. Deparei-me com um volume de documentos do IPT muito superior ao esperado. Para certos anos havia mais de trinta caixas – e eram no mínimo vinte anos de pesquisa. Conversei com uma das responsáveis pelo acervo, pedindo orientação. Ela afirmou desconhecer essa temática no material do IPT. Requeri cinco caixas de 1972 e uma de 1967. De fato, todas elas tratavam de um só assunto, qual seja, colisão de veículos.

Em nova apelação à funcionária, perguntei sobre os documentos da Secretaria de Segurança Pública (SSP), já que aqueles que constavam do catálogo eram de período anterior ao desejado, ao que ela me esclareceu que o Arquivo, em regra, não guardava esse material “recente”, o qual certamente não estaria sequer no acervo intermediário, pois que ainda deveria estar sob os cuidados do órgão governamental respectivo.

Diante disso, procurei outras fontes de informação no Arquivo, encontrando todos os jornais nacionais e paulistas existentes à época. Escolhi dois jornais com diferentes públicos, para melhor comparação, lendo o *Diário Popular* de janeiro de 1971 e *Notícias Populares* de janeiro a fevereiro de 1972. No primeiro, encontrei duas reportagens com títulos pouco esclarecedores: “‘Show’ de travestis acaba em pancadaria”⁵⁵ e “Juiz decide: hotéis não podem recusar hóspedes”⁵⁶. No segundo, um tablóide com um perfil violento⁵⁷, as seguintes reportagens sobre prostituição: “Gatinhas custavam 50 no antro do lenocínio”⁵⁸, “Varado à bala na zona da perdição”⁵⁹, “*Drive-in*: prostituição com rótulos de casas de lanche”⁶⁰ e “Bacanais organizados no lar das mariposas”, este último contendo o seguinte trecho inicial:

⁵⁴ Em “Análise sobre a Delegacia Geral”, o delegado de polícia Newton Fernandes afirmou: “O IPT encarrega-se de fornecer subsídios de ordem técnica, necessários ao bom desempenho das funções dos demais órgãos (realização de exames periciais, avaliações, arbitramentos, etc.) que forem requisitados pelas Autoridades Policiais, Judiciárias, Administrativas e outras” (*in Revista do Arquivo da Polícia Civil*, vol. XXVI, 2º semestre, 1975, p. 223).

⁵⁵ Caderno 1, p. 20, de 22.01.71.

⁵⁶ Caderno 1, p. 7, de 28.01.71.

⁵⁷ Desconhecia o teor do jornal até a pesquisa, apenas sabendo se tratar de um tablóide popular. Em pouco tempo verifiquei o tipo agressivo e sarcástico do discurso nele empregado, que pode ser observado nestas chamadas de 29 de fevereiro de 1972: “Antropófago meteu o amigo no espeto”, “Assou o gorducho e lambeu os beiços”, “Bebum matou por ciúmes” e “Público rachou cuca do cantor de iê-iê-iê”.

⁵⁸ P. 13, de 22.02.72.

⁵⁹ P. 15, de 21.02.72.

⁶⁰ P. 12, de 15.02.72.

“Dando continuidade à campanha de repressão à vadiagem na região oeste de Osasco, o delegado Sergio Garcia dos Santos deteve, na madrugada de ontem, quatro mulheres suspeitas”⁶¹.

Pelas regras do Arquivo, era proibido pedir mais que vinte caixas/jornais por visita e o material encontrado não poderia ser xerocado, apenas fotografado. Tudo isso foi um tanto desestimulante, ainda mais tendo em conta o exíguo tempo disponível para a pesquisa histórica.

Procurei nos *sites* dos jornais *Folha de S. Paulo* e *O Estado de S. Paulo* matérias de 1970. O máximo que encontrei foi uma página do Banco de Dados da Folha, mantido pelo Grupo Folha, que aceitava encomendas de pesquisas e a presença de visitantes-pesquisadores(as), ambos mediante paga.

Marquei hora e me dirigi ao local⁶². As pastas do Banco de Dados estavam pré-selecionadas por assunto e por período histórico, o que facilitou muito o trabalho, restando-me apenas escolher as reportagens e demais documentos, todos presentes na pasta “prostituição” (data-limite 1989), e reproduzi-los no local. No total, obtive mais de cem notícias de várias fontes.

A variedade se deveu a que a *Folha da Noite*, criada em 19 de fevereiro de 1921, pertencia ao mesmo dono que as *Folhas da Tarde e da Manhã*, de modo que as notícias eram compiladas a partir da produção de todas essas empresas. Em 1960, foram extintas as *Folhas da Noite e da Manhã*, restando apenas a da *Tarde*. Nesse mesmo ano surgiu o jornal *Folha de S. Paulo*, quadro que parece não ter alterado a diversidade de fontes de coleta do banco de dados, que continuou recolhendo notícias de todo o grupo *Folha*. Cabe registrar, ainda, que encontrei e selecionei mais de dez matérias assinadas pelos jornais *O Globo*, *Jornal do Brasil*, *O Estado de S. Paulo*, *Última Hora* e *Correio da Manhã*.

Além dessas reportagens jornalísticas, Roberta Sundfeld⁶³ sugeriu que visitasse o Memorial do Imigrante, que acolhera o Arquivo do Serviço Social

⁶¹ P. 13, de 10.02.72.

⁶² Rua Alameda Barão de Limeira, nº 425 (centro).

⁶³ Só tenho a agradecer-lá pela colaboração e por toda a atenção. Desde que soube do tema da pesquisa dispôs-se a ajudar, tendo inclusive contatado Célia de Souza, assistente social a quem também agradeço pela ajuda na obtenção de importantes informações históricas.

do Estado de São Paulo. Infelizmente, até a finalização desta monografia o acervo ainda não estava organizado e cadastrado para permitir o livre acesso do público.

Ainda, visitei o Museu da Polícia Civil, parte da Academia de Polícia Civil e da Academia dos Delegados de Polícia de São Paulo⁶⁴ requerendo autorização para manuseio de documentos históricos, o que foi impossibilitado pela ausência do material no referido órgão, que só guardaria papéis e objetos compreendidos até a década de 40, segundo informações do Dr. Waldir Martins (delegado responsável pelo museu). De qualquer modo, na biblioteca da Academia tive a oportunidade de procurar artigos relacionados ao tema na *Revista do Arquivo da Polícia Civil de São Paulo*, encontrando dezesseis artigos importantes, publicados entre 1951 e 1982, mas especialmente a partir de 1976.

3. PANORAMA DOS ACÓRDÃOS

Como se viu, foram encontrados 19 acórdãos. Curiosamente, todos eram recursos de *habeas corpus* (RHCs) preventivos. Eles foram ajuizados por patronos de profissionais do sexo que alegavam estar sendo presas ilegalmente, uma vez que permaneciam nas delegacias, às vezes por dias, sem que houvesse ordem judicial para tanto e sem que fossem lavrados auto de flagrante, nota de culpa ou qualquer outro documento de formalização da prisão.

No presente tópico, pretendo apresentar esses acórdãos como um conjunto que contém uma unidade particular. Entendo que além do sentido construído a partir de cada caso individual, é possível vislumbrar informações e significados diferentes quando se considera a composição da totalidade dessas decisões. Eis o que passo a fazer a seguir, tendo em mira especialmente os seguintes elementos dos casos: sexo da(o) paciente, origem do RHC, período histórico, localização geográfica, aspectos fáticos, fundamentos jurídicos dos pedidos, posicionamento da Procuradoria-Geral de Justiça (PGJ) e da Procuradoria-Geral da República (PGR).

⁶⁴ Localizada no interior da Cidade Universitária (Universidade de São Paulo), no Butantã.

Quando a busca no *site* do STF foi feita, foram utilizadas duas palavras-chave relativas à prostituição feminina, “prostituta” e “puta”, mas nenhuma delas gerou resultado que fosse pertinente ao objeto da pesquisa ou que já não tivesse sido conhecido devido a outras expressões. As palavras efetivamente determinantes para a constituição do material-base do trabalho foram “prostituição”, “*trottoir*” e “bons costumes”, nenhuma das quais com conotação de gênero.

Ocorre que se tais termos não apresentam uma especificação de gênero da(o) paciente do HC, os RHCs identificados a partir deles continham essa especificidade. De fato, quando se trata de prostituição, *trottoir* e bons costumes está-se falando, em todas as decisões, de pacientes do sexo feminino.

Por trás desses 19 recursos há ao menos⁽⁶⁵⁾ 31 mulheres, cada qual assessorada juridicamente por um destes quatro advogados: Roberto von Haydin, impetrante de 7 RHCs; Francisco Lobo da Costa Ruiz, de 6; Dirceu Eugenio Pinheiro Grohmann, de 4; e Cássio Renato Vergueiro da Silva, de 2.

A atuação de Roberto von Haydin chegou a ser mencionada no relatório do RHC 57.021, no qual se transcreveu trecho do pronunciamento da Procuradoria-Geral de Justiça (PGJ) do Estado de São Paulo:

“O combativo advogado Roberto von Haydin impetrou ‘habeas corpus’ em favor das pessoas acima nomeadas porque, como meretrizes que são, eram constantemente perseguidas, molestadas e presas pela Polícia que, alguns dias depois as soltavam, repetindo-se indefinidamente a famigerada operação ‘prende-solta-prende’”.

O mesmo se deu com o advogado Francisco Lobo, em decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP), assim relatada no RHC 58.938:

“(…) dá-se provimento ao recurso para cassar a ordem, de acordo com entendimento anterior, já manifestado por esta

⁶⁵ Não se pode afirmar qual é o número exato de recorrentes, haja vista que no espaço do acórdão destinado ao nome delas quase sempre se lê “Fulana e outra” ou “Fulana e outras”. Assumi que, na primeira hipótese, devem ser contadas duas recorrentes, mas, nessa segunda, são três *ou mais*. Daí a afirmação de que são *no mínimo* 31 mulheres.

Câmara, embora, por maioria de votos, em vários recursos de *habeas corpus*, inclusive em um, do qual foi impetrante o mesmo advogado signatário da inicial" (grifei).

Aliás, nesse mesmo acórdão, houve insinuação crítica à 'advocacia especializada' em prostitutas, vista na cidade de São Paulo:

"Se houver excesso na ação policial, nada impede a intervenção dos órgãos superiores da própria polícia, para não acobertar maus policiais e dos próprios órgãos judiciais, *preservando-se, entretanto, do risco de transformar-se embora movidos pelas melhores intenções, em instrumento de advocacia especializada na proteção da prostituição ambulante*" (sic, grifei).

Quanto a essa especialização, afirmou o advogado Francisco Lobo em resposta a questionário (anexo) que, de fato, havia "alguns [advogados] mais solicitados, especialistas no assunto, não podendo precisar quantos, por certo mais de 20"⁽⁶⁶⁾. Ele se refere aos advogados da capital de São Paulo, de onde eram provenientes todos os recursos.

Aliás, causa espécie que só tenham sido encontrados casos do Estado de São Paulo, quando se observa que o STF, como o próprio nome indica, é um tribunal federal e, como tal, responsável pelo julgamento de *habeas corpus* e de recursos de *habeas corpus* do Brasil inteiro, em sede recursal (quando denegatórios). Esse dado não passou despercebido pelos ministros da Corte, que o destacaram em diversas oportunidades:

"Tudo indica que eles [os fatos] se relacionam com o combate enérgico e ostensivo empreendido pela polícia paulista contra o meretrício, matéria já trazida à apreciação do Supremo Tribunal no Recurso de *Habeas Corpus* 39.270, provido por unanimidade" (RHC 42.952, voto do Min. Oswaldo Trigueiro).

"E nas montras mais elegantes das nossas livrarias, estão em exposição revistas eróticas, que trazem textos obsceníssimos, gravuras obsceníssimas, fazendo a fortuna da má imprensa. Mas as autoridades não se preocupam, com elas, no Rio de Janeiro ou em

⁶⁶ Cf. questionário reproduzido, com respostas, no Apêndice II.

São Paulo. Mas agora em São Paulo a polícia prende mulher que caminha na rua” (RHC 59.114, voto do Min. Clóvis Ramalhete).

“Reiteradas decisões do mais alto Tribunal paulista, trazidas a estes autos ou neles referidas, dão como notório o fato de que, na capital paulista, a polícia reprime a prostituição mediante a detenção sistemática de mulheres que praticam o chamado ‘trottoir’. Foi isso, aliás, objeto do ‘Relatório de estado sobre o problema do meretrício na Capital de São Paulo’, elaborado por técnicos da Secretaria de Saúde Pública e da Assistência Social daquele Estado” (RHC 56.956 e RHC 57.021, votos idênticos do Min. Xavier de Albuquerque).

Ademais, no RHC 58.974, o Min. Soares Muñoz transcreveu voto do Desembargador Acácio Rebouças, no qual ele atestam que em São Paulo, “[n]otoriamente, a Polícia resolve o grave problema social da prostituição, ou pretende resolvê-lo, através da ameaça à liberdade de locomoção das mulheres. Contra essa prática, que é diuturna e jamais chega ao conhecimento do Poder Judiciário pela forma preconizada da comunicação oficial ao juiz competente exatamente por envolver crime de abuso de poder, é que os ofendidos clamam com razão”.

Nos 19 RHCs que os mencionados advogados paulistas levaram ao STF a matéria de fato sustentada é quase idêntica. A grande maioria das pacientes assume se prostituir, sempre afirmando (e às vezes provando por testemunhas, quando o expediente é deferido pelo magistrado *a quo*) que o fazem de “modo discreto” e “não escandaloso”. Algumas se autodenominam prostitutas, outras, praticantes de *trottoir*, diferença feita por certos magistrados – sem consenso quanto a qual conduta seria a mais grave.

Há, no entanto, quatro casos de mulheres que se dizem dançarinas (“bailarina de ‘boite’”), *go-go-girls* ou *streakers*⁶⁷, além de uma aposentada que só fazia o *trottoir* eventualmente, como complemento de sua parca renda. Essas mulheres reclamam serem tratadas como prostitutas ou praticantes de *trottoir* e insistem em que não o são. De um ponto de vista estratégico, fugir a tais ‘rótulos’ ou pechas talvez implicasse em um tipo diferenciado de atenção judicial e em maiores chances de obtenção de

⁶⁷ No RHC 60.170, a paciente afirma ser aposentada e praticante apenas eventual de *trottoir*; no 59.114 *go-go-girl*; no RHC 59.417, *streaker*; nos RHCs 58.938 e 63.236, “bailarina de ‘boite’”. Conferir mais detalhes no **Apêndice IV**.

salvo-conduto. Ou, quiçá, na possibilidade de escapar de ações policiais voltadas especificamente contra as prostitutas. Eis um exemplo:

“Afirma a inicial que a paciente vem sendo freqüentemente detida, sob a acusação de prática do ‘trottoir’. Todavia, em suas declarações, afirma que, embora o tivesse praticado durante dois anos, deixou de fazê-lo há mais de quatro, acrescentando que se dedica ao ‘streap tease’ e que vem sendo detida quando atravessa a rua, de uma boate para a outra, fls. 20 verso. As testemunhas ouvidas confirmaram essa versão, fls. 18v., 19” (RHC 59.417).

De qualquer modo, tanto nos recursos das mulheres que afirmam ser dançarinas, *go-go-girls* e *streapers* quanto nos das que se identificam como prostitutas a matéria de fato alegada é a de que elas se vestem e se comportam “com decência”, de modo “não escandaloso”, e a despeito disso são recorrentemente presas quando estão trabalhando na rua ou apenas em trânsito para algum lugar, sendo levadas aos Distritos Policiais sem que haja ordem judicial de prisão, seja lavrado auto de flagrante e sem que lhes seja imputada qualquer prática delituosa. Nesse sentido, transcrevem-se estes excertos ilustrativos:

“[I]mpetrou-se HC preventivo em favor das Recorrentes, sob alegação de que ambas, identificadas como meretrizes, têm sido presas reiteradas vezes e encaminhadas aos DPs, onde permanecem detidas sem culpa formada” (RHC 51.434).

“[As pacientes eram detidas] mesmo saindo de uma casa de diversões para entrar em outra e, por ordem expressa da autoridade apontada como coatora, trancafiadas em xadrez, onde permanecem por vários dias, sem que para tanto tenham sido autuadas em flagrante delito ou que tenham ordem de prisão oriunda de autoridade judiciária” (RHC 58.938).

“[as pacientes] vêm sendo constantemente detidas pela ronda do 4º DP e demais delegacias da Seccional Centro, mesmo ao saírem de uma casa de diversões para entrar noutra. A seguir, são trancafiadas em xadrez, em cuja situação deprimente permanecem

vários dias, sem que haja autuação em flagrante, nem ordem escrita da autoridade coatora” (RHC 59.087).

“Essa mulher se queixa de ser presa e de ficar dias na polícia, certamente exposta a tudo, tendo sido detida só porque caminhava pelas ruas de um lugar chamado ‘Boca do Lixo’” (RHC 59.114).

“O impetrante promoveu justificção e juntou documentos, para comprovar que a paciente foi detida várias vezes, tendo mesmo sido espancada e trancafiada no xadrez” (RHC 42.952).

No início, elas eram levadas direto para as penitenciárias. No começo da década de 70, há notícias que indicam que elas teriam passado a ficar presas na carceragem das delegacias, usualmente chamada de “chiqueirinho”⁶⁸. De fato, os casos do STF de 1979 e 1980 relatam que elas permaneceriam nessa situação durante dias, nas chamadas “celas correccionais”, havendo relatos de mulheres que não teriam sequer sido alimentadas, bem como das que teriam sido mantidas nuas durante a prisão, passando frio e fome, quando ainda não eram “exploradas”⁶⁹.

Depois, eram soltas – sem que soubessem o motivo da prisão e sem que possuísem evidência documental do que se passara – e muitas sofreriam a ameaça policial de que se continuassem na região voltariam a ser presas, porém, dessa vez, por tempo em dobro. Isso foi relatado pelo advogado Francisco Lobo na resposta ao questionário a ele encaminhado. Ele se lembrou que “[p]or longos anos, centenas e centenas de mulheres e travestis eram presos diariamente, levados para as delegacias e soltos ao amanhecer. Quando soltos, recebiam a ameaça de, na próxima vez, ficarem presos por um dia, em outra vez por dois, e assim por diante” (Apêndice II).

Essa informação também consta da inicial do RHC 58.938, *verbis*:

⁶⁸ “Hoje as prostitutas não são trancafiadas no xadrez. Permanecem na carceragem (o **chiqueirinho**) até a consulta à Delegacia de Vigilância e Capturas, para saberem se as detidas estão ou não condenadas pela Justiça” (“Agora, o campo livre”, *OESP*, 14.01.73, grifo original).

⁶⁹ O magistrado *a quo* do RHC 58.938 afirmou: “Como se desvestidas das mínimas garantias constitucionais, são exploradas, espancadas, arrancadas das ruas com violência, e sem terem praticado qualquer ilegalidade, são despejadas em celas chamadas ‘correccionais’ onde permanecem, à disposição não se sabe de quem”.

“[as pacientes são] trancafiadas no xadrez, onde permanecem por vários dias (...) sendo colocadas em liberdade alguns dias depois sem qualquer explicação, recebendo ameaças para que saiam da área, pois caso contrário o tempo de prisão será dobrado. Ademais, quando detidas e recolhidas na imunda cela, as pacientes ficam em ambiente de total promiscuidade, muitas vezes passando fome e frio” (grifei).

Esse tipo de conduta ficou conhecido como o sistema do “prende e solta”, criticado até por alguns membros da própria corporação policial, que apontavam sua insensatez. Daí porque o delegado paulista Adail Pereira Ribeiro comenta, em “Desvios sexuais na sociedade moderna”, que o “prende e solta”, no que tange aos homossexuais, não soluciona o problema, pois seria, a grosso modo, uma ‘pena intermitente’, o que é esdrúxulo e herético, sob o prisma jurídico” (*Arquivos da Revista da Polícia Civil de São Paulo*, vol. XXXVI, 1º sem., 1981, p. 180)⁷⁰.

Demais disso, segundo o Min. Pedro Chaves, o impetrante do RHC 39.270, Roberto von Haydin, juntara aos autos recortes de jornal “para demonstrar a existência de taxa de pedágio cobrada das meretrizes pelos investigadores” (fls. 858-859), o que sugere que essa também era uma prática usual de policiais, que receberiam valores para permitir a passagem de prostitutas pelas vias *públicas* de São Paulo. De resto, dão notícia dessa prática inúmeras matérias de jornal, das quais se destacam estas duas, uma de 1973 e outra de 1980:

“A verdade é que a existência de mais de 150 mil prostitutas espalhadas pela Capital não abre perspectiva nova no sistema de repressão e a ordem de deixar as mulheres em paz permitiu, isso sim, um campo mais amplo e propício para a corrupção, voltando a funcionar o regime do pedágio, isto é, o pagamento de taxa individual para circular sem maiores perturbações” (“Sobram

⁷⁰ O delegado Valter Fernandes comenta: “A saída cômoda, paliativa e à guisa de satisfação para a opinião pública, é lançar os órgãos policiais no encalço dessas desventuradas numa caçada humana que termina em ‘padilhadas’ e não traz qualquer desafogo ou laurel: prende-se-as para solta-las mais tarde pela não configuração de nenhuma figura delituosa. E elas retornam e novamente são presas. E assim sucessivamente. Forma-se, então, um círculo de impunidade e do vício que amalgam-se numa roda-viva que não tem solução e apenas tende a agravar o problema” (“Aspectos da criminalidade em São Paulo”, em *Revista dos Arquivos da Polícia Civil de São Paulo*, vol. XXXIII, 2º sem., 1979, p. 25).

planos, mas prostituição continua”, *Estado de S.Paulo*, 14.01.73. sem número de pág.).

“Segundo denúncias das prostitutas, continua Ruth [Escobar⁷¹], a equipe do [delegado José Wilson] Richetti tem pedido importâncias que variam de Cr\$ 1.500, para as que têm ‘habeas corpus’, a Cr\$ 5 mil, para as que não tem. ‘Assim, muitas ficam detidas por não poder pagar para sair. Deve existir cerca de 40 detidas no 3º Distrito e mais 12 no 4º Distrito Policial” (“Denúncias contra Richetti”, *Folha de S.Paulo*, 09.06.80, sem nº de pág., sic).

Insta destacar que isso parece ter se dado principalmente em uma determinada área do município paulista. De fato, atentando aos acórdãos nos quais há informações mais detalhadas sobre o lugar em que a(s) paciente(s) trabalhava(m) (como prostitutas, dançarinas ou *streakers*) e era(m) presa(s), percebe-se que o cerco policial se circunscrevia basicamente à região do centro da cidade, onde estavam lotados os primeiros Distritos Policiais:

TABELA 5 - Localização ou número do Distrito Policial – DP (por RHC)

RHC 39.270	3º DP
RHC 42.952	-
RHC 51.434	"DPs"
RHC 54.534	1º, 3º e 4º DPs
RHC 56.956	-
RHC 57.021	Centro
RHC 58.179	3º DP
RHC 58.938	4º DP e outros da Seccional do centro
RHC 59.104	Centro
RHC 58.974	Centro
RHC 59.087	4º DP e outros da Seccional do centro
RHC 59.417	Centro
RHC 59.114	DP da Vila Buarque (centro) ⁷²

⁷¹ A atriz Ruth Escobar, juntamente com o pintor Darci Penteado e a psicóloga Ireda Cardoso faziam parte da Frente da Mulher Feminista, que teve uma importante atuação na defesa das prostitutas de São Paulo no começo da década de 80 – especialmente contra o temido Delegado Wilson Richetti, do 3º DP – no auge do debate dos RHCs no STF.

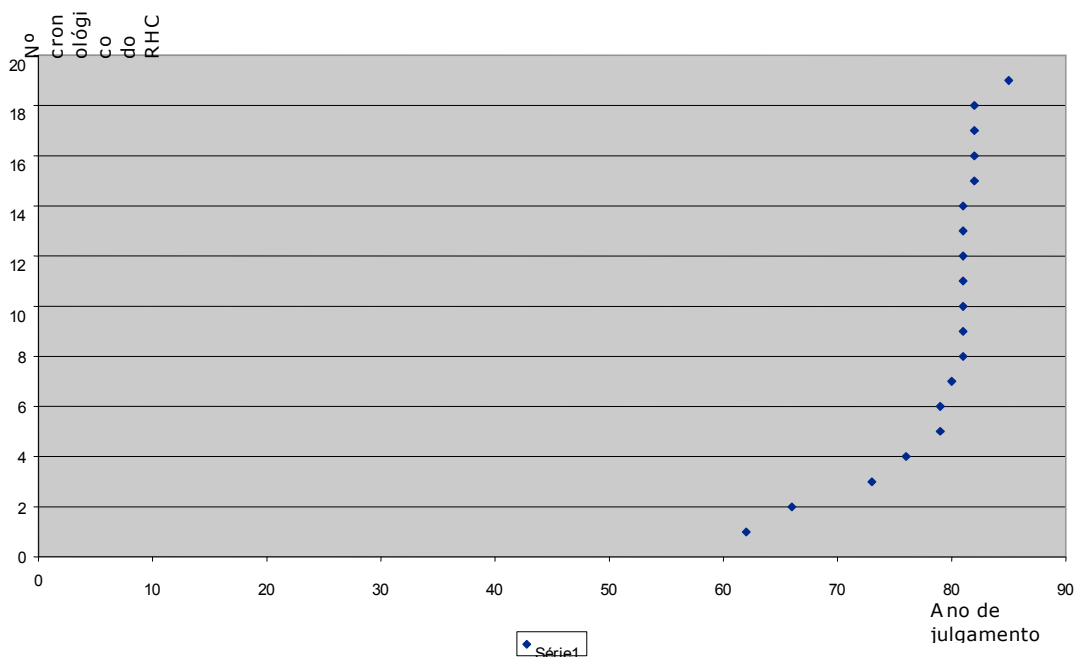
⁷² Provavelmente, trata-se do 4º DP, localizado na área da “baixa Augusta” até os dias atuais, ou seja, na parte da Rua Augusta mais distante da Av. Paulista (sentido centro), onde ainda há grande concentração de bordéis e boates. O referido DP, no entanto, transformou-se em Delegacia Especializada de Crimes Ambientais.

RHC 59.520	-
RHC 60.170	-
RHC 60.151	-
RHC 60.153	-
RHC 59.518	-
RHC 63.236	Centro

(FONTE: SALGUEIRO, Fernanda. "Argumentos dos ministros do Supremo Tribunal Federal ao julgarem prisões efetuados em razão de prostituição")

Nesse sentido, poder-se-ia indagar o que originou essa concentração geográfica de ocorrências na cidade de São Paulo. Porém, não sem antes notar que a concentração dos casos também era temporal, já que os recursos em apreço foram julgados pelo STF em um período de anos muito bem determinado. Confira no gráfico abaixo:

TABELA 6 – Concentração dos 19 RHCs por década



Fonte: SALGUEIRO, Fernanda. "Argumentos do STF ao julgar prisões de prostitutas".

Por acaso, logo se notou que todos os casos apreciados eram do período da ditadura⁷³. No ápice dos RHCs, entre 79 e 82, foram preferidos, ambos nomeados pelo governo estadual, Reinaldo Emídio de Barros (julho de 79 a maio de 82) e Antonio Salim Curiati (maio de 82 a março de 83),

⁷³ Quando do primeiro caso julgado, de 62, Ademar Pereira de Barros era o prefeito eleito de São Paulo em 1961, tendo sido mantido pela ditadura até 65.

seguido por Francisco Altino Lima, que governou de março a maio de 83, tendo sido empossado interinamente. A ele se seguiu Mario Covas, governante entre 83 e 86 nomeado pelo governo estadual – período em que os casos de julgamentos do STF diminuem sensivelmente até pararem.

Revela-se interessante notar a relação entre os Secretários de Segurança Pública e o quadro de julgamentos dos RHCs. Em 73, era secretário o general Servulo Mota Lima. Em uma visita noturna a uma delegacia da Consolação repleta de prostitutas, ele teria ordenado, irritado:

“Não quero policial correndo atrás de prostitutas. Homens e viaturas devem ser mobilizados para a repressão aos crimes contra o patrimônio. Os assaltantes estão na rua. Que corram atrás deles.”
(“Agora, o campo livre”, *O Estado de S.Paulo*, 14.01.73)⁷⁴.

Segundo a reportagem referida, isso não convenceu os policiais do Distrito de Indianópolis, por exemplo, a deixarem de fazer o seguinte procedimento: “detiam as moças, levavam-nas para bairros afastados, além da represa de Santo Amaro, embrenhavam-se com as viaturas em trilhas de matagal intenso e as abandonavam na escuridão, depois de lhes tirar os sapatos e fazer alguns disparos para o ar” (*idem*). Contudo, pode-se presumir que a ausência de ‘convivência oficial’ seria apta a ao menos reduzir abusos.

Diferentemente, no início do auge de prisões⁷⁵, em 79, notícias jornalísticas informavam que se chegava a prender 100 pessoas por dia em batidas feitas em todos os dias da semana em diversos locais da cidade. Um delegado da época explicava que a operação consistia “na realização de várias ‘batidas’ policiais por dia, onde são detidas todas as prostitutas encontradas e todos os marginais pegos em flagrante delito” (*Folha de S.Paulo*, “A polícia quer combater a prostituição na cidade”, 20.05.79). E depois, contabilizava outras ações: “a polícia visitou 60 hotéis, promoveu sindicância em oito e flagrou quatro pela prática de lenocínio” (*idem*).

⁷⁴ É o que o Dr. Francisco Lobo comentara acerca da razão do surgimento e do desaparecimento desses casos. Uma questão de prioridade da política de segurança pública.

⁷⁵ Justamente em 79, Chico Buarque gravou “Geni e Zepelim”, música contida em *Ópera do Malandro*, cuidando da hipocrisia de uma cidade preconceituosa e injusta com a prostituta que, por ironia, foi a sua salvadora. Nela se canta: “Ela é um poço de bondade / É por isso que a cidade vive sempre a repetir: / ‘Joga pedra na Geni, joga bosta na Geni, / Ela é feita pra apanhar, ela é boa de cuspir, / Ela dá pra qualquer um, maldita Geni’”.

Ainda, segundo reportagem de dezembro de 79, "o 3º Distrito Policial, dirigido pelo delegado Ernesto Milton Dias e a Seccional da zona Centro, cujo titular é o delegado William do Amaral, continuam prendendo, pelo menos, cem prostitutas por dia" (*FSP*, "Secretário da Segurança a favor do confinamento", 13.12.79). A seguir, comenta-se que a perseguição havia começado ainda naquele ano, já que em governos passados não havia sido essa a prioridade da segurança pública municipal:

"As prisões de prostitutas começaram há mais ou menos três meses. Durante cinco anos, aproximadamente, elas não foram molestadas pelos policiais porque a Secretaria da Segurança Pública havia adotado a política de dar prioridade aos crimes contra o patrimônio e outros também graves, deixando de lado, na medida do possível, o problema da prostituição" (*idem*)

A partir do início de 80, começaram a surgir denúncias cada vez mais graves de violência policial no centro de São Paulo, destacadamente na região do 3º Distrito Policial, assumido pelo delegado Richetti de junho daquele ano. Trata-se de corrupção, espancamentos, desaparecimentos de mulheres e mortes. Muitas matérias vinham ilustradas por fotos de prostitutas nos pronto-socorros dos hospitais ou de flagrantes de violências, tal como se vê em uma imagem em que "componentes da viatura P-7039 agiram violentamente, chegando algumas vezes a fechar o porta-malas do carro nos braços e pernas das prostitutas. Depois de muito resistir, ambas foram encaminhadas ao 3º Distrito, onde os policiais de plantão evitaram dar informações, afirmando ser 'uma operação de praxe'" ("Policiais prendem prostitutas", *FSP*, 12.09.85; cf. também *FSP*, "Denúncias contra Richetti", 09.06.80; "Detidos confirmam violências", "Depois de detida, é encontrada morta" e "Documento da OAB critica Richetti", de 13.06.80; e "Polícia usa violência contra a prostituição", 12.12.82).

E talvez se possa suspeitar da conivência do Secretário de Segurança Pública quando, no ápice das denúncias, ordena a investigação dos casos – porém, confia-a a uma das instâncias policiais mais envolvidas nessas denúncias:

“Para apurar as denúncias de extorsão e sevícias feitas por prostitutas que freqüentam a área do 3º Distrito Policial, o secretário da Segurança, Otávio Gonzaga Júnior, determinou que o delegado-chefe do Degran, Maurício Guimarães Pereira, instaure inquérito e puna os responsáveis. (...) As mulheres, vítimas de extorsão e agressão, não acreditam que ‘o inquérito na Seccional Central possa apurar a verdade, pois a maioria dos policiais acusados pertence aos quadros dessa delegacia. Elas denunciaram que um dos policiais acusados de extorsão e espancamento conhecido como ‘Velho Veneziano’, e seu filho, também investigador, percorreram a rua Santa Ifigênia ameaçando matar suas acusadoras, ‘se elas voltassem a depor contra eles’” (“Secretário manda apurar denúncias de prostitutas”, *FSP*, 17.12.79).

Um caso rumoroso sucedido sob o secretariado de Otávio Gonzaga Júnior foi a morte de Maria Marciana da Silva, detida pelo delegado José Wilson Richetti do 3º DP e, segundo testemunhas, “espancada e golpeada na cabeça”. Ela foi encontrada no dia seguinte, com “seu cadáver totalmente deformado, na estrada de Perus, transportando-o, em seguida para o Instituto Médico Legal. A causa da morte: traumatismo craniano encefálico” (“Depois de detida, é encontrada morta”, *FSP*, 13.06.80). De acordo com o IML, ela fora vítima de “homicídio”.

Essas denúncias, muitas delas contra Richetti, eram feitas ao Diretor do Degran, Rubens Liberatori, que instaurou sindicâncias para apurar os acontecimentos, especialmente os demandados por deputados. No entanto, informou-lhes que:

“(...) o delegado Richetti vai permanecer onde está, pois não posso substituí-lo por um outro, que não tenha experiência de rua e fique todo bonitinho com o cabelo bem arrumado enquanto a população vive sendo assaltada. Se eu quiser, posso acabar com isso com apenas um telefonema, mas depois não sei o que vai acontecer” (“Detidos confirmam violências”, *FSP*, 13.06.80).

Esse quadro agravava a desconfiança de parte da sociedade tanto com a polícia quanto o governo, refletindo-se na acentuação das críticas que circulavam à época, como esta:

“Depois que o delegado Wilson Richetti passou a freqüentar o noticiário com suas estrepitosas ‘operações-limpeza’, as queixas dessas mulheres se multiplicaram com incrível rapidez. (...) De limpeza precisa a Polícia, como de resto muito outros setores do serviço público. E, enquanto ela não vem, o corpo torturado e fraturado de mulheres como Idália pesa sobre os ombros das autoridades policiais de São Paulo que continuam dando corda ao sr. Richetti. Até quando?” (“Limpar a polícia”, *FSP*, 10.06.80).

De todo modo, restava o Poder Judiciário às pacientes, que requeriam, por meio de *habeas corpus* (HC) preventivo, salvo-conduto para que não viessem mais a sofrer prisões e outras ilegalidades pela polícia.

O fundamento jurídico para o pedido também é semelhante em todos os recursos. Apesar de no relatório judicial não haver menção explícita do dispositivo constitucional suscitado pela Defesa nos RHCs 39.270, de 1962, e 42.952, de 1966⁽⁷⁶⁾, evidencia-se a referência feita ao art. 141, parágrafos 20, 22 e 23 da Constituição Federal de 1946, então vigente, que assim estabelecia:

“&20) Ninguém será preso senão em flagrante delito ou, por ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei.

(...)

&22) A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal, e, nos casos previstos em lei, promoverá a responsabilidade da autoridade coatora”.

⁷⁶ Nesses tempos, ainda se vive sob a égide da Constituição Federal de 1946 (ainda que às vésperas da Constituição de 67), que previa a competência do STF para julgar o HC em seu art. 101, I, “h”: “Ao Supremo Tribunal Federal compete: I – processar e julgar originariamente: (...) h) o *habeas corpus*, quando o coator ou paciente for tribunal, funcionário ou autoridade cujos atos estejam diretamente sujeitos à jurisdição do Supremo Tribunal Federal; (...) e quando houver perigo de se consumar a violência, antes que o outro juiz ou tribunal possa conhecer do pedido”.

“&23) Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”.

Nos demais RHCs, interpostos já sob a égide da Constituição Federal de 1967⁽⁷⁷⁾, com as alterações provocadas pela Emenda Constitucional nº 1 de 1969, o fundamento do remédio constitucional se encontrava no art. 153, parágrafos 12 e 20, que continha prescrições semelhantes⁷⁸ às das recém-transcritas disposições da CF/46.

Com base nessas garantias constitucionais muitos salvo-condutos foram concedidos em primeiro grau. Dos 19 pedidos examinados, sabe-se o resultado do julgamento em primeira instância de 18⁽⁷⁹⁾. E desses apenas 6 haviam sido denegados pelo juiz *a quo*⁸⁰.

Para que esses *habeas corpus* preventivos pudessem ter chegado ao STF tiveram que ser denegados pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP). Ocorre que tais denegações, ao que parece, não se mostravam uma unanimidade inclusive naquela instância julgadora⁸¹. De acordo com informações constantes dos relatórios feitos pelos ministros do STF e de transcrições presentes em seus votos, conhece-se o órgão de origem de 11 RHCs, nove dos quais foram rejeitados pela 1ª, 3ª e 6ª Câmara Criminal do TJ-SP⁸² e os outros dois na câmara de que fazia parte o Des. Ítalo Galli⁸³.

⁷⁷ O art. 153, parágrafos 12 e 20 da CF/69 são iguais ao art. 150, parágrafos 12 e 20 da CF/67.

⁷⁸ Art. 153, parágrafo 12, CF/69: “Ninguém será preso senão em flagrante delito ou, por ordem escrita da autoridade competente. A lei disporá sobre a prestação de fiança. A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal”. Art. 153, parágrafo 20, CF/69: “Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”.

⁷⁹ O único desconhecido é o RHC 51.434. Não é possível presumir o conteúdo da decisão de primeira instância, à medida que mesmo a concessão da ordem leva necessariamente o caso à instância superior em razão do chamado ‘recurso’ de ofício.

⁸⁰ São os RHCs 39.270, 42.952, 54.534, 57.021, 59.114 e 63.236.

⁸¹ Essa percepção se confirmou com a informação do Dr. Francisco Lobo, que afirmou: “Com certeza havia juízes e desembargadores que entendiam de conceder a ordem e outros não. Não recordo nomes” (Apêndice II).

⁸² Em verdade, no RHC 54.534 se faz alusão ao Des. Dalmo Nogueira. Por meio de busca no site www.google.com.br pude encontrar votos que ele prolatou como relator da 3ª Câmara Criminal do TJ-SP. Não tive a mesma sorte com o Des. Ítalo Galli, sequer buscando nos sites do Tribunal de Alçada Criminal (www.tacrim.sp.gov.br) e do Tribunal de Justiça (www.tj.sp.gov.br – em reforma).

⁸³ Não consegui identificar a câmara da qual ele fez parte. Ele é mencionado nos RHCs 58.179 e 59.520 (em que ficou vencido o Des. Batalha Camargo). Registre-se não só a possibilidade de que o Des. Ítalo Galli fizesse parte de uma quarta Câmara, como ainda a de que ele compusesse uma das três já referidas.

A atuação do Ministério Público Estadual, no corpo da Procuradoria-Geral de Justiça (PGJ), não recebeu tanta atenção dos ministros do STF quanto a posição do Ministério Público Federal, na figura da Procuradoria-Geral da República (PGR). Confirma essa diferença de tratamento o destaque dado ao subscritor dos pareceres das Procuradorias. Quando se cuida da PGR, conhece-se quem assinou a manifestação ministerial – em 8 casos, o Procurador da República Francisco de Assis Toledo; em 2, J.E. Clayton Rossi e Haydevalda Aparecida Sampaio⁸⁴; e em 1, Valim Teixeira, Henrique Fonseca de Araújo e Álvaro Augusto Ribeiro da Costa. A sua vez, o único representante da PGJ a que se alude nominalmente é José Luiz Shalders, sobre quem houve menção no RHC 58.938.

Além disso, as manifestações da PGJ somente são registradas em 12 RHCs (em geral, *en passant*), dos quais 10 se colocam em concordância com o deferimento da ordem. O único trecho do parecer ministerial estadual expressamente utilizado por ministros do STF foi este:

“O Estado tem outros meios para coibir ou restringir a prostituição; não precisa apelar para a violação dos direitos fundamentais, assegurados na Carta Magna, explícita ou implicitamente. Embora competente a autoridade e lícito o fim visado, exorbitou-se quanto aos meios empregados” (RHC 42.952, *apud* voto do Min. Oswaldo Trigueiro).

De outro modo, a opinião da PGR é lembrada em 17 RHCs, nos quais vem quase sempre transcrita, sendo que se mostra favorável à concessão do salvo-conduto em apenas 1 desses casos⁸⁵. Em outras palavras, a PGR se posicionou contra o pedido das pacientes na grande maioria das vezes, bem ao contrário da PGJ. Eis um dos modelos mais reproduzidos, da lavra do Procurador da República Francisco Assis de Toledo:

“4. ...No ordenamento jurídico vigente, que coíbe certos atos contra a moral e os bons costumes, não pode o Poder

⁸⁴ Ela é a única mulher que participou desses RHCs em *status* diverso do de paciente. Seus pareceres, aludidos nos RHCs 60.170 e 60.151, não inovaram a tônica da PGR de opinar pela negação das ordens em razão da imoralidade das condutas alegadas.

⁸⁵ Cuida-se da manifestação do Procurador da República Álvaro Augusto Ribeiro da Costa (RHC 58.179).

Judiciário conceder verdadeiro 'alvará' para a prática ostensiva da prostituição.

5. É certo que, hoje em dia, certas publicações periódicas e a própria televisão incumbem-se de levar a dúvida ao espírito daqueles que ainda acreditam na possibilidade de sobrevivência de uma ética social de feitiço tradicional. Não obstante, sem pretender apresentarmo-nos qual paladino quixotesco de uma cultura em decadência – embora correndo esse risco – pensamos que as normas legais, sempre que possível, devem ser interpretadas de modo a não estabelecer conflito com aquilo que, desde Bentham e Jellinek, convencionou-se chamar de 'o mínimo ético'.

6. Saliente-se, por derradeiro, que, se negado o salvo-conduto pretendido, nada obstará às pacientes de recorrerem ao remédio do habeas corpus, na hipótese de virem a sofrer, de fato, alguma ilícita coação por parte das autoridades policiais, o que, segundo informa, ainda não ocorreu” (RHC 58.938, também referido nos RHCs 59.417 e 60.153).

3.1. Os recursos de *habeas corpus* no STF: panorama

Como se viu ao cabo do tópico anterior, na maioria das vezes, os chefes do Ministério Público Estadual e do Federal apresentaram posicionamentos contraditórios quanto à concessão ou não dos *writs*. O mesmo sucedeu entre as duas turmas julgadoras do Supremo Tribunal Federal (STF)⁸⁶ nos acórdãos que preenchem o intervalo de 1979 a 1982.

Até 1979, o STF havia julgado recursos de *habeas corpus* de prostitutas em quatro oportunidades⁸⁷: 1962, 1966, 1973 e 1976. Na primeira, o julgamento se deu pelo Pleno, à unanimidade a favor das pacientes, tudo nos termos do voto do relator, Min. Pedro Chaves, seguido pelos Mins. Victor Nunes Leal, Gonçalves de Oliveira, Villas Bôas, Cândido Motta Filho, Ary Franco, Hahnemann Guimarães, e Henrique D'Ávila e Cunha Mello, substitutos dos Mins. Luiz Gallotti e Barros Barreto, licenciados.

⁸⁶ O Supremo Tribunal Federal é composto por 11 ministros, que se dividem em 2 turmas, com 5 ministros cada (dos quais 1 é presidente da turma); e o presidente do tribunal.

⁸⁷ Por certo, dentre os julgamentos encontrados, e não de toda a história da Corte.

Na segunda, julgou a 1ª Turma do STF, também por unanimidade, em observância do voto do relator, Min. Oswaldo Trigueiro. Compunha a turma os Mins. Evandro Lins e Silva, Lafayette de Andrada, Victor Nunes Leal e Cândido Motta Filho, de modo que somente esses dois últimos chegaram a presenciar e a participar da votação precedente sobre o assunto, realizada pelo Plenário de então. Mais uma vez, decidiram favoravelmente às pacientes.

Na terceira, mais uma vez o RHC foi julgado pela 1ª Turma, que dessa vez contava apenas com o Min. Oswaldo Trigueiro como membro presente da votação anterior. Mas se antes a turma julgara a favor das prostitutas, por unanimidade, na linha do próprio Min. Trigueiro, desta vez julgou consensualmente no sentido oposto, à risca do voto do relator, Min. Aliomar Baleeiro. Estavam, ainda, na sessão os Mins. Rodrigues Alckmin, Djaci Falcão e o Procurador-geral da República Oscar Corrêa⁸⁸ – conforme o extrato da ata –, substituto do Min. Luiz Gallotti, licenciado.

Restou surpreendente que o Min. Oswaldo Trigueiro, que em 66 se manifestara tão claramente a favor das pacientes, não só reconhecendo valor probatório aos recortes de jornal como, inclusive, admitindo a presença de fato notório a legitimar o HC preventivo – em 73 se omitisse diante do restante da turma, que entendeu não haver direito à ordem se a paciente se encontrasse em liberdade. Talvez o tivesse feito por ser voto vencido. Contudo, ainda que fosse esse o caso, parece-me relevante que sustentasse e registrasse a discordância, fundamentando-a, para que se revelasse o verdadeiro entendimento dos(as) julgadores(as).

Por óbvio, também parece possível a simples mudança de opinião do ministro. Porém, mesmo nesse caso, entendo que ele deveria ter consignado na ata do julgamento os motivos que o levaram a isso, na medida em que a ausência dessa transparência acarreta incoerência pessoal e insegurança às/ aos jurisdicionadas(os)⁸⁹.

Enfim, na quarta oportunidade, o RHC foi julgado pela 1ª turma novamente, que lhe negou provimento por unanimidade, nos termos do voto

⁸⁸ É curioso que Oscar Corrêa retornaria ao STF, sendo empossado efetivamente como ministro, em 1982 (nove anos depois), quando participará da votação, em Plenário, do RHC 59.518 como um dos mais ardorosos defensores da imoralidade da prostituição e da necessidade de improvimento do recurso de *habeas corpus*.

⁸⁹ Esse fenômeno se repetiu com os Min. Cunha Peixoto, Rafael Mayer e Néri da Silveira, conforme apontado no **Apêndice III**, em que suscito uma hipótese para isso.

do Min. Rodrigues Alckmin, único membro presente na votação de 1973, seguido pelos Mins. Eloy da Rocha, Bilac Pinto, Antônio Neder e Cunha Peixoto.

Depois do RHC 54.534, de 1976, seguiram-se quatorze acórdãos que estabeleceram uma constante divergência de entendimentos entre os ministros da 1ª e da 2ª Turmas do STF. Por 5 vezes a 1ª Turma decidiu por unanimidade que as pacientes faziam jus ao salvo-conduto, com fundamento no art. 153, parágrafo 12 da CF/69, enquanto a 2ª Turma negou a ordem por 8 vezes (das quais 6 por unanimidade), afirmando que o Judiciário não poderia conceder salvo-conduto para a prática de ato imoral e contrário aos bons costumes.

Confira na tabela abaixo:

TABELA 7 – Resultado do recurso conforme a Turma julgadora

Acórdão	Data decisão	Órgão julgador	Placar	Resultado do recurso de HC
RHC 39.270	01.08.62	Pleno	V.U.*	Positivo
RHC 42.952	14.02.66	1ª T	V.U.	Positivo
RHC 51.434	18.09.73	1ª T	V.U.	Negativo
RHC 54.534	05.10.76	1ª T	V.U.	Negativo
RHC 56.956	29.05.79	1ª T	V.U.	Positivo parcial
RHC 57.021	29.05.79	1ª T	V.U.	Positivo parcial
RHC 58.179	05.09.80	2ª T	4x1	Negativo
RHC 58.938	09.06.81	2ª T	4x1	Negativo
RHC 59.104	25.09.81	2ª T	V.U.	Negativo
RHC 58.974	29.09.81	1ª T	V.U.	Positivo
RHC 59.087	03.11.81	1ª T	V.U.	Positivo
RHC 59.417	13.11.81	2ª T	V.U.	Negativo
RHC 59.114	11.12.81	1ª T	V.U.	Positivo
RHC 59.520	11.12.81	2ª T	V.U.	Negativo
RHC 60.170	13.08.82	2ª T	V.U.	Negativo
RHC 60.151	17.08.82	2ª T	V.U.	Negativo
RHC 60.153	20.08.82	2ª T	V.U.	Negativo
RHC 59.518	26.08.82	Pleno	5x2	Negativo
RHC 63.236	16.08.85	1ª T	V.U.	Negativo

* V.U. = votação unânime

Fonte: SALGUEIRO, Fernanda. "Argumentos do STF ao julgar prisões de prostitutas".

Tendo em vista essa polêmica, o Min. Néri da Silveira teve a iniciativa de tentar submeter a discussão ao Plenário em dezembro de 1981, o que fez em voto preliminar do RHC 59.114, de que era relator, "com o objetivo de definir-se uma orientação do Supremo Tribunal Federal a respeito".

Essa proposta não foi agasalhada pelo restante da 1ª Turma. Ao refutá-la, o Min. Clóvis Ramalhete concordou com as “ponderações de S.Exa. o Presidente”⁹⁰, Min. Soares Muñoz, segundo as quais se a 1ª Turma concedia os RHCs e a 2ª os denegava, caberia a esta levar o julgamento ao Pleno. Assim aduziu:

“Se fosse inclinação da Turma negar o habeas corpus, se estivesse sendo posta em perigo a liberdade alheia, pensaria de outro modo: sustar o julgamento, para mandá-lo ao Plenário. Mas, se a inclinação já palpável é a de conceder o habeas corpus, não vejo prejuízo em que prossiga o julgamento”.

O raciocínio utilizado, portanto, era o seguinte: como se reconhece que a maioria da 1ª Turma está pela liberdade individual das pacientes, por haver uma “inclinação já palpável” em favor da concessão do salvo-conduto, não haveria prejuízo em continuar o julgamento naquele órgão julgador. Se a inclinação estivesse em limitar ou impedir a liberdade da paciente, ele votaria pela submissão ao Plenário.

Essa fundamentação parece indicar duas idéias pressupostas. Primeira, de que há uma espécie de regra de proteção da liberdade individual, segundo a qual se deve sempre conferir maiores chances de proteção desse direito. Segunda, de haver uma especial responsabilidade do julgador que leva uma questão controvertida ao Pleno.

Nesse sentido, o ministro arrematou sua manifestação com este argumento:

“Outra consideração é quanto à composição atual do Plenário, que não assegura que seja assentado um precedente estável, uma vez que está desfalcado”.

Nesse ponto, o ministro desenvolveu uma consideração, segundo a qual a decisão do Plenário, por ter o sentido de resolver a oposição, já bem estabelecida, entre as duas turmas do STF, deveria ser respeitada por todos, tornando-se um precedente. Em sendo assim, não poderia ser realizada

⁹⁰ Essas ponderações do presidente não foram registradas. Formalmente, o Min. Clóvis Ramalhete foi o primeiro a votar a preliminar do ministro relator.

naquele instante, porquanto dele não poderia surgir nenhuma orientação estável, o que apenas se obteria com a composição completa da Corte.

O Min. Soares Muñoz, de algum modo, também parece ter se referido àquele momento da formação do corpo de membros do STF, quando comentou que “já havia ponderado, de maneira informal, sobre a inconveniência de submetermos, *presentemente*, a matéria à apreciação do Pleno”⁹¹ (grifei). Contudo, não fica claro se a “inconveniência” se dá pelos membros faltantes ou pelo atual entendimento majoritário daquela composição da Corte.

De qualquer modo, se a questão não foi ao Plenário em 11 de dezembro de 1981 (no RHC 59.114), ela para lá foi levada em 26 de agosto de 1982, no bojo do RHC 59.518 – que representaria o julgamento decisivo, pondo fim ao dissídio entre as duas turmas verificado em um total de 14 acórdãos, ao longo de cerca de três anos, vale assinalar, de 29 de maio de 1979 (RHC 56.956) a 20 de agosto de 1982 (RHC 60.153), divergência manifestada até seis dias antes do julgamento em plenário.

Nesses curtos seis dias muita coisa mudou no Supremo Tribunal Federal. O Min. Clóvis Ramalhete deixou a 1ª Turma para se aposentar, assim como o Min. Firmino Paz, da 2ª Turma. Em seus lugares entraram, respectivamente, os Mins. Oscar Corrêa e Alfredo Buzaid, ambos contrários à concessão de *habeas corpus* por razões principalmente morais, como se verá. Além disso, nesse julgamento, o Min. Néri da Silveira, conforme avisara em 81, pronunciou entendimento diverso do que ele manifestara na 1ª Turma em “voto de adesão”, de modo a também vir a negar provimento ao recurso no ‘caso decisivo’⁹² do RHC 59.518.

Dessa forma, o entendimento vencedor foi o de que o salvo-conduto não deveria ser concedido, com o que discordaram somente os Mins. Rafael Mayer e Soares Muñoz.

⁹¹ A seguir, ele concordou com o voto do Min. Clóvis Ramalhete, quem teria sido secundado pelo Min. Rafael Mayer, de cujo voto também não consta registro. A seguir, concordou com o voto do Min. Clóvis Ramalhete, quem teria sido secundado pelo Min. Rafael Mayer, de cujo voto também não consta registro.

⁹² Considero que o RHC 59.518 pode ser entendido como o ‘caso decisivo’ à medida que ele representou o julgamento do Plenário que poria fim a uma divergência entre as duas turmas da Corte que se estendeu por anos. Aos meios de comunicação, que acompanhavam as decisões do STF, o fato tampouco não passou despercebido. Cf. “STF fica dividido sobre o direito ao ‘trottoir’”, *Jornal do Brasil*, 22.11.81.

Por coincidência, e de modo sintomático, no último caso julgado pelo STF de que se tem notícia (o RHC 63.236, de 16 de agosto de 1985), quem aprecia o recurso é a 1ª Turma – aquela que antes sustentara orientação favorável às pacientes, sendo vencida no Pleno de 1982. Pois bem, aquela Turma permaneceu com apenas dois ministros presentes no julgamento plenário, de 1985: Rafael Mayer e Néri da Silveira. Deles somente o Min. Rafael Mayer mantivera o entendimento original da 1ª Turma quando da apreciação do “caso definitivo”. Sucede que, apesar de o Min. Rafael ter votado a favor das pacientes perante o restante da Corte naquele caso, no de 85 ele concordou com o entendimento vencedor e com os demais ministros da sua turma de então, de modo que o salvo-conduto foi recusado às pacientes por unanimidade.

4. A ARGUMENTAÇÃO DO STF

No primeiro tópico deste capítulo se busca explicitar os critérios que orientaram a identificação dos argumentos dos votos dos ministros por meio da conceituação do que eles sejam, ao menos para os fins deste trabalho. No segundo tópico, explica-se a classificação dos argumentos, bem como sua divisão em seis grupos de temas argumentativos. A seguir, destina-se um tópico para cada um desses grupos de argumentos.

4.1. O que é um argumento?

O foco desta pesquisa é a análise da argumentação dos ministros do STF ao julgarem pedidos de salvo-conduto de prostitutas que alegam estar sendo ilegalmente presas pela polícia. Por isso, saber o que assumo como argumento e qual o critério utilizado para a sua identificação se mostra fundamental.

Em uma decisão judicial é possível encontrar diversos argumentos. Porém, afirmar que cada frase ou trecho de frase que contém um verbo constitui um argumento não é fazer uma afirmação rigorosa, a não ser, é claro, para aqueles que tomam “argumento” como sinônimo de oração. Não é o caso. Um argumento não constitui um enunciado qualquer. Ao menos, não no sentido estrito do termo. Talvez esse seja um dos poucos consensos

que cercam a definição dessa categoria, tão cara aos estudos filosóficos e lingüísticos quão difícil sua precisão.

De fato, em uma análise argumentativa, todas as orações que não sejam argumentos não reservam interesse algum, à imagem do que se dá com certas⁹³ formulações de opiniões pessoais, explicações e ordens, e outras *categorias do discurso*⁹⁴. Tal concepção implica em que a análise de argumentos tem um escopo mais reduzido que a do discurso, porque esta última considera, além dos argumentos, outros objetos ordinariamente presentes no texto escrito ou falado. Como diferenciá-los?

A princípio, o que denota um argumento é a sua estrutura, em que se sustenta a ocorrência de um efeito *E* porque haveria uma causa *C*, assim: *E porque C*. Eis a fórmula mais simples do argumento, que, na prática, pode ser modificada pela existência de inúmeras causas (*E porque C1, C2, C3...*) e/ou variados efeitos (*E1, E2 e E3 porque C* ou *E1 e E2 porque C1, C2...*), às vezes expostos em parágrafos com intervalos que dificultam a percepção do fio condutor da idéia que indica se tratar de uma longa tese argumentativa.

Apesar de o argumento apresentar um formato igual ou semelhante ao esboçado, nem todas as formulações com essa forma são argumentos. Em outras palavras, essa estrutura é necessária, mas não é suficiente para formar um argumento. Basta observar que qualquer explicação bem fundamentada pode aduzir uma relação de causalidade entre o fato gerador de um fenômeno e o fenômeno. Então o que diferencia o argumento da simples explicação?

Segundo alguns lógicos, como Copi⁹⁵, a resposta parece estar em um elemento externo ao próprio enunciado, isto é, no *propósito* da pessoa falante, que, se quiser estabelecer a verdade de uma de suas proposições,

⁹³ A relevância ou irrelevância das orações depende muito da sua formulação. Então, se um ministro ordena ao outro "Denegue a ordem!", ou se explica "O RHC veio parar aqui *porque* o TJ-SP deu provimento ao recurso oficial e a paciente recorreu", que argumento haverá aí? Na primeira hipótese temos uma ordem, na segunda, uma explicação. No entanto, se o ministro afirmar: "O fato em discussão não é notório, *porque*, apesar das provas, nunca ouvi falar disso", aqui se verifica uma opinião, sim, mas que contém relação de causalidade passível de submissão a um crivo de dúvida a respeito da correição de cada idéia ou do nexos causal que se estabelece entre elas – de natureza argumentativa. Eis o que se explicará a seguir.

⁹⁴ São categorias do discurso a rica pluralidade de formas dialógicas que o compõem: argumentos, mandamentos, explicações, opiniões, observações, entre outros.

⁹⁵ COPI, *Introdução à lógica*, São Paulo: Mestre Jou, 1978, p. 32. Wesley C. Salmon, a sua vez, fala em *enunciados de evidência*, ou seja, em premissas e em conclusões. Para que as asserções sejam evidentes é preciso que elas representem enunciados de fatos, i.e., enunciados que sejam verdadeiros, e que os fatos evidenciem a conclusão: "Em termos não muito precisos, um argumento é uma conclusão que mantém certas relações com a evidência corroboradora" (*Lógica*, Rio de Janeiro: Zahar, 1973, p. 15).

formula um argumento, caso contrário, uma explicação, ordem, pergunta ou outra espécie de discurso.

Para o lingüista Patrick Charaudeau⁹⁶, a argumentação é uma prática discursiva de alguém que além de procurar estabelecer uma *racionalidade tendente ao ideal de verdade*, busca firmar um *âmbito de influência* por meio do compartilhamento de um certo universo discursivo para *persuadir* o interlocutor a concordar com a tese do falante. Para isso, é preciso que haja: um sujeito com uma convicção; que esse sujeito desenvolva algum tipo de raciocínio para que ela seja aceita; que exista um questionamento quanto à proposta de mundo do falante; e que esse sujeito possua um interlocutor.

Sem dúvida, não costuma ser fácil identificar, com certeza, o propósito de cada fala e a presença de questionamentos da legitimidade de certas convicções. Quanto a isso, os discursos dos ministros do STF não são uma exceção. Ainda que seja provável que, *a priori*, o ambiente do tribunal, em que as decisões devem ser tomadas de forma colegiada, influencie os julgadores a proferirem votos persuasivos e convincentes, pressupor que todas as orações possuem esse caráter e esse propósito argumentativo não é verossímil.

Evidencia-se aí o esforço da(o) intérprete, quem, ao atribuir sentido à fala alheia, não faz mais que criar hipóteses:

“(...) para o sujeito interpretante, interpretar é criar hipóteses sobre: (i) o saber do sujeito enunciador; (ii) sobre seus pontos de vista em relação aos seus enunciados; (iii) e também seus pontos de vista em relação ao seu sujeito destinatário, lembrando que toda interpretação é uma suposição de intenção. Não há circunstâncias languageiras nas quais o sujeito interpretante pudesse deixar de criar hipóteses.” (CHARAUDEAU, op.cit., p. 31)

Compreendo que, diante do objetivo deste trabalho, os pontos hipotéticos se encontrem em identificar que proposições das falas dos ministros do STF contêm um ideal de verdade que luta para estabelecer

⁹⁶ *Linguagem e discurso: modos de organização*, São Paulo: Contexto, 2008.

consensos não compartilhadas por princípio pelos demais membros da Corte. Esse é o foco analítico que subjaz à monografia.

Desse modo, parece evidente que o trabalho desenvolvido nesta monografia apresenta hipóteses a todo o momento, constituindo-se, ela mesma, em uma das várias possibilidades de realização do objetivo a que visa.

4.2. Classificação dos argumentos identificados

Na análise e no fichamento dos casos em exame, percebi que a maioria dos argumentos utilizados pelos ministros do STF se repetia com grande frequência. Diante dessa constatação, entendi ser possível tipificá-los, sem que houvesse perda da riqueza argumentativa, para simplificar a referência a eles. Porém, não deixei de registrar em apartado eventuais variações, além dos argumentos não tipificados.

Entre os ministros que concedem o *habeas corpus*, são estes os argumentos tipificados: argumento das provas válidas (recortes de jornal, sentenças do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e declarações extrajudiciais são provas válidas da ameaça à liberdade de locomoção sofrida pelas prostitutas); argumento do fato notório (a perseguição policial às prostitutas em São Paulo é um fato notório); argumento da dupla barreira (para que a polícia pudesse prender alguém se houvesse tipificação do delito e se a prisão se formalizasse conforme a Constituição Federal); princípio da legalidade (ninguém pode ser preso senão com base em lei incriminadora); argumento constitucional (só se pode prender alguém por ordem judicial ou em flagrante delito seguido da formalização da prisão com comunicação ao juiz competente – art. 153, par. 12 da CF de 1969); argumento da inocuidade (o salvo-conduto é inócuo para a salvaguarda da liberdade da paciente que vem a cometer fato típico, sendo presa nos termos do ordenamento vigente).

Entre os que denegam o remédio heróico, são estes os argumentos tipificados: argumento das provas inválidas (recortes de jornal, sentenças do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e declarações extrajudiciais são provas válidas da ameaça à liberdade de locomoção sofrida pelas prostitutas); do imoral ilícito (o *trottoir* é ilícito porque é imoral); da

desproteção (se o *trottoir* não tem amparo constitucional ele está proibido); da lesão atual (só cabe HC repressivo); do alvará da impunidade (o salvo-conduto impediria sua portadora pudesse ser presa por qualquer crime); da prevenção (a autoridade policial não precisa aguardar a consumação de delito para prender a prostituta, bastando que a conduta desta indique essa intenção); da atipicidade (não há proibição expressa ao *trottoir*); do local propício (a prostituição pode ser restringida a certas condições de tempo e de lugar); da necessidade (a necessidade de defender a moral pública justifica a prisão, se só restar isso à polícia); da chancela (conceder salvo-conduto para a prática de prostituição é o mesmo que manifestar concordância com essa prática); vinculação da prostituição com a criminalidade (a prostituição é um fato criminógeno, isto é, uma variável relacionada à existência de crimes); da compensação (a denegação daquele RHC não impediria a concessão de HCs futuros); do precedente (a turma já assentou entendimento do caso, que não precisaria ser individualizado); da imoralidade (a prostituição seria imoral, o que justificaria sua coibição pela polícia); e da civilização (vários países civilizados proíbem essa prática, devemos proibir também).

Foram identificadas 17 teses no discurso de quem concede o salvo-conduto e 38 no daqueles que o denegam. Duas delas são utilizadas por ministros de ambos os entendimentos: o argumento de que é parte do poder de polícia condicionar o *trottoir* a condições de tempo e local, e o da atipicidade. Descontando-se essas três repetições, contam-se, ao todo, 52 argumentos. Abaixo, eles estão divididos em duas tabelas separadas segundo a função do argumento, ou seja, a fundamentação da concessão ou da denegação o *habeas corpus*.

A simples indicação do número do recurso de *habeas corpus* (RHC) significa que naquele julgamento houve unanimidade de entendimento, de modo que o argumento em questão foi assumido por todos os ministros. De outro modo, as iniciais entre parênteses se referem ao nome do ministro em cujo voto o argumento analisado foi explicitado.

A sua vez, na coluna "Nº de casos" é possível verificar em quantos julgamentos o argumento foi suscitado e na "Nº de votos", por quantos ministros, sendo que nos casos de unanimidade, assume-se que todos os julgadores presentes à sessão que concordaram com o desfecho do caso,

consoante prolatado pelo relator, aquiesceram com a fundamentação apresentada, de modo que seu voto (por omissão) foi computado.

Os cinco argumentos mais utilizados pelos ministros que concedem o salvo-conduto foram: argumento da inocuidade, constitucional, da reserva legal, das provas válidas e do fato notório. Como se nota, eles cuidam de aspectos probatórios e constitucionais. Já os dos ministros que o denegaram foram: argumento da chancela, da necessidade, do alvará da impunidade, do imoral ilícito e da atipicidade. A ênfase desses argumentos se dá nas conseqüências simbólicas da concessão e político-sociais da denegação. Há uma aparente contradição entre os argumentos da atipicidade, segundo o qual a prostituição não é fato típico, e do imoral ilícito, pelo qual, em sendo imoral (e não concordando o direito com imoralidades), a prostituição deve ser considerada uma prática ilícita.

Para proceder à análise de todos os argumentos, entendi ser mais interessante separá-los em grupos, considerando o assunto abordado. Há basicamente cinco temas sobre os quais eles versam: [i] validade e invalidade de provas em sede de *habeas corpus* (HC); [ii] limites do exercício do poder de polícia; [iii] legalidade ou ilegalidade da prostituição; [iv] questões técnicas sobre o HC e sobre a extensão dos efeitos do salvo-conduto; e [v] visão sobre o papel do Poder Judiciário.

Além deles, no rol das teses contrárias à concessão da ordem há um sexto grupo de assuntos variados (sem paralelo no discurso dos ministros que garantem o salvo-conduto), que classifiquei genericamente como “outros argumentos”, que são, em geral, argumentos conseqüencialistas, caracterizando-se por serem residuais. Cumpre alertar que teses com conteúdos conseqüencialistas podem ser encontradas fora dessa última subdivisão, caso se relacionem, de modo mais específico, com um dos assuntos previamente delimitados. Demais disso, também se deve frisar que certos argumentos foram utilizados pelos ministros em variadas oportunidades para mais de um fim como, por exemplo, o da reserva legal, que serviu tanto para afirmar a atipicidade da prostituição quanto para apontar um limite ao poder de polícia, no entendimento dos julgadores da 1ª Turma.

TABELA 8 – Argumentos de concessão do *habeas corpus*

	ARGUMENTO	RHC	Nº de casos	Nº de votos
1	Argumento das provas válidas	39.270, 42.952, 56.956 (XA), 57.021	4	16
2	Argumento do fato notório	39.270, 42.952, 56.956 (XA), 56.956 (SM), 57.021, 58.938 (LA), 58.974, 59.114 (NS)	8	24
3	O "nada consta" policial não é prova que invalide as alegações da paciente	42.952, 58.938 (LA)	2	6
4	A notoriedade do fato dispensa a prova da ameaça particular	56.956 (XA), 57.021, 58.938 (LA)	3	7
5	O juiz de primeira instância está mais próximo da realidade local e isso lhe assegura maior certeza no convencimento	59.518 (RM)	1	1
6	A polícia pode limitar a prática do <i>trottoir</i> a condições de tempo e de lugar	58.179 (LA), 58.974, 59.114 (CR)	3	7
7	Legalidade reduz o poder de polícia	58.179 (LA), 58.974	2	6
8	Argumento da dupla barreira	59.114 (CR), 59.518 (SM)	2	2
9	A ação policial contra meretrizes é casuísta (e não pode ser)	59.114 (CR), 59.518 (SM), 59.087	3	7
10	Se a polícia prende fora das hipóteses constitucionais há abuso de poder	59.518 (SM, RM)	1	2
11 *	Argumento da atipicidade	58.179 (LA), 58.974, 59.518 (RM)	3	7
12 *	Princípio da legalidade (ou da reserva legal)	58.179 (LA), 58.974, 59.087, 59.518 (SM)	4	12
13 *	Argumento constitucional	39.270, 56.956 (SM), 58.179 (LA), 58.938 (LA), 58.974, 59.114 (NS, CR), 59.518 (SM, RM)	7	17
14	A paciente se encontra em um "local propício" e, por isso, não ofende a moral de ninguém	59.114 (CR)	1	1
15	Argumento da inocuidade	42.952, 56.956 (XA), 57.021, 59.518 (SM), 59.518 (RM)	5	13
16	O argumento constitucional dispensa a análise da licitude ou ilicitude da conduta da paciente	58.179 (LA)	1	1

17	Cabe ao Poder Judiciário resguardar as garantias constitucionais	59.518 (SM)	1	1
-----------	--	-------------	---	---

* Esses argumentos se enquadram tanto no grupo temático correspondente aos argumentos de limites ao poder de polícia (cor cinza), quanto aos de legalidade ou ilegalidade do *trottoir* (cor laranja).

Ministros:

XA = Xavier de Albuquerque SM = Soares Muñoz NS = Néri da Silveira
LA = Leitão de Abreu CR = Clóvis Ramalhete RM = Rafael Mayer

TABELA 9 – Argumentos de denegação do *habeas corpus*

	ARGUMENTO	RHC	Nº de casos	Nº de votos
1	Argumento da atipicidade	51.434, 54.534, 59.518 (OC, AB), 63.236	4	21
2	Argumento do imoral ilícito	58.179 (DM, MA, DF), 58.938 (DM, MA, CG), 58.938 (DF), 59.518 (OC, DM), 63.236	5	14
3	Argumento da desproteção	59.104, 59.518 (CG, AB), 63.236	3	11
4	Ser contra o HC a prostitutas é assegurar a finalidade dos direitos individuais, assegurar a tranquilidade dos cidadãos	59.520, 60.153, 59.518 (CG), 59.518 (AB)	4	11
5	O <i>trottoir</i> é constitucionalmente condenado	59.518 (CG)	1	1
6	O <i>trottoir</i> não está tipificado como delito porque não é possível prever a variedade de suas formas de execução	59.518 (OC), 63.236	2	6
7	Se a importunação pública (art. 61, LCP) é feita para que se pratique o <i>trottoir</i> há crime contra os costumes	59.518 (OC), 63.236	2	6
8	O <i>trottoir</i> é anti-jurídico	59.518 (AB)	1	1
9	Argumento da lesão atual	51.434, 58.179 (CG)	2	6
10	Argumento do alvará da impunidade	54.534, 58.179 (CG), 60.153 (?), 59.518 (OC, NS), 63.236	5	13
11	Argumento da prevenção	58.179 (CG), 59.520, 60.153, 59.518 (CG, NS)	4	12
12	Só cabe HC a quem não se prostitua	58.179 (DF), 58.938 (DF)	2	2
13	O HC é meio inapto para zelar pelo exercício de atitude ofensiva dos bons costumes	59.518 (AB)	1	1
14	O direito de ir e vir se	59.518 (CG, OC), 63.236	2	7

	condiciona à observância dos bons costumes			
15	Cabe ao Poder Judiciário conter a dissolução de costumes	59.518 (OC), 63.236	2	6
16	Matéria de fato controversa	60.170	1	4
17	Argumento das provas inválidas	59.518 (NS)	1	1
18	Argumento das presunção da legalidade dos atos administrativos (políciais)	59.518 (NS)	1	1
19	Argumento do local propício	54.534	1	5
20	A concessão do HC representaria limitação ao poder de polícia	54.534, 59.518 (NS)	2	6
21	Não se deve "vedar o exercício do poder de polícia pela simples possibilidade de seu uso abusivo"	54.534, 59.518 (NS)	2	6
22	A polícia pode reprimir atos imorais	58.179 (DM, MA, CG), 58.938 (DM, MA, CG), 59.518 (DM)	3	7
23	Argumento da necessidade	58.179 (DM, MA), 58.938 (DM), 58.938 (DM, MA, CG), 59.518 (OC, DM, NS), 63.236	5	14
24	No exercício equilibrado e moderado do poder de polícia não há constrangimento ilegal	59.518 (CG), 63.236	2	6
25	Faz parte do poder de polícia a restrição geográfica do <i>trottoir</i>	59.518 (OC), 63.236	2	6
26	O poder de polícia limita o uso dos direitos e garantias constitucionais	59.518 (NS)	1	1
27	É parte do exercício normal do poder de polícia a detenção, sem formalização, de prostitutas	59.518 (DF), 58.179 (DM), 58.938 (DM)	3	3
28	Argumento da chancela	58.179 (DM, MA, CG), 58.938 (DM, MA, CG), 59.417, 59.520, 60.153(?), 59.518 (CG, OC, AB, DM), 63.236	7	24
29	Argumento da vinculação com a criminalidade	58.179 (CG), 59.520, 60.153, 59.518 (CG)	4	11
30	Argumento da compensação	58.179 (DF), 58.938 (DF), 59.518 (OC, NS, DF), 63.236	4	10

31	Argumento do precedente	59.104 (RHC 58.179 e RHC 58.938), 59.417 (RHC 59.104), 60.151 (RHC 59.104 e RHC 59.417)	3	12
32	Argumento da imoralidade ⁹⁷	59.104 - AB	1	4
33	Argumento da civilização	59.520, 60.153, 59.518 (CG), 59.518 (NS)	4	11
34	A moral sexual é um bem essencial da civilização moderna	59.518 (CG)	1	1
35	Até em "Países modelos" há dificuldade de resolver o problema social da prostituição	59.518 (OC), 63.236	2	6
36	HC facilitaria a prática do <i>trottoir</i>	59.518 (OC), 63.236	2	6
37	O TJ-SP está atento à realidade do meio em que atua e percebeu a queda da criminalidade no centro de São Paulo, "quando se fez uma certa disciplina do <i>trottoir</i> "	58.179 (CG)	1	1
38	HC facilitaria a prática do <i>trottoir</i>	59.518 (OC), 63.236	2	6

Ministros:

DM = Décio Miranda

MA= Moreira Alves

CG = Cordeiro Guerra

DF = Djaci Falcão

OC = Oscar Corrêa

NS = Néri da Silveira

Grupos temáticos dos argumentos:

Verde: Papel do Judiciário

Azul: Validade das provas e fato notório

Amarelo: Questões técnicas sobre *habeas corpus*

Cinza: Limites do poder de polícia

Laranja: Legalidade ou ilegalidade da prostituição

Roxo: Outros argumentos

Mostra-se possível verificar quais assuntos foram mais explorados nos votos dos ministros e, portanto, quais questões foram consideradas as mais relevantes para o julgamento desses casos, o que se vislumbra somando-se a quantidade de votos de todos os argumentos de cada grupo temático, nos termos da tabela a seguir.

⁹⁷ O argumento da imoralidade foi diferenciado do argumento do imoral ilícito à medida que o segundo conclui que a conduta, por ser imoral, é ilícita, enquanto o primeiro, ainda que se possa imaginar que tende a isso, não o faz explicitamente.

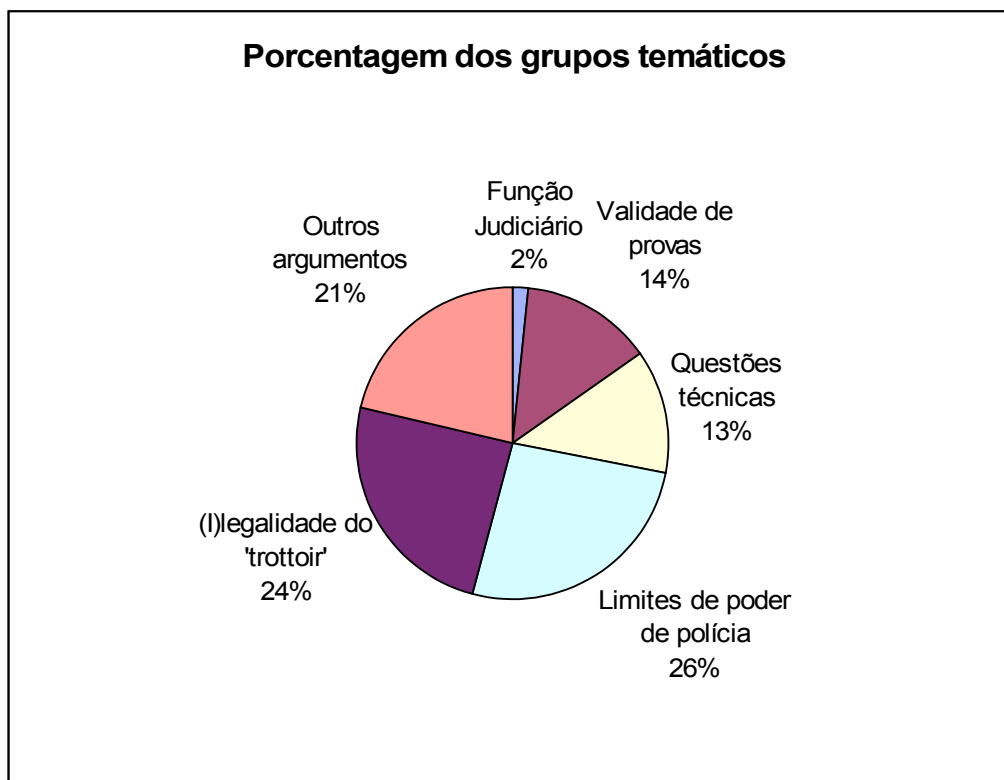
TABELA 10 – Quantidade de votos por grupo de assuntos

Grupo	Favoráveis ao HC	Contrários ao HC	Total de votos
Papel do Judiciário	1	6	7
Validade das provas e fato notório	54	6	60
Questões técnicas sobre o <i>habeas corpus</i>	15	41	56
Limites do poder de polícia	60	54	114
Legalidade ou ilegalidade da prostituição	36	71	107
Outros argumentos	0	93	93

Fonte: SALGUEIRO, Fernanda. "Argumentos do STF ao julgar prisões de prostitutas".

Ela aponta que os três grupos de argumentos mais importantes versam a respeito do poder de polícia, da legalidade ou ilegalidade do *trottoir* e de teses conseqüencialistas, que respondem por exatos 70% de todos os argumentos utilizados, o que pode ser demonstrado por meio deste gráfico:

GRÁFICO 1 – Distribuição dos argumentos por grupo temático



Fonte: SALGUEIRO, Fernanda. "Argumentos do STF ao julgar prisões de prostitutas".

Esses dados, por si sós, já parecem muito ilustrativos das preocupações dos ministros, não fosse, ainda, a verificação de que dos 93 votos com argumentos consequencialistas que compõem os 21% do grupo "Outros", todos foram empregados por quem denegou o *habeas corpus* (cf. tabela anterior). Esse elemento torna o referido grupo o mais desequilibrado em termos da presença de efetiva contraposição de teses a respeito do tema.

O embate de argumentos e contra-argumentos é circunstância presente nos demais grupos. Assim, no da validade das provas há tanto o argumento de que os recortes de jornal são válidos quanto o de que são inválidos. Do mesmo modo, há quem entenda que é parte do poder de polícia prender prostitutas e não formalizar a prisão e há quem veja nisso abuso de poder. No entanto, por exemplo, ao argumento de que a prisão de prostitutas reduz a criminalidade não consta nenhum contra-argumento dos que concedem o salvo-conduto.

Uma das hipóteses para isso seria a de que nenhum ministro que concedeu a ordem entendeu serem relevantes, para o julgamento da

questão, esses aspectos consequencialistas. Destaque-se que, bem diferente, o que afirmam é bem o contrário:

“Entendo que, também, aqui, não se trata de saber se o ‘trottoir’, que, na sociedade permissiva do presente, reveste mil formas, é lícito ou não, se é repellido ou não pela moralidade média, se ainda chega a escandalizar diante da anestesia ética causada pela onda pornográfica, que nada respeita. O que se cuida, na espécie, é de saber se a autoridade policial pode, a seu alvedrio, prender e deter qualquer pessoa, trate-se ou não de prostituta ou de prostituto, com violação do § 12, do art. 153, da Constituição Federal” (voto do Min. Leitão de Abreu no RHC 58.938, f. 148).

Por fim, antes de considerar cada um desses cinco grupos temáticos, insta assinalar uma premissa fundamental desta análise, que é a idéia de que o bom argumento, em matéria jurídico-penal, relaciona-se diretamente a alguma norma positivada. Isso porque, em se tratando da liberdade humana em um Estado de Direito, não se há de defender, creio, a plausibilidade de prisões justificadas à revelia da norma, a qual, nesse passo, apresenta certa faceta de garantia individual.

Ninguém será preso senão em virtude de lei previamente estabelecida. Encontra-se aí importante expressão do princípio penal e administrativo da estrita legalidade dos atos estatais. Se o Estado não pode prender alguém, punir administrativamente, ou restringir direitos, sem norma que o leve a isso de forma indisponível, o que se dirá do magistrado que julga a correição ou incorreição dessas ações, eventualmente substituindo-as por outras? Poderia ele se afastar desse princípio e considerar essas circunstâncias de vulneração a direitos divorciado da lei positiva?

Parece-me um contra-senso. Daí porque ainda que considere a riqueza de modalidades de argumentações válidas para os mais diferentes contextos, somente admito como cabível, ao menos para os fins desta monografia, a argumentação positivista na fundamentação da restrição de direitos individuais, no caso, da liberdade de locomoção de prostitutas.

À luz dessas premissas críticas é que tais grupos de argumentos serão analisados – ou melhor, tendo em vista esse *critério* de procedência argumentativa.

4.3. Visões sobre o papel do Poder Judiciário (grupo 1)

O principal embate de idéias que se viu sobre a função do Judiciário se deu entre os Min. Soares Muñoz e Oscar Corrêa⁹⁸, ambos em votos prolatados no RHC 59.518, levado à apreciação do Plenário. Segundo aquele julgador, ao conceder o salvo-conduto pleiteado às pacientes, o Poder Judiciário realiza a sua missão de oferecer efetiva proteção às garantias individuais de que todas as pessoas gozam:

“Os tribunais, principalmente o Supremo Tribunal Federal, não devem e não podem transigir quando a polícia transgride essa garantia constitucional [a de ir e vir], a maior que os cidadãos livres podem almejar para viver livremente num país que quer ser livre”.

Essa opinião se fez sentir entre os ministros contrários à concessão do salvo-conduto. Tanto que, incomodado, o Min. Moreira Alves interveio de imediato – não para contradizer o genérico argumento acerca de qual seria a responsabilidade e a função dos juízes, mas para defender a Segunda Turma⁹⁹. Demais dele, o Min. Oscar Corrêa aproveitou a primeira oportunidade em que se manifestava na Corte sobre prostituição para consignar que, em sua visão, o que competiria aos magistrados seria conter a dissolução dos costumes sociais:

⁹⁸ O voto do Min. Oscar Corrêa deste caso foi sintomaticamente reproduzido e observado à unanimidade pela 1ª Turma, da qual ainda fazia parte o Min. Soares Muñoz, no julgamento do RHC 63.236 (cf. apêndice, 19.2). Tratava-se do primeiro e último RHC preventivo de prostitutas paulistas julgado pelo STF após o Pleno denegar a ordem, por maioria, no RHC 59.518.

⁹⁹ Ele sustentou o argumento da lesão atual: “Mas, Ministro, a Segunda Turma não é contrária a isso. Apenas acha que, se não há crime, não há necessidade de salvo-conduto, e se há, o salvo-conduto é ilegal”. Em resposta, o Min. Soares Muñoz se valeu do argumento da inocuidade, nestes termos: “Não há ilegalidade na concessão de salvo-conduto, ainda que o chamado ‘trottoir’ possa, naquela hipótese, constituir crime. Se tal ocorrer, cabe à Polícia prender e lavrar o auto de prisão em flagrante, submetendo-o à consideração do juiz competente. É o que determina a Constituição. O salvo-conduto visa a evitar a prisão indiscriminada e arbitrária”.

“(...) incumbe ao judiciário o árduo papel de opor diques à ampliação dessas atividades [da prostituição], em benefício da contenção da onda dissolutória dos costumes, que avassala a sociedade. (...) E tendo de julgar há que ponderar todos esses dados, essenciais às razões de decidir”.

No mesmo voto, proferiu outra manifestação de similar teor, no sentido de que “aos juízes incumbe criar obstáculos a que a dissolução dos costumes se amplie e domine a vida social, gerando o desregramento e a devassidão – a corrupção moral – que não são o fermento próprio ao progresso da vida social”.

Ao apresentar essa opinião, o ministro se mostrou filiado a uma das duas tendências do STF, por ele denominada como a dos ‘proibicionistas’, a daqueles que “considera[m] de seu dever jurídico, em face da realidade e da lei, opor-lhe [ao *trottoir*] óbices à atuação”, em oposição à dos ‘abstencionistas’, que não entram nesse mérito. Para o ministro, ser proibicionista além de se tratar de um *dever jurídico* substancia também obrigação de natureza moral do magistrado.

De fato, ao relatar a sua filiação a esse grupo, justificou: “[f]azêmo-lo por motivos de ordem moral e legal” e explicou a razão moral que lhe moveu:

“Moral – porque cremos de nosso dever criar empecilho a que, pela concessão do salvo-conduto, se facilite a prática que – todos estamos de acordo – não condiz com as conveniências da sã moral e dos bons costumes (...) seria o ‘bill de indenidade’ (...) tornando difícil, senão impossível, a própria repressão aos abusos mais graves” (grifo original).

É interessante observar a linguagem utilizada pelo Min. Oscar Corrêa, que se posiciona ante a prostituição como se estivesse em meio a uma guerra, impressão advinda do uso de palavras como “incumbe”, “diques”, “obstáculos”, “empecilho”, “primeira barreira”, “dissolução”, “amplie”, “domine”, “defesa”, “primeira trincheira”, “círculo concêntrico”, “se deve defender” e “resistência”.

Vejam-se alguns exemplos dos usos dessas expressões (que grifei), nas quais fica evidente a centralidade da moralidade em seu discurso:

“aos juízes *incumbe* criar *obstáculos* a que a *dissolução* dos costumes se *amplie* e *domine* a vida social, gerando o desregramento e a devassidão – a corrupção moral – que não são o fermento próprio ao progresso da vida social”.

“A *defesa* do direito deve começar na asseguaração do respeito às normas morais, *primeira trincheira* do *círculo concêntrico* mais amplo da distinção clássica, *primeira barreira* que se *deve defender*”.

“[prostituição] a que se *deve opor resistência*, para que se não torne o desregramento geral”.

Esses dois pontos de vista exigem do Judiciário um posicionamento ante as prisões de prostitutas. Porém, eles se fundamentam em dados e chegam a conclusões diferentes. Enquanto o Min. Soares Muñoz assegura às pacientes o direito ao salvo-conduto se esteiando em dispositivo expresso da Constituição Federal, cujo cumprimento proporcionaria a formação de uma sociedade livre, o Min. Oscar Corrêa se embasa em um “dever jurídico e moral” que não encontra amparo normativo positivado, sendo parte de uma “distinção clássica” segundo a qual a defesa do direito começa na defesa das normas morais.

4.4. Discussões técnicas sobre o salvo-conduto (grupo 2)

No Supremo Tribunal Federal se repetiu um debate técnico presente no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no que toca às hipóteses de cabimento do *habeas corpus* preventivo e aos efeitos jurídicos do salvo-conduto.

Argüiu-se que a concessão de salvo-conduto seria o mesmo que uma permissão judicial para a prática de ilícitos, tese tipificada nesta monografia como argumento do alvará da impunidade. A idéia era de que, salvo-conduto às mãos, as prostitutas estariam salvaguardadas para fazer o que

bem quisessem, sem que a polícia pudesse agir para impedir ou reprimir práticas delituosas. Nesse sentido, o salvo-conduto teria o efeito de paralisação absoluta da polícia, ainda que esta se encontrasse ante o cometimento de fato penal típico.

Foi o que transpareceu das palavras do Min. Oscar Corrêa, bem como deste trecho do voto do Min. Cordeira Guerra:

“Não posso dar um habeas corpus [sic] preventivo para colocar uma prostituta em posição garantida de importunar o pudor dos passantes ou mesmo atentar contra o pudor” (RHC 58.179).

Isto não foi explicitado, mas parece lógico compreender que, a princípio, o referido argumento contrariaria a concessão de *qualquer* ordem preventiva – não apenas às prostitutas, uma vez que o salvo-conduto teria, ele próprio, a forma de ‘cheque em branco’ permissivo da realização de delitos¹⁰⁰. Seria, no mínimo, inusitado que fosse esse o sentido do instrumento, algo como uma brecha legalizada para que qualquer pessoa se colocasse acima do direito posto.

Ainda, há de se frisar a argumentação que contém uma variação em relação ao argumento do alvará da impunidade, no sentido de que o salvo-conduto não impediria a atuação policial na coibição de crimes ou contravenções penais, mas (genericamente) de atos contrários à moral, o que seria igualmente odioso. Em tal diretriz, coloca-se o Min. Rodrigues Alckmin ao reproduzir o parecer de Henrique Fonseca de Araújo, da Procuradoria-Geral da República, e com ele assentir:

“A concessão de salvo-conduto tornaria impossível o exercício da função policial, obrigando aos agentes da autoridade a cruzarem os braços diante de atos atentatórios à moral e ao sossego público, o que é inadmissível” (RHC 54.534).

¹⁰⁰ Não obstante, nos votos em que ele aparece com maior destaque, ou seja, nas manifestações do Min. Cordeiro Guerra (RHC 58.179) e do Min. Oscar Corrêa (RHC 59.518), ele é acompanhado por um outro argumento, segundo o qual só poderia haver concessão de salvo-conduto para quem utilizasse a liberdade de ir e vir, que se quer proteger, em conformidade com as ‘regras’ morais.

Essa hipótese é ambígua, pois não explicita se os atos das pacientes são ou não penalmente tipificados. Aparentemente não, trata-se de simples atos imorais. Se isso for verdade, o que ele faz é defender a repressão policial a práticas que não estão previstas no ordenamento como delitos, negando às prostitutas o direito de só verem seus direitos restringidos em função de lei.

Em oposição a essas duas interpretações, asseverou-se o argumento da inocuidade¹⁰¹, vale dizer, o de que o salvo-conduto não tem o efeito de impedir a justa atuação policial quando ela se orientar pelos meios e modos previstos em lei, servindo, ao revés, como instrumento de contenção da ação ilegal e abusiva da polícia. Foi com o que concordou o Min. Xavier de Albuquerque, ao transcrever decisão do “eminente Desembargador Acácio Rebouças, sabiamente reservado e austero em matéria penal”:

“O salvo-conduto reclamado nenhum perigo acarreta para a ordem jurídica, pois se destina precipuamente a fazer com que essa seja respeitada e obviamente não dispõe de eficácia quando o agente possa justificar a sua intervenção, ou exibindo o mandado de prisão a cujo cumprimento se entrega, ou fazendo autuar um flagrante o transgressor da lei e dando disso comunicação ao juiz competente, como exige a Constituição. Em outras palavras, o salvo-conduto apenas protege contra arbitrariedades, nunca tolhe a intervenção legal da autoridade pública” (RHC 56.956).

Demais disso, alguns magistrados contrários à concessão da ordem argumentaram que o HC só poderia ser deferido a quem não se prostituísse, pois somente teria direito de ir e vir quem observasse os bons costumes. No STF, essa tese foi assumida por Djaci Falcão, Cordeiro Guerra e Oscar Corrêa, sendo reconhecida pela 1ª Turma por unanimidade depois do julgamento do RHC 59.518.

¹⁰¹ Este argumento, outrossim, já havia sido sustentado por desembargadores do tribunal paulista. O nome do argumento se deveu ao primeiro caso do STF em que ele foi enunciado: “*Se a polícia não molestar a paciente, o salvo conduto será inócuo*. Mas, se insistir na prática das violências que lhe são atribuídas, a justiça está no dever de assegurar à paciente a liberdade, que é direito de todos, e de que ela não pode ser privada senão pela forma e nos casos previstos em lei” (voto do Min. Oswaldo Trigueiro, RHC 42.952, grifei).

Basta notar que, após atestar que o *trottoir* em si é, “fora de dúvida, um comportamento ilícito”, o Min. Djaci Falcão, por exemplo, afirmou que se a paciente fosse presa poderia se valer do remédio constitucional em apreço, desde que não se encontrasse se prostituindo:

“Isso, devo acrescentar, não impede o uso do habeas corpus, se a recorrente vier a ser presa sem se achar na prática do trottoir” (RHC 58.179).

Além disso, houve, de fato, quem entendesse que o *habeas corpus* só teria cabimento, no caso das prostitutas, caso houvesse lesão atual, isto é, caso as pacientes estivessem presas no momento da impetração do *writ*, o denominado argumento da lesão atual. O Min. Cordeiro Guerra explicitou um elemento norteador dessa sua compreensão. Veja:

“É claro que, se se tornasse evidente a perseguição à desgraçada, se fosse flagrante não justificado, então, diante do fato concreto, eu não teria vacilação em dar o habeas corpus. Mas, *preventivamente, me parece arriscado*” (RHC 58.179, grifei).

Talvez, o risco a que o ministro aluda se relacione à crença de que o salvo-conduto impedirá a atuação legal da polícia. Ou então, ao medo de que impeça a atuação *ilegal*. Com efeito, ao final de seu voto, o ministro reconhece ter ciência de que procede em São Paulo “uma certa disciplina do trottoir”, com a qual concorda em nome da suposta queda da criminalidade verificada no centro do município. Em outras palavras, no discurso do ministro se insinua a conivência com os meios empregados pela polícia em razão do resultado obtido, a seu ver, bem-quisto.

Se há algo de comum na percepção dos ministros que negam provimento aos recursos de *habeas corpus* parece constituir a idéia de que as pacientes demandam o salvo-conduto com o fim específico de se prostituírem nas ruas de São Paulo. Eles traduzem a pretensão imediatamente a estes termos, passando, a seguir, a analisar a legitimidade da finalidade para a qual elas imaginariamente requerem a proteção judicial. Daí o medo do Min. Cordeiro Guerra. Afinal, a prostituta poderia utilizar o

instrumento para promover atentados à moral pública. Porém, esse dado não consta dos autos.

No RHC 59.518, o Min. Alfredo Buzaid chegou até a consignar que o *habeas corpus* não seria meio apto a zelar pelo exercício de uma atitude ofensiva dos bons costumes¹⁰². Contudo, as pacientes não requerem salvo-conduto para que façam algo com sua liberdade. Elas requerem a sua liberdade, pedindo que esse bem jurídico seja efetivado e somente venha a ser restringido nas hipóteses legais e constitucionais.

A partir do momento em que os ministros afirmaram só conceder salvo-conduto se a lesão fosse atual, inovaram as condições de cabimento do *habeas corpus* estabelecidas desde 1871⁽¹⁰³⁾. Isso porque, consoante a Constituição de 1967/69, o remédio heróico pode ser repressivo ou preventivo, isto é, mostra-se utilizável tanto para quem sofra atual coação em sua liberdade quanto para quem se ache ameaçado de sofrê-la a qualquer tempo. Nesse sentido, a interpretação esboçada se flagra inconstitucional.

Mas há outra questão a merecer atenção: o argumento de que a concessão se condicionaria ao fato de a paciente não estar no exercício de conduta ilícita. Ou seja, de que a concessão da ordem se condicionaria à assunção de que o *trottoir* não é ilegal.

O dispositivo constitucional não exige da pessoa injustamente ameaçada ou coagida o exercício de conduta legalmente aceita ou conforme a moral e os bons costumes para que faça jus ao remédio, sendo suficiente, para a expedição da ordem, que na violência sofrida em sua liberdade de locomoção haja ilegalidade ou abuso de poder.

Confira o teor do parágrafo 20 do art. 150 da CF/67⁽¹⁰⁴⁾:

¹⁰² Apesar de admitir que na petição inicial se pede “uma ordem de *habeas corpus* preventivo, para que as pacientes não sejam detidas a não ser nos casos previstos em lei, expedindo-se-lhes o competente salvo-conduto”, o Min. Alfredo Buzaid viu, aí, não a defesa da liberdade de locomoção, “mas sim ao exercício da profissão que adotaram, cuja renda constitui a fonte de sua manutenção. Ora, o *habeas corpus* é um remédio, de índole constitucional, destinado a proteger a liberdade no exercício de um direito. (...) [mas o que se vindica] É a tutela do exercício de uma atitude que, embora não qualificada legalmente como delito ou contravenção, ofende, contudo, os bons costumes” (RHC 59.518).

¹⁰³ Há previsão de *habeas corpus* por violência iminente desde a Lei nº 2.033, de 1871, que estabelecia em seu art. 18, par. 1º: “Tem lugar o pedido de concessão da ordem ainda quando o impetrante não tenha chegado a sofrer o constrangimento corporal, mas seja dele ameaçado” (*apud* ABREU, Florêncio, *Comentários ao Código de Processo Penal*, vol. V, RJ: Forense, 1945, p. 560). Nas palavras de Inocêncio Rosa, a lei o declarou “interpretando liberalmente” o Código de Processo de então (*Comentários ao Código de Processo Penal*, SP: RT, 1982, p. 766).

¹⁰⁴ Possui redação idêntica à do parágrafo 20 do art. 153 da CF/69.

“Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém *sofra ou se ache ameaçado de sofrer* violência ou coação em sua liberdade de locomoção, *por ilegalidade ou abuso de poder*. Nas transgressões disciplinares não cabe habeas corpus” (grifei).

Esse o fundamento da declaração do Min. Leitão de Abreu¹⁰⁵, no sentido de que não seria preciso apreciar a legalidade ou ilegalidade do *trottoir* para julgar se a autoridade que não cumpre as formalidades de prisão promove ou não injusta ameaça a direito:

“Prescindo, para sustentação do meu voto, de saber se a prática do ‘trottoir’ constitui crime, ou não.

Concedo, no caso, o salvo conduto, para impedir que a paciente continue a ser presa ou detida, como repetidamente vem acontecendo, sem que se formalize contra ela a imputação de qualquer delito, sem que se aponte, assim, o dispositivo penal que teria violado” (RHC 58.179, esclarecimento de voto).

Dessa forma, o Min. Leitão de Abreu sinalizou que é indiferente o *status* normativo da prática que provocou a prisão ou detenção. Em se tratando de prisão ou detenção reiterada e promovida em desconformidade com os textos legais, merece a paciente o salvo-conduto¹⁰⁶. O mesmo entendeu o Min. Soares Muñoz, no RHC 59.518, *litteris*:

“Temo-nos adstrito apenas à observância de uma das garantias constitucionais, aquela que, segundo entendo, é das mais preeminentes, porque assegura a liberdade de ir e vir, salvo prisão em flagrante ou mediante ordem escrita da autoridade competente. Segundo ela, a prisão não pode ser realizada, *mesmo*

¹⁰⁵ No corpo do seu voto, o ministro entrara no mérito acerca da licitude ou ilicitude da prática. Contudo, parece provável que tenha se dado conta da desnecessidade dessa discussão, pelo que pediu um esclarecimento de voto no qual consignou o quanto transcrito, a respeito da dispensabilidade dessa informação.

¹⁰⁶ O Min. Rafael Mayer, no mesmo sentido, afirmou que a prisão, mesmo motivada por crime, sem os procedimentos legais representaria constrangimento ilegal: “Se se prende sem crime, ou, se havendo crime, sem o devido procedimento legal, exigido pela Constituição, há constrangimento injurídico” (voto do Min. Rafael Mayer, RHC 59.518, f. 262). Ele fez esse comentário no contexto em que comentava o abuso de poder.

em face do crime, sem que se cumpram as formalidades constitucionais” (voto do Min. Soares Muñoz, RHC 59.518, grifei)

Não obstante nos dias atuais essa compreensão ser amplamente aceita, não foi o que sucedeu nesses casos. Ambos os ministros ficaram vencidos nesse entendimento. Para a maioria da Corte, decidir a legalidade ou a ilegalidade do *trottoir* implicaria em subscrever ou denegar a concessão da ordem, à medida que o *habeas corpus* parecia ser visto como modo de defesa da locomoção da pessoa de conduta lícita injustamente submetida a privações de liberdade pela autoridade policial.

Mas não é fácil identificar o que se entendia à época. Com efeito, quando da publicação do Código de Processo Penal que regulamentou o *writ*, parece que talvez vigesse a tese da necessidade de apreciação da licitude da prática da(o) paciente como condição do sucesso do pedido. Dá notícia do fato a Exposição de Motivos do mencionado *codex* (Decreto-lei 3.689 de 1941), na qual Francisco Campos registrou *en-passant*:

“Sabe-se que um dos casos taxativos de concessão de *habeas corpus* é o de não constituir infração penal o fato que motiva o constrangimento à liberdade de ir e vir” (“O recurso *ex officio* da concessão de *habeas corpus* na primeira instância”, Exposição de Motivos do CPP).

Também da década de 40 é este comentário do art. 648, I, CPP feita por Florêncio de Abreu, membro da Comissão Elaboradora do Anteprojeto do Código de Processo Penal, acerca da ausência de justa causa para a prisão, a torná-la ilegal somente quando não haja efetivamente uma “causa” material para ela, silenciando sobre questões relativas à formalização do ato construtivo:

“Inexistência de justa causa. O conceito de justa causa não se pode estabelecer *a priori*, incumbindo ao juiz apreciá-la no caso concreto. Não existe, por exemplo, justa causa para a prisão quando o fato de que é o paciente acusado não constitui crime, ou contravenção penal; ou quando, embora constitua crime, ou contravenção, o réu se encontre evidentemente no caso de se livrar solto,

independentemente de fiança" (*Comentários ao Código de Processo Penal*, vol. V, Rio de Janeiro: Forense, 1945, p. 567).

Contudo, quatro décadas depois, no período do julgamento dos RHCs estudados, o doutrinador Inocêncio Borges da Rosa postulou o cabimento do remédio heróico independentemente do motivo que determinara a prisão, desde que esta fosse ilegal:

"O dito recurso é admissível contra toda prisão ou constrangimento ilegal, qualquer que seja o motivo que os determine e qualquer que seja a autoridade de que emanem, salvo as exceções declaradas em Lei" (*Comentários ao código de processo penal*, 3. ed., São Paulo: RT, 1982, p. 768).

Diante disso, será possível sustentar que o entendimento de 1940 deveria estar fundamentado em disposições da Constituição vigente no ano de promulgação do CPP, posteriormente alteradas. À época, vivia-se sob a Constituição Federal de 1937, que previa o instituto do HC em seu artigo 122, referente aos direitos e garantias individuais, cujo tópico 16 dispunha que:

"16) dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal, na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar".

Ora, tem-se aí que o remédio fora insculpido no texto de 37 com dicção quase igual à da Constituição de 1967/69 (acima transcrita), o que afasta a hipótese de que a interpretação da década de 40 se justificaria por deter assento constitucional próprio.

Tudo isso originou a tese de que, em verdade, o requisito da legalidade da conduta que gerou a prisão, assim como a extinção desse requisito provavelmente sejam obra da interpretação da doutrina e dos pretórios. Resta saber se o voto do Min. Leitão de Abreu, de 05 de setembro de 1980, bem como o voto do Min. Soares Muñoz, de 26 de agosto de 1982, são precedentes desse novo entendimento, que só se assentaria

posteriormente, quiçá com a Constituição de 1988, ou se eles são os únicos que enfrentam a questão com o rigor técnico do seu período histórico.

Por fim, o Min. Cordeiro Guerra e outros ministros que não deram provimento aos recursos de *habeas corpus* alegando que as ações da polícia se justificavam mesmo que não configurado o fato típico, pois competiria aos agentes policiais prevenir a ocorrência do ilícito e evitar a sua consumação:

“Não é necessário que a Polícia aguarde que a prostituta, no trottoir, importune alguém de modo ofensivo ao pudor ou mesmo pratique um atentado ao pudor público para que então atue. Basta que a prostituta, pela sua atitude, revele o propósito da prática da contravenção ou do crime, porque a conduta da prostituta no trottoir já é um fato indicativo dessa intenção. Assim, não me parece possível que se obrigue a autoridade policial a aguardar a consumação do ilícito penal para então agir” (RHC 58.179, *idem* ao RHC 59.520).

O argumento da prevenção apresentado acima contém impropriedades, mesmo sob o ângulo da teoria penal da época. O Min. Cordeiro Guerra aparentemente se refere à possibilidade de intervenção policial a impedir que o crime ou a contravenção não se consumem, ensejando que a execução do tipo penal seja paralisada no estágio de mera tentativa. Mas tentativa do quê?

Na esfera contravencional, ele deveria aludir ao art. 61 do Decreto-lei 3.688 de 1941 (Lei de Contravenções Penais), que tipifica o delito de importunação ofensiva ao pudor. Porém, isso não seria correto, tendo em conta que o art. 4º desse mesmo diploma legal excluiu a punibilidade da tentativa de contravenção¹⁰⁷.

Já no âmbito criminal, o enquadramento geralmente feito dos atos supostamente atentatórios à moral realizados pelas prostitutas se fazia com base no art. 233 do Código Penal, que prevê o crime de ato obsceno¹⁰⁸. Os exemplos provenientes de julgados paulistas que a doutrina oferece, de

¹⁰⁷ “Tentativa

Art. 4º Não é punível a tentativa de contravenção” (LCP).

¹⁰⁸ “Ato obsceno

Art. 233. Praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público:
Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa” (CP).

práticas subsumíveis aos conceitos abertos do tipo, são: micção em público, “chispada” (“streaking”), exibição de órgãos genitais, “bolinação”, esfregar o membro na vítima em local público, levantar as saias da vítima, apalpar ou morder em público os seios ou as nádegas da vítima, ‘beijo lascivo’, andar o(a) travesti semi-nu¹⁰⁹.

Em regra, portanto, a concreção do crime importa em atos unissubsistentes, i.e., que se realizam por meio de uma só ação. Talvez a própria idéia que subjaza ao *nomen juris ato* obsceno seja o de algo que se produz a uma só feita. Ora, crimes unissubsistentes, como se sabe, também não comportam a forma tentada.

Então, o ministro se esforçou, ainda, para fundamentar juridicamente a ação policial alegando que “[b]asta que a prostituta, pela sua atitude, revele o propósito da prática da contravenção ou do crime”. Porém, como os atos preparatórios são impuníveis, assim como a cogitação ou preparação mental, apenas havendo crime (ainda que tentado) na presença de atos executórios que ao menos iniciem a realização do tipo penal com alguma ofensa ao bem jurídico tutelado, a mera exteriorização da intenção criminosa de alguém se mostra insuficiente para a configuração da tentativa do delito em apreço.

Longe dessa compreensão, a interpretação que o ministro fez da prostituição, no sentido de que “a conduta da prostituta no trottoir já é um fato indicativo dessa intenção” contravencional ou criminal, termina por tipificar um fato atípico. Sim, porque ao relacionar de modo direto o *trottoir*, genericamente considerado, ou seja, independentemente das situações em que seja praticado, com o indício de crimes, é como se ele passasse a ser considerado um ato executório do tipo penal e, assim, estabelece-se uma norma geral e abstrata que admite, em seu nome, a restrição da liberdade individual.

Em outras palavras, o Min. Cordeiro Guerra e outros terminam por inovar o ordenamento jurídico em matéria penal, fundados em teorias indiciárias de condutas, ao entenderem que o *trottoir* – e a sua praticante – são indicativos(as) de certa intenção criminosa legitimadora da prevenção (repressora) da polícia. Assim é que a punição se vincula mais à pessoa que ao fato, pouco importando se este ocorreu, a exhibir um traço de expressão

¹⁰⁹ DAMÁSIO DE JESUS, *Código Penal Anotado*, São Paulo: Saraiva, 1991, p. 614-617.

do chamado direito penal do autor, em lugar do direito penal do fato. A prostituta pode ser presa. Porém, não pelo que ela fez, mas pelo que ela é.

4.5. Fato notório, validade e uso de provas (grupo 3)

No regime processual do *habeas corpus* (HC), entende-se que, caso venha a ser impetrado na modalidade preventiva, exigível a pré-constituição da prova do justo temor de iminente violência ou coação ilegal na liberdade de ir e vir de alguém¹¹⁰. É preciso que o(a) julgador(a) possa verificar de plano a ilegalidade alegada, sem que seja necessária a instrução do feito, mediante pareceres de peritos, oitiva de testemunhas e outros meios.

Desse modo, se alguém se encontra ameaçado de sofrer prisão ilegal, sabendo, por exemplo, que foi indiciado em inquérito policial instaurado para investigar um crime impossível, poderá se valer desse remédio. *In casu*, trata-se de coação ilegal à medida que não haveria justa causa sequer para a abertura do referido instrumento inquisitório¹¹¹. Nessa ilustração, a(o) paciente terá às mãos os autos do inquérito, a substanciarem suficiente prova material para a comprovação imediata e de plano do concreto risco de prisão súbita.

A situação das pacientes nos recursos de *habeas corpus* preventivos analisados é diversa. Elas reclamam da não formalização das detenções a que as submetiam as autoridades policiais. Presas, muitas vezes elas eram mantidas incomunicáveis¹¹², quando, além disso, não eram obrigadas a assumir delitos que não cometeram.

Na matéria jornalística do dia 13.06.80, dentre outras, tal fato é assim registrado:

¹¹⁰ Além dos arts das Constituições Federais, eis o que consta do art. 647 do Código de Processo Penal (CPP) de 1941: "Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar".

¹¹¹ A ausência de justa causa é uma das sete hipóteses de coações consideradas ilegais, na acepção do art. 648 do CPP. As demais são excesso de tempo de prisão, incompetência da autoridade que ordenou a prisão, cessação do motivo autorizador da coação, negativa de prestação de fiança em casos autorizados por lei, processo manifestamente nulo e extinção da punibilidade.

¹¹² Isso talvez explique, em parte, que só tenham sido encontrados, nesta pesquisa, *habeas corpus* preventivos. Em outras palavras, parece razoável supor que elas não conseguissem comunicar sequer a um(a) advogado(a) sobre sua prisão, o que inviabilizaria a impetração de HCs repressivos.

“SEM ADVOGADO. Outra prostituta, Marli, de 38 anos, também disse que foi presa logo após jantar em um restaurante da praça Júlio de Mesquita em companhia de duas colegas e de duas estudantes. Às 21h40, quando entramos no carro de uma das estudantes, fomos cercadas por diversos veículos da polícia. Vários investigadores desceram e me agarraram pelo braço, exigindo, aos gritos, que saíssemos do carro. *Nós todas fomos levadas ao 3º Distrito Policial, onde o doutor Richetti me impediu de chamar o advogado. O dr. Paulo me deu um soco na boca e disse ao doutor Tadeu para me dar um flagrante.* No momento da minha prisão, um policial conhecido por ‘Carioca’ pegou em minha bolsa 2.400 cruzeiros e tomou-me um relógio de pulso que vale 9 mil cruzeiros. Ficou com tudo e quando reclamei mandou-me calar a boca. *Após apanhar, fui levada ao PS da Santa Casa e, na volta, tive de pagar 5 mil cruzeiros de fiança para ser libertada, além de assinar um termo de flagrante por desacato à autoridade*” (“Detidos confirmam violências”, *FSP*, p. 12, grifei).

Assim, diante da dificuldade de produção prévia de provas – produzidas, como haveriam de ser, pela mesma autoridade que figuraria na posição de coatora –, exemplificadamente, auto de flagrante¹¹³, nota de culpa¹¹⁴ ou exemplar do mandado de prisão¹¹⁵, que indicassem a reiteração das prisões arbitrárias, ou tendo em vista a ausência de documentos probantes da formação de culpa, os remédios das pacientes eram comumente instruídos com declarações extrajudiciais de testemunhas e matérias jornalísticas (como a recém transcrita), os únicos documentos que davam notícia da campanha repressiva promovida pela polícia contra as prostitutas do centro de São Paulo.

¹¹³ Nos termos do art. 306, *caput* e parágrafo 1º do CPP, a prisão e o local da prisão de qualquer pessoa “serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou a pessoa por ele indicada” e em 24 horas se encaminhará ao juiz o auto de prisão em flagrante com os testemunhos colhidos.

¹¹⁴ O art. 306 do CPP estabelece que, em 24 horas, “será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e o das testemunhas”.

¹¹⁵ O art. 286 do CPP prevê que o “mandado será passado em duplicata, e o executor entregará ao preso, logo depois da prisão, um dos exemplares com declaração do dia, hora e lugar da diligência. Da entrega deverá o preso passar recibo no outro exemplar; se recusar, não souber ou não puder escrever, o fato será mencionado em declaração, assinada por duas testemunhas”.

Ao rever a decisão *a quo* nos autos relativos aos RHCs 39.270, 51.434, 54.434, 56.956, 57.021, 58.938 e 58.974, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo considerou esse material inválido ou insuficiente para provar a ameaça experimentada individualmente pelas pacientes. Desse modo, ainda que estivesse comprovado o fato notório da repressão policial, ele não serviria às pacientes consideradas em particular.

Essa tese era associada ao argumento da fé pública, no sentido de que os atos e palavras da Administração se presumem verdadeiros. Ora, nas informações prestadas pela autoridade policial – em regra, o Delegado da Seccional Centro –, ele afirmava não constar dos prontuários oficiais registros de ocorrências passadas das pacientes, por vezes negando expressamente que elas estivessem sob ameaça.

Os primeiros RHCs julgados pelo STF possuíam acórdãos do TJ-SP que denegavam a ordem com esses dois fundamentos. Nessa esteira, os trechos abaixo, respectivamente da 3ª Câmara Criminal e das Câmaras Conjuntas Criminais da 2ª instância estadual são representativos da argumentação desenvolvida naquela instância:

“Realmente não foi coligida prova válida para demonstrar as alegadas ameaças.

As autoridades policiais negaram os fatos, e quando se referiram a eventuais detenções de mulheres que se dedicam ao trottoir, se reportaram, ainda assim de maneira genérica, ao passado não declarando especificamente que qualquer das pacientes esteja atualmente ameaçada de prisão.

Os documentos juntados nenhum valor têm como prova, pois, ou são declarações extrajudiciais (ou declaração prestada há muitos anos por uma das pacientes) ou cópias de decisões que naturalmente tiveram respaldo fático, o que não acontece no caso” (RHC 54.534, relatório).

“Assim decidem porque não foi feita *prova alguma judicial* de estarem as pacientes sob ameaça de prisão, constando, a respeito, simples alegação na inicial.

Sem qualquer prova válida, não se concede habeas corpus, mesmo preventivo. É indispensável a comprovação das ameaças, ou com depoimentos, ou por qualquer meio admissível em direito.

Unicamente não se exige, pela natureza do caso, prova cabal. Basta que haja elementos razoáveis, em contraposição às informações negativas da autoridade policial – cuja palavra é amparada pela fé de ofício – para que se conceda a ordem” (RHC 56.956, relatório, grifei).

No TJ-SP houve quem entendesse, outrossim, que as matérias jornalísticas não teriam importância nem mesmo para afiançarem o juízo acerca da notoriedade dos fatos alegados:

“O noticiário-jornalístico, embora a respeitabilidade dos órgãos que os estampam, por outro lado, na ausência do contraditório, ou pelo menos, da responsabilidade que se assume nos depoimentos judiciais, ‘data venia’, não servem [sic] para a formação do convencimento, nem tem a força para se afirmar notoriedade” (RHC 58.938, relatório).

Como se vê, nesses primeiros casos, cujos julgamentos no STF se concentram no ano de 1979, os HCs haviam sido denegados no TJ-SP por ausência de provas válidas, que seriam aquelas ou pré-produzidas ou produzidas na esfera judicial.

Nessa diretriz, é curioso notar que, a partir de 1980, passaram a surgir medidas nas quais o impetrante requeria, além do salvo-conduto, o deferimento de justificção ou da oitiva de testemunhas em juízo. Fora o jeito encontrado para a apresentação de provas reconhecidamente válidas, que ensejassem a concessão da ordem.

Porém, havia juízes de 1ª instância que a indeferiam. Pelos recursos estudados, tem-se ciência de um desses casos, no qual a negativa da oitiva de testemunhas – “que sempre vêm destacar a moralidade das pacientes” – foi justificada pelo fato de que, devido à “forma processual do H.C.”, a autoridade policial não poderia reinquirir, contraditar ou impugnar as testemunhas, e as testemunhas arroladas, por serem todas prostitutas, dariam depoimento inútil:

“Por isso é que não se pode cogitar da produção de prova testemunhal em tema de H.C., para colocar-se em dúvida a palavra

da autoridade apontada como coatora, que é chamada ao processo apenas para prestar as suas informações. *Certamente, quando essa prova testemunhal, como aqui, se resume na palavra de outras prostitutas como a paciente (uma das quais sua irmã), nem seria preciso que se destacasse a sua inutilidade, também porque evidentemente parcial*" (RHC 59.114, voto do Min. Néri da Silveira, grifei).

A afirmação do magistrado de que as testemunhas arroladas seriam dispensáveis por serem prostitutas como as pacientes e, portanto, parciais, mostra-se bastante problemática, por cuidar de um juízo de valor carente de respaldo objetivo que resultou no cerceamento da produção de provas indispensáveis para a proteção de direitos fundamentais.

Mas ainda existiram muitos juízes de 1ª instância que começaram a permitir o mencionado tipo de prova e a conceder *habeas corpus*, verificando que as alegações das pacientes eram confirmadas pelas testemunhas. Ocorreu que, diante disso, algumas¹¹⁶ Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça continuaram denegando os pedidos – desta vez, com dois outros fundamentos.

Primeiro, o de que o *trottoir* seria contravenção imoral, por isso não caberia HC que viesse assegurar a sua prática (RHC 58.179). Segundo, o de que depois do julgamento do RHC 58.179⁽¹¹⁷⁾ o STF teria fixado o entendimento de que o *trottoir* é uma contravenção penal (RHC 60.153) e de que a concessão do salvo-conduto significaria uma chancela para essa imoralidade (RHCs 59.104, 59.114, 59.520, 60.151 e 60.153), bem como um alvará de impunidade (RHC 60.170 e 60.151).

Sem prejuízo desses dois argumentos, alguns juízes questionaram a possibilidade de oitiva de testemunhas nesse tipo de remédio, permitindo exclusivamente a constituição prévia de provas. Assim, ora alegou-se que "recortes de jornal e declarações extrajudiciais" eram provas inválidas, sendo necessária prova judicial; outrora que não seria cabível a oitiva de testemunhas em sede de HC, à medida que o procedimento seria restritivo demais para aceitar dilação probatória. É também o que o Min. Décio Miranda afirmou, no voto do RHC 58.178:

¹¹⁶ Está-se referindo à 1ª, 3ª e 6ª Câmaras Criminais do TJ-SP.

¹¹⁷ O único acórdão do TJ-SP em que não se utiliza o RHC 58.179 como precedente é o que originou o RHC 60.170. Nesse caso, o TJ-SP se respaldou no julgamento do RHC 58.938.

“Parece-me ter sido demasiada a providência do Juiz, e até insólita em habeas corpus, ouvindo testemunhas para caracterizar a situação. Mas dessa medida, que não é normal em habeas corpus, resultou-lhe a convicção de duas coisas contraditórias: que a paciente era uma mulher discreta, de bons costumes e, ao mesmo tempo, fazia o trottoir” (RHC 58.179).

Em suma, em um momento foi exigida a produção de prova judicial, em outro, ela foi afastada. Além de gerar essa aflitiva contradição, não se cogitou o fato de que as declarações extrajudiciais, a juntada de recortes de jornal e os testemunhos judiciais eram as únicas provas passíveis de produção nas circunstâncias então vividas pelas pacientes e talvez por outras pessoas perseguidas durante o regime militar.

Essa ampla discussão a respeito de provas alcançou o Supremo Tribunal Federal, no âmbito do qual algumas das teses esboçadas no TJ-SP tiveram ressonância, tanto a favor quanto contra as pacientes. Os argumentos que reconhecem a validade das provas foram apresentados nos RHCs 39.270, 42.952 e 57.021 por unanimidade, assim como nos votos dos Min. Leitão de Abreu, no RHC 58.938, do Min. Xavier de Albuquerque, no RHC 56.956, e do Min. Rafael Mayer, no RHC 59.518.

Nesses recursos se defendeu que: (i) as provas são válidas, sejam elas declarações extrajudiciais, recortes de jornal ou depoimentos em juízo; (ii) independentemente da validade das provas, tem-se à vista um fato notório, que tem surgido no STF repetidas vezes; (iii) o fato notório da campanha de repressão policial dispensa a prova da ameaça particular às pacientes; (iv) o “nada consta” policial não é prova que invalide as alegações da paciente; e (v) o juiz de primeira instância, que concedeu a ordem, está mais próximo da realidade local e isso lhe assegura maior certeza no convencimento de que o que se processa em São Paulo é um fato notório.

Do outro lado, há o posicionamento do Min. Néri da Silveira, quem argüiu no RHC 59.518 que as “declarações” constantes daqueles autos não seriam suficientes para provar a ameaça contra as pacientes, fato refutado pela autoridade policial:

“No caso concreto, outrossim, sequer, há prova eficiente da ameaça de prisão das pacientes, de molde a justificar a concessão do writ, tratando-se, apenas de declarações de companheiras das interessadas, no sentido de afirmar serem elas vítimas de injusto constrangimento policial, em sua liberdade de ir e vir, fato este negado pelas autoridades responsáveis pela segurança pública”.

Do modo exposto, não fica claro que “declarações” são essas. Isso se explica no voto do Min. Rafael Mayer, do mesmo RHC, no trecho em que ele reproduz parte da decisão de primeira instância, que concedeu a ordem:

“As testemunhas de fls. 49/51 oferecem notícias concretas a respeito das arbitrariedades policiais e demonstram o justo receio de virem as pacientes a ser tolhidas em sua liberdade de ir e vir, por agentes das autoridades policiais”.

Em outras palavras, têm-se em mira testemunhos que comprovam o justo temor da prisão ilegal, o que, sem dúvida, representa uma prova judicial. Se é assim, por que afirmar que esses depoimentos são “apenas de declarações de companheiras das interessadas”?

O ministro procurou deslegitimar essa prova, como se ela não fosse confiável, por ter sido produzida parcialmente por “companheiras das interessadas”. A manifestação da autoridade policial que negou ameaçar as pacientes a elidiria, haja vista que atos administrativos gozariam de presunção de legalidade, inclusive em face dessas provas.

Esse modo de conceber o *habeas corpus* reduziu a eficácia do remédio constitucional, à medida que apenas provas pré-constituídas objetivas teriam eventualmente o condão de afastar a presunção da legalidade dos atos policiais e da fé pública que imantaria a palavra dos delegados. Afora essa hipótese, a ação não teria os efeitos abrangidos, em tese, pela Constituição, pois não se pode esperar que a autoridade policial a quem se imputa o crime de abuso de autoridade assuma ao juízo tê-lo cometido de fato. O Min. Leitão de Abreu comentou essa situação no esclarecimento de voto do RHC 58.179:

“O mais grave, ainda, é que a polícia, afirmando apenas que a paciente não se encontra presa, procura esquivar-se até – uma vez que as prisões ou detenções, segundo declara o magistrado de primeiro grau, com base na prova, efetivamente se realizaram – da responsabilidade pelos atos que vem praticando. Além de se privar a paciente, assim, do direito à defesa, dificulta-se a instauração de processo, contra o responsável pela prisão, por abuso de autoridade”.

Na verdade, para que a ordem do HC fosse concedida bastava que a paciente provasse justo temor de prisão legal. Não era preciso que ela demonstrasse cabalmente que as informações prestadas pela autoridade policial eram falsas, de maneira que é possível que ela se limite a comprovar a ameaça alegada na inicial.

Destaque-se que essa tese das provas inválidas e do argumento da fé pública foram apresentados na decisão (supra-transcrita) de um magistrado de primeira instância que indeferiu a oitiva de testemunhas por motivos muito semelhantes aos apresentados pelo Min. Néri da Silveira. Coincidentemente, quem citara essa decisão de primeiro grau foi o próprio Min. Néri da Silveira, no RHC 59.114.

Por fim, ainda neste tópico relativo às provas, cumpre destacar que os ministros da 2ª Turma parecem quase ignorar a maioria dos dados fáticos quando fundamentam seus votos e formulam seus argumentos. Neste passo, note-se que o RHC 60.170 tem por paciente uma aposentada que se prostitui eventualmente em hotéis ou em sua própria casa; os RHCs 63.236 e 58.938 têm por pacientes dançarinas de boates; o RHC 59.417, uma *streaker*; o RHC 59.114, uma *go-go-girl*; e o RHC 58.179, uma mulher que se prostitui em boates, assim como as do RHC 59.518.

Pode-se imaginar, diante disso, que nenhuma delas trabalha nas ruas, “requestando os homens para atos sexuais”, ‘provocando famílias’, configurando o ato que se mostra “fonte de constrangimento para transeuntes e residentes” e, no entanto, todas elas tiveram seus *habeas corpus* denegados com base na violação da moralidade pública, assumida propriamente como a moralidade daqueles que transitam nas vias públicas. Como afirma o Min. Alfredo Buzaid, no RHC 59.518, trata-se do *trottoir* que “passa na frente de casas de família, de homens dignos, de senhoras

respeitáveis e de meninas inocentes, constituindo um agravo ao seu pudor e ao direito ao seu sossego”. Sem dúvida, são argumentos que não parecem dizer respeito aos casos a que se destinam.

4.6. Limites ao poder de polícia (grupo 4)

Quando decidem se as prisões de prostitutas são legais ou ilegais muitos ministros fazem ilações sobre o poder de polícia, inquirindo-se se incumbe à polícia efetuar esse tipo de prisão, se ela tem poderes para isso, entre outras coisas. Há, nesse grupo temático, dois dos cinco argumentos mais utilizados pelos que concedem *habeas corpus*, quais sejam, o argumento constitucional e o da reserva legal, e um dos cinco dos que o denegam, o argumento da necessidade.

Sobre o assunto poderiam ser feitas três questões¹¹⁸: (1) os ministros definem o que seja poder de polícia?; (2) eles lhe conferem atributos ou arrolam situações em que seu emprego seria válido?; (3) eles demarcam um limite a ele?. A eventual resposta a uma dessas questões, ou mais, é relacionada ao caso *sub judice*?

Pode-se afirmar que nenhum dos argumentos dos ministros responde à primeira pergunta, quanto ao que seja o poder de polícia. A doutrina citada – aliás, citada exclusivamente pelos ministros que denegam o HC e que se substancia, quando não em autores estrangeiros que estudaram a prostituição na Antiguidade, ou em comentadores da legislação penal italiana, no “Direito Administrativo” de Cretella Jr. ou no “Em defesa da moral e dos bons costumes” (1970) de Alfredo Buzaid, no máximo atribui características ao poder de polícia.

De fato, a maior parte dos argumentos atribui elementos ou características ao que se tem como o poder de polícia legalmente possível. De um lado, há que defendem a concessão do HC, os quais afirmam que, segundo o direito, a polícia não pode agir de modo casuísta ou hipócrita, perseguindo as prostitutas em nome da moral, se nada é feito com relação a fatos muito mais insidiosos. A tese é da lavra do Min. Clóvis Ramalhete:

¹¹⁸ Não acho que para julgar os RHCs fosse preciso, necessariamente, responder a todas essas questões, mas acho importante que os ministros que concedem *habeas corpus* digam a razão de isso não conflitar com o poder de polícia, enquanto os que o denegam devem justificar o que, no poder de polícia, assegura que as prisões em apreço sejam válidas, o que poderia ser feito respondendo à segunda ou à terceira questão, tal como ocorreu.

“Brasília, Capital da República, vê diariamente o trottoir perto do Hotel Nacional. Ele não faz mal a ninguém, se não há ali ultraje público ao pudor, ou seja, prática de atos obscenos. E nas montras mais elegantes de nossas livrarias, estão em exposição revistas eróticas, que trazem textos obsceníssimos, gravuras obsceníssimas, fazendo a fortuna da má imprensa. Mas as autoridades não se preocupam, com elas, no Rio de Janeiro ou em São Paulo. Mas agora em São Paulo, a polícia prende mulher que caminha na rua. Talvez tenha sido detida em frente a uma banca de jornais que expõe o erotismo no nu feminino, e a polícia ficou-lhe indiferente, não obstante o Código Penal definir gravura e texto obsceno oferecido à venda como sendo ultraje ao pudor” (RHC 59.114).

Assim, o poder de polícia não abrangeria esse tipo de conduta persecutória que se testemunharia em São Paulo. Essa idéia também foi sustentada, em duas oportunidades, pelo Min. Soares Muñoz, nestes termos:

“O abuso de poder reside na prisão indiscriminada de todas as prostitutas que são encontradas nas ruas sem se verificarem aquelas particularidades, trancafiando-as nas cadeias públicas, sem que seja lavrado auto de prisão em flagrante” (RHC 59.087 e voto do Min. Soares Muñoz no RHC 59.518).

Desse modo, a perseguição casuísta de mulheres ultrapassaria o uso legal do poder de polícia, caracterizando abuso de poder.

De outro lado, há os que argumentam que a polícia pode reprimir atos imorais praticados nas ruas. O Min. Décio Miranda o afirma como a uma obviedade: “[n]inguém contesta que a Polícia tenha o poder de reprimir atitudes ofensivas à moral em vias públicas” (RHC 58.179). Há dois elementos interessantes aí. Um, que nessa repressão ele assume que a polícia pode chegar a prender alguém, o que é bastante duvidoso. Dois, que, como se disse, a moral que se defende é a moral pública, no sentido mais estrito da expressão, ou seja, a moral das pessoas que transitam nas ruas.

Sucedem, porém, que a paciente de que tratam os autos do RHC 58.179 se prostituía em “boites” existentes na área de jurisdição do 3º Distrito Policial”, tal como constante do relatório, e não “em vias públicas”. Isso significa que o argumento simplesmente não se aplica ao caso concreto trazido pela paciente e incontestado pelo juiz, não podendo ser fundamento racional da decisão tomada.

Além disso, o Min. Cordeiro Guerra afirmou que o poder de polícia é legal quando utilizado na “normalidade”. Bem assim, quando exercitado de modo moderado e equilibrado:

“E não vejo, no poder de polícia, exercitado com moderação e equilíbrio, no interesse da moralidade e dos bons costumes, nenhum constrangimento à liberdade dos cidadãos brasileiros” (confirmação de voto, RHC 59.518).

Mais uma vez, o argumento teórico dos ministros que denegaram o *habeas corpus* não se vinculou à realidade dos fatos. Pois se é verdade que o exercício moderado e equilibrado do poder de polícia se mostra plenamente compatível com o direito, isso nada diz sobre o exercício desse poder na hipótese dos autos então considerados, na medida em que seria necessário destacar se, no caso trazido à baila, a ação policial teria sido equilibrada e moderada, e a razão disso.

O Min. Djaci Falcão chegou a afirmar que como a prisão policial se devia à prática do *trottoir* ela não configuraria coação ilegal, ainda que sem as formalidades legais. Como se fizesse parte do normal exercício do poder de polícia prender sem garantir à(ao) presa(o) nota de culpa, comunicação judicial da prisão, entre outros direitos previstos no Código de Processo Penal. Eis o que ele afirma no voto do RHC 58.179:

“Não vejo como conceder habeas corpus preventivo nas circunstâncias correntes na espécie. (...) Isso, devo acrescentar, não impede o uso do habeas corpus, se a recorrente vier a ser presa sem se achar na prática do trottoir. (...) Mas, nas circunstâncias do caso, parece-me que não se configura essa coação ilegal” (RHC 58.179).

Nessa hipótese, caberia ao poder de polícia prender prostitutas, mesmo que sem as formalidades legais. No mesmo sentido, vejam-se os votos do Min. Décio Miranda nos RHCs 58.179 (f. 137) e 58.938 (f. 150).

E há um argumento que é comum a quem denega e concede o HC, qual seja, o de que é parte do poder de polícia condicionar a prostituição a certas condições de tempo e lugar. O Min. Rodrigues Alckmin, que se opõe à ordem no RHC 54.534, transcreveu este trecho do capítulo referente às 'Liberdades públicas', do curso de "Direito Administrativo" de Cretella Jr.:

"O poder de polícia pode limitar a liberdade de ir e vir das prostitutas, impedindo-lhes, por exemplo, que transitem perto de escolas, em determinadas horas" (*apud* voto do Min. Rodrigues Alckmin, RHC 54.534).

A sua vez, o Min. Carlos Ramalhete, que concedeu a ordem, afirmou:

"Quanto à localização do *trottoir* por 'poder de polícia', não vejo esta menção com olhos críticos. Parece, mesmo, que o poder de polícia – e refiro-me ao 'poder de polícia' da Administração – irá tanger o rebanho pecador para lugares mais propícios" (RHC 59.114).

Ora, se este argumento serve aos dois lados da discussão ou um deles se equivoca ou o argumento não é determinante para o julgamento das lides. Creio que seja correta a última opção, neste caso, haja vista que para julgar se a formalização de prisões é requisito ou não de sua legalidade não é preciso saber se a polícia pode restringir o *trottoir* nessas circunstâncias. Por certo, tal argumento pode receber um significado maior no seio de um outro argumento, ou como acessório de convencimento – por exemplo, para apontar aos temerosos colegas do tribunal que a população não ficaria 'refém' das prostitutas, já que a polícia preservaria um espaço lícito de intervenção razoável nessa prática – mas nunca como tese principal.

E nos dois votos acima eis o que ocorre. O Min. Rodrigues Alckmin utiliza esse poder de restrição do *trottoir* como o indicativo de que a polícia poderia agir inclusive por meio de privação de liberdade, sempre em defesa

da moral. Já o Min. Clóvis Ramalhete afirma logo a seguir que, apesar de a polícia deter esse poder de deslocar prostitutas para áreas adequadas, ele é muitas vezes inútil, porque “essas mesmas mulheres sempre procuram tais lugares propícios. E essa, de que tratam os autos, está querendo trafegar num lugar que a opinião pública até batizou de ‘Boca do Lixo’” (RHC 59.114).

Assim, enquanto o Min. Ramalhete voltou aos fatos do caso para verificar como o poder policial concebido em tese se aplicou na prática, o Min. Alckmin estendeu o poder de polícia desse argumento para que ele venha a legitimar, abstratamente, a ação policial pela moral. Contudo, ele o fez sem afirmar como e por que ao andar pelas ruas aquelas pacientes atingem a moral pública.

Em resposta ao terceiro quesito, no que tange a eventuais limites ao poder de polícia, vislumbra-se real contraposição de idéias entre os ministros, especialmente nos julgados entre 79 e 82, quando houve polarização de entendimentos entre 1ª e 2ª Turmas.

Os ministros da 1ª Turma sustentam quatro argumentos: (a) o constitucional, segundo o qual a polícia só pode prender alguém se a prisão tiver sido ordenada por autoridade judicial ou se em flagrante delito, caso em que deverá ser formalizada; (b) o da reserva da lei, de acordo com o qual ninguém pode ser preso senão em virtude de lei, assim como por conduta em lei tipificada como crime ou contravenção; (c) o da dupla barreira, que é a conjugação dos dois anteriores e (d) o de que a prisão com inobservância das hipóteses previstas na Constituição constitui abuso de poder.

Esses argumentos estão presentes em muitos dos votos em que a ordem é concedida. Por todos, transcrevo trechos dos votos dos Mins. Leitão de Abreu e Rafael Mayer, que sumarizam as teses supramencionadas.

“O que a autoridade pública, no uso do poder de polícia, não pode fazer é prender meretrizes pelo exercício, simplesmente, do ‘trottoir’, sem que lhe impute, formalmente, crime ou contravenção, ou sem ordem de autoridade competente” (voto do Min. Leitão de Abreu, RHC 58.179, fl.133).

“Não haverá prisão senão de acordo com o molde constitucional do & 12 do art. 153, logo, pela ocorrência de crime ou contravenção, e não pelo simples trottoir, quando este não assuma notas subsumíveis em tipo criminal. Se se prende sem crime, ou, se havendo crime, sem o devido procedimento legal, exigido pela Constituição, há constrangimento injurídico” (voto do Min. Rafael Mayer, RHC 59.518, f. 262).

E há um argumento dos ministros que concedem o HC que parece semelhante a um outro dos que o denegam. Dizem os primeiros que a legalidade reduziu o poder de polícia, estabelecendo limites a ele:

“O regime de polícia, em que ao príncipe se concedia, em proporções quase ilimitadas, o ‘ius polittiae’, deu lugar ao regime da legalidade, ao regime do Estado de direito, que se funda, substancialmente, no princípio da reserva da lei, ou seja, de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, a não ser em virtude de lei. Diante desse postulado, natural e necessária é a redução do poder de polícia, notadamente quando em seu nome, se pretendam estabelecer restrições à liberdade individual” (voto do Min. Leitão de Abreu, RHC 59.087).

Os segundos, a seu turno, dizem que a concessão do HC representa limitação ao poder de polícia. É o que o Min. Néri da Silveira entendeu, em voto que proferiu no RHC 59.518, *verbis*:

“Nessa linha de consideração, penso, data venia, que a concessão de salvo-conduto a prostitutas, para lhes assegurar o exercício do trottoir, constitui forma de restrição do exercício do poder de polícia, no âmbito dos costumes” (voto do Min. Néri da Silveira, RHC 59.518).

Apesar de semelhantes em forma, o objetivo desses argumentos é diametralmente oposto. Um quer dizer que a polícia, em um Estado de Direito, não pode agir de modo arbitrário, já que a própria lei limita a sua atuação e os seus poderes. O outro quer referir que a concessão do *habeas corpus*, por si, constitui limitação *indevida* no poder da polícia de costumes.

Esse segundo ponto segue acompanhado pela tese de que “não é cabível presumir que sua atuação se faça, arbitrariamente, quanto é certo, no Estado de Direito, a presunção é de os atos de administração se realizarem segundo a lei, porque a esta se sujeita a atividade administrativa” (*idem*).

Essa conjunção de idéias torna inválida a concessão do *habeas corpus* preventivo em qualquer hipótese. Se todo *habeas corpus* preventivo representa um limite ilegal para o poder de polícia já não é possível concedê-lo¹¹⁹. Se, ademais disso, o fato representar (simbolicamente, é bom frisar) uma presunção da arbitrariedade policial e se essa representação é ilegal, nunca se poderá conceder qualquer HC preventivo.

Apesar de suscitado no *decisum* em referência, muitos eram os delegados de polícia que reconheciam que isso não era verdade, isto é, que o salvo-conduto não resguardava ninguém da cominação de pena por ato ilícito. Este excerto do agente público Adail Pereira Ribeiro testemunha de forma translúcida o fato:

“É evidente que o ‘salvo-conduto’ não o resguardaria [ao travesti] de um eventual crime de ‘ato obsceno’, ou mesmo de ‘importunação ofensiva ao pudor’, catalogada no artigo 61 da Lei das Contravenções Penais” (“Desvios sexuais na sociedade moderna”, *Arquivos da Revista da Polícia Civil de São Paulo*, vol. XXXVI, 1º sem., 1981, p. 180).

Mas, de fato, no voto em apreço, o Min. Néri da Silveira estende o poder de polícia a limites imprecisos e independentes da lei, afirmando que tais lindes se dão pela conciliação do “interesse social” com os direitos individuais:

“Cumpre, neste particular, é certo, entender que os limites do poder de polícia administrativa são demarcados pelo interesse social em conciliação com os direitos fundamentais dos indivíduos, assegurados na Constituição da República” (*idem*, RHC 59.518).

¹¹⁹ Implícito aqui há o argumento da chancela e/ou o argumento do alvará da impunidade, abordados no tópico referente ao segundo grupo temático.

Transparece do excerto que o limite ao poder de polícia, apesar de estar inscrito como produto da conciliação da Constituição e do “interesse social”, mais se entremostra produto do *conflito* de ambos, o que sinaliza uma forma de flexibilização do texto constitucional e, portanto, das garantias nele expressas.

Com fulcro nesse entendimento, é possível que o poder de polícia passe ao largo da norma posta, desde que ele se fundamente em um suposto “interesse social”. Resta apenas esclarecer quem seria capaz de dizer que interesse é esse. Ou melhor, não resta: o ministro bem assinalou que quem age de modo presumidamente legal é a Administração Pública. Note:

“(…) a presunção é do exercício do poder conforme a legalidade, devendo sempre ser imputados a agentes certos, parece natural não se admitir interdição, de caráter geral, ao desempenho do poder de polícia, em si, de índole discricionária, visando a toda a coletividade de seu agentes” (*idem*, RHC 59.518).

Juntamente com o Min. Néri da Silveira, Décio Miranda, Moreira Alves, Cordeiro Guerra e Oscar Corrêa defenderam que conferir ao poder de polícia a extensão para prender prostitutas ocorre pela necessidade de resguardar a moralidade pública. Trata-se de um dos argumentos mais utilizados pelos ministros que denegaram a ordem, o de que a prisão era medida imprescindível e se colocava no interior da discricionariedade administrativa, à medida que quem quisesse os fins visados pela polícia haveria de lhe dar os meios para tanto:

“Dessa sorte, a atividade administrativa de polícia de costumes, enquanto busca a preservação da moralidade externa indispensável ao convívio coletivo, mediante atos discricionários (não arbitrários), há de lograr condições de desempenho de sua função, no interesse público, dentro dos limites que lhe traça o poder discricionário” (*idem*, RHC 59.518)¹²⁰.

¹²⁰ É interessante notar que também esse argumento havia sido utilizado por desembargadores do TJ-SP. A discricionariedade da Administração seria o seu modo de fazer observar as ‘normas morais’ impossíveis de posituação, porquanto voltadas para casos concretos: “Colocado nestes termos – acrescenta Diodato Lioy – a diferença entre a moral e o direito é apenas de grau, e não de natureza (...) Daí, por que o direito é a sanção eterna,

Assim, se os que concedem o HC firmam como limite ao poder de polícia a lei e a Constituição Federal, para os ministros que o denegam ele não se encontra na norma posta, mas na realidade, isto é, ora na “conciliação” entre o “interesse social” e os direitos fundamentais, outrora nos limites da necessidade, segundo seu poder discricionário, o que, na prática, parece não representar limite algum.

4.7. Legalidade ou ilegalidade da prostituição (grupo 5)

Uma das discussões em que os ministros do STF mais se alongam diz respeito à tipicidade ou atipicidade da prostituição. Mas essa discussão só faz sentido para aqueles (todos, exceto para os Min. Leitão de Abreu e Soares Muñoz) que entendem que o *habeas corpus* só pode ser concedido se a conduta que motivou a prisão foi atípica. Assim, para eles, apenas haverá ordem para o relaxamento da prisão caso a pessoa não estivesse praticando ato ilegal – mesmo que a prisão tenha sido, ela mesma, ilegal em razão do procedimento adotado pela autoridade policial.

A discussão que se apresentará a seguir entre os ministros da 1ª e da 2ª Turma se torna problemática à medida que não se discute a tipicidade ou a atipicidade de uma conduta que já foi praticada pela paciente, já que não se trata de HC repressivo. Cuida-se de demanda preventiva, realizada a partir do justo temor da prisão, e que tem como pedido a expedição de instrumento que impeça a prisão ilegal.

Nesse sentido, o que os ministros fazem é debater longamente sobre a legalidade ou a ilegalidade do que eles supõem que as pacientes farão com sua liberdade. E, na maioria das vezes, com fundamento em tais pressuposições, que muitos têm por absoluta, eles denegam a ordem preventiva.

Os argumentos utilizados pelos ministros da 1ª Turma que entendem que o *trottoir* é conduta atípica são: o princípio da legalidade (ou da reserva

a garantia da moral (...) Todavia, o direito positivo não pode prever todas as circunstâncias extremamente variáveis, que surgem a cada instante nos grupos humanos (...) Daí o poder de polícia, que, se reveste das prerrogativas necessárias para assegurar a ordem pública conforme os princípios morais ínsitos na índole de cada povo” (1ª Câmara Criminal do TJ-SP, *apud* RHC 58.179, fl. 124-125).

legal), segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer nada, senão em virtude de lei, que é o meio apto para estabelecer crimes, e o chamado argumento constitucional, de acordo com o qual ninguém pode ser preso exceto em flagrante delito ou por ordem da autoridade judicial.

Eles estão entre os cinco argumentos mais utilizados pelos ministros que concederam as ordens e estão bem enunciados no voto do Min. Rafael Mayer, *verbis*:

“Não haverá prisão senão de acordo com o molde constitucional do § 12 do art. 153, logo, pela ocorrência de crime ou contravenção, e não pelo simples *trottoir*, quando este não assuma notas subsumíveis em tipo criminal. Se se prende sem crime, ou, se havendo crime, sem o devido procedimento legal, exigido pela Constituição, há constrangimento injurídico” (RHC 59.518, f. 262).

É interessante que, para contradizerem tais argumentos, os ministros da 2ª Turma não puderam negar a ausência de previsão penal de um suposto delito de prostituição. Isso explica por que um dos argumentos mais identificados em seus votos é, curiosamente, o da atipicidade. No entanto, eles se valem de outra lógica para sustentar que, apesar da ausência de norma que expressamente o tipifique, o *trottoir* estaria proibido.

Defende-se essa tese de seis modos. Primeiro, afirmando que o que é imoral é ilícito. Cuida-se de proposição sustentada primeiramente por desembargadores do tribunal paulista, que arguem que a prática configuraria vadiagem: “nem se diga que tal procedimento não incide em qualquer dispositivo legal, pois, *tratando-se de uma ocupação imoral e, pois, ilícita*, incide no disposto no art. 59 da Lei de Contravenções Penais” (RHC 58.179, f. 130, grifei). Essa relação causal “imoral, pois, ilícito” desprende a licitude de qualquer conduta do amparo da lei escrita e prévia, e torna confundíveis o direito e a moral.

Segundo, pela inversão da regra geral de licitude e ilicitude, que estabelece que o que não está proibido está permitido, o que se dá por meio do denominado argumento da desproteção. Para esses ministros, o que a Constituição não protege explicitamente está proibido. Portanto, se a

Constituição não resguarda o trottoir, “não há direito constitucionalmente assegurado à [sua] prática” (RHC 59.104, entre outros).

Terceiro, que não só a Constituição não protege o *trottoir* como ela o condena. Segundo o Min. Cordeiro Guerra, no art. 153, & 3º da Constituição de 67/69, a manifestação do pensamento seria livre, porém condenadas as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes, de modo que haveria aí norma aplicável à prostituição.

Quarto, de modo semelhante, o Min. Alfredo Buzaid procura sustentar a tese de que a “idéia de bons costumes não é apenas ética: é eminentemente jurídica” (RHC 59.518). A partir desse postulado, procura mostrar como a ausência de expressa tipificação legal não indica que a prostituição seja lícita. No art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil e no art. 153, & 3º da CF haveria expressos mandamentos em favor da moralidade pública, a sinalizarem que a imoralidade constitui verdadeira expressão *anti-jurídica*, nem legal, nem ilegal.

Quinto, por meio da idéia de que o trottoir é indubitavelmente imoral e só não está tipificado como delito por impossibilidade de previsão de suas múltiplas formas. Mas essa explicitação seria dispensável, conforme o Min. Décio Miranda:

“O que se admitiu [pelo TJ-SP] é o que também admito, que o trottoir, em si mesmo, não precisa de qualificação, é malicioso, ultrajante, porque praticado na via pública” (RHC 58.179, f. 138)

Finalmente, o sexto, coloca-se no sentido de que haveria de ser feito um sopesamento entre direitos. De um lado, o das famílias honestas de ficarem tranqüilas; de outro, o da liberdade das prostitutas de se prostituírem em vias públicas. Do balanceamento de ambos se extrairia que o mais razoável é assegurar o primeiro, o que se deve fazer a fim de “evitar que os direitos individuais sejam utilizados em contrário à sua própria finalidade que é a de assegurar a tranqüilidade de todos os cidadãos” (RHC 59.520, Min. Cordeiro Guerra). Está claro que aqui se o ministro ataca frontalmente o argumento constitucional, que cuida de garantia individual.

Com exceção da terceira e quarta tentativas de sustentação da ilegalidade do *trottoir* com fundamento em interpretação (bem) extensiva de

um dispositivo constitucional referente à liberdade de manifestação do pensamento, nenhuma dessas teses possui qualquer lastro em normas. E ademais de não positivadas, muitas delas contrariam princípios constitucionais expressos, como o da legalidade, e outras ferem os axiomas mais fundamentais da lógica clássica. Além disso, Alfredo Buzaid inovou, em termos de lógica jurídica, ao estabelecer uma terceira categoria diferente do lícito e do ilícito: o anti-jurídico. Só não ficou claro em que ela se diferenciaria da segunda.

Enfim, para que pudessem justificar logicamente a não concessão do HC, os ministros da 2ª Turma se viram às tantas para demonstrar que a conduta (futura) das pacientes era ilícita (ou anti-jurídica). Porém, eles o fizeram com base em teses juridicamente frágeis e pouco críveis.

4.8. Outros argumentos (grupo 6)

Dos 13 argumentos que compõem este grupo, tratarei em detalhe apenas dos 6 mais importantes, por serem os mais utilizados ou mais significativos nos votos dos ministros. São eles: o argumento da chancela, o mais votado dentre os 53 identificados nesta pesquisa; o do precedente, muito usado; o da civilização; o da prostituição como fator criminógeno, bastante difundido na época do julgamento; o da compensação e o da imoralidade.

4.8.1. Argumento da chancela

O argumento da chancela é o mais repetido de todos, sendo utilizado pelos ministros que alegam que a concessão do HC representaria uma chancela moral para a prostituição. O Min. Décio Miranda o afirma claramente:

“Sr. Presidente, não me parece que o caso seja de concessão de habeas corpus, porque, a ser admitido o habeas corpus preventivo, estaríamos reconhecendo que a prática é perfeitamente normal, não é anti-social, e que com ela se têm de conformar as demais pessoas de moralidade normal que transitam pelas vias públicas. O habeas

corpus preventivo seria como que uma carteira profissional, em lugar da que o Ministério do Trabalho outorga¹²¹” (RHC 58.179).

Esse pode ser considerado um dos argumentos determinantes da denegação da ordem, o que se mostra surpreendente caso se considere que ele é utilizado a partir da presunção, assumida de forma absoluta, de que a paciente requer o salvo-conduto para se prostituir, quando se sabe que o pedido feito é para que não haja prisão em hipóteses e nas formas imprevistas em lei.

Mas além de a denegação da ordem se fundar em uma presunção indevida, ela vem justificada por uma tese cuja lógica não é exclusivamente jurídica, mas sobretudo simbólica¹²². Ademais, a leitura simbólica que se faz a partir desse imaginado signo (a concessão de *habeas corpus* para alguém se prostituir) possui lógica de natureza exclusivamente moral. Nesse sentido, coloca-se a problemática do magistrado que decide se julga consoante ou contrariamente à lei em função do seu impacto para o que ele imagina seja a moral coletiva ou em conta da exemplaridade do seu voto ou de qualquer outro efeito secundário gerado por qualquer decisão judicial, sem atentar para o direito positivo.

4.8.2. Argumento do precedente

Este argumento se caracteriza pelo uso da existência de precedentes da 2ª Turma como justificativa suficiente para a não fundamentação do voto e para o silêncio entre a parte dispositiva da decisão e o caso concreto apreciado. Observe-se o modo como o Min. Moreira Alves profere seus votos respectivamente nos RHCs 60.151, 59.417 e 59.104, acórdãos que citam uns aos outros¹²³:

¹²¹ A idéia de que a concessão seria o mesmo que conferir uma carteira de trabalho à prostituta também provém do TJ-SP, conforme relatado no RHC 60.151 (f. 202), reproduzida depois pelo Min. Oscar Corrêa, no RHC 59.518.

¹²² Simbólica não no sentido da semiótica ou da psicanálise, mas no de que há um sentido inserido no direito que está para além da racionalidade que o demarca, que é a do binômio lícito/ilícito. Parece-me claro que o direito também pode ter um significado simbólico. A questão é que, quando se pensa desse modo, faz-se sempre a partir de um elemento jurídico inequívoco (no limite, uma norma posta, decisão judicial, petição inicial) que irradia simbologia. De outro modo, no caso comentado, os ministros consideram a simbologia de algo que juridicamente não existe: o pedido de uma mulher para se prostituir.

¹²³ O teor do voto do ministro nesse RHC é idêntico à ementa do RHC 58.938, no qual os ministros que denegam o HC se limitam a reafirmar os argumentos expressados no RHC 58.179.

“O acórdão recorrido segue a orientação que já se firmou nesta Segunda Turma, em vários acórdãos, dos quais os mais recentes são os prolatados no RHC 59.104 e RHC 59.417 (este, citado no parecer da Procuradoria-Geral da República)” (RHC 60.151).

“O acórdão recorrido segue a orientação que já se firmou nesta Segunda Turma, em vários acórdãos, dos quais cito o mais recente, o prolatado, em 25.9.81, no RHC 59.104 (...)” (Voto do Min. Moreira Alves no RHC 59.417).

“Esta Segunda Turma, ao julgar os RHC 58.179 e 58.938, já firmou o entendimento de que não há direito constitucionalmente assegurado à prática de trottoir, a qual é contrária aos bons costumes, ofensiva da moralidade pública e fonte de constrangimento para transeuntes e residentes” (RHC 59.104).

O primeiro dos acórdãos prolatados pelo Min. Moreira Alves, seguido à unanimidade pelo restante da 2ª Turma, foi o RHC 59.104, que mencionava expressamente que o *trottoir* era prática “ofensiva da moralidade pública e fonte de constrangimento para transeuntes e residentes”. Nesse mesmo voto ele se refere ao RHC 58.179, no âmbito do qual acompanhou as razões do Min. Décio Miranda, igualmente preocupado com a moralidade pública, isto é, com “as demais pessoas de moralidade normal que transitam pelas vias públicas” (RHC 58.179, f. 137).

Ocorre que já o RHC 58.179 apresentara argumentação que não correspondia aos fatos do feito, pois que apesar da fervorosa defesa da moral de famílias que seriam obrigadas a presenciar o espetáculo das prostitutas nas ruas, a paciente daquele caso se prostituía no interior de “boites” do centro da cidade (f. 122).

E o equívoco se repetiu quando o Min. Moreira Alves simplesmente reproduziu a tese da moralidade pública no RHC 59.417. Nesse caso, ademais de a paciente sequer ser prostituta, trabalhando como *streaker*, a alegação foi comprovada por testemunhas (f. 18-v e 19), nos termos do relatório feito pelo próprio Min. Moreira Alves. Do que se conclui que a fundamentação do acórdão contrariou as provas dos autos.

Ora, ainda que haja precedentes, e é bom que, a princípio, eles sejam respeitados, tal circunstância obviamente não dispensa a justificação da sua utilização em cada caso concreto.

4.8.3. Argumento da civilização

“(…) uma das opiniões aparentemente contraditórias em que o fim do século passado se comprazia era de que fora a mulher honesta e não a prostituta um produto da civilização” (Lujo Bassermann, *História da Prostituição*, 1968, p. 151).

O Min. Néri da Silveira argüiu que a moralidade era valor tido por central em todas as sociedades civilizadas, razão pela qual deveria ser defendida pela polícia paulista¹²⁴. Ele reproduziu trecho de *Princípios de Direito Administrativo* de Ruy Cirne Lima, em que se afirma:

“Tarefa da polícia de costumes é a preservação dessa moralidade externa que, em toda sociedade civilizada, se tem por indispensável ao convívio coletivo” (RHC 59.518).

A idéia era convencer os demais ministros de que a defesa da possibilidade de prisão policial em tais casos não era medida retrógrada, desde que presente em países civilizados, nos quais o Brasil deveria se mirar. O Min. Cordeiro Guerra, tanto no RHC 59.520 quanto no RHC 58.179 alega respectivamente:

“Daí o regime regulamentar da prostituição adotado em todos os povos cultos, pela Grã-Bretanha, nas cidades portuárias, em 1964; na Itália, em 1871; na França, desde o século XVI, e, finalmente, na União Soviética, que por um ukas de 4.5.1961, prevê medidas de ingerência social em relação àqueles que, furtando-se ao trabalho se

¹²⁴ Essa idéia se encontra de modo nítido no voto do Min. Alfredo Buzaid, quem afirma que os “bons costumes representam, ao contrário, patrimônio jurídico de um povo, base de sua estabilidade social, componente necessário do bem comum” (RHC 59.518, f. 253).

dedicam a vida anti-social e parasitária na qual se incluem as mulheres que exercitam a prostituição, segundo refere Tomaso Napolitano” (Min. Cordeiro Guerra, RHC 59.520, fl. 711).

“Em todos os países civilizados se tem por legítimo o poder de polícia nesta matéria, não só promovendo a circulação das prostitutas nas vias públicas, como até mesmo fazendo a localização dos conventillos.¹²⁵ (...) Não se faz isso para ofender os direitos individuais, nem – como está na moda – os direitos humanos, mas para preservar a moral pública, que é um direito da maioria ao usufruir a tranquilidade” (Min. Cordeiro Guerra, RHC 59.179, fl. 141-142).

O argumento, utilizado sempre de modo secundário, de fato, carece de amparo legal, sendo oportuno (quando muito) *de lege ferenda*. No entanto, os ministros pretenderam com ele fundamentar a prévia existência desse poder policial no Brasil – esta sim, uma tese importante para eles. Para isso, o ministro teve que ignorar o princípio da reserva da lei e as hipóteses constitucionais de prisão, e o fez elogiando o “estágio civilizatório” de outros Estados, ponto de partida de *per se* questionável¹²⁶.

4.8.4. A prostituição como fator criminógeno

Este é mais um argumento utilizado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que é assumido por ministros do STF. No acórdão recorrido, a 1ª Câmara Criminal do TJ-SP afirmara que “o ‘trottoir’, quer exercido por meretrizes, quer por ‘travestis’, constitui a ante-sala para os mais variados e criminosos abusos, conforme largamente tem sido noticiado pela imprensa”

¹²⁵ O Min. Cordeiro Guerra vai dizer que no Champs Elysées o *gendarme* diz à *poule*: “circulez”. Então, o Min. Leitão de Abreu o interrompe para dizer: “Não é só para a prostituta. ‘Circulez’ ele diz para todas as pessoas que passam no Champs Elysées”. E o Min. Cordeiro Guerra lhe responde que se ele “diz isso até para quem não pratica trottoir, com maior razão para quem o faz”, adicionando que isso lhe pareceu óbvio. Frise-se, de outro tanto, que toda essa ilação do Min. Cordeiro Guerra, acerca do poder de polícia em vias públicas não serve ao caso, que cuida de paciente que não se prostitui na rua, mas em “boites”, pelo que se vale das ruas (em que costuma ser presa) apenas como via de passagem e de locomoção.

¹²⁶ Mesmo que seja verdadeira a informação de a polícia de costumes ter se originado nos países europeus, não se há de ignorar que apenas foi assim porque a prostituição também de lá decorreu, tendo sido importada ao Brasil até o fim do século XIX. O que não se deve olvidar é que muitos dos países elogiados como os mais avançados na escalada civilizatória alteraram a legislação proibitiva ou apenadora da prostituição, revendo práticas de confinamento e até garantindo direitos trabalhistas a suas/seus praticantes.

(RHC 58.179, f. 126). A partir dessa formulação, os ministros da 2ª Turma do STF traçaram a vinculação entre a prostituição e a criminalidade:

“Assim, data venia do eminente Relator, acompanho o voto do eminente Ministro DÉCIO MIRANDA e ratifico o acórdão do Tribunal paulista, que está bem atento às realidades do meio em que atua, como salientou o eminente Ministro MOREIRA ALVES¹²⁷: houve uma queda de criminalidade no centro de São Paulo, quando se fez uma certa disciplina do trottoir” (voto do Min. Cordeiro Guerra, RHC 58.179).

O Min. Cordeiro Guerra transcreveu no voto do RHC 59.520, seguido à unanimidade pela 2ª Turma, que Arturo Santoro, “que[m] relembra ser ela [a prostituição] estigmatizada no livro dos Profetas e no Pentateuco”, afirma serem “amplas as ligações do meretrício com a criminalidade” (f.711), o que repete no voto que profere no RHC 59.518.

Apesar de não ser um argumento central, é importante por ser utilizado para justificar os meios policiais com espelho nos fins por eles alcançados, o que se ancora em doutrinadores – sem que haja sequer um dado objetivo a respeito dessa suposta vinculação, um estudo científico ou um elemento mais concreto de referência.

Talvez isso se dê porque a idéia era corrente, então. Em 1975, o delegado de polícia Anor Scatimburgo explicava a razão do controle e da repressão policiais ao meretrício nestes termos:

“Todos nós sabemos que a prostituição não constitui crime. Entretanto, no exercício desse comércio impuro, as meretrizes vivem rodeadas de delinqüentes de toda a espécie. Daí a razão de não ser permitido ao Estado descurar do problema. (...) São Paulo transformara-se na capital do crime: estupros, seduções, atentados ao pudor, enfim todo o cortejo de crimes que acompanham ‘pari passu’ a prostituição, multiplicavam-se assustadoramente. A fim de promover então a moralidade pública, a polícia entra em ação. Tentando apagar o fogo da concupiscência, atira para o fundo dos cárceres aquela malta de infelizes, pobres mariposas do amor, vítimas de uma sociedade de

¹²⁷ O comentário do Min. Moreira Alves não foi registrado em ata.

zulus que delas se esqueceu" ("Prostituição", em *Arquivos da Revista da Polícia Civil de São Paulo*, vol. XXV, 1º sem., 1975, p. 143-144, grifei).

O delegado Valter Fernandes compartilha da mesma opinião, inscrevendo a prostituição ao lado do desemprego, "malvivência", "apologia publicitária de certos vícios como o homossexualismo e a androginia, a televisão e a imprensa sensacionalistas, o teatro trânsfuga, o mau cinema, a literatura malsã ou pornográfica, as falsas religiões, as barreiras das castas e dos preconceitos e inclusive a política demagógica", todos como fatores criminógenos. E, com base em impressões, o autor ainda sugere dados estatísticos:

"Seja como for, não se pode ignorar que as cifras criminais vêm alarmando a opinião pública de São Paulo. *Por mim, acredito* que, de 1975 para cá [1981], houve, em São Paulo, um aumento de 35% sobre os crimes em geral, principalmente no que diz respeito aos delitos patrimoniais de natureza violenta, aos crimes sexuais, aos infracionais ligados a toxicomania, aos ilícitos decorrentes da prostituição e aos atos anti-sociais imputados aos menores de idade" ("Aspectos da criminalidade em São Paulo", em *Arquivos da Revista da Polícia Civil de São Paulo*, vol. XXXIII, 2º sem., 1979, p. 29, grifei).

Ocorre que alguns anos antes desse último artigo, fora publicado um outro, da pena da professora Lea Mott Ancona Lopez, do Departamento de Medicina Legal e do Trabalho da Faculdade de Medicina de Botucatu, em que ela apresentou as conclusões de uma pesquisa empírica realizada na zona de meretrício daquele Município entre 1962 e 1971, com o escopo de verificar o nível das relações efetivamente existentes entre prostituição e criminalidade.

Curiosamente, ela assinalou de início que "[a] pesar da maioria dos criminalistas considerar a prostituição como meio e causa da criminalidade, não encontramos trabalhos pesquisando quantitativamente o crime numa zona de meretrício". Nesse sentido, criticam-se colocações como a do delegado Valter Fernandes (acima transcritas) em que esse vínculo

incriminador é pressuposto e são imaginadas estatísticas de análise com base exclusiva em elementos subjetivos, sem qualquer respaldo mais objetivo. Isso porque essa “base de dados” pode se ancorar em nada menos que preconceitos pessoais e sociais.

Aliás, ressalte-se que os resultados dessa pesquisa de Botucatu indicam que “[n]as condições estudadas, a prostituta nunca foi condenada por crime contra o patrimônio, que tem sido a mais constante acusação feita contra ela” (“Criminalidade e prostituição confinada no Município de Botucatu, SP, nos anos de 1962 a 1971”, em *Arquivos da Revista da Polícia Civil de São Paulo*, vol. XXX, 2º sem., 1977, p. 127).

Foram contabilizados 7 crimes praticados por prostitutas, todos eles lesões corporais (a maioria, leves), enquanto contra elas foram praticados 30 crimes: 21 lesões corporais, 8 furtos ou roubos e 1 exercício arbitrário ou abusivo do poder (*idem, ibidem*). O quadro esboçado, portanto, situa as prostitutas em situação de violência, nas quais elas são muito mais vítimas que infratoras – ao contrário do que sugere a opinião da época, espelhada nos votos de alguns ministros da 2ª Turma do STF.

Contudo, há de se frisar que mesmo que houvesse o alegado elo, a validação da medida denegatória do remédio constitucional não poderia se fundar nele somente, independentemente da lei. O que se vê, portanto, é que este é outro caso em que se utilizam argumentos consequencialistas, vale dizer, que têm em conta somente efeitos práticos e os resultados políticos ou sociais de fatos questionados judicialmente sem que sejam analisados e apresentados fundamentos de direito a eles.

4.8.5. Argumento da compensação

Grande parte dos ministros denega a ordem e depois registra que isso não nega que as pacientes tenham direito ao *habeas corpus*, em tese. Eles afirmam que as pacientes poderão dele gozar se vierem a sofrer coação ilegal futura. Nestes trechos eles indicam por que o HC seria cabível no futuro e não naquele momento:

“Isso, devo acrescentar, não impede o uso do habeas corpus, se a recorrente vier a ser presa sem se achar na prática do trottoir (...)

Mas, nas circunstâncias do caso, parece-me que não se configura essa coação ilegal. De modo que me reservo para a hipótese do caso concreto, para conceder ou não o habeas corpus, como, por algumas vezes, tive oportunidade de fazê-lo, quando cheguei a esta Corte, em 1967” (Voto do Min. Djaci Falcão, RHC 58.179, grifei).

“Na espécie, ademais, tem inteira procedência, o registro do saudoso Ministro Rodrigues Alckmin, no RHC nº 54.534-SP – a 5.10.1976, ao não conceder o habeas corpus pretendido, verbis: ‘...se qualquer das pacientes vier a ser ilegalmente detida a *solução* *estará e, eliminar por via de habeas corpus a detenção ilegal e responsabilizar criminalmente o autor da ilegalidade. Mas a pretendida concessão de salvo-conduto, que abra ensejo ao ‘trottoir’ com importunação ou ultraje público ao pudor, limitando regular exercício do poder de polícia, não se justifica” (Voto do Min. Néri da Silveira, RHC 59.518).*

Nos exemplos trazidos à lume, o HC é denegado com o argumento da lesão atual, do alvará da impunidade e da indevida limitação do poder de polícia, já comentados nos tópicos anteriores. Mas não é isso o que interessa notar, senão que a ‘compensação’ que os ministros procuram assegurar às pacientes que não obtêm salvo-conduto simplesmente não existe.

Essas pacientes ajuizaram HC preventivo porquanto precisavam de um instrumento de proteção contra prisões ilegais que *poderiam sofrer*. Nos dois casos acima transcritos, as pacientes não praticam *trottoir* na rua e não haviam sido pegas praticando o *trottoir*. Nesse sentido, quando Djaci Falcão afirma que seria possível a concessão da ordem “se a recorrente vier a ser presa sem se achar na prática do trottoir” isso talvez devesse ser interpretado que ela faria jus ao remédio, na visão do ministro, se não fosse prostituta, porque, bem entendido, naquele caso concreto ela já não havia sido presa na prática de *trottoir*, por se tratar de HC preventivo.

Então, às pacientes apenas caberia HC preventivo se abandonassem sua profissão – ou então, só lhes restaria o HC repressivo, cabível depois que elas já estivessem ilegalmente presas. Na prática, portanto, não há uma compensação, ou algo congênere, nos múltiplos argumentos desse jaez: o

que se faz é peremptoriamente negar o remédio constitucional às pacientes, de modo dissimulado.

4.8.6. Argumento da imoralidade

“A única hesitação em topar seu próprio desejo está na tinta moral subentendida: ser uma puta não é uma coisa certa. Mas essa repressão moral é o resultado e, sobretudo, a prova ou a constatação de que na frase se agita um desejo” (Eliana dos Reis Calligaris, *Prostituição: o eterno feminino*, São Paulo: Escuta, 2006, p. 15).

Na maior parte dos casos, a suposta imoralidade da prostituição foi utilizada claramente para justificar que ela fosse considerada uma conduta ilícita ou anti-jurídica, daí porque não há muitos votos com argumentos classificados apenas como morais. Em verdade, essa relação direta entre a imoralidade e a ilicitude, a configurar o argumento do imoral ilícito, apenas não foi explicitamente apontada em um voto, subscrito pelo Min. Moreira Alves e pelo restante da 2ª Turma:

“Esta Segunda Turma, ao julgar os RHC 58.179 e 58.938, já firmou o entendimento de que não há direito constitucionalmente assegurado à prática de trottoir, a qual é contrária aos bons costumes, ofensiva da moralidade pública e fonte de constrangimento para transeuntes e residentes” (RHC 59.104).

Aqui parece que há o argumento da desproteção, segundo o qual a Constituição não assegura a prática da prostituição, pelo que ela não deveria ser agasalhada, tendo em vista ser prática imoral. O modo como a imoralidade é projetada nesse argumento procura lhe dar força para a inversão do argumento da legalidade. Em outras palavras, para contradizer a idéia de que o que a Constituição não proíbe está permitido, diz-se que o

que a Constituição não permite está proibido, (ainda mais) em se tratando de uma conduta imoral.

5. CONCLUSÃO

A intenção da pesquisa foi colocar uma lente de aumento no ponto sensível em que o julgador, que deve se adstringir à norma posta, vê-se diante de tema polêmico, capaz de suscitar certa pressão para que ele decida além da lei ou contra ela – no presente caso, notadamente por questões morais¹²⁸. Por isso, procurei analisar as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) dos recursos de *habeas corpus* preventivos (RHCs) ajuizados por prostitutas tendo em conta o arcabouço jurídico vigente à época, que compreende as décadas de 60 e 80 da história brasileira.

Naquele momento, vigiam a Constituição Federal de 1946, depois a Constituição Federal de 1967/69 e, durante todos os anos, o Código Penal de 1940 e o Código de Processo Penal de 1941. Entender como os ministros interpretaram essas normas em face de uma prática condenada por parcela significativa da população (inclusive, de modo declarado, por muitos dos próprios julgadores) e qual extensão atribuíram aos direitos individuais das prostitutas, ao poder de polícia e aos tipos penais que tutelam a moralidade pública, bem como às hipóteses de cabimento de prisão lícita e ao princípio da legalidade nessas oportunidades – foi parte dos objetivos do trabalho. Nem seria possível que fosse de outro modo, já que a preocupação que se teve não se restringiu a considerar o que o direito deveria ter sido, senão o que ele foi, segundo a interpretação e sua aplicação feitas pelos ministros do STF.

E o que se constatou foi que, com base nos mesmos diplomas normativos, construíram-se dois posicionamentos judiciais opostos – um, concedendo as ordens, outro, denegando – e mais: dois conjuntos de argumentos de natureza bem distinta e duas diferentes formas de analisar cada caso.

¹²⁸ Não é exagero afirmá-lo dessa maneira, bastando confirmá-lo na formulação de certas frases dos votos (que se mostram particularmente reveladoras desse conflito), tais como esta: “Não posso dar um *habeas corpus* preventivo para colocar uma prostituta em posição garantida de importunar o pudor dos passantes ou mesmo atentar contra o pudor. Neste caso, dou certa largueza” (Voto do Min. Cordeiro Guerra, RHC 58.179, f. 143, grifei).

Os mais de 50 argumentos identificados nos 19 RHCs foram divididos em 6 grupos temáticos, quais sejam: função do Judiciário, validade das provas e fato notório, questões técnicas sobre o salvo-conduto, limites do poder de polícia, (a)tipicidade do *trottoir* e outros argumentos.

Pois bem, a principal tese de fundo dos ministros que denegavam a ordem nos argumentos que cuidavam desses seis grupos se fundou em valores não positivados em lei¹²⁹, destacadamente morais. Assim, por exemplo, quando o Min. Oscar Corrêa afirmou incumbir ao Judiciário opor diques à dissolução dos costumes, pois isso seria um “dever jurídico e moral”, certamente tal ‘dever’ não se ancorava em qualquer norma efetivamente válida para todos. E, no entanto, com fundamento nessa sua compreensão que, além de muito particular, figurou, a meu ver, como um tanto ameaçadora às próprias incumbências ao Judiciário feitas pela lei, ele entendeu estar fundamentando sua decisão de maneira satisfatória.

Do mesmo modo se deu nos julgamentos em que os ministros da 2ª Turma denegaram o RHC preventivo afirmando que os testemunhos de prostitutas (colegas das pacientes) não seriam aptos para invalidar a fé-pública que agasalharia a declaração do delegado de as pacientes não estarem sendo perseguidas, bem como a presunção de legalidade de seus atos. Ademais de suspeitarem e desconsiderarem essas provas, as únicas passíveis de serem produzidas pelas pacientes, muitos julgadores vieram a posteriormente ignorar as questões que elas intentavam gerar, resumindo-se a declarar que o *trottoir* violaria os bons costumes, sendo, portanto, ilegal.

Essa relação de causalidade talvez seja uma das mais paradigmáticas do entendimento dos ministros da 2ª Turma. Se algo é imoral não pode ser lícito. Isso levou a que tais magistrados tivessem que, por vezes, sustentar posições ilógicas, enunciados que se contradiziam em termos, como o de que se o *trottoir* não era crime ou contravenção (ou seja, se não era ilícito), não se poderia dizer que era tampouco lícito. Como se sabe, esses dois

¹²⁹ Com isso, não nego que a lei tenha valores e que talvez até se possa procurar a(s) sua(s) ideologia(s). Mas se um ministro julga um feito com fulcro em lei que contém valores (e é possível que todas tenham), sua decisão será legítima, diferentemente, penso eu, daquela que se fundamenta em valores inexistentes no ordenamento jurídico a respeito daquele ponto. Mas se a primeira possui, em tese, alguma legitimidade, isso não ocorre por estar pautada em valores, por si só, mas porque esses valores constam expressos em lei. Desse modo, parece que é sempre a lei que legitima a decisão e não o valor que a deslegitima.

status são auto-excludentes e não comportam terceira via¹³⁰: ou algo é lícito ou é ilícito. Não se concebe que ele seja ambas as coisas ou nenhuma delas. E a pedra de toque para a aferição da (i)legalidade, em se tratando de particulares¹³¹, é que tudo o que não estiver proibido por lei está permitido e, portanto, é lícito¹³².

À medida que esses ministros não aceitam que o *trottoir* possa ser lícito, por ele ser imoral, apontam que a licitude e o direito não se encontram dissociados da moral. E isso é sinalizado sem que se fixe um contorno mínimo que os diferencie, de modo que os conceitos parecem efetivamente se confundir, traduzindo-se sem limites essenciais.

Assim, caso fosse de interesse desta monografia ir um pouco além da crítica positivista aplicada, isto é, caso coubesse uma abordagem mais teórica (ainda que positivista) desses casos, creio que poderia até mesmo problematizar a confusão do direito com a moral ou a religião como um retrocesso na história das idéias políticas ocidentais.

Fato é que tais argumentos morais foram com freqüência entrelaçados a argumentos consequencialistas, como o de que em todos os países civilizados a polícia teria poderes para prender prostitutas, do que se procuraria extrair o corolário de que também no Brasil haveria de ser assim, bem como o de que onde as prostitutas são presas pela polícia (nos termos alegados pelas pacientes) a criminalidade diminuiu, a indicar que haveria um interesse maior a legitimar essas prisões.

Em todos esses argumentos se reproduz o que fora considerado anteriormente: tais elementos, externos à relação jurídica argüida em juízo pelas pacientes e isentos de juridicidade, são observados com maior cogência que as próprias e verdadeiras normas. Então, afinal, quais são as normas vinculantes e por quê? Caso se assumisse que haveria em apreço normas morais indiscutíveis – elas poderiam ser compreendidas como leis naturais? Com esse *status*, poderiam se sobrepor ao direito positivo?

¹³⁰ Ao menos, essa é a idéia básica do sistema vigente. Não tenho a pretensão de considerar as várias teorias de lógica jurídica que consideram terceiras, quartas e mais categorias.

¹³¹ A Administração Pública tem outra regra geral de aferição da legalidade ou ilegalidade de seus atos: ela só pode agir se houver lei anterior que preveja seu comportamento.

¹³² Diante desse postulado racional se tem a dimensão do esforço argumentativo realizado pelos ministros que procuraram contrariar essa lógica e sustentar que os atos imorais das prostitutas não seriam lícitos, nem ilícitos, mas anti-jurídicos, por contrariarem um princípio geral do direito.

Ainda, seria possível imaginar que a busca de fundamento da moralidade em normas não positivadas seria um tipo válido de argumentação? Haveria um limite na legitimidade do uso desse tipo de fundamento? Os argumentos dos ministros da 2ª Turma não se colocam nesses termos, mas poderiam ser assim abstraídos, o que suscitaria novos questionamentos.

Para os fins deste trabalho, estabeleci logo de início não entender que argumentos sem fulcro imediato em normas escritas previamente estabelecidas poderia embasar qualquer restrição de direitos, ante a vigência do princípio da estrita legalidade (válido tanto na esfera pena quanto na administrativa).

De forma diversa, os ministros da 1ª Turma que concederam os HCs apresentaram a tese geral de que o faziam porque, no caso, quedaria configurada a hipótese constitucional de violação à locomoção por ilegalidade ou abuso de poder de polícia em razão do descumprimento do procedimento ordinário de prisão. Conforme já apontado, houve ao menos dois ministros que resistiram explicitamente às provocações de cunho moral tanto dos colegas de tribunal quanto da opinião pública, mantendo posição de apreciação do caso, detendo-se apenas nos aspectos legais da questão:

“Entendo que, também, aqui, não se trata de saber se o ‘trottoir’, que, na sociedade permissiva do presente, reveste mil formas, é lícito ou não, se é repellido ou não pela moralidade média, se ainda chega a escandalizar diante da anestesia ética causada pela onda pornográfica, que nada respeita. O que se cuida, na espécie, é de saber se a autoridade policial pode, a seu alvedrio, prender e deter qualquer pessoa, trate-se ou não de prostituta ou de prostituto, com violação do & 12, do art. 153, da Constituição Federal” (voto do Min. Leitão de Abreu, RHC 58.938, f. 148).

“Tem-se noticiado que essas decisões [da 1ª Turma] importam declarar a licitude ou a defensabilidade da prostituição. Não é verdade. Temo-nos adstrito apenas à observância de uma das garantias constitucionais, aquela que, segundo entendo, é das mais proeminentes, porque assegura a liberdade de ir e vir, salvo de

prisão em flagrante ou mediante ordem escrita da autoridade competente” (voto do Min. Soares Muñoz, RHC 59.518, f. 224).

Daí se vislumbrarem as duas diferentes naturezas de argumentos mencionadas, que talvez originem cada uma um modo de analisar os *habeas corpus*. Sem embargo, percebe-se que enquanto os ministros que se fiam em considerações de ordem mais estritamente legal costumam se voltar aos dados do caso concreto para julgar – sendo notável que, em regra, os relatórios de seus acórdãos contenham maior riqueza de detalhes sobre os fatos que os demais – os que têm em mira a discussão centralizada no âmbito mais puramente valorativo pouco cuidam de relacionar suas ilações à espécie *sub judice*. Acredito que isso explique, ao menos em parte, como foi possível que em alguns acórdãos da 2ª Turma houvesse argumentos que exprimiam circunstâncias não apenas inexistentes nos HCs apreciados como ainda contrárias às provas juntadas aos autos.

Após toda essa divergência se instalar entre as duas turmas do STF, no recurso levado ao Pleno para a resolução do desentendimento da Corte (RHC 59.518) a 2ª Turma venceu. Mais uma vez, é muito interessante observar, em quase todos os votos dos ministros que denegaram o HC, senão em todos, fala-se que o *trottoir* é ato “ofensivo da moralidade pública e fonte de constrangimento para transeuntes e residentes” (voto do Min. Cordeiro Guerra) sem atentar, contudo, que as pacientes daquele caso não são “as hetairas, vestidas com roupas extravagantes que facilmente as identificam” que desfilam nos “bairros mais elegantes e familiares da cidade de São Paulo (...), embargando a passagem de homens e requestando-os para a prática sexual”, como fantasia o Min. Alfredo Buzaid, pois que, segundo ele próprio¹³³, elas se prostituem em boates e não nas ruas, que utilizam apenas como passagem.

Assim, a orientação que se valia dos argumentos mais desatentos às normas postas e aos dados de cada caso concreto se viu vitoriosa, deixando a marca da “relativização” dos direitos fundamentais (tão comum nos tempos da ditadura) para a posteridade. Eis o sinal dessa herança nesta ementa do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo:

¹³³ Ele afirma em seu curto relatório sobre o caso: “no exercício dessa atividade, frequentam boites, mas ao chegarem às referidas casas de divertimento ou delas saírem, ora em companhia de alguma pessoa, ora sozinhas, são constantemente detidas por agentes da autoridade coatora” (fl. 251, RHC 59.518).

"EMENTA OFICIAL: - "HABEAS CORPUS". REMESSA OFICIAL. CONCESSÃO NA ORIGEM PARA CONCEDER À PACIENTE SALVO-CONDUTO A FIM DE QUE POSSA PRATICAR, EM VIA PÚBLICA, O "TROTTOIR" DA PROSTITUIÇÃO. VOTO VENCIDO QUE PROVÊ A REMESSA "EX OFFICIO", DENEGANDO O "HABEAS CORPUS". - DIREITO E ÉTICA. SEM EMBARGO DA ONTONOMIA DO DIREITO, SABER QUE NÃO SE CONFUNDE COM A ÉTICA, NÃO POR ISSO PODE AQUELE ATENTAR CONTRA ESTA, PENA DE VIOLAR-SE O LIAME PRÓPRIO DE SUA SUBALTERNAÇÃO. COMO FEZ VER TRADELENBURG, "TODO DIREITO, ENQUANTO SEJA DIREITO E NÃO UMA INJUSTIÇA, DERIVA DA NECESSIDADE DE PRESERVAR UMA EXISTÊNCIA MORAL". UMA CONDUTA ATENTATÓRIA DOS BONS COSTUMES, AINDA QUE NÃO CONSTITUA CRIME OU CONTRAVENÇÃO, NÃO É BEM JURÍDICO E, POIS, NÃO PODE SER OBJETO DE PROTEÇÃO POR MEIO DE "HABEAS CORPUS". PRECEDENTES DO EG. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO EG. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO (VOTO VENCIDO - DR. RICARDO DIP) [Ementa 97596, Processo : 1111915 / 9, Órgão Julg.: 11. CÂMARA , Relator : XAVIER DE AQUINO, **Data : 10/08/1998**, grifei]

Se muitas vezes se reclama da pouca observância dos precedentes não vinculantes da Suprema Corte brasileira, neste caso ele parece ter se feito sentir em toda a sua força, dando evidências da relação problemática que enforma essa questão, quando mais que à questão formal se misturam debates envolvendo a justiça material presente nessas decisões.

BIBLIOGRAFIA CITADA

ABRAMO, Perseu. "Pesquisa em Ciências Sociais", in HIRANO, Sedi (org.), *Pesquisa social: projeto e planejamento*. São Paulo: T. A. Queiroz, 1979.

AUGRAS, Monique. *O que é tabu*. São Paulo: Brasiliense, 1989.

CHARAUDEAU, Patrick. *Linguagem e discurso: modos de organização*. Coordenação da equipe de tradução: Ângela M. S. Corrêa e Ida Lúcia Machado. São Paulo: Contexto, 2008.

COPI, Irving M. *Introdução à lógica*. Trad. Álvaro Cabral – 2. ed., São Paulo: Mestre Jou, 1978.

ENGEL, Magali. *Meretrizes e doutores: saber médico e prostituição no Rio de Janeiro (1840-1890)*. São Paulo: Brasiliense, 1989, p. 103-135.

FAJARDO, Cícero. "A prostituição perante a lei", *Revista dos Arquivos da Polícia Civil do Estado de São Paulo*, vol. XXIII, 1952, 1º semestre.

FONSECA, Guido. *História da prostituição em São Paulo*. São Paulo: Ed. Resenha Universitária, 1982.

MAZZIEIRO, João Batista. "Sexualidade criminalizada: prostituição, lenocínio e outros delitos – São Paulo 1870/1920". *Rev. Bras. Hist. [online]*. 1998, vol. 18, n. 35, p. 247-185. Disponível em: www.scielo.br. ISSN 0102-0188. Doi: 10.1590/S0102-01881998000100012. Acessado em 21 de maio de 2008.

PRETZEL, Bruna Romano. *O Ministro Marco Aurélio e a liberdade de expressão: uma análise de argumentação*. Monografia de conclusão da Escola de Formação. SBDP, 2007.

RAGO, Margareth. *Os prazeres da noite: prostituição e códigos da sexualidade feminina em São Paulo (1890-1930)*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, ANO, p. 129-140.

_____ *Do cabaré ao lar: a utopia da cidade disciplinar (Brasil: 1890-1930)*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985, p. 85-95.

SALMON, Wesley C. *Lógica*. Trad. Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota – 3. ed., Rio de Janeiro: Zahar, 1973 (Curso Moderno de Filosofia).

SCHETTINI, Cristiana. "Que tenhais teu corpo": *uma história social da prostituição no Rio de Janeiro das primeiras décadas republicanas*. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 2006, p. 83-105 e 171-230 (Prêmio Arquivo Nacional de Pesquisa – 2003).

SOARES, Luiz Carlos. *Rameiras, ilhoas, polacas... a prostituição no Rio de Janeiro do século XIX*. São Paulo: Ática, 1992, p. 83-109.

APÊNDICE I: Pesquisa preliminar realizada no site do STF sobre sexualidades¹³⁴

Palavra-chave	Acórdão	DM*	DP*	Total
Homossexual	2	7	0	9
Homossexuais	0	4	0	4
Lésbica	0	1	0	1
Gay	3	3	0	6
Bissexual	0	1	0	1
Viado	0	0	0	0
Sapatão	1	0	0	1
Opção sexual	2	4	0	6
Orientação sexual	3	12	0	15
Perversão sexual	1	0	0	1
Instinto sexual	1	0	0	1
Pederasta	0	0	0	0
Pederastia	3	2	0	5
Desviado sexual	0	0	0	0
Desvio sexual	1	0	0	1
Desvio moral	6	19	2	26
União homoafetiva	0	1	0	1
Heterossexual	0	3	0	3
Heteroafetiva	0	1	0	1
Homoafetividade	0	0	0	0
Prostituta	4	3	1	8
Prostituição	64	12	3	79
Mudança de sexo	0	7	0	7
Transexual	0	0	0	0
Transgênero	0	1	0	1
Travesti	0	0	0	0
Sexualidade	1	1	0	2
Emasculação	0	1	0	1
Castração	0	2	0	2
<i>Drag-Queen</i>	0	0	0	0
Transexualidade	0	1	0	1
<i>Queer</i>	0	0	0	0
Sodomia	1	0	0	1
Sodomita	0	0	0	0
<i>Bare-backing</i>	0	0	0	0
Sexo	69	65	2	0
Homossexualismo	0	0	0	0
Bicha	0	1	0	1
Macho	0	1	1	2
Fêmea	0	0	0	0
Homem	145	378	29	552
Mulher	841	275	185	1301

*DM = Decisão Monocrática

*DP = Decisão da Presidência

¹³⁴ Realizada entre os dias 02 e 03 de maio de 2008.

APÊNDICE II - QUESTIONÁRIO

Tendo em vista que os 19 RHCs examinados haviam sido impetrados por apenas 4 advogados diferentes, decidi procurá-los, por meio da lista telefônica virtual¹³⁵. Encontrei o número de contato de quase todos, mas somente consegui me comunicar com o Dr. Francisco Lobo da Costa Ruiz, que teve a gentileza de responder ao questionário abaixo, por *e-mail*¹³⁶.

1. *Em pesquisa que realizei no site do STF apenas encontrei Recursos de Habeas Corpus entre 1962 e 1985, com maior concentração nos anos de 1981 e 1982. O Sr. tem idéia da razão da concentração de casos nesses anos?*

Na época, a polícia de São Paulo empreendeu rigorosa repressão às denominadas "michelas", que "batiam bolsa", faziam o "trottoir" pelas ruas, mercadejando o próprio corpo. Por longos anos, centenas e centenas de mulheres e travestis eram presos diariamente, levados para as delegacias e soltos ao amanhecer. Quando soltos, recebiam a ameaça de, na próxima vez, ficarem presos por um dia, em outra vez por dois, e assim por diante. Essas ameaças geravam o justo temor de novamente virem a perder a liberdade de ir, vir e ficar sem culpa formada, sem ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente ou estarem em situação de flagrância, autorizando a postulação de habeas corpus em caráter preventivo, com expedição de um documento denominado salvo-conduto.

2. *Todos esses casos são oriundos do Estado de São Paulo, mais precisamente da Capital. Havia algum tipo de "política pública" específica contra as prostitutas nessa época no município? Ou, quem sabe, algum agente público (delegado, policial, secretário estadual, prefeito...) em especial com uma atuação nesse sentido? Quem?*

Várias autoridades fomentavam esse tipo de atuação policial, tendo eu lembrança de delegados como Wilson Ricchetti, Moraes Novais, que impunham rigor excessivo nas diligências.

3. *Na sua opinião, por que não há notícias de casos do gênero provindos de outros Estados? É possível que em outros Estados não houvesse advogados para as prostitutas?*

É possível que em outros locais a política de segurança tenha se preocupado com delitos contra o patrimônio, contra a vida, etc, e, ao contrário, talvez "as prostitutas é que não necessitassem do trabalho de advogados".

¹³⁵ www.telefonica.com.br

¹³⁶ Requeri expressa autorização para a reprodução das respostas ao questionário neste trabalho, a qual me foi concedida, graciosamente.

4. *Em São Paulo, havia algum tipo de discriminação sofrida pelos advogados que defendiam prostitutas?*

Não. Inclusive grandes advogados, renomados advogados das décadas de 70, 80, 90 (e que ainda estão advogando ou ocupando elevados cargos) desenvolveram trabalho no que chamávamos "área do lenocínio", envolvendo prostitutas, hotéis de curta permanência, rendez-vous, lupanares, bordéis, conventilhos, rufiões, proxenetas e outros personagens do cenário criminal específicos.

5. *Um Desembargador paulista mencionou, em um HC, a existência de "advocacia especializada em prostituição ambulante". Isso existia de fato? Quantos advogados atuavam com prostitutas, mais ou menos?*

Havia alguns mais solicitados, especialistas no assunto, não podendo precisar quantos, por certo mais de 20.

6. *Por que o Sr aceitou advogar para prostitutas? Quantos HCs o Sr fez (aproximadamente)? Os RHCs que foram levados ao STF foram os únicos que não tiveram êxito ou houve outros?*

A questão é que no início de carreira você tem de atender os casos de menor expressão, clientes com poucos recursos e que não têm hora para acionar o advogado, em grande número de vezes tirando-o da cama, interrompendo o sono para sair em socorro. Devo apontar que naquela época a situação da criminalidade era diferente, não havia tanta violência como hoje, e o relacionamento com a clientela era tranquilo, pacífico, de respeito. Perdi a conta de quantos HCs impetrei, só encerrando o caso com o resultado positivo, muitas vezes buscado no STF.

7. *Por que depois de 1985 nenhum outro caso foi levado ao STF?*

Vide resposta 1.

8. *O Sr. se lembra se havia Varas e Câmaras do TJ cujos magistrados sempre concediam a ordem ou sempre denegavam? O Sr. sabe quais Varas e quais Câmaras eram essas?*

Com certeza havia juizes e desembargadores que entendiam de conceder a ordem e outros não. Não recordo nomes.

9. *Quais eram as maiores dificuldades que o Sr encontrava?*

Sinceramente eu não encontrava nenhuma dificuldade, além daquela normal de todos os casos em que atuamos.

APÊNDICE III – TABELA COMPARATIVA DE VOTOS

A tabela anexa oferece informações a respeito do posicionamento individual dos ministros do Supremo Tribunal Federal a partir de 1979, cotejando-o tanto com sua turma ou com o plenário, caso em que seu voto deve ser comparado com os demais da horizontal, quanto com as manifestações que ele mesmo expressou em outros julgamentos, caso em que se poderá examinar a (in)coerência do julgador, observando a seqüência vertical.

Há dois fatos que mais interessam na análise da tabela: primeiro, o fato de apenas haver, dentre todos os casos apresentados, apenas um em que o julgamento não se deu por unanimidade; depois, o de três ministros apresentarem incoerência ou terem mudado de opinião injustificadamente, quais sejam, os Mins. Cunha Peixoto, Rafael Mayer e Néri da Silveira¹³⁷. Talvez essas duas situações possuam uma só explicação.

Afinal, por que esses três ministros, assim como o Min. Oswaldo Trigueiro¹³⁸, alteraram suas opiniões quando houve mudança na composição da turma da qual faziam parte ou quando a questão foi remetida ao Plenário? Em outras palavras, por que há ministros que parecem ser incoerentes ou ter mudado de opinião sem justificção?

Apesar de não descartar a possibilidade de outras questões que eventualmente expliquem esse fenômeno, parece haver fundamento para que se cogite apenas uma hipótese: a preocupação com a preservação da unanimidade no julgamento das turmas. Não importa se isso tem origem em um pacto entre os ministros, no mal-estar em teimar em discordar da turma a cada julgamento sobre o tema ou em uma autêntica preocupação com a coesão da turma.

O esforço feito pelo Min. Néri da Silveira para não prolar voto divergente do entendimento da 1ª Turma no RHC 59.114 parece indubitável. Naquele recurso, ele tentou remeter os autos à apreciação do Plenário, em sede do qual, já adiantou, iria rever a posição que até então defendera naquela turma. Como perdeu na votação sobre essa preliminar, seguiu, mais uma vez, a orientação lá prevalente:

¹³⁷ O voto dissonante que eles proferiram está sublinhado na tabela.

¹³⁸ Nos RHCs 42.952 e 51.434, consoante apontei no capítulo 3, item 3.2.

“Vencido quanto à proposta preliminar, na linha da orientação que vem sendo adotada pela Primeira Turma, levo em conta que já me pronunciei no mesmo sentido, em voto de adesão, como vogal, quando do julgamento do Recurso de Habeas Corpus nº 58.974, de São Paulo. Mantenho esta orientação, dou provimento ao recurso, para que se forneça à impetrante o salvo-conduto, em ordem a não ser presa, senão nas hipóteses e na forma prevista no art. 153, &12, da Constituição Federal, reservando-me, todavia, para reexaminar a matéria, quando for a mesma submetida a exame do Plenário” (f. 82).

Há, no excerto acima, uma expressão utilizada pelo Min. Néri da Silveira que é particularmente reveladora. E ela é repetida quando comunica em Plenário, no julgamento do RHC 59.518, que enfim estava mudando sua posição. Trata-se do *voto de adesão*:

“Do exposto, na espécie, nego provimento ao recurso, reconsiderando-me, assim, do *voto de adesão* que emprestei, na Primeira Turma, segundo a orientação nela existente, no RHC nº 58.974, bem assim do voto que proferi, no RHC nº 59.114, após vencido quanto à proposta para submeter ao Plenário, a matéria, em face da divergência entre as Turmas” (fls. 272, grifei).

A mencionada preocupação com o entendimento assente na turma, ainda que dela discordante, explica também, como já se insinuara, a quantidade de decisões unânimes. E a unanimidade se verifica de ambos os lados, em ambas as turmas. Nessa diretriz, assemelha-se a um tipo de valor compartilhado por quase todos os membros do tribunal, o que, apesar de todas as críticas, não deixa de apresentar, de algum modo, um interesse que ultrapassa as vontades dos ministros. Resta saber em que medida isso é bom ou não para a transparência das decisões e para sua fundamentação, a assegurarem algum tipo de controle público sobre seu conteúdo.

APÊNDICE IV – IDENTIFICAÇÃO DE ARGUMENTOS DOS ACÓRDÃOS

Antes de proceder à identificação dos argumentos em cada um dos 19 recursos de *habeas corpus* (RHCs) analisados, cumpre registrar que todos os votos estão aí sumarizados, exceto os votos da preliminar do RHC 58.114, porque já mencionados no capítulo 3, item 3.1. Por isso, sempre que houver a menção de apenas um voto, pode-se saber que foi este único voto o constante do acórdão apreciado, certamente por ter havido unanimidade da turma ou do pleno.

1.1. Detalhes do caso

Os dois primeiros pedidos liminares de concessão do salvo-conduto preventivo foram denegados em despacho. O terceiro, feito um dia após a paciente ser posta em liberdade por detenção ilegal, também foi denegado pelo juiz titular da 10ª Vara Criminal de São Paulo.

Alguns dias depois, o procurador da paciente, Dr. Roberto von Haydin, pediu que os autos fossem encaminhados ao plantão judicial, no bojo do qual requereu mandado de busca e apreensão da paciente, pois naquele exato momento ela se encontrava presa – pedido igualmente denegado. Na oportunidade, aproveitou para requerer um salvo-conduto, que lhe foi concedido de plano, com conseqüente recurso de ofício.

Ao retornar ao cartório da 10ª Vara, o juiz titular reviu a decisão do magistrado plantonista, deixando de expedir o salvo-conduto obtido, para apenas remeter os autos ao tribunal.

O TJ-SP repreendeu o juiz *a quo*, não obstante tenha mantido a decisão de não conceder o remédio constitucional pleiteado. O acórdão denegou o HC exclusivamente com base na falta de prova da ameaça experimentada pela paciente:

“O ‘trottoir’ em si é penalmente inócuo. Acontece que *não há prova alguma* da apregoada arbitrariedade policial *em relação à paciente*”.

1.2. Elementos de análise

O recurso de HC foi provido por unanimidade pelo pleno do STF, presentes os Ministros Henrique D'Ávila e Cunha Mello (substitutos de Luiz Galootti e Barros Barreto), Victor Nunes Leal, Gonçalves de Oliveira, Villas Bôas, Cândido Motta Filho, Ary Franco e Hahnemann Guimarães, nos termos do voto do relator, Min. Pedro Chaves.

1.2.1. Voto do Min. Pedro Chaves

O Min. Pedro Chaves contradiz o motivo que originou a denegação da ordem pelo TJ-SP, qual seja, a suposta falta de provas sobre a arbitrariedade policial contra a paciente. Primeiro, ele frisa haver fato notório, enquanto o TJ, ao declarar a necessidade de produção de provas, afasta essa hipótese; a seguir, ao reconhece implicitamente valor probatório dos documentos juntados.

Isso está sintetizado na frase “*O que ocorre, pois, além de público e notório, está comprovado pela imprensa*”. Bem entendida, ela indica que: [A1] o teor das certidões de sentenças e dos recortes de jornais comprova a ameaça policial, o que substancia o *argumento das provas válidas*; e [A2] a ameaça é fato público e notório, o que configura o *argumento do fato notório*.

Convém observar, no entanto, que a decisão do TJ-SP não nega a existência de provas nos autos, senão somente de provas “em relação à paciente”. Esse é um dado relevante para explicitar outro raciocínio do ministro não explicitado em seu voto: como é que, do fato notório, ou da comprovação da campanha policial contra prostitutas, chega-se à conclusão de que a paciente, pessoalmente, encontra-se ameaçada.

Creio que o ministro só teria uma maneira de formular essa relação causal em termos lógicos, cumpre dizer, por uma espécie de *silogismo estatístico*¹³⁹, ou argumento indutivo semelhante – o qual não lhe garante

¹³⁹ Ele tem a seguinte forma: A% dos B são C.
 X é B.
 (∴) X é C.

Nessa hipótese, B=prostitutas, C=ameaçadas, X=paciente e a porcentagem pode ser substituída por “quase todas”, “a maioria”.... Quanto maior a certeza ou o número percentual do termo ‘A’, maior a probabilidade de acerto da conclusão. Obs.: ‘A’ deve ser diferente de 100% e de “todas”, sob pena de o argumento não ser indutivo, mas dedutivo, apresentando-se como um silogismo categórico ordinário.

uma certeza necessária, somente uma probabilidade de acerto possível. Se fosse explicitar tal raciocínio, contraporia ao entendimento resoluto do TJ um juízo de probabilidade, o que poderia não ser exatamente persuasivo, ainda que logicamente impecável, e desejável do ponto de vista da motivação da decisão.

Contudo tal raciocínio não é explicitado pelo ministro, quem assume que o fato notório da campanha policial contra prostitutas esteja atingindo pessoalmente a paciente, razão pela qual lhe concede a ordem.

Por fim, reconhece à paciente “o direito de não ser presa, salvo flagrante ou ordem judicial” [A3], doravante denominado simplesmente como *argumento constitucional*, vez que tem fulcro no art. 141, par. 20, da Constituição Federal de 1946, então vigente.

A1	Argumento das provas válidas
A2	Argumento do fato notório
A3	Argumento constitucional

2. **Recurso de Habeas Corpus nº 42.952**

Recorrente: Elza Miralha

Advogado: Roberto von Haydin

Data do Julgamento: 14 de fevereiro de 1966

2.1. **Detalhes do caso**

A paciente morava em prédio da Al. Barão de Campinas, já sumariamente interdito pela polícia, onde viveriam “mulheres suspeitas de se entregarem à prostituição”, “o que levou alguns de seus inquilinos a impetrarem mandado de segurança, [que foi] concedido”. A paciente, que era surda-muda, alegou sofrer diversas formas de perseguição policial.

O juiz de 1ª instância, assim como o TJ-SP, denegou o pedido de *habeas corpus* embasado no ofício do delegado da terceira circunscrição policial, em que ele afirmou, após averiguar as informações das cinco autoridades abrangidas naquela área, “que nada há nesta Circunscrição em nome da paciente Elza Miralha, não procedendo, portanto, o alegado pela mesma sobre tais detenções” (grifei).

2.2. Elementos de análise

O recurso de HC foi provido por unanimidade pela 1ª Turma do STF, presentes os Ministros Evandro Lins e Silva, Victor Nunes Leal, Cândido Motta Filho e Lafayette de Andrada (presidente), nos termos do voto do relator, Min. Geraldo Trigueiro.

2.2.1. Voto do Min. Geraldo Trigueiro

O relator procurou afastar a “prova” oficial de que se valeram os magistrados de 1º e 2º graus para fundamentar a denegação da ordem. Segundo eles, o fato de a autoridade policial não ter encontrado prontuários da paciente contraria as alegações dela. A isso o ministro responde que “[o]s fatos por ela [paciente] alegados não foram contestados pela autoridade informante, que se limitou ao nada consta de praxe” [A1].

Após a menção no relatório da realização de justificação e da juntada de documentos “para provar que a paciente foi detida várias vezes, tendo mesmo sido espancada e trancafiada no xadrez”, o ministro se valeu de algumas estratégias para embasar a concessão a ordem.

Primeiro, sustentou o *argumento do fato notório*, reportando-se ao RHC 39.270 (julgado pelo pleno, que deu provimento ao recurso) [A2]. No mesmo excerto está presente o *argumento das provas válidas* [A3].

Segundo, transcreveu um trecho do parecer favorável do Ministério Público paulista, no qual afirma haver excesso nas medidas policiais que visam à coibição da prostituição:

“O Estado tem outros meios para coibir ou restringir a prostituição; não precisa apelar para a violação dos direitos fundamentais, assegurados na Carta Magna, explícita ou implicitamente. Embora competente a autoridade e lícito o fim visado, exorbitou-se quanto aos meios empregados”.

Por fim, defendeu o salvo-conduto como meio de assegurar a liberdade contra arbitrariedades, cuja concessão não geraria nenhum prejuízo. Em outras palavras, a concessão da ordem, mesmo que inverídicos

os fatos, não geraria prejuízos, de um lado, sendo meio de assegurar a liberdade da paciente se lhe forem impingidas arbitrariedades – e, de outro, sendo ineficaz para quaisquer outros fins, se nada lhe ocorrer.

É o que se chamará de *argumento da inocuidade* [A4]

“Se a polícia não molestar a paciente, o salvo conduto será inócuo. Mas, se insistir na prática das violências que lhe são atribuídas, a justiça está no dever de assegurar à paciente a liberdade, que é direito de todos, e de que ela não pode ser privada senão pela forma e nos casos previstos em lei”.

A1	O “nada consta” policial não é prova que invalide as alegações da paciente
A2	Argumento do fato notório
A3	Argumento das provas válidas
A4	Argumento da inocuidade
Precedente	RHC 39.270

3. **Recurso de Habeas Corpus nº 51.434**

Recorrente: Corina Nogueira Pereira e outra

Advogado: Roberto von Haydin

Data do Julgamento: 18 de setembro de 1973

3.1. **Detalhes do caso**

“[I]mpetrou-se HC preventivo em favor das Recorrentes, sob alegação de que ambas, identificadas como meretrizes, têm sido presas reiteradas vezes e encaminhadas aos DPs, onde permaneceram detidas sem culpa formada (f. 3)”.

Apesar de fazer essa afirmação, o TJ-SP julgou que uma das pacientes, “negando sua condição de prostituta, incumbiu-se de demonstrar que a hipótese dos autos não se ajusta ao entendimento jurisprudencial”. Assim, compreendeu que ela havia negado totalmente a prática do *trottoir*, sendo que “negada essa atividade, não se vê como, sem os riscos de uma difamação, possa a justiça conceder uma ordem para que alguém faça aquilo que não quer”. Não fica claro como o salvo-conduto poderia, a um

tempo, ser sinônimo de que sua portadora era prostituta, e, a outro, consistir em obrigação à sua portadora para se prostituir.

Quanto à paciente que se encontrava presa sob acusação de prática de homicídio o TJ-SP julgou prejudicado o pedido de HC.

Decidiu, ainda, que o testemunho registrado nos autos, juntamente com o “entendimento jurisprudencial tão exuberantemente explorado nos autos pelo impetrante”, não eram suficientes para contestar o ofício policial no qual a autoridade negava haver prontuários das pacientes.

Por fim, entendeu que na hipótese de abuso policial, caberia “encontrar a devida punição através de representação endereçada [sic] ao MM. Corregedor da Polícia, e não no remédio heróico”. As pacientes recorreram ao STF.

3.2. Elementos de análise

Por unanimidade de votos, a 1ª Turma do STF, presentes os Min. Djaci Falcão, Rodrigues Alckmin, Oscar Corrêa e Geraldo Trigueiro (presidente), negou provimento ao recurso, em observância à manifestação do relator, Min. Aliomar Baleeiro.

3.2.1. Voto do Min. Aliomar Baleeiro

A decisão do relator está transcrita em sua inteireza, assim:

“Sem dúvida, o trottoir, sem importunação, nem ultraje público ao pudor é fato atípico e o próprio e v. Acórdão o declara.

Mas é certo que as Recorrentes, exceto a comprometida em homicídio, estão em liberdade.

Nego, por isso, provimento.”

No primeiro período do voto, o ministro se posiciona contra o entendimento segundo o qual a prostituição é, em si, um ilícito. Dentro de certos limites ela não é proibida, isto é, “sem importunação, nem ultraje público ao pudor é fato atípico”. Trata-se do *argumento da atipicidade* [A1].

O segundo período contém a justificativa central do voto: nega-se provimento ao RHC porque as recorrentes, exceto a preventivamente presa, encontram-se em liberdade. Isso significa que o remédio constitucional só teria eficácia repressiva, contra ilegalidades atuais, sendo imprestável para o caso de ameaças à liberdade de ir e vir, ou seja, para situações preventivas em que a paciente está em liberdade, mas pode vir a perdê-la a qualquer momento. A esta tese chamarei *argumento da lesão atual* [A2].

A1	Argumento da atipicidade
A2	Argumento da lesão atual

4. **Recurso de Habeas Corpus nº 54.534**

Recorrente: Vera Lúcia Garcia e outra

Advogado: Roberto von Haydin

Data do Julgamento: 05 de outubro de 1976

4.1. **Detalhes do caso**

Nos termos do parecer Procuradoria Geral da República, o juiz de 1ª instância denegou o pedido das recorrentes devido às medidas policiais não configurarem constrangimento ilegal.

O TJ-SP também denegou a ordem, mas embasou sua posição na invalidade das provas coligidas (declarações extrajudiciais e cópias de decisões) e na impossibilidade jurídica da prolação de sentença condicional que servisse para o caso de a ameaça vir a ocorrer futuro.

4.2. **Elementos de análise**

A 1ª Turma do STF negou provimento ao recurso por unanimidade, tendo participado da sessão os Min. Bilac Pinto, Antonio Neder, Cunha Peixoto e Eloy da Rocha (presidente). Todos acompanharam o voto do relator, Min. Rodrigues Alckmin.

4.2.1. **Voto do Min. Rodrigues Alckmin**

O relator reproduziu o parecer da Procuradoria Geral da República (PRG), tomando-o para a fundamentação da decisão. Na manifestação ministerial, argüi-se que a “localização do meretrício, a proibição do ‘trottoir’ em determinadas zonas e locais da cidade (...) são medidas que se compreendem no âmbito do poder de polícia, na sua modalidade de ‘polícia de costumes’”, conforme lição de Cretella Jr. [A1]. Desse modo, lança-se o *argumento do local propício*.

A seguir, utiliza-se o *argumento da atipicidade*, à medida que se afirma que, “mantido dentro de certos limites e conveniências [, o exercício do ‘trottoir] é legítimo, simples manifestação da ‘liberdade de ir e vir’” [A2].

O órgão ministerial entendeu que se o trottoir em si mesmo não era um ilícito, ele poderia ser em determinadas circunstâncias, diante das quais a polícia nada poderia fazer, se concedida a ordem. Nesse sentido, o salvo-conduto seria como um alvará para que as prostitutas praticassem atos imorais e contra os costumes ilegais [A3]. Trata-se do *argumento do alvará de impunidade*.

Esse argumento é acompanhado por um outro, o de que o HC impediria o regular exercício do poder de polícia¹⁴⁰ [A4]:

“A concessão de salvo-conduto tornaria impossível o exercício da função policial, obrigando aos agentes de autoridade a cruzarem [sic] os braços diante de atos atentatórios à moral e ao sossego público, o que é inadmissível”.

O ministro entende que a concessão do HC viria a efetivamente inviabilizar o poder de polícia, conforme se evidencia na passagem do parecer em que se insiste que não se pode “vedar o exercício do poder de polícia, pela simples possibilidade de seu uso abusivo” [A5].

Depois, arremata assegurando que “[c]omprovado que seja, porém, o abuso de autoridade, prevê a lei os meios adequados à sua punição” [A6]. Contudo, não fica claro se a comprovação exigida é a da presença atual do abuso, caso em que a tese aí esboçada se aproximaria do *argumento da*

¹⁴⁰ Ao final do voto, o ministro repete esse argumento nestes termos: “a pretendida concessão de salvo conduto que abra ensejo ao ‘trottoir’ com importunação ou ultraje público ao pudor, limitando regular exercício do poder de polícia, não se justifica”.

lesão atual, ou se deve ser comprovado o abuso seja ele atual ou iminente, hipótese em que se estaria diante do *argumento da prova inválida*, segundo o qual as declarações extrajudiciais, recortes de jornal e registros de outras decisões não constituem prova apta a demonstrar o alegado abuso policial.

A dúvida persiste mesmo após a adição que o ministro faz ao parecer, no sentido de que “se qualquer das pacientes vier a ser ilegalmente detida, solução estará em eliminar por via de ‘habeas corpus’ a detenção ilegal” [= A6]. Está-se afirmando que só seria possível conceder o HC caso a lesão à liberdade já estivesse consumada ou que, diante da falta de provas válidas nesse caso concreto, não seria possível conceder o salvo-conduto e, no entanto, a paciente poderia se valer do HC repressivo se presa?

Outra dúvida que surge da forma como o ministro apresenta suas razões é se o “argumento da lesão atual” se mostra cabível em qualquer situação, de modo que para ele nunca seja possível conceder *habeas corpus* preventivo ou se apenas em se tratando de prostitutas isso seria discutível, à medida que “a pretendida concessão de salvo conduto” daria “ensejo ao ‘trottoir’ com importunação ou ultraje público ao pudor”, limitando o exercício do poder de polícia [A7].

A1	Argumento do local propício
A2	Argumento da atipicidade
A3	Argumento do alvará da impunidade
A4	A concessão do HC representaria limitação ao poder de polícia
A5	Não se deve “vedar o exercício do poder de polícia pela simples possibilidade de seu uso abusivo”
A6 (?)	Argumento da lesão atual ou argumento da prova inválida?
A7 (?)	Argumento da lesão atual vale para todos os HCs ou só para os das prostitutas?
Doutrina	“Direito Administrativo” de Cretella Jr.
Transcrição	Parecer da PGR

5. **Recurso de Habeas Corpus nº 56.956**

Recorrente: Areli Rodrigues de Souza e outras

Advogado: Roberto von Haydin

Data do Julgamento: 22 de maio de 1979

5.1. Detalhes do caso

O HC foi concedido em primeira instância e cassado no TJ-SP com fundamento na carência de provas válidas.

5.2. Elementos de análise

A 1ª Turma do STF, por unanimidade, presentes à sessão os Min. Cunha Peixoto, Soares Muñoz, Rafael Mayer e Thompson Flores (presidente), deu provimento em parte ao recurso, consoante a fundamentação do voto do relator, Min. Xavier de Albuquerque.

5.2.1. Voto do Min. Xavier de Albuquerque

O ministro aduz as seguintes proposições: que “[r]eiteradas decisões do mais alto Tribunal paulista, trazidas a estes autos ou neles referidas, dão como notório o fato” ilegal e que outros documentos “corroboram a notoriedade do fato, tantas vezes reconhecida pelo próprio Tribunal a quo”.

O Ministro se refere a dois documentos, o “Relatório de estado sobre o problema do meretrício na Capital de São Paulo”, elaborado por técnicos da Secretaria de Saúde Pública e da Assistência Social, publicado em “conceituada” revista, no qual se informa que “o número mensal de mulheres detidas é de aproximadamente 400” e o documento intitulado ‘Boletim de recolha em custódia’, que registra a detenção de certa mulher, motivada pela prática de ‘trottoir’.

Ambas asserções vêm no sentido de que a repressão policial a prostitutas é fato já bem conhecido, o que figura o *argumento do fato notório* [A1], fato este comprovado pelos documentos juntados aos autos (*argumento da prova válida*) [A2].

Esse argumento foi reiterado quando o Ministro mencionou que mesmo o Des. Acácio Rebouças, “sabiamente reservado e austero em matéria penal”, já reconheceu a notoriedade da repressão policial. Ele transcreveu trecho do voto desse desembargador no qual se atestou que o salvo-conduto “obviamente não dispõe de eficácia quando o agente policial

possa justificar a sua intervenção, ou exibindo o mandado de prisão (...) ou fazendo autuar em flagrante o transgressor da lei”, pelo que “apenas protege contra arbitrariedades, nunca tolhe a intervenção legal da autoridade pública” [A3].

Desse modo, aditou o denominado argumento da inocuidade, de acordo com o qual o salvo-conduto é inepto para prejudicar o poder de polícia, já que só tem serventia caso sua portadora venha a experimentar os abusos da atuação policial ilegal.

Demais disso, consta do acórdão recorrido não ter sido “feita prova alguma judicial de estarem as pacientes sob ameaça de prisão”, isto é, de haver ameaça direta e pessoalmente às recorrentes. Para o relator, “o acórdão recorrido levou além da marca a exigência de prova judicial da alegada ameaça. Tenho-a, também, como notória e capaz de ensejar julgamento conclusivo sobre o mérito da impetração” (grifei).

O ministro transfere a certeza da notoriedade do fato genérico para a da ameaça individual. Ou melhor, ante a prova do fato notório, dispensou a necessidade da prova da ameaça pessoal. Daí porque fez constar da ementa do RHC: “Ameaça de prisão repetidamente havida por notória. Desnecessidade de prova judicial específica” [A4].

Diante dessa conclusão, “afastado o fundamento da falta de prova da ameaça que pesa sobre as recorrentes”, deu provimento em parte ao recurso, para que o tribunal paulista analisasse seu mérito “como entender de direito”. Mas se fora admitido como provado o principal requisito do HC, adentrado como estava o mérito, o que restaria ao TJ-SP?

A1	Argumento do fato notório
A2	Argumento da prova válida
A3	Argumento da inocuidade
A4	A notoriedade do fato dispensa a prova da ameaça particular
Precedente	Voto do Des. Acácio Rebouças (TJ-SP)
Transcrição	“Relatório de estado sobre o problema do meretrício na Capital de São Paulo” (Secretaria da Saúde Pública e da Assistência Social de São Paulo)

5.2.2. Voto do Min. Soares Muñoz

Em um primeiro momento, o Ministro Soares Muñoz apontou em seu voto-vista que “[n]um ‘habeas corpus’ preventivo, a existência da ameaça, alegada na petição inicial, é questão que integra o mérito”:

“(…) a premissa maior é a determinação constitucional de que ‘ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita de autoridade competente; a premissa menor reside no fato, considerado notoriamente certo pelo eminente Relator, de que as impetrantes estão ameaçadas de prisão. Falta apenas decidir-se se a prisão, da qual estão ameaçadas as impetrantes, é ilegal. *Parece-me que essa indagação constitui atribuição do órgão julgador que admitiu como comprovado o fato da ameaça, pois deste resulta, necessariamente, se ilegal, o temido constrangimento*” (grifei).

O ministro montou o silogismo que caberia ao magistrado estruturar para verificar se concederia ou não a ordem. Conforme apontado, a premissa maior seria a própria norma constitucional (art. 153, par. 12, CF/69) [A1], a premissa menor se substanciaria na existência de ameaça – fato “considerado notoriamente certo pelo eminente Relator” [A2]. Ora, dessas duas premissas adviria como conclusão necessária o reconhecimento de que a paciente sofreria ameaça ilegal – a legitimar a concessão de salvo-conduto.

Segundo o Ministro Muñoz, o que acontece, em regra, é a cisão do julgamento quando o tribunal *ad quem* “afasta uma preliminar processual, que, acolhida por aquele [tribunal *a quo*], o impediu de apreciar o mérito”. Contudo, não foi isso o que determinou o relator, para quem, apesar de reconhecida a existência de prova válida probante da ameaça, dever-se-ia remeter os autos para a instância anterior terminar o julgamento. Assim fazendo, o Min. Xavier de Albuquerque teria já “iniciado o julgamento do mérito do recurso”, que seria terminado por outro órgão julgador.

Apesar de ter essa percepção da situação, interessa frisar que o Min. Soares Muñoz, no segundo momento de seu voto, resolveu concordar com a solução proposta pelo relator “por considerá-la a mais *prudente*, tendo em

vista a *especial delicadeza do caso*, a aconselhar que a solução seja tomada, originariamente, pela justiça local” (grifei).

A “manobra” (se é que se pode chamar assim) verificada nessa decisão, bem como os termos grifados logo acima parecem indicar um certo mal-estar ou uma resistência dos ministros para conceder a ordem demandada pela paciente, apesar de eles não terem deixado de admitir que haja direito a ela.

A1	Argumento constitucional
A2	Argumento do fato notório

5.2.3. Esclarecimento do Min. Xavier de Albuquerque

Em pedido de esclarecimento, o relator afirmou: “os motivos, que levaram o eminente Ministro Soares Muñoz a concordar, ainda com as reservas postas no seu voto, com a conclusão por mim proposta, são idênticos aos que me inspiraram essa mesma conclusão”.

Em outras palavras, apesar de haver um reconhecimento implícito do dever de apreciar imediatamente o HC, a ‘prudência’ e a ‘especial delicadeza do caso’ levaram a que se julgasse de modo diverso. Por que suscitar a prudência? Em que ponto se encontra a delicadeza do caso?

É razoável imaginar que a temática da prostituição levantasse tantos debates e polêmicas que seria mais confortável aos ministros não terem eles próprios que expedir o HC ou que contrariar completamente o TJ-SP, deixando a este que executasse o restante da sentença.

6. Recurso de Habeas Corpus nº 57.021

Recorrente: Sandra Aparecida da Silva e outra

Advogado: Roberto von Haydin

Data do Julgamento: 29 de maio de 1979

6.1. Detalhes do caso

O juiz de primeira instância denegou a ordem, alegando que o “Edifício Século XX”, em que residem as pacientes, é visitado por “marginais e exploradores daquelas mulheres” e que não houve prova da ameaça

alegada. O TJ também entendeu faltarem provas judiciais, já que dos autos só constariam “genéricos noticiários de impacto”.

6.2. Elementos de análise

O recurso foi provido em parte pela unanimidade da 1ª Turma, estando presentes os Min. Cunha Peixoto, Soares Muñoz, Rafael Mayer e Thompson Flores (presidente), que seguiram o voto do relator, Min. Xavier de Albuquerque.

O presente RHC foi julgado no mesmo dia que o de número 56.956, apresentando votos absolutamente idênticos. Curiosamente, eles são os dois únicos acórdãos, dentre os encontrados, com julgamentos favoráveis *em parte* – os demais ou são favoráveis ou são contrários. Parece, por isso, desnecessário refazer os comentários do outro acórdão, pelo que me limito a transcrever a grade de argumentos anteriormente composta.

A1	Argumento do fato notório
A2	Argumento da prova válida
A3	Argumento da inocuidade
A4	A notoriedade do fato dispensa a prova da ameaça particular
Precedente	Voto do Des. Acácio Rebouças (TJ-SP)
Transcrição	“Relatório de estado sobre o problema do meretrício na Capital de São Paulo” (Secretaria da Saúde Pública e da Assistência Social de São Paulo)

7. Recurso de *Habeas Corpus* nº 58.179

Recorrente: Efigênia Supriano Marques

Advogado: Francisco Lobo da Costa Ruiz

Data do Julgamento: 05 de setembro de 1980

7.1. Detalhes do caso

O magistrado de primeiro grau ouviu duas testemunhas da paciente, que se prostituía nas boates de centro de São Paulo. A locadora da residência da paciente afirmou que esta era pessoa 'discreta na maneira de se vestir e de se comportar em público', que não promovia escândalos e tinha medo de sair à rua, com receio de novas prisões. A outra era uma conhecida, quem "declarou ter encontrado a paciente no 3º DP e disse que ela é discreta e nunca a viu decomposta ou promovendo escândalos". Com fundamento nessa prova, o juiz concedeu o HC.

Diante do recurso de ofício, o TJ-SP cassou o salvo-conduto, sob o argumento de que o *trottoir*, "que não é senão o aliciamento despudorado (...) [é] uma ocupação imoral e, pois, ilícita", sendo, ainda, "contravenção penal que não pode ser agasalhada pelo Judiciário, com grave dano não só para a moral social como para a ordem pública, uma vez o 'trottoir', quer exercido por meretrizes, quer por 'travestis', constitui a ante-sala para os mais variados e criminosos abusos" [sic].

7.2. Elementos de análise

A 2ª Turma do STF, presentes os Min. Cordeiro Guerra, Moreira Alves, Décio Miranda e Djaci Falcão (presidente), negou provimento ao recurso, vencido o relator, Min. Leitão de Abreu.

7.2.1. Voto do Min. Leitão de Abreu

O Min. Leitão de Abreu iniciou seu voto assinalando a diferença de concepção acerca do *trottoir* entre o juiz de primeira instância e a câmara criminal do tribunal paulista, pois para esta a prática, em si mesma, é imoral e ilícita, ao passo que para aquele "[d]esde que não desbordem para o ilícito penal ou contravençional" não se há de falar em reprimenda estatal.

Mencionou os precedentes do STF, RHC 39.270, RHC 42.952, e mesmo o RHC 54.534, cuja ementa transcreveu para, a seguir, sustentar que "[a] opinião que predomina, no tocante à matéria, opinião pela qual me inclino, é a de que o 'trottoir' por si mesmo não constitui conduta, que autorize a prisão de quem o pratique", e, ao fim, reproduziu trecho do parecer do consultor jurídico do Ministério da Justiça, Dr. Anor Butler Maciel,

que confirma essa compreensão. Fiou-se, portanto, ao argumento da atipicidade¹⁴¹ [A1].

E a ele aditou um outro, o argumento constitucional [A2]:

“(...) a autoridade pública, no uso do poder de polícia, não pode (...) prender meretrizes pelo exercício, simplesmente, do ‘trottoir’ sem que lhe impute, formalmente, crime ou contravenção, ou sem ordem de autoridade competente”.

Isso não significa que a polícia não possa subordinar a prática do *trottoir* “a condições de tempo e lugar, proibindo-o, assim, em determinadas horas ou em determinados lugares” [A3]. Desse modo, ainda que na prática em si do *trottoir* não haja delito que justifique prisões, o Min. Leitão de Abreu defendeu ser possível que a polícia estabelecesse limitações a ele.

Conforme destacou, no regime do Estado de Direito vige o princípio da reserva da lei. Nesse modelo, a liberdade não precisa estar prevista em qualquer norma, bastando, para existir, que ela não esteja proibida [A4]. Nessa diretriz, o referido princípio fundaria “uma regra de liberdade”, postulado diante do qual “natural e necessária é a redução do poder de polícia, notadamente quando em seu nome, se pretendam estabelecer restrições à liberdade individual, numa de suas mais altas expressões, que é a liberdade de ir e vir” [A5].

Desse modo, pode a polícia prender, desde que o faça nas hipóteses previstas no art. 153, par. 12, da CF/67, vale dizer, em caso de flagrante delito ou por ordem escrita de autoridade competente. Tendo isso em mira, o ministro reconheceu que, “em face da prova colhida, prova não contestada pelo órgão recorrido, a paciente é pessoa discreta na maneira de se vestir e de se comportar em público, não havendo razão para que fosse detida, como vinha ocorrendo”. Demais disso, segundo o ministro, o juiz *a quo* teria assinalado que “justo era o receio de que voltasse a ser detida”.

Com fundamento nesses argumentos, deu provimento ao recurso, para restaurar a sentença do juiz de direito de primeiro grau e conceder a ordem.

¹⁴¹ Em outro trecho do voto, o ministro reafirmou expressamente esse argumento, ao destacar que o *trottoir* não é fato ilícito em si mesmo, mas somente quando os atos de sua execução forem subsumíveis a tipos penais.

A1	Argumento da atipicidade
A2	Argumento constitucional
A3	A polícia pode limitar a prática do <i>trottoir</i> a condições de tempo e de lugar
A4	Princípio da legalidade
A5	Legalidade reduz o poder de polícia
Precedente	RHC 39.170; RHC 42.952; RHC 54.534
Transcrição	Parecer do consultor jurídico do MJ (Dr. Anor Butler Maciel);

7.2.2. Voto do Min. Décio Miranda

A seu turno, o Min. Décio Miranda inovou a argumentação até então vista na Corte, ao assumir a tese do TJ-SP, no sentido de que a prática do *trottoir* “configura, em si mesma, ato contrário aos bons costumes, ofensivo da moralidade pública”, envolvendo “nesta simples designação, o reconhecimento da malícia contumaliosa da atitude”.

À visão de que o *trottoir* é prática imoral, independentemente das circunstâncias, denomino sinteticamente de argumento da imoralidade. Porém, ainda que na tenha ficado evidente neste trecho do voto, em outros se evidencia que essa imoralidade representa, para o ministro, uma ilicitude. Em outras palavras, quando afirma que o *trottoir* é “ofensivo da moralidade pública” ele se remete ao enquadramento penal da prática. Por isso, entendo que se vislumbra o argumento do imoral ilícito [A1].

Ao repreender o magistrado que deferiu a oitiva de testemunhas por ter sido “demasiada a providência” e “até insólita”, o Min. Décio Miranda teceu esta observação: “[m]as dessa medida, que não é normal em habeas corpus, resultou-lhe a convicção de duas coisas contraditórias: que a paciente era uma mulher discreta, de bons costumes e, ao mesmo tempo, fazia o trottoir”.

É curioso que ele próprio faça a pergunta de qual infração comete quem se prostitui. E responde:

“Será verificação a fazer-se em cada caso concreto. Poderá ser a contravenção penal caracterizada pela importunação ofensiva ao

pudor. Pode ser a contravenção da vadiagem. Depende de qualificação a posteriori, e cada caso revelará a providência a tomar. Mas, em si mesmo, o trottoir comporta repressão policial preventiva”.

Essa explicação talvez contradiga o argumento do imoral ilícito apresentado anteriormente, que pressupõe que a tipificação da prostituição é situação independente das circunstâncias concretas e que seu mero exercício é a condição formal de sua punibilidade. Com efeito, mediante essa explicação do enquadramento legal, diferentemente, o ministro defendeu a necessidade de se voltar aos fatos concretos para averiguar qual o tipo penal em que a conduta se subsumiria. Não obstante, em nenhum momento parece lhe aventar a possibilidade de os fatos indicarem não haver subsunção penal.

Em determinado momento, o ministro parece desenvolver um argumento formal. A premissa maior é estabelecida quando enuncia que “[n]inguém contesta que a Polícia tenha o poder de reprimir atitudes ofensivas à moral em vias públicas” [A2]. A premissa menor é a de que a prostituição é uma prática imoral. Portanto, conclui que a polícia pode reprimi-la.

Frise-se o detalhe da premissa maior: o poder policial se manifestaria contra atitudes imorais realizadas não em qualquer lugar, mas *nas vias públicas*. Essa proposição aparece em variados trechos deste voto, a começar pelo primeiro parágrafo, em que o ministro se coloca contrário ao *trottoir* por ele ser “ofensivo da moralidade *pública*” (grifei). Isso se explicita ao apontar a diferença de tratamento entre essa atividade e a que se dá entre quatro paredes:

“[o *trottoir* é] o antecedente público das práticas da prostituição de mulheres, que, *realizadas no recesso das casas, acabam sendo toleradas, justamente pelo seu caráter clandestino*” (grifei).

Ainda, no mesmo sentido, argüiu:

“Esta [prática], além da malícia e da provocação, configura afronta a outras pessoas *que na via pública se encontrem* e guardem posição de moralidade e respeito aos costumes” (grifei)

“Sendo certo que o trottoir é malicioso, ofensivo aos costumes *dos transeuntes*, pode haver providência policial” (grifei).

Evidente, portanto, que um elemento que caracteriza a ilegalidade da prática, na visão do Min. Décio Miranda, é a sua publicidade, quando cometida nas ruas. Se isso for correto, não haveria o alegado ilícito caso a prática do *trottoir* se desse em locais privados e em ambientes fechados. Em outras palavras, como decorrência lógica do seu argumento *a contrario sensu*, nem todas as prostitutas apresentariam condutas ilegais.

Aliás, segundo esse entendimento, a própria paciente não teria cometido crime, pois, consoante o relatório do caso, “freqüenta ‘boites’ existentes na área de jurisdição do 3º Distrito Policial” (grifei). Desse modo, constata-se, no ponto, grave contradição entre o fundamento esposado e os fatos do caso, a tornar ilógica a relação entre esse argumento e a disposição da decisão.

Além disso, há uma outra tese que se insere em meio a uma longa descrição de como agem os policiais paulistas na visão do ministro, que procura justificar a ação policial repressiva como a única possibilidade de preservação dos bons costumes:

“Ora, se a Polícia encontra uma pessoa nessa atitude, faz-lhe advertência de que não pode persistir na prática ofensiva e vá para casa; se a criatura se recusa a atender e se obstina em manter o procedimento *na via pública (...)* não há outra providência senão um constrangimento, por momentâneo que seja, como seria, por exemplo, recolher a pessoa em viatura policial e esperar que ela chegue a bons termos, ou até, em último caso levá-la à Delegacia de Polícia para verificar se realmente houve prática contravencional, ou se, ao contrário, seria o caso apenas de mandar a pessoa para casa, depois de simples advertência, como é curial fazer-se nesses casos de mero policiamento preventivo”.

A essa tese, segundo a qual, em certas situações, tudo o que resta à polícia para resguardar a moral pública é constranger a pessoa que ofende esse bem jurídico, circunstância que justificaria as medidas adotadas, chamar-se-á *argumento da necessidade* [A3].

Por certo, trata-se de argumento finalista. Longe de negar os fatos alegados pela paciente, legitima-os como meios indispensáveis ao exercício do poder de polícia para a manutenção da moralidade pública. Esta tese serve para a aprovação de qualquer conduta, inclusive a ilegal, figurando-se um 'cheque em branco' à autoridade policial.

Por fim, o Min. faz duas afirmações de efeito, a meu ver, ambas parte de uma mesma tese que se identifica com o argumento da chancela [A4]:

"(...) não me parece que o caso seja de concessão de habeas corpus, porque, a ser admitido o habeas corpus preventivo, estaríamos reconhecendo que a prática é perfeitamente normal, não é anti-social, e que com ela se têm de conformar as demais pessoas de moralidade normal que transitam pelas vias públicas. O 'habeas corpus' preventivo seria como que uma carteira profissional, em lugar da que o Ministério do Trabalho não outorga".

Diante disso, negou provimento ao recurso e manteve a decisão do tribunal paulista.

A1	Argumento do imoral ilícito
A2	A polícia pode reprimir atos imorais
A3	Argumento da necessidade
A4	Argumento da chancela

7.2.3. Esclarecimento do Min. Leitão de Abreu

Após o voto do Min. Décio Miranda, o Min. Leitão de Abreu pediu a palavra para afirmar, em síntese, que prescinde, para a sustentação de seu voto, "de saber se a prática do 'trottoir' constitui crime, ou não" [A1]; e que concede "o salvo conduto, para impedir que a paciente continue a ser presa ou detida (...) sem que se formalize contra ela a imputação de qualquer delito" [A2]. Em outras palavras, o Min. reafirmou o argumento

constitucional e afirmou serem indiferentes o argumento dos limites aceitáveis e o do imoral ilícito.

A1	Argumento constitucional
A2	O argumento constitucional dispensa a análise da licitude ou ilicitude da conduta da paciente

7.2.4. Voto do Min. Moreira Alves

O Min. Moreira Alves entendeu que o esclarecimento do Min. Leitão de Abreu “foi no sentido de que o salvo-conduto é para que a paciente possa transitar pelas ruas como uma pessoa qualquer, que não exerça o *trottoir*”. Alega que, no entanto, “pelo que estou [estava] lembrado do relatório” o salvo-conduto concedido pelo juiz de primeira instância era bem mais amplo, permitindo-lhe¹⁴² o *trottoir*. E continua: “Ora, é esse o salvo-conduto que se está discutindo, e, com relação a ele (...) acompanho o eminente Ministro Décio Miranda”.

Com isso, acompanhou o Min. Décio Miranda, negando provimento ao recurso. Para fins de fundamentação deste voto, assumirei as razões elencadas pelo mencionado ministro.

A1	Argumento do imoral ilícito
A2	A polícia pode reprimir atos imorais
A3	Argumento da necessidade
A4	Argumento da chancela

7.2.5. Voto do Min. Cordeiro Guerra

O Min. Cordeiro Guerra também negou provimento ao recurso. Apesar de entender que a prática do *trottoir* não é um crime em si, afirmou: “não me parece plausível que se obrigue a autoridade policial a aguardar a consumação do ilícito penal para então agir”. E continuou:

¹⁴² O juiz de primeira instância realmente não considera que o *trottoir* seja ilícito, porém nada afirma no sentido de garantir expressamente a sua prática. Está-se tratando, aqui, de um argumento que fala de uma permissão simbólica. Antes da concessão, o juiz de primeira instância se valeu do argumento da inocuidade.

“Basta que a prostituta, pela sua atitude, revele o propósito da prática da contravenção ou do crime, porque a conduta da prostituta no *trottoir* já é um fato indicativo dessa intenção”.

A essa tese nomeei *argumento da prevenção* [A1].

Ainda, conforme o ministro, “o trottoir é uma atividade ofensiva à moral pública que pode ser reprimida pela Polícia, dentro dos seus poderes naturais de mantenedora da ordem pública” [A2].

“Não posso dar um habeas corpus [*sic*] preventivo para colocar uma prostituta em posição garantida de importunar o pudor dos passantes ou mesmo atentar contra o pudor”.

No trecho acima, o Min. Cordeiro Guerra se refere ao salvo-conduto como chancela moral [A3] e como alvará da impunidade para atentado ao pudor [A4].

Ademais, o ministro se vale do argumento da lesão atual, nestes termos: “se se tornasse evidente a perseguição à desgraçada, se fosse flagrante não justificado, então, diante do fato concreto, eu não teria vacilação em dar o habeas corpus. Mas, preventivamente, me parece arriscado” [A5].

Ele faz uma insinuação que se traduz pelo argumento da vinculação da repressão à prostituição com a diminuição da criminalidade paulista, como se ela fosse um fator criminógeno: “como salientou o eminente Ministro MOREIRA ALVES: houve uma queda de criminalidade no centro de São Paulo, quando se fez uma certa disciplina do trottoir” [A6].

Por fim, justificou a percepção dessa relação no fato de o Tribunal de Justiça estar atento à sua realidade local [A7]. É claro que ele nada mencionou sobre os juízes singulares, que reconheciam as agressões como notórias, estarem ou não também atentos a essa realidade.

A1	Argumento da prevenção
A2	Reprimir atos imorais (como a prostituição) é parte do poder de polícia
A3	Argumento da chancela
A4	Argumento do alvará da impunidade
A5	Argumento da lesão atual

A6	Argumento da vinculação com a criminalidade
A7	TJ está atento à realidade local e notou o A6

7.2.6. Explicação de voto do Min. Leitão de Abreu

Mais uma vez, o Min. Leitão de Abreu interveio no julgamento. Desta vez, além de lembrar a prerrogativa do art. 153, par. 12, da Constituição então vigente [A1], afirmou o princípio da reserva da lei, segundo o qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, a não ser em virtude de lei, o que lhe parece uma “regra de liberdade” do Estado de Direito [A2].

A1	Argumento constitucional
A2	Argumento da reserva legal

7.2.7. Voto do Min. Djaci Falcão

O ministro negou provimento ao HC preventivo com fundamento em apenas um argumento, o do imoral ilícito [A1]. Ao enunciá-lo, ele conferiu dois acentos à tese apresentada: primeiro, utilizando a expressão “sem dúvida” e depois, “fora de dúvida”. Elas têm a função de realçar que A1 não passava de uma obviedade:

“Não vejo como conceder habeas corpus preventivo nas circunstâncias correntes na espécie, porque a prática do trottoir, em si, constitui, sem dúvida, ato contrário aos bons costumes, configurando, fora de dúvida, um comportamento ilícito”.

Após essa afirmação, o ministro explicitou situações em que estaria assegurado o HC. Segundo ele, o remédio constitucional seria cabível “se a recorrente vier a ser presa sem se achar na prática do trottoir”, o que, a princípio, configura o *argumento da compensação* [A2].

Mas é mais que isso. É que a recorrente só tem direito ao HC se, em sendo presa, não estiver se prostituindo [A3]. Ele enumerou exemplos de prisões realizadas em circunstâncias diversas das constitucionais:

“Na hipótese, por exemplo, de uma prisão sem indicação do delito – se é crime ou contravenção – sem nota de culpa, aí sim, poder-se-á revelar uma coação ilegal e, mais do que isso, o próprio abuso de autoridade”.

Ao que parece, o ministro condicionou a viabilidade do HC, quando desrespeitados os requisitos constitucionais de prisão do art. 153, par. 12, CF/69, ao fato de a paciente não estar no exercício do *trottoir*. Afinal, afirmou-se que a praticante do *trottoir* não faz jus ao HC e que, para que faça, é preciso não estar a praticá-lo.

Se essa interpretação é verdadeira, o Min. Djaci Falcão parece ter estabelecido um outro elemento ao art. 153, par. 20, CF/69, que alteraria sua dicção para que nele houvesse uma ressalva à possibilidade de conceder HC preventivo para prostitutas. O dispositivo ficaria assim: “Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, salvo em caso de pessoa que exerça a prostituição”.

A1	Argumento do imoral ilícito
A2	Argumento da compensação
A3	Só cabe HC a quem não esteja se prostituindo

8. **Recurso de Habeas Corpus nº 58.938**

Recorrente: Susana Rogéria Batista e Aparecida Martins

Advogado: Francisco Lobo da Costa Ruiz

Data do Julgamento: 09 de junho de 1981

8.1. **Detalhes do caso**

Segundo a inicial, as pacientes freqüentavam ‘boites’ localizadas na área do 4º DP, “apresentando-se, sempre, convenientemente bem trajadas, não atentando contra a moral e os bons costumes”. Elas eram detidas “mesmo saindo de uma casa de diversões para entrar em outra e, por ordem expressa da autoridade apontada como coatora, trancafiadas em xadrez, onde permanecem por vários dias, sem que para tanto tenham sido

autuadas em flagrante delito ou que tenham ordem de prisão oriunda de autoridade judiciária”.

Antes de julgar o pedido de oitiva de testemunhas, o juiz de primeira instância concedeu a ordem, sustentando que “a famigerada ‘Operação Rondão’ é fato de domínio público, e a sua ocorrência diária é fator que denigre a dignidade da Justiça”.

O TJ-SP cassou o salvo-conduto, sob o argumento de falta de provas de ameaça contra as pacientes.

8.2. Elementos de análise

A 2ª Turma, por maioria de votos, negou provimento ao recurso, remetendo-se ao RHC 58.179, julgado em 05 de setembro de 1980, pela mesma composição de ministros, estando novamente vencido o Relator, Min. Leitão de Abreu.

8.2.1. Voto do Min. Leitão de Abreu

O Min. Leitão de Abreu retomou o voto que proferiu no RHC 58.179, reafirmando o argumento constitucional [A1] e apontando a desnecessidade da precisão da natureza da prática do *trottoir* – se lícita ou ilícita. É interessante observar que apesar de evitar se posicionar quanto a isso, o Min. expõe muitas impressões pessoais de natureza moral, para ao final argüir que o caso, no entanto, delas não cuida:

“Entendo que, também, aqui, não se trata de saber se o ‘trottoir’, que, na sociedade permissiva do presente, reveste mil formas, é lícito ou não, se é repellido ou não pela moralidade média, se ainda chega a escandalizar diante da anestesia ética causada pela onda pornográfica, que nada respeita. O de que se cuida, na espécie, é de saber se a autoridade policial pode, a seu alvedrio, prender e deter qualquer pessoa, trate-se ou não de prostituta ou prostituto, com violação do §12, do art. 153, da Constituição Federal”.

Creio que tais comentários não foram feitos ao acaso. Com eles, acredito¹⁴³ que o Min. procurou não dar azo ao argumento da chancela, ao explicitar que apesar de também ele sentir desagradado com a “anestesia ética causada pela onda pornográfica, que nada respeita”, conceder ou não o HC era uma questão jurídica, alheia a esse plano puramente moral.

Também é possível que ele tenha querido apresentar essa opinião, neste ponto, para contradizer eventual imagem negativa decorrente do voto proferido anteriormente a favor das pacientes, no RHC 58.179. Isso, claro, é uma consideração especulativa.

Importa frisar que o ministro não desconsiderou a ausência de prova testemunhal específica sobre as pacientes, mas afirmou não ser preciso produzi-la, sendo o fato notório e não o tendo negado a autoridade policial - que se restringiu a afirmar que nada constava nos registros policiais sobre elas:

“Na hipótese, não afirma, por certo, o magistrado, com base em prova colhida, que as prisões ou detenções se realizaram. Deu isto, no entanto, como certo, por ser fato notório. Nem era preciso, aliás, que colhesse a prova testemunhal, que se lhe requereu para comprovação do alegado, uma vez que a própria autoridade policial não nega as prisões, visto que se limitou a dizer não estarem as pacientes sofrendo coação ou constrangimento ilegal por parte de policiais da Delegacia e nem cerceadas em sua liberdade de ir e vir”.

Vislumbram-se aqui três argumentos: o de que há fato notório no caso [A2]; o de que o fato notório dispensa a prova específica da ameaça pessoal sofrida pelas pacientes [A3]; e o de que a manifestação policial de não existirem registros de prisão não constitui prova contrária à alegação das pacientes [A4].

A1	Argumento constitucional
A2	Argumento do fato notório

¹⁴³ Também é possível que ele tenha querido se expor, neste ponto, para contradizer eventual imagem negativa, quanto à sua posição moral, decorrente do voto proferido anteriormente a favor das pacientes, no RHC 58.179. Isso, porém, é mera especulação.

A3	O fato notório dispensa prova específica
A4	O “nada consta” da polícia não constitui prova contrária às alegações das pacientes
Precedente	RHC 58.179

8.2.2. Voto do Min. Décio Miranda

O Min. Décio Miranda frisou: “as medidas de polícia adotadas em relação à ostensiva exibição atentatória ao pudor podiam ser tomadas na forma como então referi”, vale dizer, como o fez no RHC 58.179, no qual o ministro afirmara que “não há outra providência senão um constrangimento, por momentâneo que seja” a ser adotado pela polícia em caso de prostituição escandalosa em via pública, após advertência [A1]. De resto, remete-se ao voto constante do RHC 58.179, cujos argumentos são ora reproduzidos [A2-A5].

A1	Argumento da necessidade
A2	Argumento do imoral ilícito
A3	A polícia pode reprimir atos imorais
A4	Argumento da necessidade
A5	Argumento da chancela
Precedente	RHC 58.179

8.2.3. Votos dos Min. Moreira Alves e Cordeiro Guerra

Os dois ministros se limitam a se reportar às razões apresentadas pelo Min. Décio Miranda no RHC 58.179, razão pela qual elas serão simplesmente reproduzidas aqui.

A1	Argumento do imoral ilícito
A2	A polícia pode reprimir atos imorais
A3	Argumento da necessidade
A4	Argumento da chancela
Precedente	RHC 58.179

8.2.4. Voto do Min. Djaci Falcão

O ministro se refere ao seu próprio voto, também prolatado no RHC 58.179.

A1	Argumento do imoral ilícito
A2	Argumento da compensação
A3	Só cabe HC a quem não esteja se prostituindo
Precedente	RHC 58.179

9. Recurso de *Habeas Corpus* nº 59.104

Recorrente: Maria de F. Valeriano Bandeira e Iolinda Pereira de Souza

Advogado: Dirceu Eugenio Pinheiro Grohmann

Data do Julgamento: 25 de setembro de 1981

9.1. Detalhes do caso

O relatório não apresenta detalhes do caso, como a existência de provas, teor das alegações da inicial, entre outras. Nem mesmo o conteúdo da decisão de 1ª instância se conhece, mas se sabe que concedeu o salvo-conduto às pacientes. O acórdão do TJ-SP o cassou, com fundamento no argumento da chancela, proferido no RHC 58.179, expressamente citado como “o¹⁴⁴ entendimento preconizado pela mais Alta Corte do País”, o qual aquela “Egrégia [1ª] Câmara passa a perfilhar”.

9.2. Elementos de análise

Presentes à sessão os Min. Décio Miranda, Firmino Paz e Djaci Falcão (presidente), a 2ª Turma do STF denegou o recurso de HC das pacientes por unanimidade¹⁴⁵, nos termos do voto do relator, Min. Moreira Alves.

¹⁴⁴ No capítulo 3 mostrei como não havia “o” entendimento do STF acerca do assunto. A “mais alta Corte do País” estava bastante dividida, o que se refletia nos acórdãos por unanimidade julgados tanto na 1ª quanto na 2ª Turmas, porém cada uma em um sentido.

¹⁴⁵ Estava ausente o Min. Cordeiro Guerra. Consta-se, portanto, que o lugar do Min. Leitão de Abreu foi ocupado pelo Min. Firmino Paz, quem assumiu desde logo o

9.2.1. Voto do Min. Moreira Alves

A fundamentação do voto do Min. Moreira Alves é desenvolvida em um parágrafo, em que se afirma que:

“Esta Segunda Turma, ao julgar os RHC 58.179 e 58.938, já firmou o entendimento de que não há direito constitucionalmente assegurado à prática de *trottoir* a qual é contrária aos bons costumes, ofensiva da moralidade pública e fonte de constrangimento para transeuntes e residentes”¹⁴⁶.

Nesse trecho nuclear do voto parecem existir três argumentos. De início, é possível identificar a presença do argumento do precedente [A1], já que os precedentes foram utilizados como se sua mera existência constituísse um fundamento da decisão. Além disso, eles foram tomados como representativos de um entendimento que estaria fixo na Segunda Turma.

A seguir, o ministro se valeu da tese de que “não há direito constitucionalmente assegurado à prática de *trottoir*” [A2], doravante nomeada *argumento da desproteção*. É provável que, com esse argumento, a turma procurasse responder indiretamente às alegações dos procuradores das pacientes ou dos ministros da 1ª Turma, contrariando o reiterado argumento constitucional de que só haveria prisão legal nos termos do art. 153, par. 12, CF/69.

E há um último ponto, que é o *argumento da imoralidade do trottoir*. De fato, essa tese não se confunde com a do argumento do imoral ilícito, pois o ministro não afirma haver uma ilicitude decorrente da imoralidade da prática, mas tão-somente esta última característica.

Determinante	
A1	Argumento do precedente (RHC 58.179 e RHC 58.938)

entendimento majoritário da turma, a qual passou, então, a negar provimento, por unanimidade, a todos os demais RHCs das prostitutas paulistanas.

¹⁴⁶ Essa exata redação consta da ementa do RHC 58.938. Contudo, cumpre frisar, naquele RHC não serviu como fundamento dos votos dos ministros.

A2	Argumento da desproteção
A3	Argumento da imoralidade

10. Recurso de *Habeas Corpus* nº 58.974

Recorrente: Clarisse da Mata e Souza e Sonia Maria de Souza

Advogado: Roberto von Haydin

Data do Julgamento: 29 de setembro de 1981

10.1. Detalhes do caso

O magistrado de primeira instância concedeu a ordem, por entender ser fato público e notório a detenção de prostitutas pela Delegacia Seccional Centro em desconformidade com as hipóteses constitucionais de prisão.

O TJ reformou a decisão, cassando os salvo-condutos, com fundamento em três argumentos: (i) “[e]ssa restrição, que a polícia preventiva exerce sobre as atividades das prostitutas nas ruas, faz parte do ‘poder de polícia’”; (ii) “[o] fato da prostituição não constituir crime não significa que seja profissão lícita”; e (iii) “a autoridade apontada como coatora negou estivessem as pacientes sob ameaça de detenção e a prova feita limitou-se à exibição de declarações das próprias pacientes, o que é muito pouco”.

10.2. Elementos de análise

Em sessão da 1ª Turma do STF, presentes os Min. Rafael Mayer, Clóvis Ramallete, Néri da Silveira e Cunha Peixoto (presidente), os ministros deram provimento ao recurso, por unanimidade, nos termos do voto do relator, Min. Soares Muñoz.

10.2.1. Voto do Min. Soares Muñoz

No parecer do Ministério Público de São Paulo, o RHC 58.179 foi mencionado, equivocadamente, como precedente à pretensão das pacientes. Ao comentar o fato, o Min. Soares Muñoz aproveitou para transcrever a

única manifestação constante daquele recurso que é, de fato, favorável ao interesse das recorrentes.

Trata-se de excerto do voto vencido do Min. Leitão de Abreu, no bojo do qual constam argumentos que já foram identificados no exame daquele RHC e que, por isso, só serão agora sintetizados: argumento da atipicidade [A1], tese de que a polícia pode limitar a prática do *trottoir* no espaço e no tempo [A2], princípio da legalidade [A3], idéia de que a legalidade restringe o âmbito de atuação policial [A4] e argumento do fato notório [A5].

Depois de expor esses cinco argumentos, o Min. Sydney Sanches reproduziu os votos do Min. Xavier de Albuquerque nos RHCs 56.956 e 57.021, em que este apontou a notoriedade da repressão policial em São Paulo, para contradizer o argumento iii do acórdão do TJ-SP, o de que a autoridade policial negou as alegações das pacientes e as provas juntadas por elas são insuficientes [A6].

Finalmente, para se opor às alegações i e ii do TJ-SP, segundo as quais apesar de não estar proibido, o *trottoir* não é lícito, podendo nele intervir a polícia, o ministro reiterou o argumento constitucional, afirmando: “nego à polícia o direito de prender meretrizes sem lavrar, em seguida, auto de prisão em flagrante, indicando o crime ou a contravenção que estavam praticando e comunicando a prisão ao juiz competente (art. 153, par. 12, da CF)”.

A1	Argumento da atipicidade
A2	Polícia pode restringir o <i>trottoir</i> no tempo e no espaço
A3	Princípio da legalidade
A4	A legalidade reduz o âmbito de atuação do poder de polícia
A5	Argumento constitucional
A6	Argumento do fato notório
Precedente	RHC 58.179 (voto do Min. Leitão de Abreu); RHC 56.956 e RHC 57.021 (voto do Min. Xavier de Albuquerque)

11. Recurso de Habeas Corpus nº 59.087

Recorrente: Santa Santiago

Advogado: Francisco Lobo da Costa Ruiz

Data do Julgamento: 11 de dezembro de 1981

11.1. Detalhes do caso

Segundo a inicial, para se sustentarem, a paciente e uma amiga freqüentavam boates próximas ao 4º DP, no centro, "sempre vestidas com decência, sem atentar contra a moral e os bons costumes", sendo freqüentemente detidas pela polícia, "mesmo ao saírem de uma casa de diversões para entrar noutra". Segundo as pacientes, depois de detidas "são trancafiadas em xadrez, em cuja situação deprimente permanecem vários dias, sem que haja autuação em flagrante, nem ordem escrita da autoridade coatora".

O HC foi concedido em primeira instância com base na prova testemunhal colhida, mas cassado pelo TJ, que fundamentou sua decisão na orientação da 2ª Turma do STF, nos termos do exposto no RHC 58.179.

11.2. Elementos de análise

A 1ª Turma do STF, por unanimidade, deu provimento ao recurso, em observância ao voto do relator, Min. Soares Muñoz, presentes, ainda, à sessão os Min. Rafael Mayer, Clóvis Ramalhete, Néri da Silveira e Cunha Peixoto (presidente).

11.2.1. Voto do Min. Soares Muñoz

Já no início de seu voto, o Min. Soares Muñoz se reporta ao parecer do Procurador J. E. Clayton Rossi, que defende as medidas policiais como formas de exercício regular do poder de polícia, assinalando que:

"Se a paciente praticasse o 'trottoir' da maneira descrita no parecer da Procuradoria-Geral da República seria, quiçá, lícita sua prisão, desde que seguida da lavratura do respectivo auto de flagrante, porquanto ela teria ofendido o pudor público (art. 233 do CP) ou importunado outras pessoas, em lugar público, de modo ofensivo

ao pudor (art. 61 da Lei das Contravenções). O abuso de poder por parte da polícia, há infração que seja lavrado auto de prisão

O abuso de poder reside na prisão indiscriminada de todas as prostitutas que são encontradas nas ruas sem se verificarem *aquelas particularidades*, trancafiando-as nas cadeias públicas, sem que seja lavrado auto de prisão em flagrante e, assim, com manifesta infração de determinação imperativa do art. 153, §12, da Constituição da República” [A1 e A2].

O trecho torna evidente a visão do ministro acerca dos limites da ação policial. A polícia não poderia prender indiscriminadamente as prostitutas sem verificar “aquelas particularidades”, ou seja, sem conferir qual a conduta que elas apresentam e como elas exercem concretamente o *trottoir* – se, de fato, há ofensa ao pudor ou importunação pública, além das hipóteses do art. 153, par. 12, da CF/67, então vigente.

Portanto, para considerar lícita a prisão de prostitutas, o ministro exige mais que o procedimento estampado na Constituição: requer a verificação individualizada da conduta penalmente tipificada, dando a entender que a prostituição abstratamente considerada não é crime, mas talvez o fosse se praticada “da maneira descrita no parecer” da PGR.

Essa argumentação é diferente daquela que explora isoladamente cada uma dessas teses, afirmando simplesmente que o *trottoir* nem sempre é ilícito¹⁴⁷ e que só pode haver prisão legal nas hipóteses constitucionais. Isso porque para a ocorrência de prisão lícita exige *explicitamente* dois¹⁴⁸ requisitos concorrentes: primeiro, que ela só se realize se verificado algum delito tipificado em lei e, segundo, que ela se efetue somente nas hipóteses constitucionais, segundo o procedimento legal de formalização da prisão [A1].

A inobservância de qualquer dessas exigências tem o condão de macular o ato policial, a ser considerado, assim, abuso de poder [A2].

¹⁴⁷ O argumento dos limites aceitáveis não tem o escopo de representar mais um condicionante da legalidade das detenções. Ele possui um viés de natureza persuasiva, sendo utilizado no convencimento dos ministros que denegam a ordem, não por conta da CF ou da lei, mas em razão de não estarem dispostos a parecer que concordam com a prática de suposto ilícito.

¹⁴⁸ Por serem dois os requisitos da legalidade das prisões, chamarei esta tese de *argumento da dupla barreira*.

O ministro ainda transcreveu parte do esclarecimento proferido pelo Min. Leitão de Abreu no RHC 58.179, em que ele assinalou as restrições que a lei impõe ao poder policial em um Estado de Direito, valendo-se do *argumento da reserva legal* [A3], bem como do argumento da *regra da liberdade* [A4]. Assim, tem-se:

A1	Argumento da dupla barreira
A2	A prisão feita sem observância das hipóteses constitucionais e sem a ocorrência concreta de crime configura abuso do poder de polícia
A3	Argumento da reserva legal
A4	Argumento da regra da liberdade (= A3)
Precedente	RHC 58.179 (voto Min. Leitão de Abreu); RHC 58.974; RHC 39.270; RHC 54.534

12. **Recurso de Habeas Corpus nº 59.417**

Recorrente: Maria José dos Santos

Advogado: Roberto von Haydin

Data do Julgamento: 13 de novembro de 1981

12.1. **Detalhes do caso**

A paciente afirma ter sido prostituta por dois anos, tendo deixado de sê-lo há quatro, tempo em que passou a se dedicar ao *strep-tease* em casas noturnas. Ela conta que “vem sendo detida quando atravessa a rua, de uma boate a outra”, o que as testemunhasriu seja, ue sua conduta importe em infraç uma distorçimpreviscomo se dintegra, necessariamente, nos direitos do cidad confirmaram.

O magistrado de primeiro grau concedeu salvo-conduto, porém “para que a paciente não sofra ameaça de violência ou coação ilegal, e não para que exerça livremente o ‘trottoir’, cuja imoralidade, que a justiça não pode agasalhar, está ínsita no procedimento”.

O TJ-SP confirmou a decisão, naqueles exatos termos. As pacientes interpuseram embargos de declaração. No julgamento, a 1ª Câmara

Criminal adicionou três parágrafos ao acórdão anterior, nos quais afirmou observar o precedente do RHC 58.179 da 2ª Turma do STF, a seguir transcrevendo dois excertos do referido julgado.

Diante disso, a paciente interpôs recurso ordinário.

12.2. Elementos de análise

A 2ª Turma do STF negou provimento ao recurso por unanimidade, nos termos do voto do relator, Min. Moreira Alves, estando presentes à sessão os Min. Décio Miranda, Firmino Paz e Djaci Falcão (presidente).

12.2.1. Voto do Min. Moreira Alves

O Min. Moreira Alves proferiu o seguinte voto:

“O acórdão recorrido segue a orientação que já se firmou nesta Segunda Turma, em vários acórdãos, dos quais cito o mais recente, o prolatado, em 25.9.81, [sic] no RHC 59.104, cuja ementa declara:

“Habeas corpus. Trottoir. Pedido de salvo conduto para praticá-lo.

- Não há direito constitucionalmente assegurado à prática de trottoir, a qual é contrária aos bons costumes, ofensiva da moralidade pública e fonte de constrangimento para transeuntes e residentes.

Recurso ordinário a que se nega provimento.”

Em conformidade com esses precedentes, nego provimento ao presente recurso ordinário”.

Acredito que os precedentes foram mencionados neste voto de forma argumentativa, isto é, creio que o ministro procurou estabelecer uma tese (a decisão) com fundamento na existência de precedentes na 2ª Turma. Nesse sentido, interessa notar estas expressões, em destaque: “O acórdão

recorrido segue a *orientação* que *já se firmou* nesta Segunda Turma, em *vários acórdãos*¹⁴⁹.

Diante disso, assumo que haja aqui um *argumento do precedente* [A1], que se caracteriza pela valorização do precedente (ou de uma “orientação jurisprudencial”) pelo exclusivo fato de ser um precedente e não por haver nele alguma razão material relevante ao caso.

O segundo argumento presente no voto consta da citação da ementa reproduzida (já analisada em item próprio), consistente na tese de que o *trottoir* é imoral e de que a concessão do salvo-conduto é o mesmo que permitir sua prática. Assim, o Judiciário não poderia cancelar tal imoralidade, concedendo o HC. Trata-se, portanto, do *argumento da chancela*.

A1	Argumento do precedente (RHC 59.104)
A2	Argumento da chancela

13. **Recurso de Habeas Corpus nº 59.114**

Recorrente: Geni de Arruda Spalaor

Advogado: Francisco Lobo da Costa Ruiz

Data do Julgamento: 11 de dezembro de 1981

13.1. Detalhes do caso

A paciente afirmou não ser praticante do *trottoir*, trabalhando em boates como *go-go-girl* em local conhecido como “boca do lixo”. Após ouvir testemunhas que confirmaram a versão da paciente, o juiz recebeu ofício da autoridade policial, e, afirmando que (i) em regra, as prostitutas “não têm qualquer moderação no vestir e nem no comportamento em público”; (ii) ele não poderia reinquirir as testemunhas em razão do rito do HC; (iii) a palavra de prostitutas seria parcial; (iv) a autoridade goza de presunção de veracidade; e que, de qualquer forma, (v) “é lícito, em regra, (...) o

¹⁴⁹ Do modo colocado, a recente compreensão daquela turma sobre esse assunto se torna uma *orientação*, assentada de há muito (“*já*”), que não foi apenas obtida entre os ministros, mas *firmada*.

comportamento dos agentes da autoridade” para zelar pela moralidade nas vias públicas, o juiz singular não concedeu a ordem.

No recurso, a paciente alegou que o magistrado julgou contra as provas dos autos, uma vez que ela não se prostituiria nas ruas da cidade, trabalhando em casas noturnas. O TJ-SP manteve a decisão, com base no entendimento da Segunda Turma do STF, manifestado no RHC 58.179, de modo que “pode a polícia, no exercício de suas funções, preservar os bons costumes, coibir tal prática”.

13.2. Elementos de análise

A Primeira Turma deu provimento ao recurso, por unanimidade, nos termos do voto do Min. Clóvis Ramalhete, presentes, ainda, os Min. Néri da Silveira (relator), Rafael Mayer e Soares Muñoz (presidente).

Antes de discutirem o processo, há uma discussão, iniciada pelo Min. Néri da Silveira, ao final vencido, sobre a necessidade de submeter o feito ao Plenário, à vista da divergência entre 1ª e 2ª Turmas do STF sobre o tema¹⁵⁰.

13.2.1. Voto do Min. Néri da Silveira

O ministro afirmou já ter se pronunciado na linha da Primeira Turma no RHC 58.974, “em voto de adesão, como vogal”. No presente caso, ele manteve essa orientação, avisando que se reservava “todavia, para reexaminar a matéria, quando for a mesma submetida a exame do Plenário”.

O ministro transcreveu ementa do RHC 58.974/SP (¹⁵¹), em que há dois fundamentos para a concessão da ordem, o fato notório da ameaça [A1] e o argumento constitucional [A2], segundo o qual as prostitutas só poderiam ser presas nas hipóteses e na forma do art. 153, par. 12, da CF/67.

A seguir, de modo inusitado e sem expressar concordância ou discordância em relação a ela, ele reproduziu inteiramente a decisão de

¹⁵⁰ O assunto foi abordado no tópico 3.1.

¹⁵¹ Equivocadamente, o ministro afirma se tratar da ementa do “RE” 58.974.

quatro folhas do juiz de primeira instância que indeferiu o HC. As razões do indeferimento do magistrado *a quo* foram mencionadas em 13.1.

A1	Argumento do fato notório
A2	Argumento constitucional

13.2.2. Voto do Min. Clóvis Ramalhete

O Min. Clóvis Ramalhete afirmou que “prostituição não é crime e ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem de autoridade competente”. Adiante, fica claro que a tese de que a prostituição não é crime constitui o argumento dos limites aceitáveis, à medida que o *trottoir* pode vir a ser delituoso, mas isso não lhe é algo intrínseco: “Ele [*trottoir*] não faz mal a ninguém, se não há ali ultraje público ao pudor, ou seja, prática de atos obscenos”.

Ocorre que, por não desenvolver a primeira assertiva transcrita, não há como saber se o ministro menciona a licitude da prostituição (*argumento dos limites aceitáveis*) como tese de reforço moral, a seguir sustentando o *argumento constitucional* das hipóteses legais de prisão – ou se ele busca relacionar logicamente a não delituosidade da prostituição com a proibição de prisão exceto em flagrante delito, assim querendo se valer do *argumento da dupla barreira* [A1].

Ademais, cabe anotar a crítica irônica que o ministro tece às reiteradas prisões de mulheres em São Paulo, apontando a hipocrisia e o casuísmo da medida [A2]. Convém reproduzi-la em sua inteireza:

“Brasília, Capital da República, vê diariamente o trottoir perto do Hotel Nacional. Ele não faz mal a ninguém, se não há ali ultraje público ao pudor, ou seja, prática de atos obscenos. E nas montras mais elegantes de nossas livrarias, estão em exposição revistas eróticas, que trazem textos obsceníssimos, gravuras obsceníssimas, fazendo a fortuna da má imprensa. Mas as autoridades não se preocupam, com elas, no Rio de Janeiro ou em São Paulo. Mas agora em São Paulo, a polícia prende mulher que caminha na rua. Talvez tenha sido detida em frente a uma banca de jornais que expõe o erotismo no nu feminino, e a polícia ficou-lhe indiferente,

não obstante o Código Penal definir gravura e texto obsceno oferecido à venda como sendo ultraje ao pudor.”

Aduz, ainda, que o “mero *trottoir* não é ainda prostituição. E, quando fosse, não seria crime”. Essa diferenciação, que não é justificada, tampouco é relacionada com algum argumento novo no voto. Representa, portanto, para fins de classificação, mera repetição do argumento dos limites aceitáveis.

Além disso, o ministro não nega a possibilidade de haver medidas policiais para o deslocamento do *trottoir* de certos lugares para outros, mais “propícios”, ação que se enquadraria no poder de polícia. Assim, concorda com o *argumento do local propício*. Porém, afirma que as próprias mulheres já procuram esses últimos locais.

Como teses isoladas, tais proposições não têm força determinante da decisão, mais parecendo comentários preparatórios de outra tese, que condiciona a ofensa à moralidade pública ao local do tráfego da praticante do *trottoir*, perguntando: “Como é que essa moça [a paciente], andando pra lá e pra cá num lugar chamado ‘Boca do Lixo’, está ofendendo os bons olhos e a virtude de alguém?” [A3].

O argumento relativiza a tese da ofensa à moralidade pública quando o *trottoir* tem lugar nas vias públicas, ao sugerir que só haveria imoralidade quando praticado em determinadas ruas de certos bairros da cidade, e não em outros, “propícios”, nos quais as meretrizes comumente se instalariam.

Somente ao final do voto, o ministro parece ter considerado que os fatos, no presente caso, tratam de uma mulher que não pratica o *trottoir* e que se vale das ruas apenas para transitar. De fato, ela provara por testemunhas que era pega quando trafegava da sua casa à boate onde dançava (ou vice-versa).

Diante disso, o ministro reafirmou somente o *argumento constitucional*, no sentido de que ninguém poderia ser preso só por ir e vir [A4]:

“Ninguém, *nem prostituta*¹⁵², será preso senão em flagrante delito ou por ordem de autoridade competente. Ninguém, - diz a

¹⁵² Observe-se que nessa expressão (“Ninguém, *nem prostituta*”) há uma desqualificação das prostitutas.

Constituição. Essa mulher se queixa de ser presa e de ficar dias na polícia, certamente exposta a tudo, tendo sido detida só porque caminhava pelas ruas de um lugar chamado “Boca do Lixo”. Esta prisão é ilegal” (grifei).

A1	Argumento da dupla barreira ou Argumento do indiferente penal + constitucional
A2	A ação policial contra meretrizes é casuísta
A3	A paciente se encontra em um “local propício” e, por isso, não ofende a moral de ninguém
A4	Argumento constitucional

14. **Recurso de *Habeas Corpus* nº 59.520**

Recorrente: Elena Laura de Medeiros e Outra

Advogado: Francisco Lobo da Costa Ruiz

Data do Julgamento: 11 de dezembro de 1981

14.1. Detalhes do caso

A decisão monocrática concedeu a ordem de HC, que foi revista em acórdão majoritário do TJ-SP, que se remeteu ao RHC 58.179, da Segunda Turma do STF. Em acordo com a posição majoritária, o Des. Ítalo Galli afirmou que “admitir a prática do ‘trottoir’, em que está ínsita a imoralidade do comportamento (...) seria agasalhar a imoralidade que a lei tem o dever de proteger, pois, em última análise, o direito sanciona os preceitos morais indispensáveis à convivência dos indivíduos na sociedade”.

Segundo essa decisão, não se poderia permitir o *trottoir*, “ainda que discreto, sem maiores escândalos na via pública”. De outro turno, cabe transcrever o excerto que contém os três principais argumentos do voto divergente do Des. Batalha de Camargo:

“Se a polícia, levando as pacientes à prisão, iniciasse o processo de vadiagem ou de atentado ao pudor – tudo bem, de pleno acordo com os excelentes votos vencedores, firmes na boa teoria.

Condenar, porém, o ‘trottoir’ por si mesmo e fazer vistas grossas à forma ilegal e arbitrária como reprimido, não constitui, a meu ver,

'data venia', solução legal ou outra qualquer que ponha a termo o indesejável espetáculo.

(...)

A concessão da ordem, pelo menos, haveria de compelir a autoridade policial de proceder de acordo com a lei, efetivando a prisão das pacientes que, na prática do 'trottoir', estivessem a infringir algum dispositivo penal ou contravencional”.

No recurso, as pacientes invocam entendimento do Min. Clóvis Ramalhete, da Primeira Turma do STF, proferido no RHC 59.114.

14.2. Elementos de análise

Por unanimidade, a Segunda Turma do STF negou provimento ao recurso, acompanhando o voto do relator, Min. Cordeira Guerra, presentes à sessão os Min. Moreira Alves, Décio Miranda, Firmino Paz e Djaci Falcão (presidente).

14.2.1. Voto do Min. Cordeira Guerra

O Min. Cordeira Guerra transcreve a ementa do RHC 58.179 para demonstrar como o caso *sub judice* já é conhecido. Entendo que essa proposição não tem a força de um argumento, tanto menos do argumento de precedente, a meu ver melhor soando como um comentário introdutório do *argumento da chancela* contido no voto de sua autoria, a que ele faz expressa alusão¹⁵³, segundo o qual “não pode o habeas corpus [*sic*] erigir-se em ‘alvará para a prática da prostituição ostensiva’ [A1].

O ministro dá a definição de prostituição “do professor ARTURO SANTORO, da Universidade de Pisa, que relembra ser ela estigmatizada no livro dos Profetas e no Pentateuco”. O fato de essa observação, de exclusiva importância religiosa, ter sido considerada pelo ministro algo digno de nota para compreender o conceito jurídico de moralidade é muito sintomático. E ele continua:

¹⁵³ “Dei, na oportunidade, de improviso longo voto (RTJ 96/1075 a 1076) a que, data venia, me reporto” (*sic*).

“Não é, pois, uma atividade romântica, digna de estímulo e facilitação:

‘A prostituição, além de constituir um fato de patente imoralidade e fonte de degradante corrupção, constitui sob diversos aspectos um perigo para a sociedade’

diz o mesmo autor que ressalta:

‘Amplas são as ligações do meretrício com a criminalidade (...)’.

Essa vinculação da prostituição com a criminalidade já fora feita, ainda que sem tanta centralidade, no voto do RHC 58.179. Naquele recurso, fez o seguinte comentário, como última frase, já declarada a sua decisão final: “houve uma queda de criminalidade no centro de São Paulo, quando se fez uma certa disciplina do *trottoir*” [A2].

É interessante notar que o ministro tece, a partir de A2, um outro argumento: o de que a relação prostituição-criminalidade foi a força motriz do “regime regulamentar (...) adotado em todos os povos cultos” [A3]. Trata-se da segunda vez em que o Min. Cordeiro Guerra retratou supostas experiências internacionais do controle e da repressão ao *trottoir*, atribuindo-lhes aos “países civilizados”¹⁵⁴ como forma de legitimação das medidas policiais alegadas nos autos.

Como penúltimo argumento, o Min. Cordeiro Guerra reafirmou que a polícia pode agir de maneira preventiva¹⁵⁵, para evitar a ocorrência do crime ou da infração contra o pudor, desde logo impedindo a conduta da prostituta [A4]. Então, não seria preciso o flagrante do ato obsceno, sendo o suficiente o flagrante da tentativa (*argumento da prevenção*).

¹⁵⁴ Não se olvide seu voto no RHC 58.179: “Os países civilizados têm por legítimo o poder de fazer circular e localizar as prostitutas”.

¹⁵⁵ “Não é necessário que a Polícia aguarde que a prostituta, no *trottoir*, importune alguém de modo ofensivo ao pudor ou mesmo pratique um atentado ao pudor público, para que então atue. Basta que a prostituta, pela sua atitude, revele o propósito da prática da contravenção ou do crime, para que seja obstada em sua intenção manifestada pela própria conduta” RHC 59.520, com redação quase idêntica à do RHC 58.179.

Por fim, sustentou: “estou em que não é inconstitucional evitar que os direitos individuais sejam utilizados em contrário à sua própria finalidade que é a de assegurar a tranqüilidade de todos os cidadãos” [A5]. De alguma maneira, esse raciocínio talvez tenha procurado responder ao argumento constitucional de proteção aos direitos individuais do art. 153, par. 12, da Constituição Federal, em que se ancorou o recurso das pacientes, segundo o qual ninguém será preso senão em flagrante delito ou em virtude de ordem escrita de autoridade competente.

A1	Argumento da chancela
A2	O meretrício é um perigo social, pois está vinculado à criminalidade
A3	Argumento da civilização
A4	Argumento da prevenção
A5	Ser contra o HC a prostitutas é assegurar a finalidade dos direitos individuais; assegurar a tranqüilidade dos cidadãos

15. Recurso de *Habeas Corpus* nº 60.170

Recorrente: Isaura de Figueiredo

Advogado: Cássio Renato Vergueiro da Silva

Data do Julgamento: 13 de agosto de 1982

15.1. Detalhes do caso

A paciente requereu a concessão da ordem por ser mulher aposentada, que só se dedica ao *trottoir* eventualmente, como meio de suplemento das prestações que recebe e que, por vezes, são insuficientes para a sua subsistência. Assegura não ficar nas ruas. Socorre-se de casas noturnas, hotéis e motéis, ou ainda do apartamento de que é proprietária, não se confundindo com as “infelizes decaídas”. No entanto, alega ser como elas tratada pela polícia, sem prévio exame de sua documentação.

O juiz de primeira instância fez expedir o salvo-conduto, cassado pela 1ª Câmara Criminal do TJ-SP, sob a baliza do RHC 58.938 da 2ª Turma do STF. Segundo a Câmara revisora, o salvo-conduto poderia cancelar ações criminosas das prostitutas, configurando “um perigo às normas da moral e do bom senso”.

15.2. Análise dos elementos

A Segunda Turma do STF votou pelo improvimento do recurso, por unanimidade, nos termos do voto do relator, Min. Décio Miranda, presentes à sessão os Min. Moreira Alves, Cordeiro Guerra e Djaci Falcão (presidente).

15.2.1. Voto do Min. Décio Miranda

O ministro considera a alegação da paciente de não praticar o *trottoir*, que “supõe a conduta acintosa em lugares públicos” – ao revés, fazendo encontros em locais fechados – matéria de fato controvertida, não passível de discussão por via de HC.

O fato de a autoridade policial não ter sido ouvida também seria indicativo da imaturidade de eventual concessão de salvo-conduto, a levar ao improvimento do recurso.

“Numa ou noutra hipótese – esteja ocorrendo a prática merecedora de repressão policial, ou apenas se cuide de perseguição indevida a atitudes não escandalosas – a matéria de fato precisaria ter sido fixada extreme de dúvidas, o que no caso não ocorre” [A1].

Há dois elementos curiosos nesse argumento: (i) o ministro se refere ao *trottoir* como “prática merecedora de repressão policial”, sem dúvida um tanto radical, pois não se trata somente de defender que a prática comporta a repressão policial, mas a *demanda*; (ii) o Min. menciona a impossibilidade de analisar os fatos concretos do caso, mas no relatório ou no voto não menciona nenhuma prova que a parte tenha produzido, ou que não tenha produzido, ou seja, não tece referências ao conteúdo dos autos.

Além disso, um outro ponto chama a atenção. A paciente assume proceder “vez por outra a programas amorosos”, sempre com discrição. O ministro compreende a discrição como sinônima da não-prática do *trottoir*. Portanto, é como se para ele a prática do *trottoir* fosse necessariamente uma conduta escandalosa.

A1	Matéria de fato controversa
-----------	-----------------------------

16. Recurso de *Habeas Corpus* nº 60.151

Recorrente: Abelita Souza Antunes

Advogado: Dirceu Eugenio Pinheiro Grohman

Data do Julgamento: 17 de agosto de 1982

16.1. Detalhes do caso

A paciente requereu ordem preventiva de HC por sofrer reiteradas prisões ilegais da autoridade policial, em razão de ser prostituta, consignando praticar o *trottoir* de forma discreta. Após a oitiva de testemunhas que confirmaram esses fatos, bem como após o recebimento da negativa da autoridade policial, o magistrado concedeu salvo-conduto à paciente.

A 1ª Câmara Criminal do TJ-SP o cassou, em acórdão unânime, que continha os seguintes argumentos: (i) como “aliciamento despudorado”, o *trottoir* em vias públicas afronta moral pública; (ii) ele importa em contravenção e o Judiciário não pode acolhê-lo; (iii) segundo o RHC 58.179, o STF assim também assim o reconheceu; e (iv) o HC preventivo seria como uma carteira profissional à prostituta.

16.2. Elementos de análise

A Segunda Turma do STF negou provimento ao recurso, por unanimidade, nos termos do voto do relator, Min. Moreira Alves, presentes à sessão os Min. Cordeiro Guerra, Décio Miranda e Djaci Falcão (presidente).

16.2.1. Voto do Min. Moreira Alves

A íntegra do voto do ministro é:

“O acórdão recorrido segue a orientação que já se firmou nesta Segunda Turma, em vários acórdãos, dos quais os mais recentes

são os prolatados no RHC 59.104 e RHC 59.417 (este, citado no parecer da Procuradoria-Geral da República).

Em conformidade com esses precedentes, nego provimento ao presente recurso ordinário.”

O ministro se limita a afirmar que o caso é idêntico aos demais, sem apontar em que consistiriam tais identidades.

A1	Argumento do precedente (RHC 59.104 e RHC 59.417)
-----------	--

17. Recurso de *Habeas Corpus* nº 60.153

Recorrente: Maria do Rosário Rodrigues

Advogado: Dirceu Eugenio Pinheiro Grohman

Data do Julgamento: 20 de agosto de 1982

17.1. Detalhes do caso

Não há informações no relatório do Min. Cordeiro Guerra acerca da situação de fato. Sabe-se somente que o magistrado de primeira instância concedeu a ordem.

O TJ-SP reviu a referida decisão, mencionando que a paciente invocou acórdão da Primeira Turma em seu recurso, cuja ementa menciona a notoriedade das ameaças policiais e a legalidade de prisões que se dão somente nas hipóteses constitucionais. Contudo, reviu a decisão *a quo* com fundamento no entendimento da Segunda Turma do STF, exposto no RHC 58.179, transcrevendo trechos que apresentam o *argumento do imoral* e o *da chancela moral*. Por fim, sustentou, nestes termos: “[q]uestão das mais conhecidas e debatidas, dispensáveis maiores considerações a respeito. Provido fica o recurso oficial para cassar a ordem concedida”.

A seu turno, a PGR afirmou que “[d]e novo chega-se ao Excelso Pretório com o pedido de concessão de habeas corpus [*sic*] para a prática de ‘trottoir’”, opinando pelo improvimento do recurso, nos termos do parecer anterior, constante do RHC 58.938.

17.2. Elementos de análise

A Segunda Turma do STF negou provimento ao recurso, por unanimidade, consoante voto do relator, Min. Cordeiro Guerra, presentes à sessão os Min. Moreira Alves, Décio Miranda e Djaci Falcão (presidente).

17.2.1. Voto do Min. Cordeiro Guerra

Em transcrição integral do voto do Min. Cordeiro Guerra, lê-se:

“No RHC 59.250 – SP, assim decidi esta Turma:

‘A recusa de salvo conduto a prostitutas para a prática de ‘trottoir’ não constitui negação de direito constitucionalmente assegurado. No ordenamento jurídico vigente, que coíbe certos atos contra a moral e os bons costumes, não pode o habeas corpus [*sic*] erigir-se em ‘alvará’ para a prática da prostituição ostensiva. [A1]

Precedente: RHC 58.179 – 0 – RTJ – 96-1075 [A2]

RHC improvido.’

Reportando-me ao voto que então proferi, nego provimento ao recurso – RTJ 100/67.”

Vislumbra-se na ementa a tese segundo a qual o HC não pode se tornar permissão para a prática da “prostituição ostensiva”. Não fica claro se se trata do *argumento da chancela* ou do argumento do alvará da impunidade [A1].

Na última oração do voto, o ministro se reporta às razões de decidir do RHC 59.520, que substanciam os argumentos A2 a A5, mencionados na tabela abaixo.

A1	Argumento da chancela ou do alvará da impunidade ?
A2	Argumento do vínculo com a criminalidade
A3	Argumento da civilização
A4	Argumento da prevenção

A5	Negar o HC é defender direitos individuais (tranqüilidade pública)
Precedentes	RHC 59.520 e RHC 58.179

18. Recurso de *Habeas Corpus* nº 59.518

Recorrente: Francinete Soares de Castro e Outra

Advogado: Dirceu Eugênio Pinheiro Grohman

Data do Julgamento: 26 de agosto de 1982

18.1. Detalhes do caso

Não há informações sobre o processado na primeira instância, exceto sobre a decisão emanada ter sido no sentido de conceder a ordem, fato constante do longo acórdão do TJ-SP (integralmente transcrito¹⁵⁶), em que se deu provimento ao recurso oficial, por maioria de votos, reformando a decisão *a quo* e denegando a ordem.

Os principais argumentos utilizados pelos Desembargadores vencedores, Srs. Andrade Junqueira e Marzagão Barbutto são: (i) *trottoir* significa aliciamento de homens para o ato sexual; (ii) a polícia não tem outra atitude a tomar senão a que assume, ou seja, deter as mulheres, encaminhá-las à repartição competente, lavrar o 'Boletim de Recolha' e soltá-las em seguida; (iii) os únicos locais que não adotam essa postura são nos "raros países subdesenvolvidos da Ásia e da Polinésia, onde o mercadejamento da mulher para fins libidinosos chegou a um estado de degradação que se processa em plena rua (...) dando um péssimo exemplo para jovens inocentes, importando num verdadeiro convite para a prostituição"¹⁵⁷; (iv) "Essa restrição, que a polícia preventiva exerce sobre as atividades das prostitutas nas ruas, faz parte do 'poder de polícia' que universalmente se lhe reconhece"; (v) coibindo a prostituição a polícia tenta

¹⁵⁶ Trata-se do relatório mais detalhado já feito, com esta temática, pelo Min. Cordeiro Guerra, e por todos os membros da Segunda Turma, cujos acórdãos eram os mais sucintos, tanto na parte do relatório, quanto na da fundamentação dos votos. Isso será visto com mais vagar adiante.

¹⁵⁷ E, complementando o *argumento do civilizado*, aduz: "Nos países civilizados, o que se tem verificado é o combate à prostituição ostensiva, quer por meios profiláticos quer pela diminuição da publicidade que [*sic*] a sua exploração lança mão".

evitar “que a nossa Capital se transforme no paraíso do vício e do crime organizado”; (vi) prostituição não é crime, mas não é lícita.

A seguir, o Des. transcreve trechos do RHC 58.179, da Segunda Turma do STF, assinalando que o entendimento “do mais alto intérprete da CF está na mesma linha de raciocínio que o relator deste esposou neste acórdão e em outros”.

O Des. Cunha Camargo, vencido, apresentou voto que negava provimento ao recurso, com fundamento nestes argumentos: (i) a prostituição não é infração penal; e (ii) a meretriz só pode ser presa, “como qualquer outra pessoa”, se cometer crime ou contravenção, caso em que “deve ser penalmente responsabilizada, na forma da lei”.

A Procuradoria-Geral de Justiça, tanto quanto a Procuradoria-Geral da República, manifestaram-se contrariamente à concessão do HC.

18.2. Elementos de análise

Por maioria de votos, o Pleno do STF negou provimento ao recurso, presentes à sessão os Min. Soares Muñoz, Alfredo Buzaid, Oscar Corrêa, Rafael Mayer, Néri da Silveira, Djaci Falcão, Décio Miranda e Cordeiro Guerra (relator) e Xavier de Albuquerque (presidente).

O julgamento teve início no dia 06 de maio de 1982, perdurando, portanto, três meses e vinte dias – o mais longo de todos os casos estudados na presente monografia.

18.2.1. Voto do Min. Cordeiro Guerra

O Min. Cordeiro Guerra iniciou seu voto transcrevendo a ementa do RHC 59.520, julgado pela Segunda Turma do STF, em que foi negado provimento ao recurso por unanimidade, nos termos do seu voto de relator, que continha menção também ao RHC 58.179. Consta do material referido que o *trottoir* não tem amparo constitucional, o que figura como o argumento da desproteção [A1], e que o salvo-conduto não pode servir para cancelar atos imorais [A2].

O ministro se valeu de alguns trechos doutrinários presentes em um texto do Min. Alfredo Buzaid (que participa do julgamento), intitulado “Em

defesa da moral e dos bons costumes” (1970), como argumentos supostamente comprobatórios da relevância da moralidade pública para a “civilização moderna” e para a “consciência ética de um povo”. A tese defendida se resume na idéia de que “a moralidade pública sexual e os bons costumes são bens jurídicos essenciais da civilização moderna” [A3].

Isso quedaria no próprio corpo da Constituição da República, cujo art. 153, par. 3º, “ao assegurar a livre manifestação do pensamento, condena expressamente as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes” (grifo original). Desse modo, além de a prática do *trottoir* não ter respaldo constitucional, ela seria constitucionalmente condenada [A4].

Por fim, reproduz, *ipsis litteris*, o voto que apresentou como relator do RHC 59.520, cujas considerações feitas na oportunidade de sua análise não irei repetir, imperando apenas reelencar os argumentos ainda não mencionados, quais sejam, o de que o meretrício é um perigo social, vinculado à criminalidade [A5]; argumento da prevenção [A6]; argumento da civilização [A7]; e a tese de que ser contra o HC a prostitutas é assegurar a finalidade dos direitos individuais, qual seja, a tranqüilidade de todos os cidadãos [A8].

Cumprе frisar que A5 foi utilizado por meio da definição de prostituição “do professor ARTURO SANTORO, da Universidade de Pisa, que relembra ser ela estigmatizada no livro dos Profetas e no Pentateuco”.

Outro aspecto a se destacar é o de que muitos desses argumentos surgem como contrapontos a argumentos sempre utilizados pelas pacientes e pelos ministros da Primeira Turma. Assim, A1 e A4 combatem o argumento constitucional, e A3 e A8 contrariam o argumento da reserva legal, de que essas prisões ilegais ferem direitos individuais das prostitutas.

A1	Argumento da desproteção
A2	Argumento da chancela
A3	A moral sexual é um bem essencial da civilização moderna
A4	O <i>trottoir</i> é constitucionalmente condenado
A5	O meretrício é um perigo social, pois está vinculado à criminalidade
A6	Argumento da prevenção
A7	Argumento da civilização
A8	Ser contra o HC a prostitutas é assegurar a

	finalidade dos direitos individuais, i.e., assegurar a tranqüilidade dos cidadãos
Transcrição	“Em defesa da moral e dos bons costumes” (Alfredo Buzaid) e “Prostituzione” em <i>Novíssimo Digesto Italiano</i> (Arturo Santoro)

18.2.2. Voto do Min. Soares Muñoz

O início do voto do ministro é muito interessante por ele mencionar o que se comentava acerca das decisões da Primeira Turma. Segundo ele anota, os meios de comunicação passaram a se valer do argumento da chancela para divulgar que os ministros que concediam as ordens preventivas defendiam o *trottoir*. Ele relata o episódio e se defende, ressaltando o argumento constitucional [A1]:

“Tem-se noticiado que essas decisões importam declarar a licitude ou a defensabilidade da prostituição. Não é verdade. Temo-nos adstrito apenas à observância de uma das garantias constitucionais”.

A utilização desse argumento, independentemente de realmente ser o motivo determinante da sua decisão, mostra-se conveniente à medida que simultaneamente previne os ministros favoráveis ao HC das acusações de que eles estariam ao lado da imoralidade, ao tempo em que afronta o argumento da chancela defendido pela Segunda Turma.

O ministro continuou em defesa da atuação da Primeira Turma ao se referir ao papel que o Poder Judiciário deteria ao se deparar com a violação das prerrogativas individuais:

“Os tribunais, principalmente o Supremo Tribunal Federal, não devem e não podem transigir quando a polícia transgride essa garantia constitucional [a de ir e vir], a maior que os cidadãos livres podem almejar para viver livremente num país que quer ser livre”.

Há, no ponto, um outro argumento favorável à concessão da medida, vale dizer, o de que ela representa a proteção que o Judiciário deve oferecer

às garantias constitucionais [A2]. Neste momento, interveio o Min. Moreira Alves:

“Mas, Ministro, a Segunda Turma não é contrária a isso. Apenas acha que, se não há crime, não há necessidade de salvo-conduto, e se há, o salvo-conduto é ilegal”.

A tese do Min. Moreira Alves parece sintetizada no argumento da lesão atual, conforme o qual não cabe HC preventivo, somente repressivo, isto é, contra lesão atual. A concessão em hipótese diversa seria ilegal. O Min. Soares Muñoz discordou da afirmação, com base no argumento da inocuidade [A3], *verbis*:

“Não há ilegalidade na concessão de salvo-conduto, ainda que o chamado ‘trottoir’ possa, naquela hipótese, constituir crime. Se tal ocorrer, cabe à Polícia prender e lavrar o auto de prisão em flagrante, submetendo-o à consideração do juiz competente. É o que determina a Constituição. O salvo-conduto visa a evitar a prisão indiscriminada e arbitrária”.

A seguir, o ministro transcreveu o voto que proferiu no RHC 59.087, no seio do qual havia referência aos RHCs 58.974, 39.270, 54.534, 56.956, 57.031 e ao voto do Min. Leitão de Abreu no RHC 58.179. Nesse recurso, A3 é desenvolvido de diversas maneiras, sendo também mencionado o A1.

Demais disso, constam do RHC 59.087 três teses importantes, além das já identificadas. A primeira, o argumento da reserva da lei, de que ninguém será punido senão em virtude de lei anteriormente prevista e positivada [A4]. A segunda, a tese de que para que uma prisão seja lícita, é preciso que haja uma infração penalmente tipificada e que o procedimento se realize em flagrante delito, seguido por sua formalização, ou por ordem escrita de autoridade competente [A5]. A terceira, a idéia de que a polícia age com abuso de poder quando procede à “prisão indiscriminada de todas as prostitutas (...) sem que seja lavrado auto de prisão em flagrante e, assim, com manifesta infração da determinação imperativa do art. 153, & 12, da Constituição da República” [A6].

A1	Argumento constitucional
A2	Cabe ao Poder Judiciário resguardar as garantias constitucionais
A3	Argumento da inocuidade
A4	Argumento da reserva de lei
A5	Argumento da dupla barreira
A6	Se a polícia prende fora das hipóteses constitucionais há abuso de poder

18.2.3. Confirmação de voto do Min. Cordeiro Guerra

O Min. Cordeiro Guerra também parece ter tomado pessoalmente a provocação que o Min. Soares Muñoz fez de modo genérico ao Poder Judiciário¹⁵⁸, pelo que se justificou: “gostaria de aduzir que, evidentemente, não contesto o direito de ir e vir da paciente. O que eu sustento é que não pode exercê-lo em detrimento da moral e dos bons costumes” [A1]. Eis aí, portanto, um novo argumento, segundo o qual o direito de ir e vir se condiciona à observância dos bons costumes.

A seguir, o ministro faz um comentário que não desenvolve. De acordo com ele, “a Constituição da República dá os parâmetros fundamentais para assegurar as normas de bem viver”. Pode-se inferir dessa afirmação que a Constituição tem os instrumentos necessários para a harmonização social. Contudo, não se esclarece que “parâmetros fundamentais” ou instrumentos são esses e como eles serviriam para o caso em exame.

Por fim, outro argumento que provavelmente vem cumprir o papel de contradizer o ponto de vista do Min. Soares Muñoz, agora quanto ao exercício do poder policial expresso em A8, é o de que o poder de polícia moderado e equilibrado é lícito [A2]:

“E não vejo, no poder de polícia, exercitado com moderação e equilíbrio, no interesse da moralidade e dos bons costumes, nenhum constrangimento à liberdade dos cidadãos brasileiros”.

¹⁵⁸Conferir o A2 do voto do Min. Sydney Sanches.

Neste passo, caberia indagar: que tipo de condutas policiais o Min. Cordeiro Guerra entende moderados e equilibrados? O Min. Soares Muñoz discorda de prisões de prostitutas que se dêem de forma diversa da estabelecida no art. 153, par. 12, da CF/67. Nesse sentido, o Min. Cordeiro Guerra estaria afirmando que isso seria moderado e equilibrado? Ou ele estaria se referindo a outros atos?

A1	O direito de ir e vir se condiciona à observância dos bons costumes
A2	No exercício equilibrado e moderado do poder de polícia não há constrangimento ilegal

18.2.4. Voto-vista do Min. Oscar Corrêa

O ministro justificou o pedido de vista nestes termos: “julgamo-nos no dever de emitir, mais fundamentadamente, nossa posição, em homenagem mesmo àqueles de quem discordaremos e que, por isso mesmo, nos merecem a explicitação de nossas razões”.

O Min. Oscar Corrêa reconheceu a controvérsia existente no STF entre a Primeira e a Segunda Turma quanto aos RHCs preventivos impetrados em favor de prostitutas que alegavam ser ilegalmente detidas por autoridades policiais. E firmou uma espécie de compromisso de se adstringir aos principais pontos da divergência:

“Não pretendemos analisar senão os aspectos mais estritamente ligados à discussão como atualmente posta neste Egrégio Supremo Tribunal”.

Não obstante, ele passou a ditar o voto mais longo do presente caso – e de todos os RHCs. Basta observar que logo após a referida promessa ele afirmou que “[s]eria, por certo, interessante remontar à evolução da prostituição”, o que efetivamente tentou fazer, “partindo de cerca de 2.000 anos antes de Cristo, na Caldéia”. Sem relacioná-los ao caso em questão, passou bem ao largo “[d]os aspectos mais estritamente ligados à discussão”.

O ministro abordou o tema da prostituição na Grécia Antiga, na Idade Média e na contemporaneidade, com classificações doutrinárias de mulheres e de práticas sexuais. Além disso, descreveu e comentou dados legislativos, condutas policiais e políticas do Poder Executivo da França, Suíça, Bélgica e Rússia. Ao cabo, concluiu:

“Desta brevíssima notícia sobre dificuldades de solução do problema em Países modelos, como a Bélgica, a Suíça e a França, e sem nos determos em outras indagações, confirmam-se os percalços de que se lhe reveste o equacionamento em face, sobretudo: da estrutura social – no mais amplo – do País (econômica, religiosa e política); da atual e desmedida liberação dos costumes, que conduziu à desmesurada liberdade sexual; da impossibilidade de prever todas as formas de atuação que nela se configuram” (grifos originais).

Por tal desfecho, constata-se que a longa regressão feita a diferentes épocas e países objetivou tão-somente confirmar a existência de percalços no equacionamento do “problema” da prostituição – até – em “Países modelos” [A1].

O trabalho que o ministro teve para associar as informações apresentadas pareceu ingrato: primeiro, porque a defesa daquela tese talvez dispensasse o elenco de tantos elementos pormenorizados, em percurso histórico tão extenso; segundo, pois o argumento que se pretendeu estabelecer não era essencial ao restante de seu voto, podendo, aliás, ser suscitado por ministros de qualquer das posições; e, por último, porque se poderia questionar a relação de determinação entre os dados mencionados e a sua conclusão.

O Min. Oscar Corrêa apresentou a sua visão sobre o papel do Poder Judiciário, assim como fez o Min. Sydney Sanches. Ocorre que se para este é dever dos magistrados efetivar as garantias constitucionais, para aquele lhes cabe conter a dissolução dos costumes sociais [A2]:

“(…) incumbe ao judiciário o árduo papel de opor diques à ampliação dessas atividades [da prostituição], em benefício da contenção da onda dissolutória dos costumes, que avassala a

sociedade. (...) E tendo de julgar há que ponderar todos esses dados, essenciais às razões de decidir”.

Ao esposar essa opinião, o ministro se mostrou filiado a uma das duas tendências do STF que ele próprio denominou a dos ‘proibicionistas’, ou seja, a daqueles que “considera[m] de seu dever jurídico, em face da realidade e da lei, opor-lhe [ao *trottoir*] óbices à atuação”, em oposição à dos ‘abstencionistas’, que não entram nesse mérito.

Se, em primeiro momento, ser proibicionista se tratou exclusivamente de um *dever jurídico*, como se viu no excerto recém transcrito, posteriormente ele destacou haver também um motivo de natureza moral para sê-lo. De fato, ao relatar a sua a filiação ao grupo dos proibicionistas, justificou: “[f]azêmo-lo por motivos de ordem moral e legal” – e explicou a razão moral que lhe moveu:

“Moral – porque cremos de nosso dever criar empecilho a que, pela concessão do salvo-conduto, se facilite a prática que – todos estamos de acordo – não condiz com as conveniências da sã moral e dos bons costumes (...) seria o ‘bill de indenidade’ (...) tornando difícil, senão impossível, a própria repressão aos abusos mais graves” (grifo original).

Nesse trecho constam as teses de que a concessão do salvo-conduto facilitaria a prática do *trottoir*¹⁵⁹ [A3], chancelaria moralmente a atividade imoral [A4] e dificultaria ou impossibilitaria a atividade de repressão policial em face de “abusos mais graves” [A5], razões pelas quais não deveria ser ordenado.

Para se contrapor ao argumento da reserva legal, o ministro aduz que o *trottoir*, “em todas as suas formas e modos”, não poderia ser tipificado “mesmo pelo mais competente e percuciente analista do tema, de tantos matizes se colore e de tantas burlas se veste” [A6]. Cuida-se de argumento que procura sustentar que se não há tipificação que apene o

¹⁵⁹Optei por separar o argumento da chancela e o do alvará da impunidade desse outro, entendendo haver aqui uma pequena sutileza: enquanto no primeiro o salvo-conduto subscreveria simbolicamente uma prática imoral e, no segundo, blindaria sua portadora de qualquer investida policial, ainda que legal, o presente argumento se coloca intermediariamente, no plano do HC como um facilitador da prática de prostituição.

trottoir é porque não há condições fáticas de fazê-lo, e não porque ele não seja uma prática delituosa¹⁶⁰.

Então, passou a descrever seu enquadramento no art. 61, da Lei de Contravenções Penais, afirmando que se com a importunação pública “se objetiva à prostituição e à prática sexual, atinge os limites dos crimes contra os costumes (...) delitos puníveis com penas de reclusão ou detenção, e, portanto, autorizadores das medidas policiais restritivas de liberdade” [A7].

Assim, ao contrário do que afirmara em A6 quanto à impossibilidade de tipificação da prática, dessa vez sustentou que o “que tipifica o ‘trottoir’ e o torna fato punível é a importunação, e, sobretudo, o ultraje público ao pudor, que se caracteriza por formas as mais imprevisíveis”. Ao que parece, há aqui uma contradição em termos, à medida que se afirmou que apesar de não ser possível tipificar a prática, ela se encontra de fato tipificada na Lei de Contravenções Penais. Isso só é possível porque o ministro implicitamente assumiu que toda a prática de *trottoir* representa importunação pública.

Ademais, assinalou que o “induzimento à satisfação da lascívia de outrem, o induzimento à prostituição, não têm hoje o simples significado passivo, mas também o ativo do convite à participação” (grifos originais). O comentário careceu de maiores explicações, já que não se esclareceu, na visão do Min. Oscar Corrêa, como se daria o induzimento passivo e qual a diferença entre ele e o ativo, se a mudança do *status* do induzimento tem implicações jurídicas e quais seriam elas.

Uma possível interpretação para essa afirmação seria a de que, antes, o induzimento à prostituição seria promovido sem que houvesse convite da prostituta, ao passo que posteriormente ela se daria mediante provocação, o que talvez fosse ainda mais grave, na visão do ministro. Se tal suposição for verdadeira, ela poderia eventualmente se mostrar reveladora de certa concepção moral do ministro acerca da divisão de papéis e de comportamentos naturalizados de gênero¹⁶¹.

Além disso, o ministro sustentou que a alegada liberdade de ir e vir das pacientes, “falsa, solente e desregrada”, inexistente se ela for utilizada para

¹⁶⁰ Talvez o Min. Oscar Corrêa esboce, aqui, uma visão particular de delito, segundo a qual ele não se caracteriza (ao menos, não somente) pela tipificação normativa, senão também pela natureza do bem jurídico atingido ou por outros parâmetros não esclarecidos no voto.

¹⁶¹ Essa me parece uma tese de ênfase e, como tal, optei por não classificá-la no rol de argumentos.

a prática do *trottoir*, por representar violação à liberdade de ir e vir alheia [A8]:

“não é essa a liberdade de ir e vir constitucionalmente assegurada, e que se integra, necessariamente, nos direitos do cidadão. Pelo contrário: essa falsa, solente e desregrada liberdade de ir e vir, levada ao abuso pela forma como se dá, constitui, em verdade, atentado e ofensa à liberdade de ir e vir dos demais cidadãos (...) que pleiteiam a liberdade real de ir e vir” .

Nesse argumento, foi exposta uma concepção segundo a qual haveria uma “real liberdade de ir e vir” e uma “falsa”. A primeira, não garantida pela Constituição Federal; a segunda a ser resguardada pelos juízes. Diante esclarece sua posição:

“Não se nega à meretriz ‘o direito de livre locomoção pelas vias públicas, desde que não cause escândalo ou que sua conduta não importe em infração penal’ (RTJ 24/215). Nem isto, acentue-se, é o ‘trottoir’, nem cremos, em sã consciência, que o obste a polícia, nem que qualquer autoridade judicial o desampare”.

O ministro opina, portanto, no sentido de que não se há de negar o direito de locomoção da meretriz quando não pratica o *trottoir*, o que seria a sua “real liberdade de ir e vir”, vale dizer, aquela que não ofende à moralidade pública. A *contrario sensu*, quando se locomove em vias públicas para se prostituir possui apenas um “falso” direito de ir e vir, que de fato não seria direito, porquanto não albergado pela Constituição Federal.

De se destacar que o julgador desconsidera que as pacientes exercem o *trottoir* em “boites”, valendo-se das ruas apenas como passagem. Sem hesitar, pressupõe que a presença das pacientes em vias públicas ofende a moralidade dos transeuntes, sem atentar às descrições fáticas do caso¹⁶².

A transcrição acima é especialmente interessante por explicitar uma distorção. No trecho do precedente que o Min. Oscar Corrêa mencionou - RTJ 24/215 - afirma-se que a prostituta detém o direito de se locomover

¹⁶² Há de se anotar, inclusive, que só foi possível ter ciência dos fatos alegados pelas pacientes porque descritos pelo Min. Alfredo Buzaid, em seu voto.

“desde que não cause escândalo ou que sua conduta importe em infração penal”. Em verdade, portanto, refere-se ao direito de ir e vir das prostitutas, mesmo enquanto praticam o *trottoir*, concebendo a possibilidade de que a prática seja realizada de modo não criminoso e não escandaloso. No entanto, logo após transcrever o pequeno excerto, sustentou o ministro que “nem isto”, ou seja, nem a prática não-escandalosa, “acentue-se, é o ‘*trottoir*’”, como se de fato toda prostituição fosse escandalosa e criminosa, independentemente da forma como realizada. Sem dúvida, não era esse o sentido original da frase, que não se fiou ao argumento do ministro do imoral ilícito [A9].

Há, ainda, um comentário que merece acento: o de que as maneiras de fazer o *trottoir* “assumem todas as cores e intensidades em que é fértil a imaginação feminina, desde a primeira mulher”. O Min. Oscar Corrêa fez alusão, ao que tudo indica, a um dado religioso, o mito judaico-cristão segundo o qual Eva dera causa aos males da humanidade, privando-a do Éden (paraíso), à medida que sua curiosidade a impediu de obedecer a uma ordem divina¹⁶³.

Ao afirmar que a “imaginação feminina”, desde Eva, foi fértil dessas idéias, a seu ver, imorais, o ministro comparou as práticas das prostitutas (dentre as quais, as pacientes) com a prática do pecado original da primeira mulher na visão judaico-cristã – como se as praticantes de *trottoir* fossem pecadoras¹⁶⁴.

Além disso, o Min. Oscar Corrêa tentou contradizer o argumento de que se vivia em tempos de liberalização sexual afirmando que em qualquer tempo é preciso resistir a esses movimentos:

“Nem se diga que isso é fruto da liberdade sexual da época. Sempre houve e haverá, triste fatalidade do convício, mas a que se deve opor resistência, para que não se torne o desregramento geral”.

¹⁶³ Segundo o mito, Eva (*Hawah* ou “viver”), a primeira mulher do mundo, mordida pela curiosidade do saber, morde a maçã que a condenará eternamente a sofrer, como pecadora, na pele do gênero feminino, o castigo divino assim proferido pelo senhor: “Multiplicarei os sofrimentos da tua gravidez, parirás com dor, a paixão te arrastará para o marido e ele te dominará”.

¹⁶⁴ Caberia indagar qual o sentido dessa colocação no presente julgamento. Registro ter tido a impressão de que o ministro estaria, ele próprio, julgando as ‘pacientes pecadoras’, o que fez ao denegar o salvo-conduto.

Essas expressões complementam o A2, aduzindo a idéia de que o Judiciário deveria conter a dissolução de costumes para que não ocorra um “desregramento geral”.

Quanto aos abusos cometidos pela polícia na repressão a essas condutas abusivas, disse não negá-los, porém justificou serem eles compreensíveis, diante “de todos os disfarces e burlas, simulações e farmas, malícia e solércia: para lhe fugirem às malhas”.

Demais disso, o ministro assumiu partes do parecer do Procurador-Geral da República, Henrique Fonseca de Araújo (RHC 54.534), em que se afirmara ser elemento do poder de polícia “a localização do meretrício, a proibição do ‘trottoir’ em determinadas zonas e locais da cidade” [A10], a seguir elencando os argumentos dos limites aceitáveis [A11] e da necessidade [A12], acrescentando que isso não isentaria a mulher de meios para punir o responsável caso comprovado o abuso de autoridade [A13].

Frise-se que A11 é argumento incompatível com A8, vez que enquanto um admite que a prostituição possa não ser ilícita quando não constitua ato obsceno ou importunação pública, o outro a tem como inerentemente ilícita e imoral. Desse modo, exsurge uma contradição entre o posicionamento adotado pelo Min. Oscar Corrêa e o referido trecho de RHC utilizado como razão de decidir.

O Min. reproduziu parcialmente outros votos, constantes dos RHCs 54.534, 58.179, 59.104 e 59.417, para reiterar alguns dos argumentos anteriores e contestou o argumento constitucional formulado pelo Min. Leitão de Abreu no RHC 58.938 assim:

“Óbvio que posta a questão como a pôs Sua Exa. –

‘se a autoridade policial pode, a seu alvedrio, prender e deter qualquer pessoa, trate-se ou não de prostituta ou prostituto, com violação do & 12 do art. 153 da Constituição’

a resposta só poderia ser negativa.

Mas se se verifica abuso punível, pelo constrangimento injusto e imoral aos outros cidadãos – protegidos pelo mesmo mandamento constitucional, é claro que se não pode considerar

como ofendido senão o direito destes. E a concessão do salvo-conduto levaria, obviamente [*sic*], a essa conseqüência”.

O ministro afirmou que, na hipótese de abuso punível do direito de ir e vir das praticantes do *trottoir*, o único direito ofendido seria o dos demais cidadãos, “protegidos pelo mesmo mandamento constitucional” que as prostitutas. Desse modo, o par. 12 do art. 153 da CF só poderia ser aplicado quando o direito de ir e vir em apreço não figurasse um ‘abuso’. Essa tese desenvolve melhor o A8, segundo o qual a prostituta não possui liberdade para praticar o *trottoir*, porquanto a prática seria um abuso que violaria direitos alheios.

Por fim, ele comentou o caso *sub judice*, assim:

“Na hipótese, o v. acórdão recorrido, já transcrito no Relatório, bem resume a atitude agressiva que assumem as mulheres que se entregam ao ‘trottoir’ e que levou a Colenda Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo a cassar os salvo-condutos fornecidos às pacientes”.

Como se vê, justo no instante em que iria aos fatos *in concreto* o Min. Oscar Corrêa se satisfaz em agasalhar os dados do relatório do acórdão do TJ-SP, o qual “resume a atitude agressiva das mulheres que se entregam ao ‘trottoir’”. Ora, nesse relatório não há informações sobre o aspecto fático do processo, tais como alegações da paciente, documentos juntados, provas produzidas judicialmente, informações da autoridade policial e outras.

De outro modo, há uma condenação genérica¹⁶⁵ à prostituição, além da descrição das impressões do desembargador-relator sobre a matéria, quem não se reportou às provas (ou à ausência delas), tampouco aos outros elementos dos autos, mas somente a características supostamente essenciais dessa prática que seriam de conhecimento público.

¹⁶⁵ Veja-se a generalidade da percepção com base na qual foram julgadas as pacientes no TJ-SP: “E essa atitude das prostitutas que fazem o ‘trottoir’, *sabem-no todos*, não é apática, não é silenciosa, não é discreta, porquanto se o fosse não conseguiriam elas chamar a atenção dos homens para as suas pessoas; pelo contrário, no meio baixo em que prolifera, elas não se limitam a provocar a concupiscência dos homens mediante simples exibição de seus possíveis encantos femininos, mas vão mais longe, pois fazem acompanhar essa atitude de trajés, palavras e gestos que incomodam e até vexam os transeuntes” (grifei).

A1	Até em “Países modelos” há dificuldade de resolver o problema social da prostituição
A2	Cabe ao Poder Judiciário conter a dissolução de costumes
A3	HC facilitaria a prática do <i>trottoir</i>
A4	Argumento da chancela
A5	Argumento do alvará da impunidade
A6	O <i>trottoir</i> não está tipificado como delito porque não é possível prever a variedade de suas formas de execução
A7	Se a importunação pública (art. 61, LCP) é feita para que se pratique o <i>trottoir</i> há crime contra os costumes
A8	A liberdade de ir e vir, quando utilizada para a prática do <i>trottoir</i> , é “falsa, solente, desregrada”
A9	Argumento do imoral ilícito
A10	Faz parte do poder de polícia a restrição geográfica do <i>trottoir</i>
A11	Argumento dos limites aceitáveis
A12	Argumento da necessidade
A13	Argumento da compensação
Transcrição	PGR
Doutrina	Cretella Jr. (<i>Liberdades públicas</i>)

18.2.5. Confirmação de voto do Min. Soares Muñoz

O Min. afirma não negar à polícia poder para prender prostitutas que pratiquem delitos [A1] e negar à polícia poder para prender sem observar o art. 153, par. 12, da Constituição Federal [A2].

A1	A polícia pode prender prostitutas quando realizem fato típico
A2	Argumento constitucional

18.2.6. Voto-vista do Min. Alfredo Buzaid

O Min. Alfredo Buzaid justifica explicitamente o pedido de vista, assim:

“Pedi vista dos autos, porque, num assunto de tamanha transcendência sobre o qual já se manifestaram os eminentes

Ministros desta Corte, me corria a obrigação de um pronunciamento claro e inequívoco, por ser o único juiz que ainda não havia emitido o seu voto na Turma ou no Plenário”.

O ministro afirmou que o impetrante requereu HC a fim de assegurar às pacientes a prática da prostituição, e não a proteção da liberdade, finalidade a que o remédio não serviria [A1]. Comprová-lo-ia a ênfase nas alegações da inicial de que as pacientes teriam adotado o *trottoir* como profissão por problemas econômicos – ainda que se reconheça que tenham pedido salvo-conduto preventivo para que “não sejam detidas a não ser nos casos previstos em lei”.

O Min. Alfredo Buzaid sustentou que “A idéia de bons costumes não é apenas ética: é eminentemente jurídica”, tanto que haveria menção a ela no art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil¹⁶⁶ e no art. 395 do então Código Civil¹⁶⁷.

Reconheceu que o meretrício não era crime ou contravenção no Brasil, replicando: “[m]as é um mal social, ‘mal deplorável’, diz o saudoso e eminente Ministro NELSON HUNGRIA” [A2]. E que, sabendo-se que se cuida, “como profissão, de um grave mal, que atenta contra os bons costumes”, não se deve conceder salvo-conduto para que seja praticado [A3]. Em outras palavras, o salvo-conduto só poderia ser concedido quando a atividade para o qual servisse, ainda que não infracional, fosse moralmente aprovável.

Além disso, declarou: “O habeas corpus não pode servir para proteger essa atividade anti-social, justamente porque não é um bem jurídico”. Trata-se de argumento complementar ao A3, segundo o qual o HC só serviria para resguardar bens jurídicos reconhecidos pelo ordenamento enquanto tais. Ignora-se que o bem jurídico em risco quando da impetração de qualquer HC é, ou deve ser, a liberdade da/o cidadã/o.

Após, o Min. Alfredo Buzaid desenhou esta imagem da prostituição em São Paulo:

¹⁶⁶ “As leis, atos e sentenças de outro país, bem como qualquer declaração de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes” (art. 17, LICC).

¹⁶⁷ “Perderá por ato judicial o pátrio poder o pai ou a mãe: (...) III – que praticar atos contrários à moral e aos bons costumes” (art. 395, III, CC).

“Venho de um Estado onde o meretrício assume a forma mais agressiva de provocação social: o *trottoir*. Nos bairros mais elegantes e familiares da cidade de São Paulo e nas avenidas de maior tráfego desfilam as hetairas, vestidas com roupas extravagantes que facilmente as identificam, embargando a passagem de homens e requestando-os para a prática sexual. As manifestações exteriores dessas messalinas bem caracterizam o seu procedimento, que é indecoroso; e elas timbram de rigor em mostrar-se como efetivamente são num espetáculo doloroso de decadência humana, vendendo o seu amor a qualquer um que aceite o seu convite. Concorrem com elas os homossexuais (...) Este quadro (...) passa na frente das casas de família, de homens dignos, de senhoras respeitáveis e de meninas inocentes, constituindo um agravo ao seu pudor e ao direito ao seu sossego”.

Não se pode afirmar que o Min. Buzaid tenha formado sua opinião a respeito da prostituição exclusivamente a partir da experiência vivida na capital paulistana, mas ele se mostra muito influenciado por esse contato imediato. Fosse irrelevante, não teria sido mencionado no voto em apreço, e com tamanha repelência¹⁶⁸. No final dessa narração há o argumento de que o *trottoir* fere o pudor e impede o sossego das “pessoas de bem” [A4]

Além disso, o Min. sustentou que a então Constituição Federal vetou “exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes”, nos termos do art. 153, par. 8 (¹⁶⁹). Por ser o *trottoir* ato anti-jurídico, as prostitutas não teriam direito a ele e, por isso, tampouco ao salvo-conduto [A5]. Esse argumento parece contradizer A2, mas não para o ministro, que coloca a questão separando a delituosidade de uma conduta com sua antijuridicidade.

Tendo por provado que não há direito à prostituição, o ministro passou a considerar se a polícia teria ou não cometido coação ou violência contra as pacientes “retirando-as da via pública”. Então, pergunta, com Ruy Barbosa, “[q]ue é que se chama coação? Que é que se denomina violência?”

¹⁶⁸ E não só repelência. Outro dado, ainda que secundário, é o espaço que o Ministro destinou a essa enunciação em seu voto: quase uma lauda, de um total de cinco.

¹⁶⁹ “(...) Não serão, porém, toleradas a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações e *exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes*” (art. 153, par. 8, CF, grifei).

e responde com as palavras daquele jurista: “(...) é a pressão (...) contra a liberdade no exercício de um direito”. Diante disso, concluiu que se não há direito, não há coação ou violência, pelo que as pacientes não fariam jus à concessão do HC [A6].

A1	O HC é meio inapto para zelar pelo exercício de uma profissão
A2	O meretrício não é infração legal, mas é um mal social
A3	Argumento da chancela
A4	O <i>trottoir</i> é contrário ao pudor e ao sossego das “pessoas de bem” (“homens dignos, senhoras respeitadas, meninas inocentes”)
A5	O <i>trottoir</i> é anti-jurídico
A6	Não há coação ou violência em ‘retirar das vias públicas’ prostitutas (argumento da desproteção)

18.2.7. Voto-vista do Min. Rafael Mayer

O Min. Rafael Mayer transcreveu integralmente a sentença de primeiro grau, ao fim assinalando que o “equacionamento jurídico aí constante se acomoda ao precedente mais antigo desta Corte, firmado pelo Pleno, em sessão de 01.08.1962”¹⁷⁰. O ‘equacionamento’ a que se referiu foi a concessão do salvo conduto – após o juízo *a quo* reconhecer que “[a]s testemunhas de fls. 49/51 oferecem notícias concretas a respeito das arbitrariedades policiais” e que a prostituição, em si, não é crime [A1] – porém “com a ressalva de se resguardar a atuação dos agentes policiais, que poderão agir livremente contra elas, dentro dos limites permitidos pela legislação processual penal, desde que ocorra vulneração de qualquer dispositivo legal, permissivo de prisão” [A2].

A questão aí inserida é o argumento da inocuidade, segundo o qual a concessão do salvo-conduto *in casu* não gera prejuízos à atuação policial em hipótese de verificação de cometimento futuro de infração penal, já que diante de delito podem os agentes oficiais prender a prostituta, desde que observadas as hipóteses constitucionais de prisão.

O ministro afiançou que a decisão do juiz singular se coadunou com o RHC 42.952, cujo relator consignara (citando parecer da Procuradoria-Geral

¹⁷⁰ Trata-se do RHC 39.270, cujo relator foi o Min. Pedro Chaves.

de Justiça do Estado de São Paulo) que o Estado tem meios legais para “coibir ou restringir a prostituição; não precisa apelar para a violação dos direitos fundamentais (...) [E que] Embora competente a autoridade e lícito o fim visado, exorbitou-se quanto aos meios empregados”.

Segundo o Min. Rafael Mayer, os RHCs 39.270 e 42.952 são os precedentes a que se reportou o RHC 58.974, um dos casos da 1ª Turma em cujo julgamento esteve presente. Essa menção aos recursos anteriores não assumiu a forma argumentativa, dada a sua explicitação em tom narrativo, a partir da qual, aparentemente, não houve a pretensão de estabelecimento de conclusão, efeito ou “verdade”.

A seguir, o Min. sintetizou o que seria, para ele, o nó do debate então travado: “[n]a verdade, a controvérsia se coloca na conceituação do que seja o trottoir, fazendo dessa premissa o ponto de partida para o silogismo jurídico”. A partir da fixação desse foco passou a atacar o *decisum* do TJ-SP:

“Mas aí está a falha. Com efeito, o acórdão recorrido tem como pressuposto que o trottoir já de si envolve ilícito suscetível de repressão, e nisso incorre numa valoração subjetiva, quando a verdade pediria um juízo de realidade. O trottoir nem é uma figura penal, nem mesmo um conceito jurídico, e ainda como simples conceito não tem univocidade”.

Dessa maneira, o Min. Rafael Mayer reafirmou explicitamente A1, no sentido de que o *trottoir* não é em si mesmo uma infração penal e que a adoção da premissa equivocada de que ele seria (fato punível) levou o Tribunal de Justiça de São Paulo a uma conclusão igualmente equivocada.

Segundo ele, apesar de a prostituição e o *trottoir*¹⁷¹ serem indiferentes penais, o fato de invadirem “a área da moralidade pública, sob a necessária proteção do Estado, não só legitima, como reclama o exercício do poder de polícia (...). O exercício desse poder se há de fazer, entretanto, nos lindes da legalidade” [A3]. Essa legalidade se traduziria em somente poder ser preso nas hipóteses do art. 153, par. 12, da CF, enquanto o

¹⁷¹ O Min. Rafael Mayer parece diferenciar a prostituição do *trottoir*, por mencionar separadamente a ambos – ainda que por vezes faça referência apenas a esse último, mas em nenhum momento de seu voto esclarece as razões disso.

constrangimento ilícito adviria exatamente da prisão efetuada em condições diversas das constitucionais:

“Se se prende sem crime, ou, se havendo crime, sem o devido procedimento legal, exigido pela Constituição, há constrangimento injurídico” [A4].

Finalmente, ao dar provimento ao recurso, concedendo a ordem, lançou mão de um último argumento:

“Endosso o convencimento do Juiz de primeira instância que, pela proximidade dos fatos e contacto (*sic*) com as provas, e ainda pela sua vivência dos usos da polícia local, entende iminente a prisão ilegal das pacientes [A5]. E restabeleço a ordem por ele concedida, a qual, nos termos em que o foi, nem coíbe o regular exercício do poder de polícia nem impede a prisão dentro dos parâmetros da legalidade”.

A5 é um argumento complexo, por apresentar três motivos que justificariam o acerto ou o possível acerto da decisão de primeira instância: (i) a “proximidade dos fatos”; (ii) o “contacto com as provas”; e (iii) a “sua vivência dos usos da polícia local”.

A1	Argumento da atipicidade
A2	Argumento da inocuidade
A3	Pode haver poder de polícia em defesa da moralidade, desde que legalmente (argumento constitucional)
A4	Fora das hipóteses constitucionais há constrangimento ilegal
A5	O juiz de primeira instância está mais próximo da realidade local e isso lhe assegura maior certeza no convencimento
Transcrição	Parecer da PGJ (RHC 42.952)

18.2.8. Voto do Min. Décio Miranda

O Min. Décio Miranda afirmou que já expôs seu pensamento sobre o problema no primeiro caso julgado pela Segunda Turma, RHC 58.179.

Então, negou provimento ao recurso, declarando que se reportava às considerações ali expendidas.

A1	Argumento do imoral ilícito
A2	A polícia pode reprimir atos imorais
A3	Argumento da necessidade
A4	Argumento da chancela
Precedente	RHC 58.179

18.2.9. Voto-vista do Min. Néri da Silveira

O ministro citou Cretella Jr., Hely Lopes Meirelles, Ruy Cirne Lima e J. G. Menecale para sustentar que no poder da polícia de costumes está a coibição e o combate de práticas imorais, dentre as quais a prostituição.

É importante indicar que os excertos de Hely Lopes Meirelles selecionados foram aqueles em que afirmava a necessidade da relatividade dos direitos fundamentais individuais diante do interesse social, bem como que o poder próprio da polícia de costumes, que não é senão polícia administrativa, é o discricionário, em que “a norma legal que o confere, não minudeia o modo e as condições da prática do ato de polícia. Esses aspectos são confiados ao prudente critério do administrador público. Mas se a autoridade ultrapassar o permitido em lei, incidirá em abuso de poder, corrigível por via judicial” (grifo original).

De Cirne Lima, transcreveu o trecho de afirmação da polícia de costumes e da proteção da moralidade como necessidades de toda “sociedade civilizada” [A1]. Finalmente, de Menecale citou o comentário acerca do poder de polícia, “o poder de concretizar aquele limite ao uso dos direitos e garantias constitucionais” [A2].

Além disso, reproduziu trechos do voto dissidente do Min. Leitão de Abreu, no RHC 58.179, em que exprimia não ser o *trottoir* prática punível por si, ainda que pudesse “se revestir de caráter penalmente censurável, dependendo das circunstâncias de cada caso concreto”. É interessante que, pela primeira vez, o referido voto tenha sido utilizado para argüir tese contrária àquela de quem o redigiu.

De fato, com o ele o Min. Néri da Silveira quis consignar, de modo 'inafastável', que "a atividade do 'trottoir' poderá se revestir de caráter penalmente censurável, dependendo das circunstâncias de cada caso concreto". Se existe essa possibilidade criminosa, cabe legitimamente à polícia agir para preveni-la [A3]:

"Ora, não sendo possível deixar de compreender que as exteriorizações das atividades de prostituição, dentre elas, o trottoir, são fatos sociais que, por sua natureza, constituem ameaça constante à moralidade pública – de referência a essas manifestações legitima-se, em princípio, o exercício do poder de polícia de costumes, de forma permanente, não só para prevenir o ultraje público ao pudor, como para a imediata repressão dos abusos que, daí podem resultar".

A1	Argumento da civilização
A2	O poder de polícia limita o uso dos direitos e garantias constitucionais
A3	Argumento da prevenção
A4	Concessão de HC é restrição ao poder de polícia
A5	Os atos administrativos se presumem legais
A6	Argumento da necessidade
A7	Argumento das provas inválidas
A8	Argumento da compensação
A9	Argumento do alvará da impunidade
Transcrição	Cretella Jr. (<i>Liberdades Públicas</i>); Hely Lopes Meirelles (<i>Direito Administrativo Brasileiro</i>); Ruy Cirne Lima (<i>Princípios de Direito Administrativo</i>); J.G. Menecale (<i>Direito Administrativo e Ciência da Administração</i>)

18.2.10. Voto do Min. Djaci Falcão

Negou-se provimento ao recurso com base no entendimento já firmado em julgados anteriores, nos quais, segundo ele, ressaltou-se “o exercício normal do poder de polícia” [A1]. Do modo colocado, denota-se que a detenção de prostitutas sem a lavratura de flagrante e sem ordem judicial – os fatos alegados, em suma – constituem esse “exercício normal” do poder policial.

A seguir, asseverou:

“Evidentemente que, em ocorrendo abuso de autoridade ou desvio de poder, o julgador poderá ser levado a deferir o pedido de habeas corpus [A2], mas isso não ocorre na espécie”.

Apesar de denegar a ordem por não vislumbrar abuso de autoridade no caso, não se explicita a razão, o Min. Djaci Falcão assegurou o HC às pacientes em ocorrendo lesão atual à liberdade de ir e vir delas, o que se mostra como um *argumento da compensação* [A2].

A1	É parte do exercício normal do poder de polícia a detenção, sem formalização, de prostitutas
A2	Argumento da compensação

19. Recurso de *Habeas Corpus* nº 63.236

Recorrente: Valdinei Pereira Veiga e Outras

Advogado: Cássio Vergueiro da Silva

Data do Julgamento: 16 de agosto de 1985

19.1. Detalhes do caso

As pacientes afirmam ser “bailarinas de ‘boites’” (grifo original), sendo presas constantemente a mando do delegado titular da seccional do centro e do Degran, bem como trancafiadas nos distritos policiais, onde permanecem por dias, sem culpa formada, imputação de ilícito ou ordem escrita de autoridade competente.

O juiz de primeira instância denegou a ordem e a 6ª Câmara Criminal do TJ-SP reafirmou a decisão *a quo*. Não há menção no relatório à presença ou à ausência de provas eventualmente produzidas.

19.2. Elementos de análise

A Primeira Turma do STF, por unanimidade de votos, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, Min. Oscar Corrêa, presentes à sessão os Min. Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octavio Gallotti e Rafael Mayer (presidente).

19.2.1. Voto do Min. Oscar Corrêa

O ministro afirma ser unânime a posição dos demais ministros (aparentemente, da turma¹⁷²) no sentido de se disporem a proteger “franquias” constitucionais, inclusive as do HC, mas “não se há de permitir que, sob sua superior inspiração, se admitam abusos que firam outros direitos dos cidadãos igualmente garantidos – à tranqüilidade, à defesa da moralidade pública e dos bons costumes, essenciais à normalidade social” [A1]. Em outras palavras, as dançarinas de boates estariam abusando de suas “franquias” constitucionais, abuso que seria perpetrado contra as garantias de outras pessoas.

Para reforçar esse entendimento contrário à concessão de salvo-condutos, o Min. relembra o RHC 59.518, “a mais recente e expressiva decisão do Tribunal, a respeito, porque do Plenário”, transcrevendo a ementa que lhe foi dada pelo relator (Min. Cordeiro Guerra), em que se afirma que não há direito constitucional para a prática do *trottoir* e que o alvará não pode servir como chancela para a prática de “prostituição ostensiva” [A2].

Ainda, aduziu que “[d]a ampla discussão que se feriu resultou o exame aprofundado da questão, que não devo reprisar, desnecessariamente, nesta oportunidade, mas aqui se ratificam os argumentos ali expendidos” [A3-A15]. Por fim, sustentou que, no caso, não há violência ou constrangimento ilegal e que sem isso não é possível “deferir o pedido sem quebra daqueles princípios informadores das sociedades bem organizadas, que o direito preserva” [A4]. Assinale-se que

¹⁷² Eram os demais ministros da 1ª Turma que, anteriormente ao julgamento do RHC 59.518, sustentavam o *argumento constitucional* a que o Min. Oscar Corrêa alude na referida passagem.

essa tese (de que no caso não há violência ou constrangimento ilegal) não foi desenvolvida posteriormente pelo ministro, restando apenas essa consignação.

A1	O que as pacientes fazem é abusar das garantias constitucionais
A2	Argumento da chancela e Argumento da desproteção
A3	Até em "Países modelos" há dificuldade de resolver o problema social da prostituição
A4	Cabe ao Poder Judiciário conter a dissolução de costumes
A5	HC facilitaria a prática do <i>trottoir</i>
A6	Argumento da chancela
A7	Argumento do alvará da impunidade
A8	O <i>trottoir</i> não está tipificado como delito porque não é possível prever a variedade de suas formas de execução
A9	Se a importunação pública (art. 61, LCP) é feita para que se pratique o <i>trottoir</i> há crime contra os costumes
A10	A liberdade de ir e vir, quando utilizada para a prática do <i>trottoir</i> , é "falsa, solente, desregrada"
A11	Argumento do imoral ilícito
A12	Faz parte do poder de polícia a restrição geográfica do <i>trottoir</i>
A13	Argumento dos limites aceitáveis
A14	Argumento da necessidade
A15	Argumento da compensação
A16	Não há violência ou constrangimento ilegal