— A recusa de salvo-conduto para a prática do trottoir *não constitui negação de direito constitucionalmente assegurado.*

— Não pode o habeas-corpus *erigir-se em alvará para a prática da prostituição ostensiva.*

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Francinete Soares de Castro e outra *versus* Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo Recurso de *Habeas-Corpus* nº 59.518 — Relator: Sr. Ministro CORDEIRO GUERRA

ACÓRDÃO

Visto, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em Sessão Plenária, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso.

Brasília, 26 de agosto de 1982. *Xavier de Albuquerque,* Presidente. *Cordeiro Guerra,* Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cordeiro Guerra: O V. Acórdão recorrido, da lavra do ilustre Desembargador Andrade Junqueira, está assim concebido:

"Trata-se de recurso oficial interposto de decisão que concedeu ordem de *habeas-corpus* preventivo em favor das recorridas Francinete Soares de Castro e Lenir Aparecida Teixeira da Silva, a fim de evitar

* Ver, sobre a matéria, acórdão do STF (Turmas) na *RDA,* 147, p. 161, 165 e 168.

venham a ser detidas por policiais quando da prática do chamado *trottoir* nas vias públicas desta Capital.

O recurso foi processado com regularidade.

O parecer da Procuradoria da Justiça se manifestou pelo provimento do recurso, por insuficiente a prova quanto às detenções e quanto ao apontar a autoridade coatora.

A maioria da turma julgadora dá provimento ao recurso pelos mesmos fundamentos adotados no julgamento do Recurso de *Habeas-Corpus* nº 7.325-3, da Comarca da Capital, vasados nos seguintes termos:

'Battre le trottoir, exploiter le trottoir' nada mais significa do que *chercher des clients sur le trottoir,* como ensinam os mestres franceses.

Portanto, o chamado *trottoir* não se resume em simplesmente andar no passeio das ruas por parte das prostitutas, pois, se assim fosse, todas as mulheres que estivessem andando pelas ruas e praças da cidade estariam também fazendo o chamado *trottoir.* Consiste, sim, no aliciar homens para o ato sexual; e, para isso, as prostitutas, para se distinguirem das demais mulheres que não fazem a prostituição, provocam os transeuntes, exageram a vestimenta para chamar a atenção dos homens nas ruas e praças da cidade; ou então, se colocam em determinados pontos das ruas e praças e ali permanecem em posição tal que logo se vê que são prostitutas se oferecendo para o ato sexual.

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 trajes, palavras e gestos que incomodam e até vexam os transeuntes.

Surge, então, um problema que cabe à polícia resolver: os prejudicados com o *trottoir* em frente de suas residências ou das lojas onde trabalham, reclamam, e com razão, porquanto qualquer um de nós faria outro tanto se, porventura, tais mulheres resolvessem fazer ponto em frente de nossa casa, tornando-se chamarisco para homens.

Que atitude deverá a polícia tomar?

Cruzar os braços seria a solução que se harmonizaria com a sentença de primeira instância, que concedeu salvo-conduto às pacientes; ou então, tomar a providência que a polícia desta Capital tem tomado, como se verifica do ofício de fls. 85, pelo qual a autoridade policial informa que ditas mulheres são detidas e em seguida encaminhadas à repartição competente, lavrando-se os competentes Boletins de Recolha (fls. 86/93), sendo soltas em seguida.

Em face dessas duas atitudes que a polícia pode tomar, inegavelmente que a primeira nos conduziria àquela situação que no mundo de hoje somente se verifica ainda em alguns 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, à vista de quantos transitem pelas ruas, dando um péssimo exemplo para jovens inocentes, importando num verdadeiro convite para a prostituição.

Nos países civilizados, o que se tem verificado é o combate à prostituição ostensiva, quer por meios profiláticos quer pela diminuição da publicidade que a sua exploração lança mão; a mulher que pretenda viver da prostituição não está impedida de fazê-lo, dado que o fato somente é punível pela moral, mas que o faça sem a publicidade própria do *trottoir,* sem molestar os transeuntes em plena rua e sem dar o mau exemplo para as jovens.

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; pelo mesmo princípio, a polícia preventiva retira das ruas os homens que vivem a importunar as mulheres nas ruas, convidando-as para o ato sexual; que retira das ruas os vadios, os ébrios, os malandros, os chama-

dos 'trombadinhas' que infestam os centros das cidades.

Como ensinou o douto Castro Nunes o poder de polícia 'é um direito primário de autodefesa do Estado, inerente a todo governo autônomo. Destina-se a preservar e a promover o bem público, acautelando os interesses da ordem e da segurança individual, da saúde, do bem-estar, da tranqüilidade e conforto das populações. Realiza uma função auxiliar e complementar do direito, acudindo às necessidades da vida coletiva na extensão e com as limitações que lhes forem traçadas pelo legislador, de acordo com aquelas necessidades e as circunstâncias emergentes de cada momento. É instrumento da ação social do Estado, meio de preservação do interesse coletivo contra as demasias do interesse individual' (*Teoria e prática do Poder Judiciário*, p. 617).

Se as pacientes pretendem continuar a exercer a prostituição, que o façam como centenas de milhares de outras costumam fazê-lo, isto é, discretamente, em lugares adequados, sem perturbar a tranqüilidade pública, sem escândalo e, principalmente, sem dar o mau exemplo de suas atividades às jovens que transitam pelas ruas da cidade.

Oportuno considerar que não há notícia de *habeas-corpus* impetrados por mulheres que não sejam prostitutas e que hajam sido detidas pela polícia sob o pretexto de *trottoir*; isso ocorre porque as que são detidas se vestem de modo escandaloso, provocam homens nas ruas, fazem ponto em frente de residência ou de lojas comerciais, de modo a prejudicar a tranqüilidade dos moradores ou freqüentadores de tais lugares.

Os próprios impetrantes se incumbiram de trazer para os autos um retrato vivo do que acontecia nesta Capital, segundo o noticiário da imprensa:

'Mas a situação agravou-se sobremaneira e, em certos pontos da Capital, chega a ser intransitável o caminho, a exemplo do que se vê na Av. São João, nas imediações do novo edifício Andraus, reconstruído depois do incêndio. Em cada divisão de vidro, ao rés-do-chão, do belo prédio, se posta uma prostituta como se ficasse emoldurada à espera da freguesia. Ou quase o inverso das famosas vitrinas de Amsterdã. Entretanto, de um lado ou de outro lado do vidro, vergonha é a mesma' (fls. 34). E o comentarista prossegue: 'Não se trata de puritanismo nosso. Diante do desrespeito aos transeuntes, trata-se como eu disse acima — de acinte por parte de dezenas de hetairas, com diferenças das mulheres e travestis que praticam o *trottoir* na Av. Vinte e Três de Maio, nas imediações de Indianápolis, somente nos trajes das mundanas da Zona Sul, que são sumaríssimos e até mesmo chocantes' (fls. 34). E o comentarista acrescenta:

'Hoje, os Distritos Policiais da área não estão muito preocupados com o *trottoir*, muito embora todos saibam que atrás dele vêm os ladrões, os passadores de drogas, os vigaristas, os desocupados, os rufiões e outros' (fls. 34).

Vê-se, por esse relato do cronista, exibido com o presente pedido de *habeas-corpus*, que os próprios impetrantes se incumbiram de trazer para os autos, um relato vivo, fiel e autêntico do quadro de degradação moral que a polícia desta Capital procura coibir, a fim de evitar que a nossa Capital se transforme no paraíso do vício e do crime organizado.

E, como é óbvio, a função principal da Polícia é preventiva, a fim de coibir o estado de coisas descritas pelo cronista.

E é forçoso reconhecer, ainda, que as providências tomadas pela polícia, na administração do atual Secretário da Segurança Pública, surtiram efeito, pois o quadro descrito por aquele cronista constitui coisa do passado. Felizmente. E, note-se, sem prejuízo algum para as prostitutas, cujo número continua aumentando na proporção da população da cidade, haja visto o grande número de motéis e *drive-in* espalhados pela cidade.

O fato de a prostituição não constituir crime não significa que o seu exercício seja profissão lícita, pois, se o fosse, por certo que não se justificaria o art. 229 do CP;

há inúmeros outros procedimentos que também não constituem crime e no entanto a polícia não permite sejam praticados nas ruas, à vista de todos; daí a razão de ser da polícia preventiva em coibir a sua propaganda nas vias públicas por meio do *trottoir*.

Essa é a orientação atual da egrégia Segunda Turma do colendo Supremo Tribunal Federal, como se verifica do julgamento proferido no RHC nº 58.179-5-SP, em o qual mantiveram acórdão da egrégia Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, relatado pelo Des. Ítalo Galli, restando vencido o Relator Leitão de Abreu, e com votos vencedores os Exmos. Srs. Ministros Décio Miranda, Cordeiro Guerra, Moreira Alves e Djaci Falcão, decisão essa proferida em 5.9.1980.

Em dito julgado, o Exmº Sr. Ministro Décio Miranda teve oportunidade de observar que

'... a postura assumida pela paciente era a de quem faz o *trottoir* e envolve, nesta simples designação, o reconhecimento da malícia contumeliosa da atitude. Do contrário, não seria qualificada como *trottoir*. Este, 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.'

E o ilustre Ministro prossegue:

'Ora, se a polícia encontra uma pessoa nessa atitude, faz-lhe a 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; se isso desperta a atenção e o incômodo das pessoas de moralidade normal que por ali transitam, das famílias que habitam na circunvizinhança; se os locais de *trottoir* porventura atraem a reunião de malfeitores e de outros elementos anti-sociais; 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.'

E o eminente juiz conclui o seu voto:

'O que se admitiu é o que também admito, que o *trottoir*, em si mesmo, não precisa de qualificação, é malicioso, ultrajante, porque praticado na via pública.'

O eminente Ministro Moreira Alves também votou no sentido de acompanhar o voto do Ministro Décio Miranda, pois não pode admitir a concessão de salvo-conduto para a prática do *trottoir*.

O eminente Ministro Cordeiro Guerra também votou no sentido de que a simples prática do *trottoir* é atividade ofensiva à moral pública que pode ser reprimida pela polícia, dentro dos seus poderes naturais de mantenedora da ordem pública, na preservação dos bons costumes, não sendo 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; e S. Exa. lembra, com muita acuidade e adequação ao caso, o que está acontecendo nas Grandes Capitais do país, com os 'travestis', os quais se fantasiam tão bem que chegam a atrair os imprudentes, para, ao depois, ameaçando-os com navalhas, os despojam, ameaçando-os duplamente, na pessoa física e no escândalo de que foram seduzidos pelo passante.

E o eminente Ministro Djaci Falcão, que então presidiu a sessão, votou afirmando:

'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, ato que choca os princípios éticos da sociedade, configurando, fora de dúvida, um comportamento ilícito.'

E S. Exa. deixou bem claro que tal 'não impede o uso do *habeas-corpus* se a recorrente vier a ser presa sem se achar na prática do *trottoir*.'

Esse importante julgamento do mais alto intérprete da CF está na mesma linha de

raciocínio que o relator deste esposou neste acórdão e em outros que tem relatado neste Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, dão provimento ao recurso para, reformada a decisão recorrida, cassar os salvo-condutos fornecidos às pacientes."

O julgamento teve a participação, com voto vencedor, do Des. Marzagão Barbuto, e, com voto vencido, do Des. Cunha Camargo.

São Paulo, 10 de agosto de 1981. *Andrade Junqueira,* Presidente e Relator (fls. 72/80).

Votou vencido o ilustre Des. Cunha Camargo e nestes termos:

"Com a devida e máxima vênia da doutíssima maioria e dela ousando divergir, meu voto negou provimento do recurso.

Como é cediço, a prostituição *per se,* a mercância do próprio corpo, não está definida, entre nós, como infração penal, pelo que o denominado *trottoir* — um dos meios para o seu exercício — por si só, não pode sofrer a repressão policial.

Se a meretriz, com qualquer outra pessoa, em lugar público, ou aberto ou exposto ao público, cometer ultraje ao pudor, em qualquer de suas modalidades, ou qualquer outra infração penal, seja de que natureza for, deve ser penalmente responsabilizada, na forma da lei.

Isso é o certo, é o justo e é o correto.

O que não se justifica, *data venia,* é um atentado à liberdade individual — que à Justiça Criminal cumpre preservar — a pretexto da defesa da moralidade pública" (fls. 81).

Com base no voto discordante é interposto o presente recurso.

Sobre ele assim se manifesta a douta Procuradoria-Geral da República:

"Trata-se de recurso ordinário interposto por Francinete Soares de Castro e Lenir Aparecida Teixeira e Silva, contra o r. decisório de fls. 71/80, do Tribunal de Justiça de São Paulo que, à maioria de votos, cassou os salvo-condutos expedidos em favor de ambas, objetivando a prática do *trottoir,* que o Tribunal a que julgou passível de cerceamento por parte da autoridade policial.

O presente recurso, que não merece provido, é mera repetição do arrazoado que informou a vestibular do *writ,* por isso mesmo insistem as recorrentes, nossa Carta Penal não pune a prostituição, exercida esta com discrição, sem escândalo, sem ultraje público ao pudor, assim pensando o d. voto vencido, para quem o *trottoir* como meio para o exercício da prostituição não pode *per se,* sofrer a repressão policial (v. fls. 80).

Destarte não vejo como conceder-se 'salvo-conduto' às recorrentes, assegurando-lhes assim o exercício do *trottoir* com todas as suas implicações abusivas, atentatórias à moral, aos bons costumes e à própria ordem pública, já que a sua prática implica, de regra, uso de vestes pouco decorosas, molestação moral e material aos transeuntes, gestos, palavras de provocação ou convites acintosos, criando inegavelmente profundo constrangimento às famílias, levadas a presenciar tão chocantes cenas.

Teríamos, então, com a concessão pretendida, a nulificação do 'exercício funcional da polícia de costumes' de que fala Cretella Júnior, in *Liberdades públicas,* p. 74.

Uma vez, porém, comprovado o abuso da autoridade policial, a lei prevê os meios necessários a sua punição. Todavia, *in casu,* as testemunhas ouvidas no sumário (fls. 50 e 51) referem-se de maneira vaga às detenções das recorrentes, sem indicar qual a autoridade ou delegacia de onde teria emanado a ordem de prisão, donde a simples presunção de uso abusivo do exercício de polícia não pode ensejar o ofertamento do salvo-conduto, perseguido nesta via recursal.

Em arremate, uma vez comprovada a detenção ilegal das recorrentes, o que não se provou até aqui, socorre-lhes, agora sim, o instituto do *habeas-corpus,* com a responsabilidade criminal do autor, ou autores, da ilegalidade.

Tal não tem sido outro o entendimento predominante nesse Excelso Pretório.

Por tudo o que foi exposto, o parecer é pelo desprovimento do recurso."

Brasília, 23 de dezembro de 1981. *J. B. Clayton Rossi,* Procurador da República (fls. 96/97).

Tendo em conta os julgados divergentes das 1.ª e 2.ª Turmas deste Tribunal, trago o presente recurso à consideração deste Plenário.

VOTO

O Sr. Ministro Cordeiro Guerra (Relator): A egrégia 2.ª Turma, à unanimidade, em hipótese idêntica, assim decidiu:

Nessa oportunidade, como relator, assim votei:

"Não é nova a espécie em debate. Esta Turma, no RHC 58.179-SP, assim decidiu, em ementa da lavra do eminente Ministro Décio Miranda:

'Constitucional. Poder de Polícia. A recusa de salvo-conduto a prostitutas para a prática de *trottoir* não constitui negação de direito constitucionalmente assegurado. Configuração de atos contrários aos bons costumes, ofensivo da moralidade pública e fonte de constrangimento para transeuntes e residentes' (*RTJ* 96/1.067).

Dei, na oportunidade, de improviso, longo voto (*RTJ* 96/1.075-1.076) a que, *data venia,* me reporto.

Não obstante o valioso dissenso trazido à colação pelas recorrentes, mantenho o entendimento de que 'no ordenamento jurídico vigente, que coíbe certos atos contra a moral e os bons costumes, não pode o *habeas-corpus* erigir-se em 'alvará' para a prática da prostituição ostensiva.'

Hoje acrescento:

É preciso lembrar, como o faz o eminente Ministro Alfredo Buzaid (in *Em defesa da moral e dos bons costumes,* 1970, p. 21), invocando a autoridade de Manzini, que 'a moralidade pública sexual e o bom costume são bens jurídicos essenciais da civilização moderna', e, em conseqüência, devem ser protegidos, porque, como assinala Maggiore: 'La moralitá pubblica é la coscienza etica di un popolo in un dato momento storico; e precisamente il suo modo di sentire e di distinguere il bene e il male, l'onesto e il disonesto' (p. 22).

A Constituição da República, art. 153, § 8º, ao assegurar a livre manifestação do pensamento, condena expressamente as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes.

Por conseguinte, não ampara o exercício público e ostensivo da prostituição, porque contrário à moral e aos bons costumes.

'Os bons costumes, que a lei protege, concernem a vários bens jurídicos, podendo especificar-se entre eles o pudor e o decoro público. Esta idéia é antiga. Suas raízes mergulham no direito romano, em cuja jurisprudência há numerosas disposições que garantem os bons costumes. Mas, como observa Biondo Biondi, foi a legislação romana cristã, por sua base ética, que deu larga aplicação dos princípios morais no campo sexual mediante uma série de providências, que objetivavam não só a reprimir penalmente, mas ainda a prevenir tudo que pudesse ser atentado ao pudor ou tivesse caráter de obscenidade, evitando por tal modo o incitamento a pecar. Este é o aspecto novo do direito. A pudicícia não foi levada em grande conta pelo legislador pagão. Pudor, na linguagem dos juristas clássicos, não se limita à esfera sexual. Indica o respeito à pessoa, a correção no cumprimento dos deveres que estão fora do direito, a honra e a consideração pública. Coube à patrística o mérito de considerar a pudicícia *flos morum, honor corporum, decor sexuum, integritas sanguinis, fides generis, fundamentum sanctitatis praeiudicium omnis bonae mentis.* A partir de Constantino, a moral sexual cristã se eleva à categoria de norma jurídica. O Código Teodosiano é severo contra *quicumque igitur aliquid improbe turpiterque commiserit aut libidinis macula forte polluerit pudicitiam.* Tratando das uniões contra a natureza, Valentiniano e Teodósio prescreviam não tolerar que *urbem Romam virtutum omnium matrem... pudoris contaminatione foedari.*

O direito Justinianeu protege amplamente a moral cristã. Justiniano, desejando cultivar a castidade, determina que deve ser *semper colendam.*' (Ministro Alfredo Buzaid, *Em defesa da moral e dos bons costumes*, 1970, p. 35/36, nº 35).

De fato, a prostituição é o comércio sexual da mulher com fim de lucro e sem que ela escolha o parceiro do prazer, na definição do Prof. Arturo Santoro, da Universidade de Pisa, que relembra ser ela estigmatizada no livro dos Profetas e no Pentateuco.

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, e lo stato non può chiudere gliocchi dinanzi alla realtà del triste fenomeno, anche perchè, come si é accennato, esso é fomite e causa di gravi nocumenti sociali.

É quindi, praticamente inammissibile un sistema legislativo de piena libertà, il quale lascerebbe la prostituzione sottopposta esclusivamente alle comuni disposizione valevoli per ogni forma de atività' (*Novissimo Digesto Italiano, Prostituzione*).

Daí o regime regulamentar da prostitui ção adotado em todos os povos cultos, pela Grã-Bretanha, nas cidades portuárias, em 1864; 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 dedicam a vida anti-social e parasitária na qual se incluem as mulheres que exercitam a prostituição, segundo refere Tomaso Napolitano (*Il Nuovo Codice Penale Sovietico*, Milano, 1963. p. 366).

O *trottoir*, como salienta o ilustre Desembargador Ítalo Galli, 'nada mais é que procurar clientes nas calçadas', e, como disse, é uma atividade ofensiva à moral pública, que pode ser reprimida pela Polícia, dentro de seus poderes normais de mantenedora da ordem pública, na preservação dos bons costumes. 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 públiico, 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.

Assim, 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."

Por esses fundamentos, nego provimento ao recurso.

VOTO

O Sr. Ministro Soares Muñoz: Sr. Presidente, a Primeira Turma tem decidido casos semelhantes ao que acaba de ser relatado pelo eminente Ministro Cordeiro Guerra e tem chegado a solução diferente.

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, 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 em face do crime, sem que se cumpram as formalidades constitucionais. Os tribunais, principalmente o Supremo Tribunal, não devem e não podem transigir quando a polícia transgride essa garantia constitucional, a maior que os cidadãos livres podem almejar para viver livremente num país que quer ser livre.

O Sr. Ministro 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.

O Sr. Ministro Soares Muñoz: Não há ilegalidade na concessão de salvo-conduto, ainda que o chamado *trottoir* possa, naquela hipótese, constituir crime. Se tal ocorre, 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.

Esse é o sentido das decisões da Primeira Turma, como se vê do voto que proferi no RHC nº 59.087, *verbis*:

"Se a paciente praticasse o *trottoir* de maneira descrita no parecer da Procuradoria-Geral da República seria, quiçá, lícita sua prisão, desde que seguida de 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 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 da determinação imperativa do art. 153, § 12, da Constituição da República.

No RHC nº 58.974, proveniente também de São Paulo, por mim relatado, em 29 de setembro próximo passado, nesta Primeira Turma, observei que no RHC nº 58.179-SP, no qual se arrimou o acórdão ora recorrido, foi voto vencido o eminente Ministro Leitão de Abreu e que S. Ex.ª depois de rememorar os RHC n.os 39.270 e 54.534, onde se decidiu, em casos idênticos à espécie *sub judice*, que 'não é fato penalmente punível o *battre le trottoir*, constituindo ilegalidade e abuso de poder a prisão de quem a ele se entrega' (*RTJ* 36/358 e 81/45), observou:

'Não recuso à autoridade policial a faculdade de subordinar o *trottoir* a condições de tempo e lugar, proibindo-o, assim, em determinadas horas ou em determinados lugares. É inútil rebuscar em tempos antigos antecedências para o poder de polícia, pois é notório que a sua existência remonta a longos tempos. A evolução do direito é no sentido, nem sempre linear, de restringir esse direito, enquanto implica o que se pode chamar de arbítrio. O regime de polícia, em que ao príncipe se concedia, em proporções quase ilimitadas, o *ius politiae*, deu lugar ao regime de 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, numa de suas mais altas expressões, que é a liberdade de ir e vir. Com fundamento nessa regra de liberdade, entendo que, embora em princípio, a polícia possa estabelecer certas restrições à prática do *trottoir*, não lhe é lícito, sem apontar o título em que se funda, prender as infelizes que a ele se entregam, sem que haja flagrante delito, sem que se consubstancie ordem escrita de autoridade competente, sem que se comunique imediatamente ao juiz competente a prisão ou a detenção, a fim de que este a relaxe, se não for legal" (*RTJ* 96/1.076).

Concordo com essa orientação, *data venia* da decisão da douta maioria da Segunda Turma, expressa no já citado RHC nº 58.179-SP. Tive ocasião de acentuar nos RHC n.os 56.956-1-SP e 57.031-SP, julgados por esta Primeira Turma, que, em face da determinação constitucional, de que "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita da autoridade competente", toda e qualquer prisão realizada fora dessas duas hipóteses é ilegal.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para restabelecer a sentença de primeira instância, no sentido de que se forneça salvo-conduto à impetrante, a fim de que não seja presa senão nas hipóteses e na forma prevista no art. 153, § 12, da Constituição Federal."

Data venia, divergir dessa orientação, que tão-somente cumpriu a Constituição, importa revogá-la naquilo que ela tem de mais

caro a toda criatura humana: liberdade de ir e vir.

Ante o exposto, com a vênia do eminente Ministro Cordeiro Guerra, dou provimento ao recurso.

CONFIRMAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro Cordeiro Guerra: Sr. Presidente, como fui o Relator, 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.

Acho que a Constituição da República dá os parâmetros fundamentais para assegurar as normas de bem viver. 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.

EXTRATO DA ATA

RHC nº 59.518-SP — Rel.: Min. Cordeiro Guerra. Rectes.: Francinete Soares de Castro e outra (Adv.: Dirceu Eugênio Pinheiro Grohmann). Recdo.: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Decisão: pediu vista o Ministro Oscar Corrêa, após os votos do Ministro-Relator, negando provimento, e do Ministro Soares Muñoz, dando provimento ao Recurso.

Presidência do Senhor Ministro Xavier de Albuquerque. Presentes à sessão os Senhores Ministros Djaci Falcão, Cordeiro Guerra, Moreira Alves, Soares Muñoz, Décio Miranda, Rafael Mayer, Firmino Paz, Néri da Silveira, Alfredo Buzaid, Oscar Corrêa. Procurador-Geral da República, Prof. Inocêncio Mártires Coelho.

Brasília, 6 de maio de 1982. *Alberto Veronese Aguiar,* Secretário.

VOTO (VISTA)

O Sr. Ministro Oscar Corrêa: 1. No recurso de *habeas-corpus* nº 59.518, de São Paulo, o eminente Relator, Ministro Cordeiro Guerra, emitindo seu voto no pedido de *habeas-corpus* preventivo em favor de Francinete Soares de Castro e Lenir Aparecida Teixeira da Silva, "a fim de evitar venham a ser detidas por policiais quando da prática do chamado *trottoir* nas vias públicas" da capital paulista (acórdão fls. 72), proferiu substancioso voto, negando provimento ao recurso, vale dizer, mantendo o v. acórdão recorrido que cassou "os salvo-condutos fornecidos às pacientes" (fls. 80).

2. Fundou-se o eminente Relator em precedentes deste egrégio Supremo Tribunal, sobretudo da colenda Segunda Turma, nos quais teve S. Ex.ª mesmo oportunidade de analisar o tema (v. g. RHC nº 58-179-SP *RTJ* 96/1.075, que cita).

3. Contrapôs-se-lhe o eminente Ministro Soares Muñoz, asseverando que "a Primeira Turma tem decidido casos semelhantes ao que acaba de ser relatado... e tem chegado a solução diferente".

E salientou que ao invés de "legalizar ou declarar a licitude ou a defensabilidade da prostituição", a c. Primeira Turma "tem-se adstrito apenas a uma das garantias constitucionais", aquela que, afirma o eminente Ministro Soares Muñoz, "segundo me parece, é dos mais preeminentes, porque garante a liberdade de ir e vir, salvo prisão em flagrante ou mediante ordem escrita da autoridade competente".

4. Estabelecida a controvérsia, e tendo-nos sido dada a honra, ao ingressar neste egrégio Supremo Tribunal Federal, de integrar a Primeira Turma, 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.

5. Não pretendemos analisar senão os aspectos mais estritamente ligados à discussão como atualmente posta neste egrégio Supremo Tribunal.

Seria, por certo, interessante remontar à evolução da prostituição, tema ao qual, ainda há pouco se dedicava Max Neuhaus, Inspetor-Chefe da Brigada dos Costumes, em Genebra, na Suíça, em artigo na *Revue*

Internationale de Criminologie et de Police Technique (v. 30, nº 3, juil./sept. 1977), partindo de cerca de 2.000 anos antes de Cristo, na Caldéia, com "a prostituição hospitaleira" (que reapareceu depois na França da Idade Média e que ainda subsiste em algumas populações), passando pela "prostituição sagrada" da Babilônia, até se tornar *affaire d'État* e dividir as opiniões nas teorias da proibição, da regulamentação e do absenteísmo, todas reconhecendo-se incapazes de dar solução ao mal, geralmente tido como necessário.

6. Lembra Max Neuhaus que, na Grécia, "os *dictérions* eram confiados a funcionários das Contribuições chamados Pornotropos" e comenta que os atenienses, segundo Demóstenes, organizavam sua vida sexual tendo:

"uma esposa, para cuidar da casa e ter os filhos;
amigas heteras (cortesãs), para a satisfação do espírito;
pallaques (prostituídas em casas de tolerância), para a satisfação dos sentidos;
tocadoras de flautas e dançarinas, para a alegria do ouvido e da vista."

7. Daí em diante, assinala, sucedem-se os êxitos, ora proibicionistas, ora regulamentaristas, ora abolicionistas, variando o predomínio das correntes.

Passando de uma a outra, conforme a prevalência das normas mais restritivas ou tolerantes, analisa as formas modernas do *debauche* — do desregramento, da devassidão, da corrupção — *nomem juris*, genérico, que assumem tais demonstrações da sexualidade —, dividindo-se em duas categorias: a das profissionais e a das não-profissionais.

Entre aquelas caracteriza e nomeia as que, parece-nos, se incluiriam no gênero *trottoir*, como se diz entre nós ou *racolage*, na nomenclatura jurídica francesa:

"La chandelle: forme la plus connue dans les grandes villes. Racole les passants sur le trottoir à un endroit déterminé.

La marcheuse: délaissant le stationnement, elle arpente les rues et les avenues. Elle et plus difficile à identifier.

L'amazone: elle recherche ses clients à bord d'une voiture.

La bucolique (ou zonarde): elle opère dans les parcs, les bois et les jardins publics.

La caravelle: la vedette qui ne 'tapine' pas, mais se laisse racoler. Ella fréquente les palaces, les bars américains, les aéroports, les salles de jeus. Ses instruments de travail préférés sont le manteau de vison et beaucoup de charme dans les battments de cils.

La roulante: mi-marcheuse, micaravelle. Elle recherche sa clientèle dans les cafés, brasseries, grands comptoirs etc.

L'échassière: passe son temps vissée sur un tabouret de bar. Elle reste généralement attachée au même établissement, pendant un certain temps.

La perle: appelée aussi 'spécialiste', qui satisfait à prix d'or les pires dérèglements de son partenaire."

E inúmeras outras categorias que não interessam ao exame da espécie, estranhas à nossa análise.

8. Bastaria essa tentativa de caracterização para salientar as dificuldades de luta contra essa prática, tantas as formas e modos de que se reveste e das quais dá apenas pálida idéia.

Isso mesmo salienta Neuhaus com relação à legislação suíça — à qual se refere e, particularmente, à de Genebra.

A legislação sobre circulação pública, de 13.11.62 permite, no art. 33, letra *d*, à Polícia intervir junto aos automobilistas que efetuam, em um local, os "vai-e-vem", ou "circuitos inúteis", na prática, quando mais de três vezes passam na mesma rua, em certo espaço de tempo.

E o regulamento sobre circulação pública de 25.1.1963, art. 1º, item 2, menciona que "toda pessoa que causa perturbação ou escândalo na via pública deve, por ordem da Polícia, circular imediatamente".

9. A legislação tem variado, contudo, e em Zurique, o Conselho Administrativo da cidade, em 17.2.1972, editou novo regulamento proibindo a circulação em certos locais e condições, com a intenção marcada de prostituir-se; e detidas 48 prostitutas, in-

terpuseram recursos, pretendendo que se lhes violava a liberdade individual (fls. 306), mas, em última instância, o Tribunal Federal, em 13.6.1972, lhes rejeitou o pedido.

Não findou, porém, a controvérsia, e em Genebra o Tribunal Federal deu-lhes razão, e deliberação do Conselho de Estado de Genebra que lhes proibia a atividade durante o dia acabou não tendo plena vigência.

10. Na Bélgica, examinando em alguns doutores a análise que fazem da lei e da jurisprudência, não é menos difícil a conclusão, não só em vista das modalidades de que se reveste a prática, ora caracterizada como contravenção, ora como crime, e, ainda assim, sujeita às variações da apreciação pelos Tribunais.

Explica-o, aliás, estudo sobre *Image et Statu de la Prostituée*, sob os auspícios do Ministério da Justiça e com o concurso de Fondation Universitárie de Belgique (*Revue de Droit et de Criminologie*, p. 853 e seg., 52º année, 1971-1972, nº 8, mai 1972), buscando um "ensaio de integração da prostituição no sistema social global", e do qual se vê, entre outras afirmações seguras a que se refere "à tolerância crescente que cerca a sexualidade: o papel sexual do homem e o da mulher não constituem mais mistérios que a educação familiar ou escolar se recusam a esclarecer. É impossível, diz o estudo, abrir *Mademoiselle Age Tendre* ou qualquer outra revista para adolescentes sem descobrir algum artigo sobre a virgindade, a prenhez ou a frigidez" (p. 861).

E as próprias estruturas políticas do país firmam a atitude em face da prostituição, como, por exemplo, na Rússia, onde, em nome de uma nova ordem social foi proibida (fls. 863/864).

11. Marcel Rigaux et Paul Em. Trousse, em seu *Les Crimes et les délits du Code Pénal*, Brucelles/Paris, 1968 (tome 5, p. 387), ao cuidar da provocação pública à corrupção (*debauche*), afirmam que reprime "a manifestação exterior e pública da corrupção: o apelo impudico constitui, em si mesmo, fonte de escândalo, de molde a perturbar a ordem pública e a moral social" (art. 380, 4º).

Exige a provocação, pública, ativa: por palavras, gestos ou sinais, não sendo punível a provocação puramente passiva. E deve visar à corrupção, ainda que não se exija que o escândalo se tenha, efetivamente, produzido (fls. 389).

A pena é de prisão de 8 dias a 3 meses e multa de 26 a 500 francos (Código Penal, art. 380, 4º, al. 1.ª).

12. Na França, modernamente, a legislação e a jurisprudência têm sofrido as mutações que os conceitos sociais relativos à matéria lhes têm imposto.

Pelo art. 3º da Lei de 20 de julho de 1940, promulgada pelo Governo de Vichy, reprimia o *racolage*, que se tornava delito, às vezes muito grave, eis que punido com prisão de seis meses a cinco anos e multa de 20 mil a 200 mil francos (Code Pénal Annoté, par Emile Garçon. Nouvelle ed. refondue et misé à jour par Marcel Rousselet, Maurice Patin e Marc Angel. Tome deuxiéme, p. 228, nº 40). Sirey, 1956.

Para ser punível, ensinam os anotadores, "deve exercer-se publicamente por gestos, palavras, escritos ou quaisquer outros meios que o Tribunal, conforme o caso, deve precisar na sentença de condenação. É incriminado pela lei, qualquer que seja o sexo das pessoas às quais se dirige". E, salientam os anotadores, não é inútil sublinhar que o delito, punido com penas tão severas, é definido em termos tão amplos que, interpretados literalmente poderiam gerar graves erros" (p. 228).

Daí o aviso que endereçam quanto à aplicação da lei:

"O bom senso aconselha aos juízes não a aplicar sempre, senão com discernimento, com o que ela deixa à justiça, como à polícia, um poder arbitrário. Daí crermos que ela necessita de sérias correções."

13. Posteriormente, a lei de 13 de abril de 1946, sem definir o *racolage* visando à prostituição, tem disposição especialmente consagrada à repressão do *racolage*, referindo-se ao texto do art. 334, alínea 1.ª; mas enquanto o art. 3º da Lei de 13 de abril

de 1946 só pune o *racolage* publicamente, o art. 334 não contém a mesma restrição.

O *Nouveau répertoire de droit* (Deuxiéme édition. Dalloz, 1964. Tome troisiéme), ao cuidar do *racolage*, salienta as dificuldades em caracterizar o ativo (punível com prisão de 10 dias a um mês e multa de 400 a 1.000 francos ou uma só dessas penas) com o passivo, punível com multa de 40 a 60 francos, cabendo ao juiz precisar a natureza da atitude incriminada.

Idem o *Dictionnaire de droit* (Deuxiéme édition, mise à jour au 1er janvier 1966, Dalloz, 1966. tome 2), que examina também as hipóteses do *racolage* ativo e passivo.

14. E Louis Lambert, no seu *Traité de droit pénal spécial* (Étude théorique et pratique des incriminations fondamentales. Editions Police, Revue, Paris 1968) historia a evolução da incriminação do *racolage* desde a origem (de 1810 até 1939), quando não era senão pequena contravenção de primeira classe, resultante da desobediência a um regulamento de polícia municipal, ignorada pelo Código Penal, não prevista em nenhuma lei especial, até a introdução pelo Decreto-lei de 29 de dezembro de 1939 (art. 13 e 14), transformando-se em contravenção nacional, de 3.ª classe, punida com multa de 11 a 15 francos; até o surgimento da "grande lei de 13 de abril de 1946, transformando-o em delito e delito grave — quase igual ao furto e à fraude — e punindo com 6 meses a 5 anos de prisão e multa de 10 mil a 100 mil francos quem, por gestos, palavras escritas, ou por outros meios, proceda publicamente, ou tente proceder publicamente ao *racolage* (aliciamento) de pessoas de um ou de outro sexo, visando a provocar a corrupção (*debauche*).

15. Com isso, o agravamento excessivo da pena levou à convicção de que era um erro transformá-la em contravenção em delito. E decreto de 23 de dezembro de 1958, modificando diversas disposições penais, reincriminou o *racolage* em duas contravenções diferentes: uma, de 4.ª classe, art. 38 — 10º, no *racolage* realizado por gestos, palavras etc., e outra, de 1.ª classe (art. 26 — 80), consistindo em "simples atitude sobre a via pública, de modo a provocar a corrupção".

O Decreto de 25 de novembro de 1960 agravou, de novo, as penas, passando o *racolage* propriamente dito a contravenção de 5.ª classe (art. 40-11º) e a atitude provocativa à 3.ª classe (art. 34-13º) (p. 713).

Por esses dispositivos, a contravenção de 5.ª classe é passível de prisão de 10 dias a 1 mês e multa de 400 a 1.000 francos, ou uma das penas somente, em dobro, em caso de reincidência (p. 714).

16. A jurisprudência sobre o *racolage* começou depois da lei de 1946, ora repressiva, ora liberal: aquela, diz Lambert (p. 715) "fazendo do texto interpretação senão extensiva, pelo menos tão ampla quanto possível, e punindo tanto o *racolage* passivo da prostituta simplesmente postada sobre uma calçada (*trottoir*) ou assentada num bar em atitude de solicitação permanente"; e "a liberal, praticando a clásisca interpretação estrita, não condenando senão pelo *racolage* ativo e direto, por um convite preciso à corrupção, e não pelo fato de se expor a um convite eventual" (p. 715).

17. Certo é que não se havia, até então, pacificado a jurisprudência francesa, nos vários Tribunais (Sena, Paris, Aix etc.), demonstrando a dificuldade de identificar e tipificar as duas hipóteses ativa e passiva do *racolage*. Menos ainda, aquele "remédio verdadeiro" a que se refere Lambert: "a interdição da prostituição, a partir da qual, toda pessoa jovem, estacionando ou andando, ou o que seja, não poderá ser razoavelmente tomada por uma prostituta" (fls. 723).

18. Desta brevíssima notícia sobre as 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 sentido — do país (econômica, religiosa, 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.

Demandaria isto, mais do que simples análise jurídica, estudo social, que tem interessado a especialistas, mas não tem conduzido a soluções aplicáveis como norma legal.

19. A nós nos parece que incumbe ao judiciário o árduo papel de opor diques à ampliação dessas atividades, em benefício da contenção da onda dissolutória dos costumes, que avassala a sociedade.

Como aos gramáticos — que devem opor-se aos abusos e desvios da linguagem para que não se torne o vernáculo em caçanje, com a invasão maciça da gíria e de todas as formas de deturpação que a atacam — também 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.

E tendo de julgar há que ponderar todos esses dados, essenciais às razões de decidir.

20. Compreende-se, assim, que neste egrégio Supremo Tribunal Federal, duas correntes, nítidas, se tenham formado: a que considera o *trottoir* — tal como se pratica, sobretudo em São Paulo — de onde têm vindo os pedidos — atentado à moral, ao pudor e aos bons costumes — e, como tal, proibível e punível; ainda que, obviamente, não admitindo, em absoluto, que, na sua repressão, abusos se cometam *sob color* de impedi-lo; e os que, não enxergando nele desvio punível, preferem assegurar a liberdade essencial e primária de ir e vir, garantida pelo texto constitucional, autorizando o pedido de salvo-conduto às pacientes que o têm requerido.

21. Pedimos vênia aos que sustentam — com bons argumentos — a tese contrária, para nos filiarmos à primeira corrente, que denominaríamos proibicionistas, que considera de seu dever jurídico, em face da realidade e da lei, opor-lhe óbices à atuação, em contrário aos da segunda corrente, que denominaríamos abstencionistas.

Fazêmo-lo por motivos de ordem moral e legal.

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. E o salvo-conduto seria o *bill* de indenidade com o que se disporiam à prática, a todo ímpeto, já que seria difícil aos incumbidos de velar pela defesa dos bons costumes, sem risco de incorrer em desobediência a autorização judicial, opor-se-lhes à atuação, tornando difícil, senão impossível, a própria repressão aos abusos mais graves.

A defesa do direito deve começar na asseguração do respeito às normas morais, primeira trincheira do círculo concêntrico mais amplo da distinção clássica, primeira barreira que se deve defender. E esse direito deve garantir o mínimo da moralidade pública, contra o qual atenta, às escâncaras, prática do *trottoir*, em todas as suas formas e modos, impossíveis de serem tipificados mesmo pelo mais competente e percuciente analista do tema, de tantos matizes se colore e de tantas burlas se veste.

Juridicamente — porque, a nosso ver, o *trottoir* é, evidentemente, delito punível pela lei penal. Porque como se assinala sempre — mesmo nos votos dos que concedem o salvo-conduto para a liberdade de ir e vir — não é ele "o fato atípico" — como há cerca de nove anos, em pronunciamento neste egrégio Supremo Tribunal Federal, dizia o caro, saudoso e eminente Ministro Aliomar Baleeiro: "sem importunação, sem ultraje público ao pudor" (*RTJ* 68/59). O que lhe dá a tipicidade delituosa é precisamente a importunação pública, a agressão insólita à moral comum, o ultraje público e violento ao pudor, por todas as formas de que se vale a astúcia, a malícia, ou o desregramento, para aliciar visando à prática sexual.

Essa importunação em lugar público, ou acessível ao público, de modo ofensivo ao

pudor — e que o é se não nega — é contravenção punível (art. 61 da LCP). E se objetiva à prostituição e à prática sexual, atinge os limites dos crimes contra os costumes, podendo configurar algum dos tipificados no título VI e, sobretudo, capítulos V e VI do Código Penal — delitos puníveis com penas de reclusão ou detenção e, portanto, autorizadores das medidas policiais restritivas de liberdade.

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; o ultraje público ao pudor, pela prática de ato obsceno em lugar público, aberto ou exposto ao público, tipifica o *trottoir* e o penaliza como crime punível.

22. Ora, não é essa a liberdade de ir e vir constitucionalmente assegurada, e que se integra, necessariamente, nos direitos do cidadão. Pelo contrário: essa falsa, solerte 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, submetendo-os aos vexames, importunações e ultrajes que é dever do Estado coibir e punir.

Assegurar uma pretensa liberdade de alguém submetendo-se a toda sorte de agressões morais, a incontável maioria dos que pleiteiam a liberdade real de ir e vir, é subordinar o bem maior, comum, de quase todos, às conveniências inconvenientes de poucos.

E não o pode amparar a lei, nem o direito.

23. Nem se diga que isso é fruto da liberdade sexual da época. Sempre houve e haverá, triste fatalidade do convívio, mas a que se deve opor resistência, para que se não torne o desregramento geral.

A liberalização sexual pode e deve ter atiçado a prática do *trottoir*, visto como, ampliando as formas menos públicas e agressivas de satisfação sexual, dificultou a asseguração da subsistência das desafortunadas que dele vivem.

Não há, porém, como facilitá-lo para prover-lhes à subsistência. A ação do Estado deve combinar a repressão aos abusos contra o pudor, o seu ultraje público, com as medidas sociais (morais, econômicas e psicológicas) de combate à prostituição, por mais que, até aqui, e imemorialmente, se tenham mostrado ineficazes.

24. Os abusos que, no combate ao *trottoir* se tem cometido, não nos merecem acolhida, nem os escusamos. Nem foram, jamais, aceitos por esse egrégio Supremo Tribunal. Apenas, compreendem-se as dificuldades que encontram os agentes da lei para coibir os abusos que se cometem, e que usam de todos os disfarces e burlas, simulações e farsas, malícia e solércia; para lhe fugirem às malhas.

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 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 e criativas, de que damos breve notícia e que, obviamente, assumem todas as cores e intensidades em que é fértil a imaginação feminina, desde a primeira mulher.

25. Acórdão da lavra do eminente e saudoso Ministro Rodrigues Alckmin, no RHC nº 54.534-SP — (*RTJ* 81/47), citando parecer do então ilustre Procurador-Geral da República, Prof. Henrique Fonseca de Araújo, acentuava:

"A localização do meretrício, a proibição do *trottoir* em determinadas zonas e locais da cidade, ou em determinados bairros, bem como do *racolage* ou aliciamento de clientela, mediante palavras e gestos, são medidas que se compreendem no âmbito do poder de polícia, na sua modalidade de polícia de costumes."

E invoca o ensinamento do insigne Prof. Cretella Júnior, *verbis*:

"Os poderes públicos dos diversos países, embora reconhecendo que a prostituição, em

si, não constitui delito, já que não se acha capitulada em códigos penais, nem por isso deixam de proibir o *racolage*, ou seja, a provocação e aliciamento de transeuntes por palavras e gestos.

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" (*Liberdades públicas*, p. 74).

E diz ainda o parecer do ilustre Doutor Procurador-Geral:

"Não é possível, assim, conceder-se salvo-conduto às impetrantes para se lhes assegurar o exercício do *trottoir*, pois se mantido dentro de certos limites e conveniências é legítima, simples manifestação da liberdade de ir e vir, torna-se abusivo, atentatório à moral, aos bons costumes e à própria ordem pública...

A concessão do 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.

Para concluir:

Comprovado que seja, porém, o abuso da autoridade, prevê a lei os meios adequados à sua punição. O que não se pode, porém, é vedar o exercício do poder de polícia pela simples possibilidade de seu uso abusivo" (*RTJ* 81/48).

26. Mesmo os que se incluem entre os abstencionistas ou não proibicionistas não recusam ao *trottoir* escandaloso, malicioso, aliciador, o caráter de infringir norma penal.

E a verdade é que o uso da liberdade de ir e vir, normalmente exercido por quem quer que seja, não é *trottoir*, nem abuso punível. Mas não há quem, em sã consciência, e à primeira vista, não distinga o uso normal do abuso malicioso.

Salientou, em lúcido voto no RHC nº 58.179-SP (*RTJ* 96/1.074) o eminente Ministro Décio Miranda que "o *habeas-corpus* preventivo seria como que uma carteira profissional, em lugar da que o Ministério do Trabalho não outorga". Seria "verdadeiro alvará para a prática ostensiva da prostituição", como diz bem o Prof. Francisco de Assis Toledo no seu parecer no RHC nº 58.938. Isto, contudo, não impedirá que, verificado o abuso, no caso concreto — como têm salientado todos os Exmos. Senhores Ministros que têm negado o pedido — não atue o juiz para pôr cobro imediato ao abuso da autoridade (*v.g.* Ministro Djaci Falcão. *RTJ* 96/1.076).

27. E quando a ameaça de prisão é notoriamente injusta, o Tribunal a tem repelido (RHC nº 56.956-SP — Relator: Ministro Xavier de Albuquerque, *DJ* de 18.6.1979).

O eminente Ministro Leitão de Abreu, em repetidos votos, ao conceder o salvo-conduto, em verdade, pronunciou-se no sentido de "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".

E, "o mais grave — afirma S. Exa. — 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" (RHC nº 58 938-SP citado).

28. Óbvio que, posta de 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, a essa conseqüência.

Daí a conclusão dos v. acórdãos nos RHC n.os 59.104 e 59.417 de que "não há

direito constitucionalmente assegurado à prática do *trotoir*, a qual é contrária aos bons costumes, ofensivo da moralidade pública e fonte de constrangimento para transeuntes e residentes."

29. 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 (fls. 72/80).

Data venia dos eminentes ministros que julgam em contrário, acompanho o Exmº Ministro Relator, Cordeiro Guerra, e nego provimento ao recurso.

É o voto.

CONFIRMAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro Soares Muñoz: Sr. Presidente, não nego, e os acórdãos deferitórios de *habeas-corpus* jamais negaram, à Polícia o poder de prender prostitutas que praticam o *trottoir*, uma vez que ele tipifique crime ou contravenção. Nego à Polícia, que prende e continua prendendo tais mulheres, o poder de fazê-lo sem lavrar o respectivo auto de prisão em flagrante delito, comunicando-a imediatamente ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal (art. 153, § 12, da CF).

Esse é o ponto de vista expresso no voto proferido neste caso e em todos os anteriores, que, *data venia*, mantenho.

EXTRATO DA ATA

RHC nº 59.518 — SP — Rel.: Min. Cordeiro Guerra. Rectes.: Francinete Soares de Castro e outra (Adv.: Dirceu Eugênio Pinheiro Grohmann). Recdo.: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Decisão: pediu vista o Ministro Alfredo Buzaid, após os votos dos Ministros Relator e Oscar Corrêa, negando provimento, e do voto do Ministro Soares Muñoz, dando provimento ao recurso.

Presidência do Sr. Ministro Xavier de Albuquerque. Presentes à sessão os Srs. Ministros Djaci Falcão, Cordeiro Guerra, Moreira Alves, Soares Muñoz, Décio Miranda, Rafael Mayer, Firmino Paz, Néri da Silveira, Alfredo Buzaid e Oscar Corrêa. Procurador-Geral da República, Prof. Inocêncio Mártires Coelho.

Brasília, 9 de julho de 1982. *Alberto Veronese Aguiar*, Secretário.

VOTO (VISTA)

O Sr. Ministro Alfredo Buzaid: 1. 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 tema é bem conhecido e os votos dos eminentes ministros estão amplamente divulgados. Não intento, por isso, proferir um voto longo, discorrendo sobre pontos já assaz dilucidados nos brilhantes debates da Turma ou do Plenário. Desejo apenas ventilar algumas questões, que me parecem úteis à discussão da causa.

2. Começo por precisar que o impetrante requereu *habeas-corpus* em favor de Francinete Soares de Castro e Lenir Aparecida Teixeira da Silva, a fim de lhes assegurar, mediante salvo-conduto, a prática da prostituição. "As pacientes", escreve o impetrante, "desde jovens, por uma infelicidade e pelas próprias condições sociais das quais são originárias, passaram a viver da prostituição, tirando daí proventos para se manterem" (fls. 2). Diz depois que, no exercício dessa atividade, freqüentam boates, 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 (fls. 3). E conclui, pedindo 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.

3. Cumpre examinar, primeiro que tudo, se o *habeas-corpus* é o meio legal para proteger a situação descrita pelo impetrante. Peço vênia ao colendo Tribunal para insistir neste ponto, porque foi ele precisado e enfatizado na petição de impetração do *habeas-corpus,* que não aludiu à 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. Ora, qual o bem jurídico que o recorrente vindica mediante *habeas-corpus?* A resposta a esta indagação, ele próprio a deu desenganadamente. É a tutela do exercício de uma atitude que, embora não qualificada legalmente como delito ou contravenção, ofende, contudo, os bons costumes.

4. A idéia de bons costumes não é apenas ética; é eminentemente jurídica. Alguns exemplos, colhidos no direito positivo nacional, são bem elucidativos. Ela aparece no art. 17 da Lei de Introdução, cujo enunciado é o seguinte:

"As leis, atos e sentença 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."

O Código Civil preceitua, no art. 395, que perderá, por ato judicial, o pátrio poder o pai ou a mãe:

"III — que praticar atos contrários à moral e aos bons costumes."

5. O meretrício não é, em direito brasileiro, um crime ou uma contravenção. Mas é um mal social, "mal deplorável", diz o saudoso e eminente Ministro Nélson Hungria (O problema da prostituição, em *Revista Forense,* v. 169, p. 466), ou como sublinha Jimenez de Asúa "uma imoralidade que tem seu paralelo na vida dissoluta do varão e que, como o alcoolismo, o jogo e a vagabundagem, constitui estado perigoso" (*El Criminalista,* v. 1. p. 80). Os bons costumes representam, ao contrário, patrimônio jurídico de um povo, base de sua estabilidade social, componente necessário do bem comum. Não me parece, pois, que se deva conceder salvo-conduto ao meretrício, sabendo-se que ele, como profissão, é um grave mal, que atenta contra os bons costumes. O *habeas-corpus* não pode servir para proteger essa atividade anti-social, justamente porque não é um bem jurídico.

6. 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, que se apresentam com seios artificiais, usando vestidos e levando jóias, para denotarem que são mulheres. Este quadro, tão vilipendioso como o *trottoir,* 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.

7. Tenha-se, finalmente, em conta o que dispõe a Constituição da República no art. 153, § 8º, que, depois de garantir o direito à liberdade nas manifestações de pensamento, de convicção política ou filosófica, de informação independentemente de censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, preceitua:

"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."

Que o *trottoir* representa uma exteriorização contrária à moral e aos bons costumes, não há dúvida. Tratando-se de um ato antijurídico, condenado pela Constituição, não posso conceder salvo-conduto para a prática

do *trottoir,* porque as prostitutas não são titulares de um direito protegido por lei.

8. Até aqui ficou demonstrado um aspecto do problema, ou seja, que as meretrizes carecem de direito ao exercício do *trottoir.* Vejamos agora se a polícia, retirando-as da via pública, comete coação ou violência. Que é que se chama coação? Que é que se denomina violência? interroga Rui Barbosa. E logo responde:

"Coação, definirei eu, é a pressão empregada em condições de eficácia contra a liberdade no exercício de um direito, qualquer que seja" (Barbosa, Rui. *Comentários à Constituição Federal brasileira.* Saraiva, 1934. v. 5, p. 505).

Na exegese de Rui Barbosa, há nessa relação jurídica dois pólos: a) a parte *creditoris,* um direito cujo exercício é embargado por ilegalidade ou abuso de poder; b) a parte *debitoris,* a coação à liberdade ao exercício desse direito. Ora, como ficou demonstrado, não têm as prostitutas um direito tutelado por lei. Ao contrário, exercem uma atividade contrária à moral e aos bons costumes, atividade reprovável, atividade incômoda, atividade incompatível com o direito de as famílias gozarem de tranqüilidade na frente de suas residências. A liberdade das prostitutas termina onde começa a liberdade de as famílias não serem molestadas pela sua provocação.

Por todo o exposto e pedindo vênia aos eminentes ministros que votam em sentido contrário, acompanho o eminente Ministro Cordeiro Guerra e nego provimento ao recurso.

EXTRATO DA ATA

RHC nº 59.518-SP — Rel.: Min. Cordeiro Guerra. Rectes.: Francinete Soares de Castro e outra (Adv.: Dirceu Eugênio Pinheiro Grohmann). Recdo.: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Decisão: pediu vista o Ministro Rafael Mayer, após os votos dos Ministros Relator, Oscar Corrêa e Alfredo Buzaid, negando provimento, e do voto do Ministro Soares Muñoz, dando provimento ao recurso.

Presidência do Senhor Ministro Xavier de Albuquerque. Presentes à sessão os Senhores Ministros Djaci Falcão, Cordeiro Guerra, Moreira Alves, Soares Muñoz, Décio Miranda, Rafael Mayer, Firmino Paz, Néri da Silveira, Alfredo Buzaid e Oscar Corrêa. Procurador-Geral da República, Prof. Inocêncio Mártires Coelho.

VOTO (VISTA)

O Sr. Ministro Rafael Mayer: A sentença de primeiro grau, concessiva de *habeas-corpus* preventivo em favor das duas recorrentes, tem a seguinte fundamentação:

"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.

É certo que o regular exercício do poder de Polícia consiste, também, no zelo da moralidade pública.

Paira induvidoso que as pacientes são barregãs (fls. 49/51), como de resto o admite a inicial. Mas merecem respeito, posto que a prostituição é fenômeno sociológico, que se tornou problema horroroso, que nenhum país conseguiu resolver.

Uma decaída não é, por si só, uma criminosa, uma afronta. É, sobretudo, uma infeliz que deve ser amparada e socorrida, com compreensão. Todavia, se a marafona se transforma em instrumento de crime, torna-se caso de polícia.

Não é, ao que se tem, o caso.

Às ruas podem ter acesso as bagaxas, mesmo reconhecidas pela polícia de costumes, sem prejuízo dos padrões morais que devem ser vigiados com zelo, para que se evite a transformação das vias públicas em acampamento de marginais.

Mas é ingênua a credibilidade de que as cidades podem ser filtradas pela ética, pela educação e pelo bom gosto, embora exista gente disposta a drená-la, dando-lhes aspecto limpo.

Ora, não sendo criminosa nem proibida a prostituição, não podem as autoridades

públicas, sob esquivos motivos, obstar-lhe a prática e, a tal pretexto, atingir a liberdade pessoal de ir e vir, de cunho constitucional.

Reconheça-se que cumpre à Polícia fiscalizar o comportamento das pacientes que, ao que parece, exercitam o *trottoir* e praticam a prostituição, agindo na eventualidade da ocorrência de escândalo ou ofensa ao pudor público, o possível perigo de contágio venéreo.

Vale, enfim, lembrar o que restou decidido do venerando acórdão prolatado pelo Desembargador Acácio Rebouças, no *habeas-corpus* nº 151.541: 'O bem-estar geral é aquele que a lei define e para cuja proteção estabelece formas de ação.

A autoridade que não respeita as formas cria um mal-estar geral muito maior, porque se transforma numa ameaça permanente à liberdade, à paz e ao sossego público. Entre a hipotética (porque não comprovar) afronta ao decoro público e uma concreta (porque confessada) afronta à liberdade individual de locomoção, a proteção judiciária deve manifestar-se, decidida e sem vacilações, pela liberdade individual, que é o bem jurídico de maior expressão, pelo qual a humanidade sustenta luta secular, talvez vã, mas inteiramente válida.'

Decido.

Ante o exposto, acolho a inicial e determino a expedição, em favor de Francinete Soares de Castro e de Lenir Teixeira da Silva, de salvo-conduto, 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."

O equacionamento jurídico aí constante se acomoda ao precedente mais antigo desta Corte, firmado pelo Pleno, em sessão de 1.8.1962, por unanimidade, sendo Relator o Ministro Pedro Chaves, dizendo a ementa:

"Constrangimento à liberdade de locomoção: não é fato penalmente punível o *battre le trottoir*, constituindo ilegalidade de abuso de poder a prisão de quem a ele se entrega. Recurso provido, *habeas-corpus* concedido" (*RTJ* 24/213).

Nessa linha, a egrégia Primeira Turma, em sessão de 14.2.1966, em acórdão unânime de que foi relator o eminente Ministro Oswaldo Trigueiro (RHC nº 42.952 — *RTJ* 36/358), concedeu, em situação análoga, *habeas-corpus* preventivo, asserindo o douto voto:

"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."

Esses os precedentes a que se reporta o acórdão no RHC nº 58.974, da Primeira Turma, relatado pelo eminente Ministro Soares Muñoz, a que compareci com a minha adesão (*RTJ* 100/581), nesse como em outros precedentes.

Nos termos em que posta a decisão concessiva de primeiro grau, não está a merecer a censura que lhe faz o venerável acórdão recorrido. Na verdade, a controvérsia se coloca na conceituação do que seja o *trottoir* fazendo dessa premissa o ponto de partida para o silogismo jurídico.

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 uma 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.

Essa relatividade conceitual é suposta mesmo em julgados da Corte, denegatórios da ordem por falta de prova do constrangimento, como em acórdão relatado por Aliomar Baleeiro, onde se diz que "em princípio, o meretrício e o *trottoir* não são puníveis, se não há importunação nem ultraje público ao pudor" (*RTJ* 68/58); ou em acórdão relatado pelo Ministro Rodrigues Alckmin, que a ele se refere distinguindo entre o que é abusivo, atentatório à moral e aos bons costumes e à própria ordem pública, e o

que "mantido dentro de certos limites e conveniências é legítimo, simples manifestação da liberdade de ir e vir" (*RTJ* 85/47).

Entretanto, mesmo indiferentes, em si mesmas, à esfera jurídico-penal, a prostituição e o *trottoir*, confinando, senão invadindo, a área da moralidade pública, sob a necessária proteção do Estado, não só legitima, como reclama o exercício do poder de polícia, restringindo os direitos individuais, em benefício da coletividade. O exercício desse poder se há de fazer, entretanto, nos lindes da legalidade.

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.

Endosso o convencimento do juiz de primeira instância que, pela proximidade dos fatos e contato com as provas, e ainda pela sua vivência dos usos da polícia local, entende iminente a prisão ilegal das pacientes. 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.

Dou provimento ao recurso.

VOTO

O Sr. Ministro Décio Miranda: Sr. Presidente, tive oportunidade de expor meu pensamento sobre o problema, no primeiro caso em que a Segunda Turma cuidou da matéria.

Meu voto, com a dissidência apenas do eminente Ministro Leitão de Abreu, mas com a adesão dos eminentes colegas que integravam a Turma, foi proferido no RHC nº 58.179, e publicado no acórdão na *RTJ* 96/1.067.

Reporto-me às considerações ali expendidas, para divergir do douto voto agora pronunciado pelo eminente Ministro Rafael Mayer, também reiterando pronunciamentos anteriores, na Turma de que faz parte.

Nego provimento ao recurso.

EXTRATO DA ATA

RHC nº 59.518-SP — Rel.: Min. Cordeiro Guerra. Rectes.: Francinete Soares de Castro e outra (Adv.: Dirceu Eugênio Pinheiro Grohmann). Recdo.: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Decisão: pediu vista o Ministro Néri da Silveira, depois dos votos dos Ministros Relator, Oscar Corrêa, Alfredo Buzaid e Décio Miranda, negando provimento ao recurso, e dos votos dos Ministros Soares Muñoz e Rafael Mayer, a ele dando provimento.

Presidência do Senhor Ministro Xavier de Albuquerque. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Djaci Falcão, Cordeiro Guerra, Moreira Alves, Soares Muñoz, Décio Miranda, Rafael Mayer, Néri da Silveira, Alfredo Buzaid e Oscar Corrêa. Procurador-Geral da República, Prof. Inocêncio Mártires Coelho.

VOTO (VISTA)

O Sr. Ministro Néri da Silveira: Discute-se acerca da concessão de ordem de *habeas-corpus* preventivo, em favor de mulheres que, na inicial, se afirma serem dedicadas à prostituição, alegando-se que sofrem detenção, na via pública, constantemente, pelas autoridades policiais, e maus tratos em dependências de Delegacias de Polícia de São Paulo, para onde recolhidas, aí permanecendo, às vezes, por vários dias, de modo violento e arbitrário. Aduz-se que, no exercício da prostituição, as pacientes, por sua conduta e modo discreto de vestir, não ofendem ao pudor alheio, não podendo, dessa maneira, sofrer constrangimento ilegal e privações em sua liberdade de ir e vir. Pedem a expedição de salvo-conduto para não serem detidas, sustentando que a prática do *trottoir*, por si mesma, não constituindo crime ou contravenção, não autoriza a detenção.

2. No exame da *quaestio juris*, tenho como exatos estes passos do voto do eminente Ministro Leitão de Abreu, no RHC nº 58.179-0-SP:

"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. É preciso, para que a sanção de polícia se aplique, que o *trottoir* se realize de modo escandaloso ou malicioso, com importunação dos transeuntes ou com ultraje público ao pudor" (...). "Não me parece, todavia, que o *trottoir* em si mesmo constitua ilícito penal, que legitime, sem mais, a prisão de quem o pratique. Não se afirma, com isso, que a polícia não deva exercer vigilância sobre essa atividade, nem que esteja inibida de interferir no sentido de submeter o exercício a determinadas condições de tempo e lugar. 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."

É inafastável, assim, a conclusão, no exame dessa matéria, de que a atividade do *trottoir* poderá se revestir de caráter penalmente censurável, dependendo das circunstâncias de cada caso concreto. Ainda no que concerne às mesmas pessoas que se dedicam à prostituição, a atitude postural de cada momento poderá fazer com que sua conduta seja, ou não, suscetível de enquadramento penal ou contravencional. Nesse sentido, anota, com inteira propriedade, Cretella Júnior, in *Liberdades públicas*, p. 74:

"Os poderes públicos dos diversos países, embora reconhecendo que a prostituição, em si, não constitui delito, já que não se acha capitulada em códigos penais, nem, por isso, deixam de proibir o *racolage*, ou seja, a provocação e aliciamento de transeuntes por palavras ou gestos."

De outra parte, a prostituição é atividade que está sujeita ao poder de polícia administrativa, afetando, como pode fazê-lo, a coletividade, no setor de costumes. Escreveu, nesse sentido, Hely Lopes Meirelles:

"A polícia de costumes visa a combater os males, vícios e perversões com os quais certos indivíduos atentam contra a moral, a decência, o trabalho e as boas maneiras da sociedade. Nem todo o vício requer ação policial, senão aqueles que, por sua gravidade e efeitos danosos, afetam o bem-estar coletivo. Vícios e atitudes individuais existem que, embora reprováveis do ponto de vista ético, não causam prejuízo à coletividade, dispensando, por isso mesmo, repressão ou prevenção estatal, ao passo que outros não só afetam ao seu portador, como se propagam e corrompem a sociedade moral, física e economicamente, pelo que interessa ao Poder Público combatê-los. No elenco dos males sociais danosos e corruptores, que convém ao Poder Público prevenir e combater, entram a prostituição, as perversões sexuais, a vadiagem, a embriaguez, a mendicância, os jogos de azar, o uso de entorpecentes, a obscenidade pública, e outras formas de desestímulo e de rebaixamento da dignidade humana" (in *Direito administrativo brasileiro*. 2. ed. p. 107).

Nesta linha, a lição de Rui Cirne Lima (in *Princípios de direito administrativo*, 5. ed. p. 115), ao anotar:

"Tarefa da polícia de costumes é a preservação dessa moralidade externa que, em toda sociedade civilizada, se tem por indispensável ao convívio coletivo. São inumeráveis as manifestações concretas dessa incumbência de tamanhas proporções. De modo principal, todavia, vela a polícia de costumes na prevenção ou repressão da embriaguez, da prostituição, dos jogos de azar."

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. Escreveu, nesse sentido, Hely Lopes Meirelles:

"Do absolutismo individual evoluímos para o relativismo social. Os Estados democráticos como o nosso inspiram-se nos princípios de liberdade e nos ideais de solida-

riedade humana. Daí o equilíbrio a ser procurado entre a fruição dos direitos de cada um e os interesses da coletividade, em favor do bem comum. Em nossos dias, predomina a idéia da relatividade dos direitos, porque, como bem adverte Ripert, "o direito do indivíduo não pode ser absoluto, visto que absolutismo é sinônimo de soberania. Não sendo homem soberano na sociedade, o seu direito é, por conseqüência, simplesmente relativo" (op. cit. 7. ed. p. 112/113).

Noutro passo, observa:

"Para efetivar essas restrições individuais em favor da coletividade, o Estado se utiliza desse poder discricionário, que é o poder de polícia administrativa. Em se tratando de um poder discricionário, 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; o ato de polícia como ato administrativo que é, fica sempre sujeito à invalidação pelo Poder Judiciário, quando praticado com excesso ou desvio de poder" (op. cit. 7. ed. p. 113).

Ensina, à sua vez, J. G. Menegale (in *Direito administrativo e ciência da administração.* 3. ed. p. 533):

"Na construção constitucional surge o poder de polícia quando, em complemento à declaração dos direitos individuais, se acrescenta que o uso desses direitos e garantias terá por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado em nome dela constituído. Aí vemos que o direito constitucional enumera os princípios, e a essa enumeração responde o direito administrativo, fazendo funcionar o poder limitativo, que a Constituição erigiu. Eis por que, tendo origem na ordem constitucional, o poder de polícia é instituição de direito administrativo. Ao emergir da matriz do direito constitucional, o poder de polícia — o poder de concretizar aquele limite ao uso dos direitos e garantias constitucionais — bifurca-se, para atender à dupla necessidade de prevenir e reprimir os abusos, que daqueles direitos se fizerem."

As limitações, que se manifestam, assim, pelo exercício do poder de polícia, no dizer de Rui Cirne Lima, "são as que resultam de intervenção reguladora da administração pública, reclamada pelas próprias contingências do tempo, do espaço e do convívio em sociedade, para tornar possível o exercício dos direitos individuais concorrentemente assegurados a todos os cidadãos nacionais e a todos os estrangeiros residentes no País" (op. cit. p. 106).

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. Se a prostituição se enumera, como escreve Hely Lopes Meirelles, "no elenco dos males sociais danosos e corruptores, que convém ao Poder Público prevenir e combater" (in *Direito municipal brasileiro.* v. 1, p. 282), quanto à mesma, assim, não se há de interditar ou dificultar o exercício do poder de polícia.

Nessa linha de considerações, 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. Se, por sua natureza, a polícia administrativa é, na lição de Mário Masagão, apoiado em Santi Romano e Marcelo Caetano, "o conjunto das limitações, eventualmente coativas, da atividade dos indivíduos, impostas pela administração a fim de prevenir os danos sociais que dessa atividade possam resultar" (in *Curso de direito administrativo,* 5. ed. p. 166), 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. Disse-o, incomparavelmente, Rui Cirne Lima: "Traço característico da atividade assim designada é estar vinculada — não a uma vontade livremente determinada — porém, a um fim alheio à pessoa e aos interesses particulares do agente ou órgão que a exercita (...). O fim — e não a vontade — domina todas as formas de administração. Supõe, destarte, a atividade administrativa a preexistência de uma regra jurídica, reconhecendo-lhe uma finalidade própria. Jaz, conseqüentemente, a administração pública debaixo da legislação, que deve enunciar e determinar a regra de direito. À sua vez, o fim ou os fins, que a atividade administrativa se propõe, embora reconhecidos pelo direito, independem geralmente, para realizar-se, da concomitante realização do direito mesmo. A atividade administrativa desenvolve-se, decerto, dentro do direito e através do direito, não, porém, necessariamente a serviço do direito" (op. cit. 3. ed. p. 22/23).

Dessa sorte, a atividade administrativa de polícia dos 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, responsáveis sempre seus agentes por eventuais abusos de autoridade ou desvios de poder. Como estes se hão de ter qual exceção, porque 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 seus agentes. Tal decorreria, em verdade, da outorga do pretendido salvo-conduto, a impedir o desempenho da ação policial, no que concerne à prática do *trottoir*, por determinadas prostitutas, sendo inequívoco esperar que a postulação tenderia a generalizar-se, na súplica do mesmo favor judicial, pela imensa legião dessas mulheres, que se desafortunaram, nos caminhos da imoralidade, palmilhando as sendas da prostituição.

Revela notar, em realidade, que não se indicam nomes de policiais, nem mesmos se apontam órgãos policiais certos, contra os quais se destinaria a providência pleiteada. Toda a polícia paulista não poderia coibir o *trottoir* das pacientes e demais beneficiadas por salvo-conduto. Como antes sinalei, não é fácil definir o instante em que, por gestos, vestimentas ou palavras, o *trottoir* já estaria na esfera da ilicitude penal ou contravencional, legitimando a atuação policial repressiva. Portando salvo-conduto, à evidência, difícil se tornaria a atividade de policiamento de costumes, no particular, máxime tendo em conta a tendência à generalização dos pedidos de idêntica ordem preventiva.

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.

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 em 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" (in *RTJ*, v. 81, p. 48).

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 58.974-0-SP, bem assim do voto

que proferi, no RHC nº 59.114-SP após vencido quanto à proposta para submeter ao Plenário a matéria, em face da divergência entre as Turmas.

VOTO

O Sr. Ministro Djaci Falcão: Sr. Presidente, também nego provimento ao recurso, de acordo com o entendimento que já esposei em outras oportunidades, em que ressaltei o exercício normal do poder de polícia. A polícia de costumes deve zelar pelo interesse social, preservando sobremodo a moralidade pública. Evidentemente que, em ocorrendo abuso de autoridade ou desvio de poder, o julgador poderá ser levado a deferir o pedido de *habeas-corpus*, mas isso não ocorre na espécie.

EXTRATO DA ATA

RHC nº 59.518-SP — Rel.: Min. Cordeiro Guerra. Rectes.: Francinete Soares de Castro e outra (Adv.: Dirceu Eugênio Pinheiro Grohmann). Recdo.: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Decisão: negou-se provimento ao recurso, vencidos os Ministros Soares Muñoz e Rafael Mayer.

Presidência do Senhor Ministro Xavier de Albuquerque. Presentes à sessão os Senhores Ministros Djaci Falcão, Cordeiro Guerra, Soares Muñoz, Décio Miranda, Rafael Mayer, Néri da Silveira, Alfredo Buzaid e Oscar Corrêa. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Moreira Alves. Procurador-Geral da República, Prof. Inocêncio Mártires Coelho.