

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES DE FAVORECIMENTO DA PROSTITUIÇÃO E MANUTENÇÃO DE CASA DE PROSTITUIÇÃO (ARTS. 228 E 229, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). RECURSO DEFENSIVO. PRELIMINARES. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU. IMPROCEDÊNCIA. SUSCITADA NULIDADE ANTE A INEXISTÊNCIA DE EXAME DE CORPO DE DELITO. NÃO ACOLHIMENTO. PRESCINDIBILIDADE DO LAUDO PERICIAL. PALAVRAS DAS VÍTIMAS ALIADAS AOS DEMAIS ELEMENTOS PROBATÓRIOS COLIGIDOS QUE EVIDENCIAM, DE FORMA CABAL, A MATERIALIDADE E AFASTAM A NULIDADE AVENTADA. PREFACIAIS REJEITADAS. MÉRITO. PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO COM BASE NA DEFICIÊNCIA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. RÉUS QUE ATRAÍRAM AS VÍTIMAS PARA ATUAR NA CASA DE PROSTITUIÇÃO E, POSTERIORMENTE, IMPEDIRAM QUE ELAS DEIXASSEM A PROSTITUIÇÃO. CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL NÃO APLICÁVEL AO CASO. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE QUE EVENTUAL TOLERÂNCIA DE PARTE DA SOCIEDADE NÃO IMPLICA EM ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. SENTENÇA MANTIDA. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA CONSUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ABSORÇÃO ADMITIDA APENAS NOS CASOS EM QUE O FAVORECIMENTO À PROSTITUIÇÃO OCORRE NA MODALIDADE DE FACILITAÇÃO, NÃO DE INDUZIMENTO OU ATRAÇÃO. PEDIDO SUBSIDIÁRIO PELO AFASTAMENTO DO CÚMULO MATERIAL DE CRIMES, APLICANDO-SE O CONCURSO FORMAL. INVIABILIDADE. CONDUTAS PRATICADAS MEDIANTE AÇÕES DISTINTAS, COM DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. Não há falar em debilidade de fundamentação quando a sentença condenatória menciona, em seu corpo, os plurais elementos de prova que levaram o respeitável prolator à respectiva conclusão.

Ademais, "[...] não há necessidade de que o julgador refute expressamente todas as teses aventadas pela defesa, desde que fundamente a condenação com base em contexto fático-probatório válido para demonstrar o crime e sua autoria". (STJ - HC n. 166655/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, j. em 16/08/2011).

2. Conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça "[...] Em delitos sexuais, comumente praticados às ocultas, a palavra da vítima possui especial relevância, desde que esteja em consonância com as demais provas acostadas aos autos". (STJ - REsp n. 1699051/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. em 24/10/2017).

3. Impossível a absolvição quando os elementos contidos nos autos formam um conjunto sólido, dando segurança ao juízo para a condenação dos réus pela prática dos crimes de favorecimento da prostituição e manutenção de casa de prostituição.

4. De acordo com o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, não se aplica o princípio da adequação social aos crimes de favorecimento da prostituição ou manutenção de casa de prostituição. (STJ - AgRg no REsp. n. 1.508.423/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Ericson Maranhão (Desembargador Convocado do TJ/SP), j. em 01/09/2015).

5. A conduta tipificada no art. 229 do Código Penal só pode absorver aquela prevista no art. 228 do mesmo diploma legal quando houver imputação de facilitação à prostituição, mas não quando o agente, além de manter a casa destinada à prostituição, também induz ou atrai alguém para o comércio sexual ou, ainda, impede que deixe de realizar esta conduta, como é o caso dos autos.

6. Os proprietários da casa de prostituição respondem, em concurso material, pela prática dos delitos previstos nos artigos 228 e 229, ambos do Código Penal, quando, além de mantê-la, induzem as vítimas à prática do meretrício.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0001758-08.2011.8.24.0059, da comarca de São Carlos (Vara Única) em que

é Apelante M. B. e N. C. P. e Apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

A Primeira Câmara Criminal decidiu, por maioria de votos, conhecer do recurso, rejeitar as preliminares e, no mérito, negar-lhe provimento, determinando-se, de ofício, ao juízo da condenação que adote as providências necessárias ao imediato cumprimento da pena, após o pleno exercício do duplo grau de jurisdição. Vencido o Exmo. Desembargador Júlio César M. Ferreira de Melo que votou no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Exmo. Des. Carlos Alberto Civinski e o Exmo. Des. Júlio César M. Ferreira de Melo.

Funcionou na sessão pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira.

Florianópolis, 26 de abril de 2018.

Assinado digitalmente
Desembargador Paulo Roberto Sartorato
Presidente e Relator

RELATÓRIO

A representante do Ministério Público, com base no incluso Inquérito Policial, ofereceu denúncia contra M. B. e N. C. P., devidamente qualificados nos autos, dando-os como incurso nas sanções dos artigos 228 e 229, ambos do Código Penal, bem como do art. 244-A da Lei n. 8.069/90, pelos fatos assim narrados na peça exordial acusatória, *in verbis* (fls. 58/61):

No período compreendido entre maio e 21 de junho/2007, na localidade de Linha Nossa Senhora das Graças, interior do Município de Águas de Chapecó, nesta Comarca, M. B. e N. C. P. mantivera, por conta própria, o estabelecimento denominado "Boate Azul", local destinado a encontros para fins libidinosos, com intuito de lucro.

E, na condição de proprietários e administradores do estabelecimento, os denunciados atraíram à prostituição A. B., R. de B. P. e K. dos S. R., sob a falsa promessa de que as vítimas trabalhariam em restaurante no Município de Águas de Chapecó e nos cuidados de infante, tendo, inclusive, arcado com os custos do transporte das vítimas até esta Comarca.

Chegando em Águas de Chapecó, contudo, A., R., K. foram obrigadas a se prostituírem, tendo os denunciados dificultado/impedido que elas abandonassem o comércio carnal mediante ameaças de morte, inclusive com a utilização de faca, e a destruição de telefones celulares das vítimas, de forma a impedir comunicação com terceiros.

Nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar, M. e N. submeteram a adolescente A. dos S. R., a qual, à época do fato, contava com 16 anos de idade, à exploração sexual, obrigando-a à realização de "programas", tendo atraído a adolescente sob falsa proposta de emprego de babá.

As vítimas permaneceram no prostíbulo por cerca de um mês, quando então, na madrugada do dia 21 de junho/2007, empreenderam fuga do local, vindo a buscar refúgio junto ao serviço de assistência social do Município de Águas de Chapecó.

Encerrada a instrução processual, o MM. Juiz *a quo* julgou parcialmente procedente a denúncia para: a) absolver os acusados M. B. e N. C. P. da prática do delito previsto no art. 244-A da Lei n. 8.069/90, com fulcro no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal; b) condenar os acusados M. B. e N. C. P. à pena individual de 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 22 (vinte e dois) dias-multa, cada qual no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, por infração aos artigos 228 e 229, na forma do art. 69, todos do Código Penal, concedendo-lhes o direito de

recorrerem em liberdade (fls. 438/451).

Inconformada, a defesa dos acusados interpôs recurso de apelação (fl. 457). Nas pertinentes razões de insurgência, preliminarmente, sustentou a nulidade da sentença, sob a tese de que o Magistrado *a quo* não rebateu satisfatoriamente todas as teses aventadas pela defesa, bem como a nulidade do processo em virtude da ausência do laudo pericial. No mérito, requereu a absolvição, sob o argumento de deficiência probatória, invocando, ainda, o princípio da adequação social quanto ao crime previsto no art. 229 do Código Penal. Pugnou, ademais, pelo reconhecimento da consunção entre os crimes de favorecimento a prostituição e manutenção de casa de prostituição, ou, subsidiariamente, pela aplicação do concurso formal (fls. 467/476).

O Ministério Público, por sua vez, apresentou contrarrazões, requerendo o conhecimento e improvimento do recurso (fls. 489/494).

Após, os autos ascenderam a esta Superior Instância, tendo a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Dr. Joel Rogério Furtado Junior, Promotor de Justiça convocado, opinado pelo conhecimento e desprovimento do recurso (fls. 502/517).

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação que se volta contra a sentença que, ao julgar parcialmente procedente a denúncia, condenou os acusados M. B. e N. C. P. pelo cometimento dos delitos previstos no art. 228 e 229, na forma do art. 69, todos do Código Penal.

Presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, o recurso merece ser conhecido.

I - Da alegada ausência de apreciação das teses defensivas

Em sede preliminar, os réus/apelantes arguem a nulidade do *decisum* recorrido, ante a suposta ausência de apreciação sentencial das teses defensivas, precipuamente no que tange à valoração probatória nos

crimes sexuais.

Entretanto, através da análise da sentença condenatória de fls. 438/451, infere-se que a alegação é improcedente.

Isso porque, da leitura do decreto condenatório ora recorrido, tem-se que o Togado *a quo* respeitou os ditames constitucionais concernentes à necessidade de fundamentação das decisões judiciais, pois, além de explicitar as razões que o conduziram à conclusão condenatória, esquadrinhando o contexto fático-probatório extraído dos autos, é de se notar que enfrentou os pleitos defensivos de forma satisfatória, inclusive ressaltando que nos crimes de natureza sexual, a palavra da vítima assume fundamental importância à elucidação dos fatos e é capaz de fundamentar a sentença quando em consonância com os demais elementos probatórios (fls. 440/445).

Como se não bastasse, é oportuno destacar que "*[...] Não existe previsão legal determinando a análise individual de cada um dos argumentos colacionados pela defesa nas alegações finais, especificada e objetivamente, sob pena de nulidade por ausência de fundamentação. Ao contrário, a decisão sucintamente fundamentada é plenamente válida, desde que aborde todas as teses defensivas, sendo desnecessária, portanto, a existência de minuciosos comentários sobre cada uma das teses apresentadas*". (TJSC - Apelação Criminal n. 2000.009275-4, de São José, Segunda Câmara Criminal, Rel. Des. Álvaro Wandelli, j. em 08/08/2000). É o caso em tela.

Não destoando, colhe-se da jurisprudência deste Tribunal:

APELAÇÃO CRIMINAL. PRELIMINARES. [...] AUSÊNCIA DE APRECIÇÃO DE TESE LEVANTADA EM SEDE DE ALEGAÇÕES FINAIS. DESNECESSIDADE DE SE REBATER AS ALEGAÇÕES DEFENSIVAS UMA A UMA. VÍCIO QUE NÃO SE VERIFICA. (Apelação Criminal n. 2010.029017-4, da Capital, Terceira Câmara Criminal, Rel. Des. Alexandre d'Ivanenko, j. em 07/06/2011).

APELAÇÃO CRIMINAL. [...] RECURSO DA RÉ. AVENTADA PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DA ANÁLISE DE TESSES DEFENSIVAS SUSCITADAS NAS ALEGAÇÕES FINAIS. NULIDADE NÃO EVIDENCIADA. JUIZ QUE FUNDAMENTOU SUA DECISÃO, AINDA QUE DIVERSA DA PRETENSÃO DA DEFESA, COM BASE NAS PROVAS ANGARIADAS. [...] RECURSO CONHECIDO E

DESPROVIDO. (Apelação Criminal n. 2012.059754-8, de Dionísio Cerqueira, Quarta Câmara Criminal, Rel. Desa. Cinthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer, j. em 14/11/2012).

[...] NULIDADE DA SENTENÇA ANTE A ALEGADA FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DO *DECISUM* E APRECIAÇÃO DAS TESES DEFENSIVAS. EIVA RECHAÇADA. DECRETO CONDENATÓRIO NOS MOLDES DO ART. 381 DO CPP. EXPOSIÇÃO CLARA E OBJETIVA DOS FUNDAMENTOS QUE EMBASARAM O *DECISUM*. ADEMAIS, DESOBRIGATORIEDADE DO MAGISTRADO DE ANALISAR E VALORAR CADA PONTO SUSCITADO PELA DEFESA.1. É entendimento desta Corte de Justiça que não há necessidade de que o julgador refute expressamente todas as teses aventadas pela defesa, desde que fundamente a condenação com base em contexto fático-probatório válido para demonstrar o crime e sua autoria (Precedentes STJ).2. No processo penal brasileiro vigora o princípio do livre convencimento, em que o julgador, desde que de forma fundamentada, pode decidir pela condenação, não cabendo, então, na angusta via *dowrit* o exame aprofundado de prova no intuito de reanalisar as razões e motivos pelos quais as instâncias anteriores formaram convicção pela prolação de decisão repressiva em desfavor do paciente.3. Ordem denegada. (HC 113474/RS, rel. Ministro Jorge Mussi, j. 29/10/2009, DJe 14/12/2009). (Apelação Criminal n. 2011.071858-9, de Joinville, Primeira Câmara Criminal, Rel. Desa. Marli Mosimann Vargas, j. em 16/07/2012).

Portanto, não há falar em nulidade por infringência ao art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

II – Da nulidade proveniente da ausência do exame de corpo delito

Ainda em sede prefacial, alegam os réus/apelantes ser indispensável a realização do exame de corpo de delito, já que o delito de favorecimento a prostituição ou qualquer outra forma de exploração sexual deixa vestígios.

Razão, contudo, não lhes assistem.

O fato de não terem as vítimas se submetido a exame pericial, além de não configurar nulidade processual, não impede a condenação dos acusados, uma vez que a materialidade delitiva exsurge patente dos autos - conforme se verá adiante - sobretudo porque, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, "[...] *Em delitos sexuais, comumente praticados às ocultas, a palavra da vítima possui especial relevância, desde que esteja*

em consonância com as demais provas acostadas aos autos". (REsp n. 1699051/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. em 24/10/2017).

Da jurisprudência deste Sodalício também se extrai:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL EM CONTINUIDADE DELITIVA [ART. 217-A, C/C ART. 226 E ART. 71, AMBOS DO CÓDIGO PENAL]. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRO GRAU. RECURSO DA DEFESA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO SOB A ALEGAÇÃO DE FALTA DE PROVAS DA MATERIALIDADE E APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO REO*. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE DEMONSTRADAS. PRESCINDIBILIDADE DE LAUDO PERICIAL PARA CONSTATAÇÃO DE ATO LIBIDINOSO DIVERSO DA CONJUNÇÃO CARNAL. PALAVRA DA VÍTIMA FIRME, COERENTE E HARMÔNICA COM O CONJUNTO PROBATÓRIO CARREADO AOS AUTOS. RELEVÂNCIA DA PALAVRA DA OFENDIDA EM CRIMES DESTA NATUREZA, OS QUAIS SÃO, EM REGRA, PRATICADOS NA CLANDESTINIDADE, AINDA MAIS QUANDO AMPARADA PELO CONJUNTO PROBATÓRIO. "A palavra da vítima, nos crimes sexuais, geralmente cometidos na clandestinidade, assume fundamental importância à elucidação dos fatos e é capaz de embasar a sentença condenatória quando em consonância com as demais provas dos autos. Compete à defesa desconstituir o conjunto probatório produzido pela acusação, que evidencia a prática do crime de estupro de vulnerável, consoante parte inicial do art. 156 do Código de Processo Penal. (TJSC, Apelação Cível n. 0002586-32.2013.8.24.0027, de Ibirama, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. 29-11-2016)". NEGATIVA DE AUTORIA QUE NÃO ENCONTRA RESPALDO NA PROVA PRODUZIDA NOS AUTOS. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA. PLEITO DO PROCURADOR DE JUSTIÇA PELO ABRANDAMENTO, DE OFÍCIO, DO FRACIONÁRIO REFERENTE À CONTINUIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE RECURSO DEFENSIVO. ADEMAIS, REITERAÇÃO DOS ATOS DE VIOLÊNCIA SEXUAL POR 03 (TRÊS) ANOS. ELEMENTOS APTOS A ENSEJAR O ACRÉSCIMO DE 2/3 (DOIS TERÇOS) DA PENA. SANÇÃO QUE NÃO MERECE REPAROS. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Apelação Criminal n. 0143358-90.2014.8.24.0033, de Itajaí, Quinta Câmara Criminal, Rel. Desa. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, j. em 08/03/2018).

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL, PRATICADO EM CONTINUIDADE DELITIVA (CÓDIGO PENAL, ART. 217-A, *CAPUT*, POR DUAS VEZES, NA FORMA DO ART. 71, *CAPUT*). SENTENÇA CONDENATÓRIA. INSURGIMENTO DA DEFESA. PRELIMINAR. INVOCADA CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO QUE PROCEDEU AO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. IRRELEVÂNCIA. ATO JUDICIAL QUE NÃO SE SOBSCOME AO ART. 93, IX, DA LEX MATER. TOGADO QUE AINDA CONSIGNOU MOTIVAÇÃO SUCINTA. PRECEDENTES. MÉRITO. ALMEJADA ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DO ILÍCITO DEVIDAMENTE DEMONSTRADAS. ATOS

LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL QUE NÃO DEIXAM VESTÍGIOS. **PRESCINDIBILIDADE DE LAUDO PERICIAL. PROVA ORAL QUE LHE SUPRE A FALTA. DICÇÃO DO ART. 167 DO CÓDEX INSTRUMENTAL. DECLARAÇÕES FIRMES E COERENTES DA OFENDIDA QUE SE REVESTEM DE ESPECIAL RELEVÂNCIA PARA A APURAÇÃO DOS FATOS. VERSÃO CORROBORADA PELOS DEMAIS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO CONSTANTES NO FEITO.** NEGATIVA DO RÉU ISOLADA NOS AUTOS. JUÍZO DE MÉRITO IRRETOCÁVEL. SUSTENTADA ATIPICIDADE DA CONDOTA DIANTE DA AUSÊNCIA DE LESIVIDADE AO BEM JURÍDICO TUTELADO, DADA A RELATIVIZAÇÃO DA SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE DA VÍTIMA. DESCABIMENTO. IRRELEVÂNCIA DE EVENTUAL CONSENTIMENTO DA INFANTE. EXEGESE DA SÚMULA 593 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DOSIMETRIA DA PENA. PRETENDIDA ADEQUAÇÃO DA REPRIMENDA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. ATOS QUE NÃO SE REVESTEM DE GRAVIDADE EQUIVALENTE À CONJUNÇÃO CARNAL. IMPERTINÊNCIA. INJUSTO INSERIDO NO MESMO TIPO PENAL. ANÁLISE ESCORREITA PELO SENTENCIANTE. REQUESTADO AFASTAMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. INVIABILIDADE. ABUSOS PRATICADOS EM DUAS OPORTUNIDADES DISTINTAS. PRONUNCIAMENTO MANTIDO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Apelação Criminal n. 0006529-73.2013.8.24.0054, de Rio do Sul, Quinta Câmara Criminal, Rel. Des. Luiz Cesar Schweitzer, j. em 01/03/2018). (Grifo não original).

Logo, não há falar em nulidade processual pela ausência de prova pericial, razão pela qual rechaça-se a preliminar arguida.

III – Da deficiência probatória e do princípio da adequação social

Pretendem os réus/apelantes a absolvição, sob a tese de o conjunto probatório constante nos autos é deficiente, invocando, ainda, o princípio da adequação social, ao argumento de que a conduta é socialmente aceitável.

Através de minucioso exame do conjunto probatório constante dos autos, todavia, conclui-se que a pretensão absolutória não merece acolhimento.

Colhe-se dos autos que os acusados M. B. e N. C. P. mantiveram, por conta própria, o estabelecimento denominado "Boate Azul", local destinado a encontros para fins libidinosos, com intuito de lucro.

Na condição de proprietários e administradores do estabelecimento, os denunciados atraíram à prostituição as vítimas A. B., R.

de B. P., K. dos S. R., bem como A. dos S. R., sob a falsa promessa de que as vítimas trabalhariam em restaurante no Município de Águas de Chapecó e nos cuidados de infante, tendo, inclusive, arcado com os custos do transporte das vítimas até a Comarca de São Carlos.

A materialidade e a autoria do referido delito restaram cabalmente comprovadas pelos elementos encontrados nos autos, especialmente por meio do Inquérito Policial (fls. 62/76), do Boletim de Ocorrência (fls. 64/65) e da prova oral produzida no decorrer da instrução processual.

Quando inquirida, extrajudicialmente, a vítima A. dos S. R. relatou com riqueza de detalhes o deslinde da ação criminoso, senão vejamos (fls. 66/67):

[...] que alguém telefonou para sua vizinha R. convidando esta para trabalhar em restaurante em Águas de Chapecó-SC, em decorrência da barragem; que estariam precisando de cinco mulheres; que R. respondeu que tinha uma vizinha, menor de idade que precisava da mesma forma trabalhar; que foi dito que a mesma poderia vir e se caso não conseguisse emprego cuidaria de uma criança "da casa"; que assim vieram a declarante e suas amigas para Águas de Chapecó-SC, com a finalidade de trabalharem em um restaurante; que foi o indiciado M. B. quem pagou as despesas de passagem para que a declarante e as amigas viessem a Águas de Chapecó-SC e foi apanhar a declarante e amigas na rodoviária em Chapecó-SC; que a declarante e as amigas foram trazidas para uma casa de prostituição neste município conhecida como "Boita Azul"; que na primeira noite foi dito para a declarante e amigas que no dia seguinte seriam levadas ao referido restaurante; que a partir desta noite foram obrigadas a prostituir-se; que a declarante disse ao indiciado que nunca havia trabalhado em um lugar daqueles; que o indiciado M. B. respondeu para a declarante que esta seria obrigada a aprender; que M. B. tinha conhecimento que a declarante tinha apenas dezesseis anos de idade e mesmo assim obrigou esta a se prostituir sob ameaça de morte; que era a declarante obrigada a fazer os todos os trabalhos domésticos, e prostituir-se na referida boita sem que ganhassem um único centavo; que lhes era servida alimentação uma única vez por dia; que a água que bebiam a declarante e as amigas tinham até sapos mortos no interior do poço; que viviam portanto sob ameaças de morte caso não acatassem a determinação do indiciado; que a companheira do indiciado apoiava o mesmo nas suas atitudes e tomava conta da declarante e das amigas para que estas obedecessem o indiciado; que sendo desta forma a declarante e as noticiadas conseguiram fugir do referido prostíbulo, embrenharam-se no mato e vieram até a cidade, onde procuraram a assistente social do município para socorrer-se junto a esta casa; que sendo desta forma foram encaminhadas a Delegacia de Polícia; que o indiciado

chegou a quebrar o telefone celular da declarante para impossibilitá-la de pedir auxílio [...].

Da mesma maneira, sob o crivo do contraditório judicial, a ofendida A. dos S. R. narrou a ocorrência (mídia audiovisual de fl. 228):

[...] que eu era menor essa época, eu lembro, faz eu acho que uns seis anos, eu era menor, assim, minha família é de origem pobre, então eu queria trabalhar, pra poder ajudar minha mãe, ai eu lembro que foi um convite pra mim, foi convidada uma menina, que esse cara tinha um restaurante, dai duas gurias mais foram pra trabalhar de garçomete e eu era pra cuidar de uma criança, pelo fato de eu ser menor de idade, dai chegando lá foi tudo ao contrário, a princípio ele tratava a gente bem, no começo ne, ai quando a gente conversava, queria ir embora, não queria fazer aquilo, ele começou a tratar mal, e foi isso ai, que eu lembro que a gente saiu fugida, à noite, pulamos a janela, foram uns caras lá que tinham uma Kombi, e eu não queria fazer aquilo lá, não queria estar lá, lá não era o meu lugar, e eu queria sair de lá, conversei, pedi ajuda, eles tiraram a gente de lá, vamos até uma altura pra não ver, porque era interior, pra não ver o carro sair, e foi isso ai que aconteceu, a gente fugiu, fomos pra um albergue, de lá eles encaminharam a gente pra delegacia, dai envolveu o conselho tutelar e coisa, dai eles foram me buscar, isso que eu lembro assim que aconteceu [1'00 a 2'27]; que o local que estavam era uma casa de prostituição [2'28 a 2'33]; que estávamos em quatro, e tinha uma lá, mas acho que ela ia porque ela gostava, dai ela saiu de lá [2'34 a 2'51]; que eu lembro que dai eu cheguei a comentar que eu era menor ne, e eles não não tem problema, foi falado assim, não tem problema, porque a gente tem uma criança, ai então a senhora fica de babá, eu fui porque a minha família é pobre, minha mãe tem dez filhos ne, então ela cria sozinha, e eu queria ajudar ne [3'18 a 3'38]; que uma das gurias que foi junto que comentou que tavam procurando serviço, e eu procurava ne, só que não tinha e mesmo que eles não pegavam menor ne [3'44 a 4'00]; que M. não veio lhes buscar, ele pagou passagem daqui a Carazinho-RS, de Carazinho-RS a Chapecó-SC, dai em Chapecó-SC, ele pegou nós [4'01 a 4'10]; que não recebíamos remuneração, perdemos roupas, calçados, o que a gente levou, tudo, porque a gente teve que sair fugida [4'11 a 4'24]; que ficamos no local por, aproximadamente, um mês [4'25 a 4'38]; que, nesse período, foram obrigadas a se prostituir, a fazer "programas", contra vontade [4'39 a 4'44]; que era uma casa, dai a gente era obrigada a se prostituir, eu lembro que tinha um porão, dai tinha uma mesa de sinuca, dai tinha uma mesa, que eles faziam tipo um balcão [5'26 a 5'38]; que os programas aconteciam nesta casa mesmo e ele cobrava pelo serviço [5'39 a 5'54]; que a princípio ele tentou levar a gente tudo calmamente, tranquilo, dai a gente disse, não, a gente não quer ficar aqui, não é isso que a gente veio fazer, entende, que dai assim, ele negava comida, dai ele começou a ser bruto, a xingar, falar, ameaçar, dai uma vez até a gente falou em polícia, e ele disse que ele tinha os caras lá, da polícia que eram muito amigo dele, que, inclusive, iam gostar muito de mim, pelo meu jeito, entende [5'55 a 6'39] [...].

No mesmo vértice, são as declarações de R. de B. P., na etapa

policial, *in verbis* (fls. 70/71):

[...] que a declarante escutou em uma emissora de rádio anúncio chamando as pessoas para trabalhar na Barragem e Restaurante em Águas de Chapecó- SC, anunciando-se da mesma forma um telefone para contato; que a declarante conversou com as vizinhas K. e A. e decidiram ligar para o referido número já que estavam precisando de serviço; que foram atendidas pelo indiciado M. B. e acabaram acordando com o mesmo que viriam trabalhar em restaurantes conforme era anunciado; que foi dito ao mesmo que havia uma adolescente interessada em trabalhar e o mesmo respondeu que poderiam trazê-la e esta trabalharia como "babá"; que as despesas de viagem foram pagas pelo indiciado e o mesmo foi apanhar a declarante e amigas na rodoviária de Chapecó-SC; que ao chegarem em Águas de Chapecó-SC, foram levadas a uma casa de prostituição, onde foram submetidas a trabalhos escravos; que além dos trabalhos domésticos eram obrigadas a prostituir-se sob ameaça de morte; que a declarante foi ameaçada de morte pelo indiciado que chegou a lhe encostar uma faca no pescoço afirmando que iria matá-la; que obrigava inclusive a declarante e amigas a ficarem "peladas" na presença dos fregueses do prostíbulo e chegava a ameaçá-las na presença dos mesmos caso não concordassem; que a declarante foi submetida a tais humilhações por aproximadamente trinta dias; que alimentavam-se somente uma vez por dia e tomavam água de péssima qualidade; que principalmente sua amiga K. o indiciado obrigava a mesma a trabalhar quase vinte e quatro horas sem roupa; que mesmo assim nada pagou para a declarante e para as amigas; que afirmou que tinha vindo na polícia, seus amigos e disse que havia descoberto que a declarante era foragida e que se não se comportasse iria colocá-la na cadeia; que sendo de tal sorte decidiram fugir do indiciado e assim conseguiram fazer esta madrugada; que a companheira do indiciado conhecida pela alcunha "P." apoiava o indiciado e fazia com que as vítimas obedecessem este sem dar-lhes a chance de reclamar; que o indiciado chegou a quebrar o telefone celular de uma das vítimas para que estas não conseguissem se comunicar com ninguém; que sendo desta forma conseguiram as vítimas fugir do local dos fatos nesta madrugada e procuraram a assistente social do município para socorrer-se [...].

Perante o juízo *a quo*, a ofendida confirmou (mídia audiovisual de fl. 228):

[...] que a gente foi pra trabalhar num restaurante, ele pagou passagem daqui pra lá, até Carazinho-RS, de Carazinho-RS até Chapecó-SC, fomos pra trabalhar num restaurante, chegamos lá era uma boate, e dai a gente fugiu, perdemos roupa, tudo, dinheiro, ele não deu nada pra nós, maltratava nós, negava comida e tudo, e a gente conheceu ele como dono de restaurante, eu conheci ela primeiro como dona de restaurante, e dai ela levou nós como se nós fossemos trabalhar num restaurante, chegamos lá era uma boate [0'42 a 1'13]; que a gente queria vir embora, queria vir embora, no começo eles trataram bem, depois eles começaram a não dar comida, não

deixavam a gente tomar banho, que tinha que pagar água, tinha que pagar a luz [1'14 a 1'23]; que até que um dia a gente conversou com umas pessoas que chegaram lá e eles ajudaram a gente a fugir, daí a gente foi até, não sei quem que achou a gente na estrada, foram aquelas pessoas que levaram a gente pra um abrigo, e nós fomos dar parte, e depois mandaram nós pra Soledade [1'24 a 1'38]; que a gente não chegou a fazer programa, a gente não chegou a fazer programa, a gente ia pro salão, ele obrigada a gente a beber com os caras e nós fazíamos que bebíamos e não chegamos a fazer programa [2'16 a 2'29]; que tem uma das gurias que fez programa e o dinheiro que ela ganhou e o dinheiro que nós bebemos, nunca deram nada pra nós [2'30 a 2'41]; que a K. fez programa na boate, e tava mentindo doutor, eu cheguei a ir pro quarto, pra alguém fazer programa comigo, não fiz, o homem disse assim que não, eu comecei a chorar, aí ele disse não, eu não vou fazer isso contigo, o guri disse bem assim, e pegou e acertou com ele, e pegou e saiu do quarto [3'50 a 4'08]; que a A., essa que entrou por último, foi pra cuidar de uma criança, por isso que nós fomos todas juntas, que eles mentiram pra nós que nós fomos uma pra cuidar da criança, e duas pra trabalhar num restaurante, chegando lá era uma boate bem no meio do nada [4'09 a 4'24]; que nós não íamos, nós não queríamos ir, aí os homens perguntavam porque que nós estávamos ali, daí nós falávamos assim a gente veio pra trabalhar num restaurante, chegando aqui era uma boate, porque tinham mais gurias que não são daqui de Soledade [4'55 a 5'09]; que foi um dos clientes que nos ajudou a fugir, com uma Kombi [5'11 a 5'30]; que eu tenho vergonha de falar isso aí doutora, é difícil a gente falar sabe [6'30 a 6'34]; que ele não deixava nem a gente ligar pra mãe, nada, eu tinha um celular e ele tomou meu celular ne [6'35 a 6'51]; que a A., aquela ali, ele mandou fazer bastante programa, ele deu até um tapa na cara dela [7'17 a 7'21] [...].

Igualmente, inclusive ratificando os fatos relatados por R., a vítima K. dos S. R. declarou, extrajudicialmente, senão vejamos (fl. 72):

[...] que a declarante ratifica na íntegra as declarações prestadas pela vítima R. de B. P., inclusive escutou na rádio anúncio de emprego na Barragem e Restaurantes Águas de Chapecó-SC; que conforme ter sido avisado o indiciado que a vítima A. dos S. R. era menor de idade, mesmo antes de virem a Águas de Chapecó-SC; que portanto foram submetidas a trabalho escravo e a prostituição, sob ameaças de morte; que o indiciado batia constantemente na declarante e nas demais vítimas; que chegou a encostar uma faca no pescoço da vítima R. afirmando que iria matá-la, fato que assustou muito a declarante; que confirma ainda que o indiciado quebrou os telefones celulares para que a declarante e as demais não fizessem contato com quem quer que fosse; que o indiciado obrigava a declarante a beber bebidas e andar quase o dia todo praticamente nua na frente dos fregueses; que obrigava ainda a mesma a fazer show nua para agradar a clientela; que sendo desta forma conseguiram fugir da forma dita pelas demais; que a declarante foi obrigada a se prostituir na casa do indiciado por aproximadamente um mês aos 11.07.2007, portanto quando chegou a referida casa e foi obrigada a prostituir-se quando ainda era menor de idade,

fato de conhecimento do indiciado [...].

Da mesma forma, a ofendida A. B., na fase policial, aduziu (fls. 68/69):

[...] que foi procurada por um filho do indiciado M. B. que tem uma garagem em Chapecó-SC, de nome fantasia "Carro Certo"; que o mesmo dizia que o pai, portanto M. B. estava abrindo um restaurante para a barragem em Águas de Chapecó-SC e precisava de pessoas para trabalhar; garantiu que a declarante ganharia bastante bem e que iria gostar do trabalho; que da mesma forma A., filha da companheira do indiciado M. B. procurou pela declarante, isto no Município de Soledade-RS; e garantiu que a declarante deveria procurar o indiciado para trabalhar com o mesmo em Águas de Chapecó-SC; que prometiam que a declarante e amigas trabalhariam em um restaurante; que a adolescente A. dos S. R. foi convidada para trabalhar como "babá" de uma neta do indiciado M. B.; que assim sendo a declarante e as amigas R., A. e K. aceitaram o convite e vieram trabalhar com M.; que ao chegarem a este Município foi que descobriram que o comércio de M. tratava-se de uma casa de prostituição; que para as amigas da declarante M. B. pagou as despesas de passagem para que estas viessem até esta cidade; que chegaram a referida casa de prostituição a aproximadamente um mês; que a partir da data de chegada não mais puderam sair da referida casa, pois eram, a todo momento, ameaçadas pelo indicado que afirmava matar as mesmas caso estas deixassem o referido local; que tratava-se de uma casa de prostituição de nome de "Boite Azul", localizada na antiga residência do Sr. P. P.; que eram a declarante e suas amigas obrigadas a fazer todo o trabalho doméstico da casa e se prostituírem, sob ameaça de morte, sem que lhes fosse pago nada; que inclusive a adolescente A. era obrigada a se prostituir; que ganhavam alimentação uma só vez por dia e eram obrigadas a tomar água de um poço que até sapo morto havia no interior do mesmo; que M. obrigava a declarante e suas amigas a beber com homens e prostituir-se com estes, sem que sequer lhes pagasse por tal trabalho; que caso a declarante e amigas se negassem ou mesmo não agissem da forma exigida pelo indiciado este ameaçava de matá-las e chegava a fazer tais ameaças de faca em punho; que sendo desta sorte a declarante e suas amigas decidiram fugir do local dos fatos e assim o fizeram durante esta madrugada; que por volta das 04:00 horas da madrugada deixaram a casa as escondidas e caminharam pelo mato aproximadamente doze quilômetros para vir socorrer-se junto a assistente social do município; que assim foram encaminhadas a delegacia de polícia para as providências [...].

No mesmo segmento, seguem as declarações prestadas em juízo por Roselaine Klaus Camatti, assistente social que atendeu as ofendidas após suas fugas do prostíbulo (mídia audiovisual de fl. 325):

[...] que numa manhã a gente atendeu, eram três meninas, nós

tínhamos, na época da construção da usina hidroelétrica, um centro de atendimento ao imigrante, junto à assistente social do município, essas meninas chegaram ao conselho tutelar, pela manhã, que era no mesmo espaço, e elas queriam retorno a origem, queriam voltar pra casa, a conselheira tutelar desconfiou um pouco do caso, e ela me chamou, porque quem liberava as passagens para retorno a origem era eu, então, quando eu atendi as meninas, quando eu conversei um pouco com elas, eu percebi que elas estavam sem documentos, muito nervosas, que pudesse ter alguma coisa errada ali acontecendo, e, logo em seguida, esse senhor, esse seu M. B., estacionou o carro dele na Rua, em frente ao centro de atendimento ao imigrante, e tem uma escada que desce, quando elas viram que ele tava descendo ali, pela janela, elas se desesperaram, quando a gente percebeu que pudesse ter alguma coisa errada, fechamos a janela, e eu sai pela porta e atendi o senhor M., e ele falou que meninas tinham fugido do local ali, a casa de prostituição que ele tem, e que elas foram lá e que elas roubaram ele, e a gente falou que elas não estavam ali naquele momento, pra não causar nenhum maior transtorno pra elas, elas ficaram ali com a gente e ele saiu, ai elas contaram a história [1'22 a 2'45]; que elas vieram pra Águas de Chapecó-SC, pra trabalhar num restaurante, como garçoneiro, e logo encontraram o senhor M., e ele manteve elas naquela casa de prostituição, no Nossa Senhora das Graças, e elas ficaram um período lá com ele, ele não liberava acesso ao celular, foi o que elas nos colocaram, que os celulares delas foram quebrados, que elas não tiveram mais contato com a família, que elas não tinham dinheiro pra voltar pra casa, que elas não eram alimentadas, não tinham acesso a alimentação, três vezes por dia, e além de tudo me parece que tinham duas que eram adolescente ou uma era adolescente ainda, foi o que elas nos colocaram [2'46 a 3'26]; que elas eram obrigadas a se prostituir, que o dinheiro proveniente desta prostituição ia pro dono da casa [4'18 a 4'26]; que elas não podiam sair de lá, tanto que, naquela manhã que elas chegaram bem cedo ao nosso atendimento ali, que a gente abre às sete e meia, elas colocaram que elas já tinham fugido durante a madrugada, elas saíram de lá durante a madrugada, porque conseguiram fugir ne, e elas relatavam também, eu lembro, era de que o acesso a água era limitado, então tinha que tomar água de um poço que tinha ali naquela casa, naquele espaço, que era uma água suja, que a alimentação deles teve dias que passaram com laranja [4'27 a 5'15]; que elas relataram que elas saíram do Rio Grande do Sul, estado de origem delas e elas vieram pra Águas de Chapecó-SC, com a promessa de trabalho de garçoneiro em um restaurante [5'52 a 5'59]; que elas também eram forçadas a fazer o serviço doméstico, elas trabalhavam como domésticas, faziam a limpeza do espaço ne, e durante a noite eram obrigadas a se prostituírem, tanto que elas precisavam se prostituir com mais de um homem durante à noite, que era uma exigência que ele fazia, a quantidade de homens que ele exigia que elas tinham que atender na noite, elas eram obrigadas a atender [6'00 a 6'32] [...].

De outro viés, o acusado M., ao ser ouvido em juízo, após ter afirmado que sua mulher N. C. P era a dona da boate indicada na denúncia e que tudo ali contido era mentira, exerceu seu direito constitucional de

permanecer em silêncio (mídia audiovisual de fl. 403 - 2'40 a 3'04). A acusada N., por sua vez, também permaneceu em silêncio ao ser ouvida em juízo (mídia audiovisual de fl. 403).

Diante das provas amealhadas nos autos, portanto, não há dúvidas acerca da prática dos crimes, mostrando-se evidente que os acusados não só mantinham em funcionamento casa de prostituição, como também atraíram as vítimas à prostituição e, posteriormente, impediram que elas a abandonassem.

No que tange à suposta atipicidade por conta da adequação social da conduta, compartilha-se do entendimento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do AgRg no REsp 1508423/MG, de Relatoria do Ministro Ericson Marinho, julgado em 01/09/2015, no sentido de que não se aplica o princípio da adequação social aos crimes de favorecimento à prostituição e manutenção de casa de prostituição, motivo pelo qual infundado o pedido defensivo que almeja a absolvição dos agentes por atipicidade material. Pela pertinência vale a transcrição do trecho do acórdão proferido:

A jurisprudência desta Corte Superior orienta-se no sentido de que eventual tolerância de parte da sociedade e de algumas autoridades públicas não implica a atipicidade material da conduta de manter casa de prostituição, delito que, mesmo após as recentes alterações legislativas promovidas pela Lei n. 12.015/2009, continuou a ser tipificada no artigo 229 do Código Penal. 4. De mais a mais, a manutenção de estabelecimento em que ocorra a exploração sexual de outrem vai de encontro ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo incabível a conclusão de que é um comportamento considerado correto por toda a sociedade [...]. (Grifo não original).

Diante de tudo o que se expôs, certo que a negativa do acusado M. não derrui o sólido arcabouço probatório existente nos autos.

Inconstestável que os réus/apelantes, com evidente intuito de lucro, atuaram de forma a atrair e, posteriormente, impedir que as vítimas A. dos S. R., A. B., R. de B. P. e K. dos S. R., abandonassem a prostituição, caracterizando, com tal conduta, perfeitamente, os tipos penais em questão.

E, uma vez comprovada a prática dos crimes de manutenção de

casa de prostituição e favorecimento da prostituição, impossível se torna a absolvição.

IV - Da aplicação do princípio da consunção ou do concurso formal

Em suas razões, a defesa dos réus/apelantes pugna pela aplicação do princípio da consunção, sob o argumento de que o delito de manutenção de casa de prostituição abarca o crime de favorecimento da prostituição.

A par disso, requer a condenação dos réus/apelantes tão somente pelo crime mais grave, qual seja, o de manutenção de casa de prostituição.

Pois bem. Primeiramente, urge salientar que a consunção "[...] é o princípio segundo o qual um fato mais amplo e mais grave consome, isto é, absorve, outros fatos menos amplos e graves que funcionam como fase normal de preparação ou execução ou como mero exaurimento". (CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: parte geral. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 95).

Para Julio Fabbrini Mirabete, a consunção "[...] consiste na anulação da norma que já está contida em outra; ou seja, na aplicação da lei de âmbito maior, mais gravemente apenada, desprezando-se a outra, de âmbito menor". (Manual de Direito Penal, 13ª edição, São Paulo, Atlas, 1998, p. 117).

Ocorre o fenômeno da consunção, em suma, quando fatos por si só configuradores de ilícitos penais integram prática delitiva mais ampla e grave, a qual, por sua vez, deverá ser a única a receber a resposta penal. Isso porque inviável se punir, além do todo, também parte sua, o que, caso admitido, propiciaria o indesejado *bis in idem*.

No caso em concreto sob análise, no entanto, entende-se que não merece aplicação o mencionado princípio.

Verifica-se que a conduta tipificada no art. 229 do Código Penal

só pode absorver aquela prevista no art. 228 do mesmo diploma legal quando houver imputação de facilitação à prostituição, mas não quando o agente, além de manter a casa destinada à prostituição, também induz ou atrai alguém para o comércio sexual ou, ainda, impede que deixe de realizar esta conduta, como é o caso dos autos.

Isso porque essas atividades não são meio necessário para a manutenção da casa de prostituição, já que, embora este estabelecimento necessariamente facilite a prostituição de outrem, ele pode existir sem que seu proprietário induza ou atraia alguém para o meretrício.

Nesse sentido, leciona Júlio Fabbrine Mirabete:

Os tipos dos arts. 228 e 229 são autônomos e independentes, embora o segundo seja uma espécie do primeiro. Nada impede, porém, que o agente, além de manter casa de prostituição, induza alguém à prática do meretrício ou a facilite, de outra forma, ocorrendo, no caso, concurso material de crimes (Código Penal Interpretado, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 1566).

Portanto, inadmissível aplicar no presente caso o princípio da consunção, vez que cabalmente demonstrado que os réus/apelantes atraíram as vítimas para a casa de prostituição, sob o pretexto de trabalharem em um restaurante ou como babás, e, posteriormente, impediram que elas deixassem a prostituição.

Em casos semelhantes, julgou este Sodalício:

APELAÇÕES CRIMINAIS - CRIME DE FAVORECIMENTO À PROSTITUIÇÃO (CP, ART. 228, § 3º), MANUTENÇÃO DE PROSTÍBULO (CP, ART. 229) E RUFIANISMO (CP, ART. 230) - SENTENÇA ABSOLUTÓRIA QUANTO A ESTE E CONDENATÓRIA EM RELAÇÃO AOS DEMAIS - RECURSOS DE AMBAS AS PARTES. CRIME DO ART. 229 DO CP. APELO DA DEFESA - AUSÊNCIA DE PROVA JUDICIALIZADA DE QUE NO ESTABELECIMENTO COMERCIAL DO RÉU (BAR) OCORRESSE EXPLORAÇÃO SEXUAL - ADEMAIS, CONDOTA QUE, SE PROVADA, SERIA MATERIALMENTE ATÍPICA PELA ADEQUAÇÃO SOCIAL - TIPO PENAL QUE OFENDE O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA - ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE - PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO. APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - DOSIMETRIA DA PENA - PLEITO PREJUDICADO DIANTE DA ABSOLVIÇÃO - DESPROVIMENTO. CRIME DO ART. 228, § 3º, DO CP. APELO DA DEFESA - ABSORÇÃO DO DELITO DE FAVORECIMENTO À PROSTITUIÇÃO PELO CRIME DE MANUTENÇÃO DE PROSTÍBULO - INVIABILIDADE - CONDOTA DE

ATRAÇÃO QUE NÃO COMPORTA A CONSUNÇÃO - ADEMAIS, FACILITAÇÃO EXERCIDA DE FORMA DIVERSA A DO TIPO PENAL DO ART. 229 DO CP - RECURSO DESPROVIDO. [...] (Apelação Criminal n. 2014.062222-5, de Urubici, Segunda Câmara Criminal, Rel. Des. Getúlio Corrêa, j. em 21/10/2014). (Grifo não original).

Do mesmo modo, inviável a aplicação do concurso formal, em detrimento do cúmulo material de crimes.

Isso porque os delitos de manutenção de casa de prostituição e favorecimento à prostituição configuram-se delitos autônomos e independentes, que protegem bem jurídicos diversos.

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência:

APELAÇÃO CRIMINAL (RÉU PRESO). CRIME DE FAVORECIMENTO DA PROSTITUIÇÃO OU OUTRA FORMA DE EXPLORAÇÃO SEXUAL QUALIFICADO PELO EMPREGO DE VIOLÊNCIA, GRAVE AMEAÇA OU FRAUDE, COM O FIM DE LUCRO E CRIME DE CASA DE PROSTITUIÇÃO (ART. 228, §§ 2º E 3º E ART. 229 AMBOS DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSOS DAS DEFESAS. ABSOLVIÇÃO (APELANTES M. E J.). ATIPICIDADE DA CONDUTA. INVIABILIDADE. CARACTERIZADO O TIPO PENAL DESCRITO NO ART. 228, §§ 2º E 3º DO CÓDIGO PENAL. APELANTES QUE IMPEDIAM OU DIFICULTAVAM QUE AS MULHERES QUE SE PROSTITUÍAM NA DENOMINADA "BOATE STILING" ABANDONASSEM O LOCAL. PRIVAÇÃO DE LIBERDADE TANTO FÍSICA QUANTO PSICOLÓGICA. UTILIZAÇÃO DE ARMAS DE FOGO, DE APARELHO DE CHOQUE E TONFAS PARA INTIMIDÁ-LAS. MULHERES QUE APENAS RECEBIAM COMO CONTRAPRESTAÇÃO COMIDA, ROUPAS, FRALDAS E CUIDADOS PARA OS FILHOS. TAMBÉM CARACTERIZADO O TIPO PENAL DESCRITO NO ART. 229 DO CÓDIGO PENAL. EVENTUAL TOLERÂNCIA SOCIAL COM A ATIVIDADE NÃO É CAUSA DE ATIPICIDADE DA CONDUTA. PROVAS INDICAM QUE OS APELANTES TIRAVAM PROVEITO DA PROSTITUIÇÃO. MANUTENÇÃO DAS CONDENAÇÕES QUE SE IMPÕE. **ABSORÇÃO DO DELITO PREVISTO NO ART. 228 DO CÓDIGO PENAL PELA CONDUTA PREVISTA NO ART. 229 DO MESMO DIPLOMA LEGAL (APELANTES M. E J.). IMPOSSIBILIDADE. DELITOS QUE PROTEGEM BENS JURÍDICOS DIVERSOS, ENQUANTO O ART. 228 DO CÓDIGO PENAL TUTELA A DIGNIDADE SEXUAL, O ARTIGO SEGUINTE VISA COMBATER A EXPLORAÇÃO SEXUAL. APELANTES QUE ATUARAM DE FORMA A INDUZIR AS VÍTIMAS À PROSTITUIÇÃO E POSTERIORMENTE IMPEDIRAM-AS DE ABANDONAR O MERETRÍCIO. CARACTERIZADOS OS DOIS TIPOS PENAI. AFINAL, SOMENTE QUANDO A CONDUTA PRATICADA PELO AGENTE SE SUBSOME AO TIPO PENAL DE "FACILITAÇÃO" DA PROSTITUIÇÃO (ART. 228 DO CP) É QUE O REFERIDO DELITO FICA ABSORVIDO PELO CRIME DE MANUTENÇÃO DE CASA DE PROSTITUIÇÃO (ART. 229 DO CP), O QUE NÃO OCORREU**

IN CASU. MANUTENÇÃO DO CONCURSO MATERIAL QUE SE IMPÕE. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO PREVISTO NO ART. 16, IV, DA LEI N. 10.826/03 PARA O DO ART. 12 DO MESMO DIPLOMA LEGAL (APELANTE J.). INVIABILIDADE. ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO RASPADA, SUPRIMIDA OU ALTERADA. POSSUIR OU PORTAR CARACTERIZAM O TIPO PENAL PREVISTO NO ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, IV, DA LEI DE ARMAS. RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS. (TJSC - Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2012.082479-9, de Guaramirim, Primeira Câmara Criminal, Rel. Desa. Marli Mosimann Vargas, j. em 06/08/2013). (Grifo não original).

Por tais razões, conclui-se que as penas relativas aos crimes pelos quais foram condenados os acusados foram corretamente cumuladas na forma do art. 69 do Código Penal.

V - Do imediato cumprimento da pena

Por fim, confirmada a sentença condenatória, cumpre anotar que o Supremo Tribunal Federal, mudando a orientação que até então vigorava na Corte, entendeu ser possível o cumprimento imediato da pena sem que tenha havido o trânsito em julgado da condenação, concluindo que a execução provisória da sanção, quando já existente o pronunciamento judicial em segundo grau de jurisdição, não afronta o princípio da presunção de inocência (HC n. 126.292/SP) - tese, a propósito, recentemente reafirmada pela Corte Suprema, na análise do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 964246, que teve repercussão geral reconhecida.

De acordo com o Relator da decisão proferida no *Habeas Corpus* n. 126.292/SP, Ministro Teori Zavascki, confirmada a sentença penal condenatória em segundo grau, exaure-se o princípio da não culpabilidade, pois os recursos cabíveis da decisão de segunda instância, ao Superior Tribunal de Justiça ou ao Supremo Tribunal Federal, não se prestam a discutir fatos e provas, mas apenas matéria de direito. "*Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame dos fatos e das provas, e sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado*" asseverou o eminente Relator.

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça, ao manifestar-se sobre o tema, seguiu a orientação do Supremo Tribunal Federal, concluindo pela possibilidade de execução provisória da pena, mesmo quando ausente o trânsito em julgado da condenação. A propósito: Habeas Corpus n. 345.083/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. em 10/03/2016 e Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 47321/PI, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. em 01/03/2016.

Assim, a determinação de imediata execução da pena, após o julgamento do recurso de apelação por este Tribunal, não fere o princípio constitucional da presunção de inocência, uma vez que, neste momento processual, encerrada está a possibilidade de reexame da matéria fático-probatória, encontrando-se formada a culpa dos agentes.

Além disso, a eventual interposição de Recurso Especial e/ou Extraordinário não tem o condão de impedir a execução da sentença condenatória, confirmada por acórdão do Tribunal, uma vez que ambos os recursos, via de regra, não possuem efeito suspensivo (art. 637 do Código de Processo Penal e art. 995 do Código de Processo Civil).

Desse modo, conclui-se pela necessidade do início da execução da pena, de modo que o juízo da condenação deverá tomar as providências necessárias para o seu imediato cumprimento, nos termos do posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

Ante o exposto, vota-se no sentido de conhecer do recurso, rejeitar as preliminares suscitadas e, no mérito, negar-lhe provimento, determinando-se, de ofício, ao juízo da condenação que adote as providências necessárias ao imediato cumprimento das penas, após o pleno exercício do duplo grau de jurisdição.

Este é o voto.

Apelação Criminal Nº 0001758-08.2011.8.24.0059

Declaração de Voto Vencido do Exmo. Sr. Des. Júlio César Machado Ferreira de Melo.

Ousei discordar da douta maioria pelas seguintes razões:

Pretende a defesa a absolvição dos réus ao argumento da inexistência de prova quanto à exploração sexual.

O favorecimento à prostituição (artigo 228 do CP) e manter casa de prostituição (artigo 229 do Código Penal) são crimes gravíssimos, mormente quando perpetrados contra vítima menor de 18 anos de idade.

Todavia, a prova coligida não autoriza o entendimento de que no local menores de idade estivessem sendo atraídas ou induzidas à prostituição.

Esse é o primeiro ponto a ser debatido: os apelados não atraíram ou induziram menores a prostituição, nem tampouco facilitaram ou impediram de largar o meretrício, razão pela qual não há que se falar na violação do artigo 229.

Destarte, evidentemente, o único crime que se vislumbra ao ponto de vista da tipicidade é a manutenção da casa de prostituição (artigo 229 do CP) eis que restou evidente que o “estabelecimento” dos apelados serve de local para encontros que desatam em conjunção carnal.

Entretanto, quanto a este delito, tenho opinião particular de que em tempos nos quais a sexualidade é devassada seguidamente através dos meios de comunicação, não há espaço para persecução criminal de delito de menor escala e de potencialidade muito menos ofensiva (novelas em horário nobre e impróprias para crianças comprovam minha assertiva).

Em processo julgado na Comarca de Araranguá, em 2001 (portanto há mais de dezessete anos), entendemos por absolver acusado nas mesmas condições (Processo Crime no. 496005666-5). Naquele processo, o

Juiz Marlon Jesus Soares de Souza, na época Promotor de Justiça, exarou o seguinte parecer, utilizado como razões de decidir:

“Em palavras óbvias e certeiras, enquanto desfilarem nos programas de mídia e nos caríssimos espaços comerciais de televisão, ofertas e propostas de venda carnal com a anuência de toda a sociedade, não há razão para o Ministério Público agir contra os pequenos prostíbulos, que por certo tem potencialidade e amplitude bem menos reduzida.

Com efeito, as ofertas sexuais nas colunas de classificados de jornais importantes e os tele-sexo, (serviços patrocinados com a anuência governamental, porquanto levados a efeito através dos serviços de telefonia e de concessões de radio e televisão) ingressam diretamente nos lares da população brasileira, atingindo diretamente milhares de espectadores, inclusive, infantes de tenra idade.

Por certo, as picantes cenas de “laços de família” novela apresentada pela Rede Globo e as insinuações dos rebolados de Carla Perez, Scheila Carvalho e outras atrizes que valem-se do corpo para obtenção de sucesso, facilitam e atraem muito mais à população infantil ao congresso carnal do que os míseros prostíbulos de beira de estrada do interior ao país.

Em tempos onde a “popuzuda” e sucesso musical irradiado aos quatro cantos, e em época onde os bordéis de estilo oferecem serviços sexuais das mais diversos a altos executivos, garantindo-lhes sigilo e alta satisfação com universitárias não me parece nada razoável perseguir apenas àqueles que entremeio a toda essa nova civilização abram por ingressar no modesto (e não tão lucrativo) comércio da carne.

Houvesse menor ou violência envolvendo a situação e, notadamente, o desfecho seria diverso, contudo, aonde só existam maiores (e não há notícias de menor na casa da acusada), fecho minha convicção acerca da desnecessidade de repressão criminal e social, porquanto sendo o objeto jurídico do crime é a moralidade pública, e não a vejo afrontada nos tempos atuais, ao menos enquanto o sucesso for a “popuzuda” e a exploração do corpo dominar a mídia nacional.

Em termos morais (e o objeto jurídico é a moralidade pública) o dano televisivo e publicitário é muito maior do que o anonimato de uma ou outra casa de prostituição que muito poucos conhecem, sendo insofismável que o comércio carnal na mídia devassa mais a moralidade pública do que pequenos prostíbulos.

Com efeito, não há ofensa social na manutenção de pequenos prostíbulos (desde que sem menores ou violência) que, nos tempos modernos justifique a intervenção estatal.

Por isso, dentro dessa atual e maçante exploração do corpo em todos os segmentos da televisão brasileira (musa do esporte, banheira do gugu, laços de família, grupos de axé com dançarinas semi-nuas) não tenho dúvida que a absolvição por erro sobre a ilicitude do fato é o melhor caminho, ou ao menos, o mais justo a ser tomado.

A propósito:

"Sendo públicos e notórios a existência e o funcionamento tolerado pelas autoridades de inúmeros motéis, drine-in, casas de massagens, locais destinados a encontros para fins libidinosos, justifica-se o erro sobre a ilicitude do fato, de manter casa de prostituição regularmente fiscalizada pela polícia." (JSC RT 7531687)".

Com efeito, não existe qualquer prova que possa embasar um decreto condenatório com relação ao favorecimento, facilitação ou induzimento a prostituição bem como manutenção de casa de prostituição, como muito bem analisado acima.

Os apelantes, que são a toda prova são humildes, tiveram a coragem que falta à maioria das pessoas que comparece perante um juiz criminal: confessaram seus "crimes" - manter casa de prostituição, enquanto a quase totalidade dos acusados mentem - e mentem descaradamente, pois tal se lhes exige seus advogados e a própria sistemática legal: afinal, quem confessa em Juízo, tira do Juiz talvez a única oportunidade que tem de absolvê-lo, ou seja, a dúvida.

Os apelantes, que se detinham a manter casa de prostituição, foram condenados a pena de quatro anos e seis meses de reclusão.

A uma análise mais profunda, estas circunstâncias podem não modificar o delito em sua estrutura formal, mas, detidamente examinadas, fazem surgir novos contornos na figuração do agente, das vítimas (?) e das condições da ação típica.

Tudo examinado, passo a analisar a motivação da ação delituosa.

Que ela é deletéria e reprovável, não há dúvida.

Considere-se, no entanto, que os apelantes se detinham a "manter casa de prostituição", agindo contrário as normas de conduta social, e isto é certo.

Pergunta-se: por que o Poder Legislativo não elabora legislação condizente com o momento político vivenciado em pleno século XXI, possibilitando ao Estado oficializar as casas de prostituição (não apenas as luxuosas – estas frequentadas por indivíduos de classe média e alta), dando

condições de higiene e segurança para o usuário? A sociedade sabe, ou grande parte, onde ficam referidos estabelecimentos, que recebem, inclusive, alvarás dos mais diversos tipos (basta simples pesquisa em sites governamentais para a constatação do alegado).

Ora, a "tolerância" por parte do Estado e da Sociedade que, ao que parece, convive "harmoniosamente" com os estabelecimentos (alguns famosos em Florianópolis), impede o reconhecimento quanto à tipicidade da conduta por parte do réu – entendimento contrário, com todas as vênias, redundaria em inaceitável hipocrisia.

Impossível a análise dos fatos sem incursionarmos na Política Jurídica, a norma e o tipo penal preconizado no art. 229 do Código Penal. Para tanto, utilizaremos parte do que escrevemos na Obra **A Prova no Processo Penal Frente a Estratégias da Política Jurídica Segundo Osvaldo Melo (A Prova no Processo Penal Frente a Estratégias da Política Jurídica Segundo Osvaldo Melo)**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, 116p).

Hans Kelsen, ao formular sua Teoria Pura do Direito, alicerçou seu postulado no sentido de demonstrar a Ciência do Direito como sendo o *ser e dever ser*. O adjetivo *pura* deriva de seu postulado metodológico: não fazer quaisquer considerações que não sejam estritamente jurídicas, nem tomar nada como objeto de estudo senão as normas jurídicas.

Kelsen afirmava que à Ciência do Direito não caberia a busca de qualquer conteúdo axiológico, material, político ou ideológico da norma jurídica. Pretendia, desta forma, construir uma ciência jurídica objetiva e clara, que se abstinhasse de julgar a mesma segundo quaisquer critérios de justiça, buscando tão somente descrevê-la e explicá-la. Se o direito posto é justo, ou injusto, não interessa à validade da norma. Kelsen distinguiu o direito da moral, da justiça e de outras ciências sociais, como a sociologia do direito.

Melo, ao tecer comentários sobre o normativismo de Kelsen, salienta que esse Autor, de forma surpreendente, sem emitir qualquer observação capaz de arbitrar valor ou desvalor, admitiu a validade material das normas jurídicas como um Direito que deva ser, questão que estaria a cargo

da Política Jurídica. A observância dos critérios de competência, de hierarquia no sistema, de determinação do momento, constituiriam a chamada validade formal, a única do interesse da Ciência do Direito.

A Teoria Pura do Direito, efetivamente, revolucionou o estudo do direito no século XX. Porém, não obstante sua importância referida teoria é alvo de duras críticas, haja vista o formalismo excessivo e a tentativa equivocada de desvincular o estudo do direito da sociologia e da moral.

Segundo o pensamento de Melo, o Direito não é constituído somente de normas jurídicas genéricas, mas de outras fontes. Cabe ao intérprete do direito, mormente aos juízes, por meio da própria produção normativa, dar-lhes corpo, através de normas jurídicas individuais que considerem todas as fontes do direito, tanto as formais como as materiais, realizando, no caso concreto, os ideais do Direito, que são a Justiça, Utilidade Social e a Segurança Jurídica, postas em harmonia com valores coexistentes da Ética-Jurídica.

Ao discutirmos o crime em comento (manter casa de prostituição) imprescindível correlacionarmos a Política Jurídica com o instituto sob enfoque, já que o Direito não mais se amolda ao ditames preconizados pela Escola Clássica, formadores de grande parte dos operadores jurídicos, pelo menos até a década de 80.

Osvaldo Melo deixou assentado, em sua Obra, que para que a Política Jurídica cumpra sua função epistemológica em suas duas atividades, haverá que rever a doutrina tradicional das fontes de Direito para privilegiar aquelas que realmente possam alimentar um Direito novo, desejável, criativo, libertador, racional e socialmente consequente.

Para Melo, Política Jurídica (ou Política do Direito), é a disciplina que tem como o objeto o Direito que deve ser e como deva ser, em oposição funcional à dogmática jurídica, que trata tão somente da interpretação e aplicação do direito que é, ou seja, do direito vigente.

Se legislador e juízes participam da dinâmica do direito, havendo entre ambos apenas diferença de grau, como seria possível para a ciência

jurídica estabelecer juízo restritivo acerca das decisões judiciais, já que ambos criam “direito novo”? Kelsen mesmo reconhece não ser possível.

Segundo se depreende, pelo texto adiante citado, a Política Jurídica procura equilibrar a norma com o que a Sociedade almeja. Realiza a justiça sem abandonar a segurança jurídica. Melo defende a aplicação de uma justiça útil e legítima, que atenda aos anseios sociais, ao afirmar:

Se realmente não desejamos conviver com um pluralismo jurídico que causa perturbação ao instituído e desconforto ao juiz, por sentir-se o princípio da segurança jurídica em perigo, então será o caso de rever a norma contestada e dar-lhe a função social reclamada. O erro existirá tanto em propor o alternativo como uma certeza do bom e do permanente como em manter a norma injusta em nome do princípio da legalidade (FERREIRA DE MELO, Osvaldo. **Fundamentos da política jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994. p. 68).

Melo defende a maior possibilidade de interações da Dogmática com a proposta jurídico-política de obter um sistema de normas e conceitos que, além de prover a segurança, garanta outros valores básicos da convivência humana.

A aceitação da “pureza do direito” inibe o juiz quanto à possibilidade de interpretar a norma, ou mesmo contestar o direito “posto”, mantendo desta forma o “*status quo*”, que não interessa aos anseios sociais. A atividade jurisdicional assume papel de importância vital, exigindo do juiz posição de independência e vanguarda, cujo objetivo deve ser o de proteger a Sociedade. A Política Jurídica, como disciplina do dever ser, revela importante instrumento para a consecução dos objetivos analisados, do legislador ao aplicador do direito.

A função da política jurídica, na visão de vanguarda de Osvaldo Ferreira de Melo, consiste na busca do direito que deve ser, objetivando a melhor forma de convivência pacífica em Sociedade.

Alguns estudiosos (como Percival de Souza) afirmam que, se segurança (*latu senso*) é um estado de garantia (o estado seguro de riscos e

perigos), e direito penal é o direito que é (e não o direito que deve ser), é preciso encarar de frente a nossa realidade criminal e os recursos de que dispomos, em todos os sentidos, para enfrentá-la, outros, como Osvaldo Ferreira de Melo e Paulo César Busato, preferem captar em critérios objetivos de Justiça, Utilidade e Legitimidade suporte social para uma crítica do direito vigente, desde uma perspectiva ótima da norma. Ora, o objetivo é exatamente visualizar o direito a partir de uma visão crítica, com vistas à sua correção através dos princípios, que por seu turno iluminam a regra jurídica.

Melo salienta que é justamente no termo médio da polaridade entre a norma estática e intocável e a revolução dos parâmetros anarquistas que reside a ideia de permanente revisão dos cânones normativos.

Portanto, a primeira tarefa da Política Jurídica, consistente na confrontação dos paradigmas com critérios objetivos de Justiça, Utilidade e Legitimidade para apontar no sentido da necessidade de mudança.

No que se refere à conduta política do juiz, aqui considerado o papel do juiz como político do direito, sua participação no processo penal e processual penal, é revestido de capital importância. O juiz, no exercício do Poder Judicial atribuído pelo Estado, é o responsável pela tomada de decisões legais. Detém a jurisdição, devendo se utilizar da instrumentabilidade do processo para a solução de conflitos de interesses.

Osvaldo Melo asseverava, e amadureceu a ideia ao longo de quarenta décadas, de que era necessária a construção de uma teoria do direito desejável. Essa insatisfação de Osvaldo Melo estava assentada na premissa de que a Política Jurídica poderia contribuir para melhoria da sociedade como um todo e no temor de que sem uma investigação mais aprofundada, os atos de criação, extinção ou aperfeiçoamento das normas possam ser uma práxis sustentada por um tipo qualquer de racionalidade ligada aos legítimos desejos do cotidiano.

O juiz, portanto, não deve ser apenas um mero aplicador da lei, como se fosse espectador solitário e sem voz. Não esqueçamos que o Código Penal é do final da década de 40, elaborado e aprovado em outra época, com

outros costumes, muitos deles divorciados do atual momento que estamos vivendo. Manter casa de prostituição (art. 229 do Código Penal), não foge à regra precedentemente invocada.

Ao iniciar em Santa Catarina a discussão sobre o Papel da Política do Direito, Osvaldo Melo, com a coragem e a franqueza que lhe eram peculiares, deixou firmada sua posição quanto à Política Jurídica:

A Política Jurídica é aberta, polissêmica, participativa, e comprometida com as utopias sociais. Torna-se, assim, o mais adequado espaço de criação democrática no universo jurídico, pois nem se compadece com o autoritarismo do pensamento jurídico tradicional, que fala em nome da lei, nem como o pensamento das correntes pseudo-emancipatórias que falam em nome de uma verdade social imobilizada por signos configurados em velhos preconceitos, vestidos de novas roupagens. Resgata semiologicamente o sentido do justo e do útil não através de discursos opressores dirigidos pelo poder à sociedade nem com os suspiros nostálgicos do jusnaturalismo, mas como valores culturais resultantes da experiência, das lágrimas e dos sorrisos que afloram no painel da vida (FERREIRA DE MELO, Osvaldo. **A contribuição de Miguel Reale para a Política-jurídica**. Revista Sequência, volume 12, número 22. Florianópolis: Editora da UFSC, 1991).

Osvaldo Melo afirmava, em termos práticos (e aprofundaria a questão alguns anos após), que deveria haver “contínua preocupação” com o fundamento da norma (que deve ser sempre justificada). Ainda, assentava que para que se pudesse caracterizar a validade material da norma, os operadores deveriam atentar para o conhecimento de “fontes não convencionais do direito”, citando os movimentos sociais e suas conseqüentes representações jurídicas que devem ser captadas pela sensibilidade do legislador e do juiz.

Observa-se, nessa seara, que o art. 229 do Código Penal encontra-se ultrapassado e em total dessintonia com a realidade e os anseios da sociedade.

Nas palavras de Osvaldo Melo

“operar a criação, derrogação ou extinção da norma, em obediência aos balizamentos dos valores justiça e utilidade social, é tarefa de extrema dificuldade mas que se impõe para que se possa alcançar “o nexos conseqüente entre teoria e praxis”. (GRAMSCI), ou seja, entre “conhecimento

e interesse”.(HABERMAN) Essa a significativa tarefa da política jurídica, não mais compreendida como mera “técnica de legislação” (BENTHAN), ou simplesmente “sociologia jurídica aplicada” (ROSS), menos ainda “conjunto de regras que vinculam o poder ao direito natural” (PASCHUAL MARTINS PEREZ), mas como estudo e proposição do “direito que deve ser e de como deva ser” (KELSEN) e, sobretudo, “realização empírica das condições transcendentes da validade jurídica” (REALE)" (FERREIRA DE MELO, Osvaldo. **A contribuição de Miguel Reale para a Política-jurídica.** Revista Sequência, volume 12, número 22. Florianópolis: Editora da UFSC, 1991).

Aceitar a condenação dos apelantes nas penas dos arts. 228 e 229 do Código Penal, quando ausentes jovens e crianças no interior do estabelecimento, e levando-se em consideração o atual momento vivido por nossa sociedade atual, mantendo-se posições tradicionais e, conseqüentemente, restritivas, não me parece medida mais acertada, exatamente por conviverem, nos sistemas jurídicos, normas que realizam o valor justiça e normas que realizam o valor utilidade. Em uma comunidade consciente de suas necessidades, Osvaldo Melo esclarece, que se considerará ou justa ou útil a norma desejada, pois o desejo, como vontade de ter e de ser, explica porque a vontade se dirija ao ser valorado positivamente.

Ao político do direito cabe, portanto, estabelecer a necessária convivência e harmonização entre Ética e Direito, propondo “no momento oportuno, ou o ingresso, no sistema jurídico, de norma reclamada pelo sentimento ou idéia do justo e do útil, **ou o expurgo de norma que não seja justificada por aqueles valores sociais**”(FERREIRA DE MELO, Osvaldo. **Fundamentos da Política Jurídica.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris/CPGDUFSC, 1994, p. 94).

Motivo de inquietação entre os cientistas do direito, a política, hodiernamente, se justificaria pelos fins alcançados, e não pelos meios utilizados para sua consecução. Tal conceito, para Osvaldo Melo, é inaceitável tanto ao Direito quanto à Moral, ainda mais quando os meios empregados se revelam dissociados do agir ético.

Para Osvaldo Melo, “tem sido um desafio permanente para a Filosofia estabelecer a possibilidade de convivência entre a Política e a Ética. Comprometida, por sua própria natureza, muito mais com os fins a serem

utilizados, a Política tem tido, ao longo de sua história, um forte desdém para com a ética dos meios, os quais são valorados em função de sua eficácia, embora não raro se afastem dos princípios que se tem convencionado incluir no domínio da moral” (FERREIRA DE MELO, Osvaldo. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris/CPGDUFSC, 1994, p. 94).

Cumpra ao Político do Direito, responsável pela tarefa de realizar o direito que deve ser e como deva ser, insistir na vinculação estreita que deve existir entre Política e Ética.

Não é demais insistir que a Ética, a Política e o Direito são expressões diferenciadas, mas interagentes da conduta humana, cabendo à Ética decidir qual seja a resposta sobre o que é moralmente correto, ao Direito sobre o que é racionalmente justo e à Política, sobre o que seja socialmente útil. Neste tripé, a regra insculpida no art. 229 do CP não é moralmente correta, muito menos justa e socialmente inútil.

Não existe espaço para a ocorrência de conflitos entre essas três vertentes de padrões de conduta do ser humano (ética, direito e política), ainda mais quando a conjugação de todas objetivarem o reconhecimento e valorização dos direitos fundamentais do homem.

Justifica-se, portanto, a preocupação de Osvaldo Melo com o discurso Ético, “único capaz de iluminar os significados da ação humana, ajuizando-lhe os correspondentes créditos e descréditos” FERREIRA DE MELO, Osvaldo. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris/CPGDUFSC, 1994).

Por fim, como político jurídico, necessita o juiz de coragem para enfrentar um Judiciário que nem sempre está aberto para legislar *praeter legem*, fundamentando-se nos princípios e novos paradigmas que regem a Sociedade.

Nem todos os juízes acordaram para o fato de que decidir fundamentado em princípios não põe em risco à segurança jurídica e a ordem social. As fontes do direito devem ser buscadas na Sociedade, sendo estas as autênticas fontes primárias de Direito, e a lei e a jurisprudência, fontes formais

e secundárias.

Discute-se Política Jurídica voltada aos operadores do direito para que estes, principalmente os juízes, possam produzir decisões judiciais cada vez mais úteis e justas, satisfazendo aos anseios e interesses da maioria.

Portanto, a primeira tarefa da Política Jurídica, consistente na confrontação dos paradigmas com critérios objetivos de Justiça, Utilidade e Legitimidade para apontar no sentido da necessidade de mudança.

Compete ao político jurídico, atuação intimamente ligada a uma maneira de realizar justiça sem abandonar a segurança jurídica. Desta forma, a Política do Direito estará sempre buscando a aplicação da norma mais justa para o caso concreto, sem que se perca de vista o equilíbrio do direito.

Assim, um sistema de justiça penal eficiente, capaz de combater o crime dentro do quadro do Estado de direito e do devido processo legal, é um instrumento indispensável à proteção dos direitos humanos, tanto dos acusados quanto das vítimas.

Em consequência do exposto, reconheço em todas as linhas não apenas a atipicidade da conduta, mas ainda o erro sobre a ilicitude do fato, invocando princípios com o da insignificância (ausência de ofensa concreta a bem jurídico relevante) e da adequação social (fartamente descrito acima).

Nosso entendimento não está divorciado de grande parte da doutrina pátria:

"...O objetivo jurídico é formado pela moralidade sexual e os bons costumes. O objeto material é a casa de prostituição ou o lugar destinado a encontros libidinosos. Quanto à persistência desse tipo penal cremos dispensável... É preciso não fechar os olhos à realidade, pois a prostituição, queiram alguns setores da sociedade ou não, está presente e atuante... Com o nome de motel, casa de massagem, bar ou café para encontros... Criaram-se subterfúgios para burlar a lei penal. Robora-se a permissividade diante do princípio da legalidade, pois os tribunais pátrios não vendo condenando os proprietários desses estabelecimentos... Não se critica a jurisprudência; ao contrário, deve-se censurar a lei, persistindo em impingir um comportamento moralmente elevado – ou eleito como tal – à vista da coletividade através de sanções penais... Por outro lado, já que a prostituição não é, penalmente, relevante e proibida, não há razão para o tipo penal do art. 229 subsistir"(NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes Contra a Dignidade**

Sexual, comentários à Lei 12.015/2009. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009).

Na mesma linha, trago à colação Recurso Especial 1435872, de Minas Gerais, figurando como Relator para o Acórdão o Eminentíssimo Ministro Rogério Cruz, relator com voto vencido Ministro Sebastião Reis Júnior:

“ ...

Por sua vez, o Tribunal de origem, ao examinar a apelação da defesa, absolveu o recorrido com base no princípio da adequação social, porque *há muito tempo a conduta de manter a casa de prostituição não é mais censurada pela sociedade* (grifo nosso).

Com efeito, o recorrente requer o provimento do recurso especial **apenas para que seja restabelecida a sentença que condenou o recorrido nas sanções do art. 229 do CP** (fl. 570).

Nesse contexto, o art. 229 do Código Penal - casa de prostituição - incrimina a seguinte conduta: *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*.

Da exegese da norma *supra*, constata-se que o dispositivo controvertido visa a impedir a manutenção e o desenvolvimento de locais destinados à prática do meretrício; para parte da doutrina, pode-se dizer que o bem jurídico nele tutelado seria o interesse da sociedade em que a vida sexual se dê de acordo com a moralidade pública, os bons costumes e a organização da família.

A denominação casa de prostituição denota o local onde ocorre a exploração sexual das prostitutas. Atenta a isso, a doutrina atual tende a interpretar restritivamente a expressão *lugar destinado a encontros para fim libidinoso*, enquadrando no conceito somente os locais destinados especificamente à prostituição. Excluem-se, pois, da tipificação os hotéis e hotéis de alta rotatividade, cuja manutenção é dirigida a encontros libidinosos de casais em geral (MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*, v. 2. 23ª ed., São Paulo: Atlas, 2005).

No caso, sobre o tipo penal previsto no art. 229 do Código Penal, considero que se faz cabível a aplicação do princípio da adequação social.

Em tempo, não desconheço que a jurisprudência deste Superior Tribunal entende que a **eventual tolerância da sociedade não implica a atipicidade da conduta prevista no art. 229 do CP** ("**manter casa de prostituição**"), por incidência do princípio da adequação social (HC n. 214.445/SP, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 25/9/2013 – grifo nosso).

No mesmo sentido destaco, ainda, o AgRg no REsp n. 1.045.907/PR, Ministro Marco Aurélio Bellizze (DJe 2/10/2012) e o REsp n. 820.406/RS, Relator p/ acórdão Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (DJe 20/4/2009), ambos também da Quinta Turma.

Contudo, esse não é o meu entendimento acerca da tipificação da conduta denominada casa de prostituição (art. 229 do CP), em razão da sua

evidente antinomia com o conjunto do ordenamento jurídico pátrio.

Primeiramente, é por todos sabido que a prostituição **não** constitui conduta típica no Direito Penal pátrio. Portanto, qual seria a razão do proprietário da casa de prostituição responder por um delito penal? Qual seria o modelo de conduta desvalorada socialmente? Assim sendo, não deve o magistrado promover antinomias contidas na legislação penal.

Nelson Hungria, ao apontar a inexistência de intervenção penal na prática da prostituição, afirmava:

Talvez se afigure, *prima facie*, que nos países, como o nosso, em que não se proíbe a prostituição em si mesma, seja injustificável a repressão dos lenões, pois, se tal ou qual fato é permitido ou penalmente indiferente, não se deveriam, coerentemente, incriminar os que lhe são famulativos ou acessórios (*accessorium sequitur suum principale*). Este raciocínio, porém, estaria abstraindo que a política criminal muitas vezes desatende à lógica, para seguir critérios de oportunidade e conveniência. A prostituição é tolerada como uma fatalidade da vida social, mas a ordem jurídica faltaria à sua finalidade se deixasse de reprimir aqueles que, de qualquer modo, contribuem para maior fomento e extensão dessa chaga social. Se a prostituição é um mal deplorável, não deixa de ser, até certo ponto, em que pese aos moralistas teóricos, necessário. Embora se deva procurar reduzi-la ao mínimo possível, seria desacerto a sua incriminação. Sem querer fazer elogio, cumpre reconhecer-lhe uma função preventiva na entrosagem da máquina social: é uma válvula de escape à pressão de recusável instinto, que jamais se apazigou na fórmula social da monogamia, e reclama satisfação até mesmo que o homem atinja a idade civil do casamento ou a suficiente aptidão para assumir os encargos da formação de um lar. Anular o meretrício, se isso fora possível, seria inquestionavelmente orientar a imoralidade para o recesso dos lares e fazer referver a libido para a prática de todos os crimes sociais (*Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, págs. 169/170 - grifo nosso).

A meu ver, a proibição da chamada casa de prostituição **não** promove o controle ou prevenção da conduta supostamente reprovável, mas simplesmente remete a atividade proibida para a clandestinidade, onde não existe absolutamente nenhum controle oficial, razão pela qual a intervenção penal é, no particular, absolutamente inadequada e contraproducente, pois cria mais problemas do que resolve.

Além disso, o delito denominado casa de prostituição é, em tese, um crime sem vítima, à exceção, por óbvio, quando do envolvimento de incapazes. Sobreleva notar que eventuais crimes, como maus-tratos, sequestro ou cárcere privado, extorsão, entre outros, contra prostitutas ou clientes já são puníveis com tipos próprios pelo ordenamento jurídico pátrio.

Em acréscimo, a realidade humana é muito mais rica e cambiante do que a norma legal pode prever; são indevidas, portanto, as tipificações que se tornarem dissonantes dos novos estágios ou das mudanças dos usos e costumes da comunidade.

Segundo o moderno Direito Penal, a incriminação de uma conduta só se justifica quando estiver em jogo um bem ou um valor social realmente importante, não podendo alcançar fatos que se situem exclusivamente na ordem moral ou situações que, embora ilícitas, **não** atinjam significativamente a ordem social.

Ademais, o magistrado, na atualidade, não deve ser um mero repetidor da lei positivada ou um cumpridor de uma função puramente técnica robotizada, pelo contrário, deve assumir um papel de verdadeiro intérprete do ordenamento jurídico, capaz de realizar a integração das leis, contemplando-as com valores e princípios norteadores da Constituição da República, aplicando-os a cada caso concreto.

Nesse contexto, os fatos de pouca relevância, adequados e aceitos socialmente devem ser mitigados pela utilização de princípios, como o princípio penal da adequação social.

Melhor esclarecendo, o moderno conceito de tipicidade não se satisfaz com a mera adequação da conduta ao tipo legal. Não basta a tipicidade formal. Exige-se a chamada tipicidade material, sendo indispensável que a conduta imputada tenha causado um resultado jurídico (ofensa ao bem jurídico) relevante (princípio da insignificância) e intolerável (**princípio da adequação social**), além de outros requisitos (imputação objetiva, elemento subjetivo).

Em outras palavras, na tentativa de adequar a aplicação do Direito Penal às necessidades da sociedade, a doutrina elaborou instrumentos de interpretação restritiva do tipo penal. Daí, no contexto do Direito Penal Mínimo, Fragmentário e Garantista, surgiu o **princípio penal da adequação social**.

Nessa ordem de idéias, assenta Rogério Greco sobre a função do princípio da adequação social no Direito Penal que:

O princípio da adequação social, na verdade, possui dupla função. Uma delas, já destacada acima, é a de **restringir o âmbito de abrangência do tipo penal, limitando a sua interpretação, e dele excluindo as condutas consideradas socialmente adequadas e aceitas pela sociedade**. A sua segunda função é dirigida ao legislador em duas vertentes. A primeira delas orienta o legislador quando da seleção das condutas que deseja proibir ou impor, com a finalidade de proteger os bens considerados mais importantes. Se a conduta que está na mira do legislador for considerada socialmente adequada, não poderá ele reprimi-la valendo-se do Direito Penal. Tal princípio serve-lhe, portanto, como norte. A segunda vertente destina-se a fazer com que o legislador repense os tipos penais e retire do ordenamento jurídico a proteção sobre aqueles bens cujas condutas já se adaptaram perfeitamente à evolução da sociedade. Assim, da mesma forma que o princípio da intervenção mínima, o princípio da adequação social, nesta última função, destina-se precipuamente ao legislador, orientando-o na escolha de condutas a serem proibidas ou impostas, bem como na revogação de tipos penais (GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2006, pág. 62 – grifo nosso)

Convém evidenciar a lição de Maurício Lopes sobre a incidência do princípio da adequação social, *in verbis*:

O princípio, assim, revela-se necessário em situações de 'esclerotização' legislativa, quando os velhos esquemas normativos são dificilmente adequáveis, com os instrumentos exegéticos disponíveis à realidade econômico-social em radical transformação. É caso hoje no Brasil da exploração de motéis, que, em tese, configuraria o delito previsto no art. 229 do Código Penal (LOPES, Mauricio Antônio Ribeiro. *Princípio da Insignificância no Direito Penal: análise à luz das leis 9099/95 (juizados*

especiais criminais), 9.503/1997 (CTB) e da jurisprudência atual. 2ª ed., rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pág. 32)

Assim sendo, percebe-se que a razão de ser do mencionado princípio é cristalino, qual seja, se o legislador, ao criar o tipo de injusto, parte da experiência concreta das relações sociais e tem por fim elaborar os modelos de condutas desvaloradas socialmente, **não** se poderia pretender que os tipos penais fossem amplos ao ponto de abranger comportamentos considerados corretos pela sociedade.

As condutas socialmente adequadas, portanto, não encontram subsunção aos tipos de injusto, pois não possuem o desvalor que motiva a formulação de modelos de comportamentos ilícitos pelo legislador e não constituem uma ofensa ao bem jurídico resguardado.

Apesar do tipo penal do art. 229 do Código Penal estar em plena vigência, para parte da doutrina ele deve ser aplicado ao caso concreto de forma cuidadosa, pois ao contrário será considerado lei morta, porquanto visível a incoerência do sistema penal em tolerar a prostituição quando exercida individualmente e condenar os donos de prostíbulos. Deve-se lembrar que aqui não há um bem jurídico específico a ser tutelado e muito menos uma vítima a ser protegida.

Rogério Greco salienta a sua indignação com relação ao tipo penal descrito no art. 229 do CP:

[...] a existência de tipos penais como o do art.229 somente traz descrédito e desmoralização para a Justiça Penal (Polícia, Ministério Público, Magistratura, etc.), pois que, embora sendo do conhecimento da população em geral que essas atividades são contrárias à lei, ainda assim o seu exercício é levado a efeito com propagandas em jornais, revistas, *outdoors*, até mesmo em televisão, e nada se faz para tentar coibi-lo [...] (GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Especial*, v. III. 6ª ed., Niterói: Impetus, 2009, pág. 581)

Nesse mesmo sentido, esclarece Guilherme de Souza Nucci:

[...] os que forem contrários aos locais de prostituição devem buscar sanar o que consideram um problema através de campanhas de esclarecimento ou educação moral, mas jamais se valendo do direito penal, que há muito tempo se mostra ineficaz para combater esse comportamento [...] (NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes Contra a Dignidade Sexual, comentários à Lei 12.015/2009*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, pá. 950).

No caso, embora o estabelecimento onde ocorra a prostituição se enquadre ao tipo penal previsto no art. 229 do CP, entendo, em observância ao princípio da adequação social, que o fato é **atípico**, porquanto não é mais objeto de reprovação social – trata-se de fato consentido, estimulado e

divulgado pela mídia inclusive –, não devendo, assim, ser criminalizado.

Dentro dessa linha de raciocínio, as casas de prostituição já se tornaram comum no seio social, o que confirma o entendimento da descriminalização do artigo em questão, pois o Direito Penal obedece ao princípio da intervenção mínima, ou seja, *ultima ratio*. Cumpre salientar que o legislador, ao perpetrar novas leis, deve criminalizar ações que ataquem a sociedade ou coloquem em risco a existência de outros direitos garantidos, o que não ocorre *in casu*.

Nesse enfoque, Guilherme de Souza Nucci ressalta que:

[...] O Estado deve restringir sua atuação aos atos violentos e ameaçadores, capazes de comprometer a segurança e a tranqüilidade dos cidadãos [...] pelo fundamento de ser excessiva a intervenção estatal no campo da vida privada e íntima dos cidadãos, o tipo incriminador do art.2299 ofende o princípio constitucional da intervenção mínima. Eis por que seria inaplicável, pois inconstitucional [...] é inconcebível que ainda se processe alguém por manter casa de prostituição, fato corriqueiro e amplamente tolerado. E, diga-se a existência dessas casas é do interesse da própria comunidade. Isto porque, não sendo possível erradicar a prostituição, a sua prática em espaços privados é menos nociva do que em espaços públicos [...] (NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 10ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 949/950).

Por conseguinte, *in casu*, a conduta narrada na denúncia (fls. 1/3) carece de maior relevância para o Direito Penal, visto que, embora presente a tipicidade formal, trata-se de figura atípica por ausência de tipicidade material. Isso porque a questão deve ser analisada ante a nova visão que se dá ao fato típico, pois, hoje, considera-se que não bastam a conduta, o nexos, o resultado e a mera reprovação legal, mas sim a relevância da ofensa ao bem jurídico tutelado.

A moderna teoria constitucionalista do delito, que pretende delimitar os tipos penais à Constituição da República, exige que, além da reprovação expressa na lei, estejam presentes a tipicidade material, a imputação objetiva, a subjetiva e a ofensividade, que integram o conceito de tipicidade nos Séculos XX e XXI.

Atualmente, o conceito de delito é dado conforme a teoria estratificada ou analítica de crime, a qual, embora tome a infração como um todo unitário, para fins de estudo e identificação da conduta descrita, analisa a presença específica dos elementos que a compõem, quais sejam: fato típico, ilícito e culpável.

O fato típico, conforme construção doutrinária, é formado pela conduta, que pode ser dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva; pelo resultado; pelo nexos causal entre a conduta e o resultado; e, por fim, pela tipicidade, que pode ser formal e conglobante.

A tipicidade formal diz respeito à incriminação pelo legislador de determinada conduta, estabelecendo um preceito primário e a ele cominando-se pena no preceito secundário. Já a tipicidade conglobante divide-se em antinormatividade e tipicidade material, esta sim nos interessa no deslinde do presente caso. A tipicidade material – sabendo que o legislador no momento da incriminação da conduta já elegeu os bens jurídicos de relevo para a sociedade – analisa se, no caso concreto, o bem já selecionado pelo legislador foi efetivamente lesionado pela conduta do agente.

No presente caso, o recorrido é acusado de manter estabelecimento em que ocorre prostituição (fls. 1/3), sendo-lhe, pois, imputada a conduta descrita no art. 229 do CP. Quanto ao aspecto, malgrado haja posição em contrário – no sentido de que a tolerância na repressão criminal ou o desuso **não** se apresentam em nosso sistema jurídico-penal como causa de exclusão de tipicidade –, penso que o delito em questão merece interpretação restrita, diante da radical modificação dos costumes, pois a exploração comercial do sexo é hoje conduta aceita sem maiores restrições pelo grupo social.

Percebe-se facilmente que, *in casu*, o estabelecimento mantido pelo recorrido, como é comum em casos semelhantes, funcionava com a tolerância das autoridades locais. Ademais, salta aos olhos que na indústria sexual proliferam serviços de telessexo, desenvolve-se a indústria pornográfica, expandem-se as redes de motéis, saunas, *drive in*, boates e uma variedade de casas noturnas, onde se promove a mercancia sexual à luz do dia, tudo devidamente licenciado e autorizado pelo poder público.

De igual forma, com exceção da hipótese de manutenção de casa de prostituição em que se permite ou explore o comércio carnal de crianças e adolescentes, prática que deve ser severamente combatida, a exploração de prostíbulo é conduta que só a cega hipocrisia pode entender não descriminalizada pelos costumes. No caso em exame, não ficou comprovada a exploração sexual de crianças e adolescentes no estabelecimento comercial administrado pelo recorrido.

Não se trata aqui de se desprezar princípios – em particular o princípio da legalidade – nem se está a fazer apologia à conduta praticada, mas sim de constatar que tais locais funcionam às escâncaras, com plena aprovação não só das autoridades, como já dito, como de toda a população, que já não os considera ofensivos, não sendo, portanto, relevantes para o Direito Penal, visto que, embora presente a tipicidade formal, a figura é atípica por faltar-lhe a tipicidade material.

Dessa forma, embora haja indícios da prática do crime capitulado no art. 229 do Código Penal, a moderna teoria da tipicidade conglobante **não** pode ser esquecida na análise da ocorrência do fato típico, porque, repita-se, apenas a formalidade não serve à caracterização do primeiro elemento do crime, que é o fato típico. Para esse desiderato exige-se mais, ou seja, cobra-se que, além da descrição em lei, a conduta lesione efetivamente o bem jurídico tutelado (moralidade sexual), o que não se constata *in casu*, principalmente porque a prática sexual, remunerada ou não, é alheia ao Direito Penal, tratando-se de decisão própria e particular de cada pessoa.

Inclusive, Nucci, ao apontar a excessiva intervenção estatal no meio social, entende inconstitucional a conduta prevista no art. 229 do CP, *in verbis*: *pelo fundamento de ser excessiva a intervenção estatal no campo da vida privada e íntima dos cidadãos, o tipo incriminador do art. 229 ofende o princípio constitucional da intervenção mínima. Eis por que seria inaplicável, pois inconstitucional* (NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 7ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pág. 989).

Afinal, a questão pode ser resumida na óbvia – mas pouco aplicada – **conclusão de Santiago Mir Puig: 'Não se pode castigar aquilo que a sociedade considera correto'**(LOPES, Mauricio Antônio Ribeiro. *Princípio*

da Insignificância no Direito Penal: análise à luz das Leis 9099/95 (Juizados Especiais Criminais), 9.503/97 (CTB) e da jurisprudência atual. 2ª ed., rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pág. 34 – grifo nosso).

Pertinentes as razões postas pelo Ministro Arnaldo Esteves Lima, apesar de vencido, quando do julgamento do REsp n. 820.406/RS, em que se apreciou questão em muito semelhante ao que se discute nos presentes autos:

[...] Ao que se tem do caso concreto, os recorridos mantinham estabelecimento comercial do tipo "bar", inclusive com mesa de *snooker*, no qual encontros sexuais eram acordados. Tal conduta enquadrar-se-ia no tipo penal denunciado, analisando-se somente o aspecto formal da tipicidade.

Contudo, em um exame valorativo/normativo, próprio da tipicidade material, tenho que a conduta descrita na peça inaugural acusatória, tal como ali narrada, não supera o óbice do princípio da aceitação social/irrelevância social do fato (tolerância).

Isso porque, diversamente dos tipos penais insertos nos arts. 228 (favorecimento da prostituição) e 230 (rufianismo), ambos do Código Penal, e no art. 244-AA do ECA (submeter criança ou adolescente à prostituição ou à exploração sexual) – aos quais a sociedade expressa total repugnância –, a só conduta de manter estabelecimento comercial para encontros ou agendamento de encontros sexuais, a chamada "casa de prostituição", é, se não totalmente aceita, certamente tolerada pela sociedade.

Há autores, como Luiz Regis Prado, que tentam uma interpretação restritiva da norma, a fim de diferenciar o local de encontros amorosos (libidinosos) de namorados, daqueles outros envolvendo profissionais do sexo.

Peço vênia ao nobre professor para dele divergir. Não vejo como reconhecer, em casos tais, a tipicidade penal da conduta tendo como base a relação interpessoal que envolve os amantes. Até porque, nos dias atuais, as relações sexuais são difíceis, senão impossíveis, de uma definição precisa, pré-estabelecida. Ademais, tanto namorados como profissionais do sexo se utilizam, por vezes, dos mesmos locais para a prática de suas "artes".

O Professor de Direito Penal e Procurador de Justiça do Ministério Público mineiro Rogério Greco, em sua obra Curso de Direito Penal, ensina:

A existência de tipos penais como o do art. 229 somente traz descrédito e desmoralização para a Justiça Penal (Polícia, Ministério Público, Magistratura etc), pois que, embora sendo do conhecimento da população geral que essas atividades são contrárias à lei, ainda assim o seu exercício é levado a efeito com propagandas em jornais, revistas, *outdoors*, até mesmo em televisão, e nada se faz para tentar coibi-lo.

Nas poucas oportunidades em que se resolve investir contra os empresários da prostituição, em geral, percebe-se, por parte das autoridades responsáveis, atitudes de retaliação, vingança, enfim, o fundamento não é o cumprimento rígido da lei penal, mas algum outro motivo, muitas vezes escuso, que impulsiona as chamadas blitz em bordeis, casas de massagem e similares. Nessas poucas vezes que ocorre essa batidas policiais, também o que se procura, como regra, é a descoberta de menores que se prostituem, demonstrando, assim, que não é o local em si que está a merecer a repressão do Estado, mas sim o fato de ali se encontrarem pessoas que

exigem a sua proteção.

O Estado, no entanto, não está acostumado a abrir mão da força, deixando-a de reserva para "alguns momentos oportunos". Entendemos que a revogação de alguns delitos que giram em torno da prostituição de pessoas maiores e capazes contribuiria para a diminuição da corrupção existente no Estado, pois que a licitude de determinados comportamentos hoje tidos como criminosos impediria solicitações ou, mesmo, exigências indevidas por parte de determinados funcionários públicos, que fazem "vista grossa" quando obtêm alguma vantagem indevida e, ao contrário, retaliam, quando seus interesses ilegais não são satisfeitos.

Acreditamos que o controle social informal, praticado pela própria sociedade, seria suficiente para efeitos de conscientização dos males causados pela prática de determinado comportamento que envolvem a prostituição, não havendo necessidade de sua repressão por parte do Direito Penal, que deve ser entendido como *extrema* ou *ultima ratio*. (in Curso de Direito Penal, Parte Especial, vol. III, 4ª edição, 2007, Ed. Impetus, pág. 581)

Em linha muito próxima, Guilherme de Souza Nucci, assim se manifesta sobre o tema:

Quanto à persistência desse tipo penal, cremos dispensável. É preciso não fechar os olhos à realidade, pois a prostituição, queiram alguns setores da sociedade ou não, está presente e atuante, além de existirem vários locais apropriados para o seu desenvolvimento. Com o nome de motel, casa de massagem, bares ou cafés de encontros, saunas mistas, dentre outros, criaram-se subterfúgios variados para burlar a lei penal. Robora-se a permissividade diante do princípio da legalidade, pois os tribunais pátrios não vêm condenando os proprietários desses estabelecimento sob o pretexto de que não são lugares destinados, exclusivamente, à prostituição, vale dizer, não são casas de prostituição, mas motéis, bares, sauna ou casas de massagem que podem abrigar condutas configuradoras da prostituição. Não se critica a jurisprudência; ao contrário, deve-se censurar a lei, persistindo em impingir um comportamento moralmente elevado - ou eleito com tal - à coletividade através de sanções penais. Os que forem contrários aos locais de prostituição devem buscar sanar o que consideram um problema através de campanhas de esclarecimento ou educação moral, mas jamais se valendo do direito penal, que há muito tempo mostra-se ineficaz para combater esse comportamento. Por outro lado, já que a prostituição não é, penalmente, proibida, não há razão para o tipo penal do art. 229 subsistir. Se, porventura, o local destinado a encontros libidinosos provocar desrespeito a direito alheio - algazarra com perturbação do sossego, congestionamento no trânsito, exposição ofensiva ao pudor etc -, merece ser sanada a questão por outros mecanismos, abolindo-se a polícia de costumes, especialmente no estágio de liberdade atingido pela sociedade. (in Código Penal Comentado, 7ª edição, 2007, Ed. RT, págs. 853/854)

Filio-me, portanto àqueles que entendem não haver crime quando a desaprovação da conduta e/ou do resultado é tolerada pela sociedade, tornando a figura materialmente atípica, como no caso do art. 229 do CP ((REsp n. 820.406/RS, Rel. p/ acórdão Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, DJe 20/4/2009)

Assim, em necessária síntese, se o fato é adequado e admitido socialmente, não pode ser definido como crime, ainda que na aparência se

ajuste ao tipo, no caso, ao art. 229 do CP.

Logo, filio-me à corrente que entende **não** haver crime quando a desaprovação da conduta ou do resultado é tolerada pela sociedade, tornando a figura materialmente atípica, como no caso do art. 229 do CP. Consequentemente, ausente a tipicidade da conduta supostamente perpetrada pelo recorrido, a manutenção do acórdão absolutório é medida que se impõe.

Ante o exposto, em razão dos fundamentos dispostos neste voto, **nego provimento** ao recurso especial".

Ainda:

EMENTA: MANUTENÇÃO DE CASA DE PROSTITUIÇÃO. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. Conduta de manutenção de casa de prostituição, socialmente aceita, sem necessidade de intervenção penal, por força da adequação social da conduta. APELO MINISTERIAL DESPROVIDO". (Apelação Crime (3) Nº 70024551228, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 26/06/2008).

EMENTA: CASA DE PROSTITUIÇÃO. FAVORECIMENTO DA PROSTITUIÇÃO. ATIPICIDADE. Os delitos de 'casa de prostituição' e de 'favorecimento da prostituição', este quando não envolve menores, são condutas atípicas por força da adequação social. À sociedade civil é reconhecida a prerrogativa de descriminalização do tipo penal configurado pelo legislador. A eficácia da norma penal nos casos de casa de prostituição mostra-se prejudicada em razão do anacronismo histórico, ou seja, a manutenção da penalização em nada contribui para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, e somente resulta num tratamento hipócrita diante da prostituição institucionalizada com rótulos como 'acompanhantes', 'massagistas', motéis, etc, que, ainda que extremamente publicizada, não sofre qualquer reprimenda do poder estatal, em razão de tal conduta, já há muito, tolerada, com grande sofisticação, e divulgada diariamente pelos meios de comunicação, não é crime, bem assim não será as de origem mais modesta. Recurso improvido. (Apelação Crime (4) Nº 70023513120, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aramis Nassif, Julgado em 07/05/2008).

"O crime contra os costumes consistente em manter casa de prostituição, previsto no art. 229 do CP, tutela a moralidade pública e, como tal, na pode mais subsistir, em face da opção da sociedade atual em descriminalizar determinadas condutas tipificadas pela ultrapassada conceituação moral do legislador penal de 1940, afigurando-se hipocrisia apegar-se ao rigorismo da postura legalista e, ao mesmo tempo, ignorar a licenciosidade que predomina em telenovelas e em outros programas televisivos" Jurisprudência Mineira 173/419

No que se refere ao princípio da insignificância:

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. - O princípio da insignificância – que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal – tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado – que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada – apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: 'DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR'. - O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor – por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes – não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.” (HC 92.463/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL MILITAR. PACIENTE DENUNCIADO PELA INFRAÇÃO DO ART. 290 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. ALEGAÇÃO DE INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FAVORÁVEIS À TESE DA IMPETRAÇÃO: NÃO APLICAÇÃO À ESPÉCIE VERTENTE. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. HABEAS CORPUS INDEFERIDO. 1. A existência de decisão neste Supremo Tribunal no sentido pretendido pela Impetrante, inclusive admitindo a incidência do princípio da insignificância à justiça castrense, "a despeito do princípio da especialidade e em consideração ao princípio maior da dignidade humana" (Habeas Corpus n. 92.961, Rel. Ministro Eros Grau, DJ 21.2.2008), não é bastante a demonstrar como legítima sua pretensão. 2. Nas circunstâncias do caso, o fato não é penalmente irrelevante, pois a droga apreendida, além de ter sido encomendada por outra pessoa, seria suficiente para o consumo de duas pessoas, o que configuraria, minimamente, a periculosidade social da ação do Paciente. 3. A jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal é no sentido de reverenciar a especialidade da legislação penal militar e da justiça castrense, sem a submissão à legislação penal comum do crime militar devidamente caracterizado. 4. Habeas corpus indeferido. (STF - HC: 94649 RJ , Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 12/08/2008, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-192 DIVULG 09-10-2008 PUBLIC

10-10-2008 EMENT VOL-02336-02 PP-00256).

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. FURTO DE PULSOS TELEFÔNICOS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. O pequeno valor da res furtiva não se traduz, automaticamente, na aplicação do princípio da insignificância. Há que se conjugar a importância do objeto material para a vítima, levando-se em consideração a sua condição econômica, o valor sentimental do bem, como também as circunstâncias e o resultado do crime, tudo de modo a determinar, subjetivamente, se houve relevante lesão. Precedente desta Corte. 2. Consoante se constata dos termos da peça acusatória, a paciente foi flagrada fazendo uma única ligação clandestina em telefone público. Assim, o valor da res furtiva pode ser considerado ínfimo, a ponto de justificar a aplicação do Princípio da Insignificância ou da Bagatela, ante a falta de justa causa para a ação penal. 3. Não há notícia de reiteração ou habitualidade no cometimento da mesma conduta criminosa, sendo que a existência de outro processo em andamento não serve como fundamento para a inaplicabilidade do princípio da insignificância, em respeito aos princípios do estado democrático de direito, notadamente ao da presunção da inocência. 4. Ordem concedida, para trancar a ação penal instaurada contra a paciente. (STJ, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 20/11/2007, T5 - QUINTA TURMA).

No que se refere ao delito tipificado no art. 229 do Código Penal:

RECURSO ESPECIAL. ARTIGO 229 DO CÓDIGO PENAL. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL. INAPLICABILIDADE. TIPICIDADE MATERIAL DA CONDUCTA. 1. O princípio da adequação social é um vetor geral de hermenêutica segundo o qual, dada a natureza subsidiária e fragmentária do direito penal, se o tipo é um modelo de conduta proibida, não se pode reputar como criminoso um comportamento socialmente aceito e tolerado pela sociedade, ainda que formalmente subsumido a um tipo incriminador. 2. A aplicação deste princípio no exame da tipicidade deve ser realizada em caráter excepcional, porquanto ao legislador cabe precipuamente eleger aquelas condutas que serão descriminalizadas. 3. A jurisprudência desta Corte Superior orienta-se no sentido de que eventual tolerância de parte da sociedade e de algumas autoridades públicas não implica a atipicidade material da conduta de manter casa de prostituição, delito que, mesmo após as recentes alterações legislativas promovidas pela Lei n. 12.015/2009, continuou a ser tipificada no artigo 229 do Código Penal. 4. De mais a mais, a manutenção de estabelecimento em que ocorra a exploração sexual de outrem vai de encontro ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo incabível a conclusão de que é um comportamento considerado correto por toda a sociedade. 5. Recurso especial provido para restabelecer a sentença condenatória, apenas em relação ao crime previsto no artigo 229 do Código Penal. (STJ - REsp: 1435872 MG 2014/0037331-9, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 03/06/2014, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/07/2014).

CASA DE PROSTITUIÇÃO (ART. 229 DO CÓDIGO PENAL). PLEITEADA A ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. ADMISSIBILIDADE. LEI Nº 12.015/09. ABOLITIO CRIMINIS. ATÍPICA A MANUTENÇÃO DE ESTABELECIMENTO DESTINADO A ENCONTROS LIBIDINOSOS, MESMO PROGRAMAS SEXUAIS, UMA VEZ NÃO COMPROVADA A PRESENÇA DO ELEMENTO DO TIPO CONSISTENTE NA "EXPLORAÇÃO SEXUAL", QUE FOI ACRESCIDO AO DISPOSITIVO EM COMENTO APÓS A REFORMA LEGISLATIVA. OBJETIVIDADE JURÍDICA ACRESCIDA DE TUTELA DA DIGNIDADE SEXUAL, COM SIGNIFICADO, PORTANTO, RELACIONADO ÀS CONDUTAS MARCADAS PELO ARDIL, VIOLÊNCIA, GRAVE AMEAÇA, ENFIM, PELO PREJUÍZO À VONTADE E DIGNIDADE DA VÍTIMA PRÓSTITUÍDA. AUSENTE COMPROVAÇÃO NOS AUTOS NESTE SENTIDO, REMANESCE A MERA MANTENÇA DE UMA CASA QUE SEDIAVA PROGRAMAS, IMPONDO-SE A ABSOLVIÇÃO CALCADA NO ART. 386, III, CPP. RECURSOS PROVIDOS. (TJ-SP - APL: 10113487219998260506 SP 1011348-72.1999.8.26.0506, Relator: Amaro Thomé, Data de Julgamento: 23/10/2014, 7ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 24/10/2014)

APELAÇÕES CRIMINAIS. MANUTENÇÃO DE CASA PARA EXPLORAÇÃO SEXUAL E TRÁFICO DE DROGAS. RECURSOS DEFENSIVOS. PRELIMINAR DE ILEGALIDADE E IRREGULARIDADE DA OPERAÇÃO POLICIAL QUE CULMINOU NA PRISÃO DOS RECORRENTES. NO MÉRITO, DESEJAM A ABSOLVIÇÃO PELO DELITO DO ART. 229, AO ARGUMENTO DA SUA NÃO RECEPÇÃO PELA CF/1988. SUBSIDIARIAMENTE, REQUEREM A REVISÃO DOSIMÉTRICA EM RELAÇÃO AO CRIME DAS DROGAS, COM A MINORAÇÃO DAS SANÇÕES COMINADAS, APLICAÇÃO DA PREVISÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE REGÊNCIA E O ABRANDAMENTO DO REGIME FIXADO PARA O CUMPRIMENTO INICIAL DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE. Questão preliminar. Os Policiais Civis da prisão dirigiram-se aos estabelecimentos comerciais descritos nos autos, em virtude de uma denúncia anônima formulada perante a Corregedoria Geral Unificada, que dava conta da existência de tráfico de entorpecentes na localidade popularmente conhecida como "Vila Mimosa", a qual apontava a suposta participação de Policiais Militares. A diligência tinha como objetivo a apuração dos fatos mencionados, estando os policiais em estrito cumprimento do dever legal. Os apelantes foram presos em flagrante porque os Agentes da Lei lograram encontrar no local material entorpecente. Inexiste a alardeada ilegalidade ou irregularidade na operação policial que culminou na prisão dos recorrentes. Afinal, se o crime de manutenção de casa de prostituição tipifica objetivamente uma conduta permanente, pouco importando o momento da averiguação da ilicitude por parte do poder público, no que concerne ao crime de tráfico de drogas o mesmo raciocínio se aplica. No caso do primeiro delito a tutela específica recai sobre a moral pública e, neste último crime a saúde geral é o bem juridicamente tutelado, autorizando aos agentes da lei a verificação da violação aos preceitos legais tão logo cientes de sua ocorrência. A contrario sensu, irregularidade ou ilegalidade residiria,

exatamente, na omissão de tais agentes em relação ao cumprimento do seu dever de ofício de averiguar e fazer cessar as condutas ilícitas tão logo das mesmas tivessem ciência ou assim fossem instruídos e autorizados a proceder pela sua chefia imediata, no caso, a Corregedoria Geral Unificada (CGU). Preliminar que se rejeita. No mérito. Não há falar-se em não recepção pela ordem constitucional de 1988 do preceito contido no artigo 229, do CP, mesmo com a nova redação emprestada pela Lei nº 12.015 de 2009. Afinal, é assente e pacífico, inclusive na jurisprudência dos Tribunais Superiores, que a eventual tolerância ou a indiferença na repressão criminal, bem assim o pretense desuso não se apresentam, em nosso sistema jurídico-penal, como causa de atipia. Nessa esteira, portanto, mostra-se correto afirmar que a norma incriminadora não pode ser neutralizada ou até mesmo ser considerada revogada em decorrência de, por exemplo, uma negligente ou desvirtuada repressão policial (art. 2º, caput da LICC), o que a toda vista não é o caso dos autos. Neste diapasão, fulcrar a pretensão reformista do julgado no princípio da adequação social, significa pretender atribuir ao invocado princípio o inexistente condão de afastar do mundo jurídico o tipo penal em comento, o qual somente por lei poderá ser revogado, sob pena de violação aos igualmente importantes princípios constitucionais da legalidade e anterioridade da lei penal, previstos, respectivamente, no art. 5º, incisos II e XXXIX da C.R.F.B. In casu, as provas coligidas demonstram que no citado edifício havia quartos onde se davam encontros de homens e mulheres. Ainda que para relacionamento íntimo e mediante remuneração, a única arrolada nestes autos, Analice, era maior de 18 anos, e demonstrou que assim procedia livremente de qualquer coação, não sendo encontradas quaisquer outras pessoas em situação de vulnerabilidade, seja pela menoridade ou por qualquer outro fator que conduza à mitigação da vontade, condição sem a qual não se poderá admitir o conceito de exploração, integrante do tipo penal. Inobstante isto, demonstram os autos que Francisco Rivaldo foi encontrado na casa 21, mas a mesma passava por reformas, e, se ali funcionava algum local de encontros íntimos, o certo é que quando da diligência nada existia e nenhuma prostituta ou cliente ali se encontrava. Por sua vez, Leandro estava na casa 29 e Paulo na casa 4, mas não se comprovou qualquer prática de ato libidinoso naqueles locais, limitando-se o ocorrido ao plano das ilações. De volta ao estudo do tipo penal, este traz como verbo MANTER estabelecimento em que ocorra exploração sexual. E, ao que nos autos parece, os três eram empregados dos locais, mas não os mantinham, como diz o tipo, fosse por conta própria ou mesmo de terceiro. Finalmente, sobreleva notar que a Lei 12.015/2009, alterando a antiga redação do art. 229, do CP, que era expresso em *“casa de prostituição”*, hodiernamente giza *“estabelecimento em que haja exploração sexual”*. Não se realizando nas condutas imputadas os núcleos manutenção e exploração, não merecem, portanto, punição pelo Estado Juiz. CPP, art. 386, inciso VII. Relativamente ao remanescente crime das drogas, indene de dúvidas que os apelantes praticaram a conduta tipificada na lei de regência. Irrefutáveis as provas encontradas, consubstanciadas na quantidade de maconha e cartuchos, *“pinos”* ou *“tubinhos”* de cocaína arrecadados, fora aqueles que se encontravam espalhados pelo local em indicativo de pleno consumo. Correto o juízo de desvalor vertido na condenação perpetrada, que deve ser mantida. No plano da dosimetria, porém, há reparos a proceder. RECURSOS

CONHECIDOS. PRELIMINAR REJEITADA. NO MÉRITO, PARCIALMENTE PROVIDOS, na forma do voto do relator. (TJ-RJ - APL: 02995303420138190001 RJ 0299530-34.2013.8.19.0001, Relator: DES. GILMAR AUGUSTO TEIXEIRA, Data de Julgamento: 09/10/2014, OITAVA CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 13/10/2014 15:21)

Finalmente, no que se refere à exploração sexual e a Lei 12.015/2009:

APELAÇÃO CRIMINAL - CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL - FACILITAÇÃO DE PROSTITUIÇÃO E CASA DE PROSTITUIÇÃO (CP, ARTS. 221 E 229) - SENTENÇA ABSOLUTÓRIA - IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL - ALMEJADA CONDENAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - MANUTENÇÃO DO ESTABELECIMENTO QUE, POR SI SÓ, NÃO CONFIGURA O CRIME DO ART. 229 DO CP - NOVA REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 12.015/2009 QUE EXIGE A EXPLORAÇÃO SEXUAL POR PARTE DO AGENTE - INEXISTÊNCIA DE PROVAS NESTE SENTIDO - SUPOSTA FACILITAÇÃO IGUALMENTE NÃO DEMONSTRADA - ABSOLVIÇÃO MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO (Apelação Criminal n. 2015.023602-7, de Trombudo Central - Relatora: Desa. Salete Silva Sommariva).

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE CASA DE PROSTITUIÇÃO (ART. 229 DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA.

ABSOLVIÇÃO. ACOLHIMENTO. ART. 229 DO CÓDIGO PENAL COM NOVA REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 12.015/2009. *ABOLITIO CRIMINIS* PELA REFERIDA LEI. NECESSIDADE DE EXPLORAÇÃO SEXUAL PARA CONFIGURAÇÃO DO TIPO PENAL, O QUE NÃO ESTÁ CARACTERIZADO NOS AUTOS. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

"Explorar é colocar em situação análoga à de escravidão, impor a prática de sexo contra vontade ou, no mínimo, induzir a isso, sob as piores condições, sem remuneração nem liberdade de escolha. [...] A meu ver, com a recente alteração trazida pela nova lei, os processos que se encontram em tramitação pelo crime de "casa de prostituição", se não envolverem exploração sexual, deverão resultar em absolvição, pois a conduta de manter casa para fins libidinosos, por si só, não mais configura crime" (ELUF, Luiza Nagib. *Casa de Prostituição*. Folha de São Paulo. São Paulo, 1-10-2009, p. A3). (Apelação Criminal n. 2013.084764-2, de Palhoça - Relatora: Desa. Marli Mosimann Vargas).

Por fim, o excelente voto proferido pelo Des. Jorge Martins:

DENÚNCIA QUE NARRA FATOS PERTINENTES AO CRIME

PREVISTO NO ARTIGO 229 DO CÓDIGO PENAL (CASA DE PROSTITUIÇÃO), BEM COMO AO TIPO PENAL PREVISTO NO ARTIGO 228 (FAVORECIMENTO À PROSTITUIÇÃO), ESTE EM RAZÃO DA FACILITAÇÃO PROMOVIDA PELA DISPONIBILIZAÇÃO DE QUARTOS A SEREM UTILIZADOS PELAS ACOMPANHANTES. CAPITULAÇÃO OFERECIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO COM BASE APENAS NO ARTIGO 228 DO CÓDIGO PENAL. IRRELEVÂNCIA. DEFESA QUE DEVE SER PERMEADA PELOS FATOS NARRADOS. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA.

É cediço que a defesa deve rebater os fatos narrados na denúncia e não ficar limitada à capitulação realizada pelo Ministério Público. Assim, eventual incongruência ou confusão entre os fatos narrados e a capitulação do tipo penal não resulta em inépcia da peça acusatória, uma vez que não viola o princípio da ampla defesa.

FAVORECIMENTO À PROSTITUIÇÃO COM INTUITO DE LUCRO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. TIPO PENAL QUE EXIGE A CRITERIOSA AVALIAÇÃO DO JULGADOR EM RELAÇÃO À SITUAÇÃO FÁTICA EXTRAÍDA DO CONJUNTO PROBATÓRIO, BEM COMO DOS ELEMENTOS DO TIPO, EM RAZÃO DA LENIÊNCIA PELA SOCIEDADE. PROVAS PRODUZIDAS QUE NÃO DEMONSTRAM A MATERIALIDADE E AUTORIA DO CRIME. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA SUBORDINAÇÃO DAS ACOMPANHANTES À PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS SEXUAIS. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DE AMEAÇA OU VIOLÊNCIA PARA QUE OS PROGRAMAS FOSSEM REALIZADOS NOS QUARTOS DO ESTABELECIMENTO.

A facilitação à prostituição mencionada no *caput* do artigo 228 do Código Penal exige, além da disponibilização de quartos em determinada casa de prostituição, a comprovação da ameaça ou violência empregada em desfavor das mulheres que prestam os serviços sexuais, o que não acontece quando o conjunto probatório demonstra que as acompanhantes realizavam os programas nos quartos do estabelecimento por livre e espontânea vontade.

ESTABELECIMENTO QUE POSSUÍA TODA A DOCUMENTAÇÃO NECESSÁRIA PARA SEU FUNCIONAMENTO. ERRO SOBRE A ILICITUDE DO FATO. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE.

A manutenção de casa de prostituição ou de local destinado a encontros sexuais, mediante licença da autoridade policial ou pagamento de impostos ou taxas, poderá configurar o erro de proibição (CP, art. 21), pois há erro sobre a ilicitude do fato. Nenhuma autoridade está autorizada por lei a conceder licença ou cobrar qualquer tipo de taxa para o funcionamento de tais locais, porém o agente, por desconhecer a lei, supõe ser lícito o fato (Capez, Fernando. Curso de direito penal. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 90)" (Apelação Criminal n. 2011.032092-0, de Blumenau - Relator: Des. Jorge Schaefer Martins).

Se a confiança dos Juízes neste sentido, objetivo e método, for inteiramente abalada, qual a consistência que prolatará um juízo condenatório, para este fim? Heleno Cláudio Fragoso lembra que a pena neutraliza o medo

do delinquente em perder o respeito da comunidade - pois ele já o perdeu!

Tenho como muito indicado e atual nesta matéria, o pequeno grande livro de Beccaria - Dos delitos e das penas - embora escrito há dois séculos! E ele já professava que a infâmia é uma marca da desaprovação pública, que retira do culpado a consideração, a confiança que a sociedade depositava nele e essa espécie de irmandade que une os cidadãos de uma mesma Nação.

É bem verdade que somente tal ato judiciário não comporá o desequilíbrio em que se acham lançadas não apenas as Rés, mas grande parte da sociedade, mas minha parcela de colaboração foi aqui lançada.

Consigne-se que, lamentavelmente, o Juiz brasileiro não tem condições favoráveis de exercício judicante que lhe permita, como devia ser, dedicar ampla atenção a cada processo aparentemente simples como este, mas, que traz em seu bojo o destino de um ser humano!

Com base nisso, votei no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento.

Essas foram as razões do meu dissenso.

Florianópolis, 6 de junho de 2018.

Júlio César Machado Ferreira de Melo
Desembargador