

RECURSO ESPECIAL Nº 1.424.233 - SP (2013/0402376-4)

RELATOR : **MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
RECORRENTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
RECORRIDO : **O M F**
ADVOGADOS : **LEONARDO FOGAÇA PANTALEÃO E OUTRO(S) -**
SP146438
LEONARDO MISSACI - SP300120

DECISÃO

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO interpõe recurso especial, com fulcro na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** na Apelação n. 0002569-48.2005.8.26.0050.

Nas razões recursais, o recorrente aponta violação dos arts. 228, *caput* e § 3º, e 229, ambos do Código Penal. Ressalta, primeiramente, que, como os fatos imputados ao recorrido são anteriores ao advento da Lei n. 12.015/2009, deve ser considerada a redação do arts. 228 e 229 do CP vigente à época dos fatos, "até porque a lei nova, mais abrangente, não deve retroagir, sob pena de prejudicá-lo" (fls. 9.235 e 9.248).

Afirma que "a objetividade jurídica do delito [art. 229 do CP] é a moralidade pública sexual e os bons costumes, buscando a lei impedir, ou dificultar, a instalação de locais destinados a todas as formas de prostituição" (fl. 9.235).

Registra, ainda, que "*casa de prostituição* constitui elemento normativo do tipo e significa o local onde as prostitutas permanecem para o exercício do comércio carnal" (fl. 9.236), tratando-se de "lugar destinado a encontros para fim libidinoso" (fl. 9.237).

Com base nesses dados, sustenta a tipicidade da conduta imputada ao réu, ao argumento de que é incontroverso no acórdão recorrido "que o estabelecimento em destaque é casa destinada ao encontro de pessoas adultas, que buscam diversão como beber, ouvir música, fazer sauna, nadar, dançar e, de (sic) possível, mediante consenso, fazer sexo pago" (fl. 9.238).

Assere que, ao contrário do consignado no acórdão recorrido, "o tipo penal não exige, de nenhuma maneira, para sua tipificação, ou para a

consumação do delito, que a prostituta tenha residência no local utilizado para encontros libidinosos, ou que seja explorada pelo *caften*" (fl. 9.240), tampouco "de que o local se preste única, exclusiva e especificamente para a prostituição" (fl. 9.240).

Alega, ainda, que não se pode aplicar o princípio da adequação social à espécie, a fim de reconhecer a atipicidade da conduta, uma vez que "o eventual desuso, a questionável tolerância ou, até mesmo, o costume, em nosso sistema jurídico penal não ensejam a revogação da norma incriminadora" (fls. 9.242-9.243), em especial quanto aos delitos em comento, pois "a recente alteração legislativa, promovida pela Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009, não revogou os artigos 228 e 229 do Código Penal, mas sim alargou a hipótese de abrangência de referidos tipos penais, para abarcar situações outras" (fl. 9.245).

No tocante ao delito previsto no art. 228 do Código Penal, aduz tratar-se "de tipo penal de ação múltipla ou de conteúdo variado, em que a realização de apenas uma das condutas incriminadas pela norma dá ensejo à tipificação" (fl. 9.249).

Considera, com lastro na doutrina pátria, que o fato "de os sujeitos passivos do crime já terem exercido, antes dos fatos, a condição de garotas de programa" (fl. 9.255) não afasta a "tipicidade da conduta do agente, ao menos na modalidade *facilitar* a prostituição" (fl. 9.253).

Requer, dessa forma, seja "mantida a condenação do réu, nos termos da sentença de primeiro grau" (fl. 9.256).

Apresentadas as contrarrazões e admitido o recurso, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo seu provimento.

Decido.

I. Contextualização

O ora recorrido foi denunciado, juntamente com outras cinco pessoas, pela suposta prática dos delitos previstos nos arts. 228, *caput* e § 3º, 229 e 231-A, na forma do art. 69, todos do Código Penal.

Encerrada a instrução, o recorrido foi condenado, em primeira instância, às seguintes penas: a) pela prática do crime previsto no **art. 229, § 3º, do Código Penal, a 5 anos de reclusão e 360 dias-multa** e b) como incurso no **art. 228, § 3º, por treze vezes, c/c o art. 71, ambos do Código Penal, a 6**

anos e 8 meses de reclusão e 3.744 dias-multa. Diante do concurso material, as reprimendas foram somadas, totalizando **11 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 4.104 dias-multa.** Os demais acusados foram absolvidos das imputações. A condenação de Oscar Maroni Filho foi assim justificada (fls. 8.683-8.721, grifei):

No mérito, a questão, de fato e de direito, nos parece óbvia:

- 1) O "Bahamas", "como todo mundo sabe", era, ao tempo dos fatos, uma Casa de Prostituição, segundo o senso comum e segundo a Lei Penal ainda vigente.
- 2) O acusado OSCAR MARONI FILHO (e pelo menos ele, já que, com relação aos demais, não se poderá afirmar), facilitava, ao tempo dos fatos, a prostituição de diversas mulheres (algumas identificadas nos autos, a maioria, não).

[...]

E é forçoso reconhecer que, após exaustiva análise das quase 10 mil páginas do feito, pouco se acrescentou de novo àquilo que é público, notório e até mesmo incontroverso: o estabelecimento denominado "Bahamas", situado na Rua Chanés, número 571, onde por anos funcionou, **era, ao tempo dos fatos, local que se destinava a encontros libidinosos, onde trabalhavam de forma habitual "as mais lindas garotas de programa do País, que chegavam a cobrar R\$ 600,00 por hora de programa", realizando os encontros libidinosos nas suítes ali existentes e disponibilizadas pelo próprio estabelecimento, que fazia desta a sua principal e bastante lucrativa atividade econômica.**

É igualmente público e notório que referido estabelecimento, onde eram cobradas elevadas taxas de consumo de clientes, para lá atraía tais "lindas garotas", que para ali se dirigiam muitas vezes em seus "carros importados", chegando a ganhar quinze a vinte mil reais por mês, **fornecendo assim as condições ideais para o exercício do meretrício seguro, com boa clientela garantida.**

[...]

No entanto, o processo está repleto de argumentos hipócritas e falaciosos que **buscam mascarar ou maquiagem a principal atividade econômica exercida no estabelecimento: a exploração da prostituição alheia.**

Com efeito, de "balneário hoteleiro", evidentemente, não se cuida. Balneários hoteleiros são frequentados por famílias, casas de prostituição são frequentadas por homens ("executivos, políticos, artistas, empresários") em busca de **encontros**

libidinosos com prostitutas, ainda que iniciados em piscina, sauna, restaurante, pista de dança ou salão de sinuca.

Aliás, simples raciocínio lógico basta para demonstrar a hipocrisia da versão repisada pelo réu OSCAR MARONI FILHO com o único propósito de obter autorizações administrativas de funcionamento e "demonstrar", ao inglês que queira ver, que crime ali não se cometia: elimine-se a frequência das garotas de programa ("as mais lindas do Brasil", aptas a concorrer a concurso de beleza) e certamente não haveria público disposto a banhar-se ou hospedar-se no local, pagando a "módica" quantia de R\$ 69,00 por hora de "hospedagem", ou ainda a pagar R\$ 200,00 por uma dose de uísque.

[...]

Com efeito, **mero cálculo aritmético nos levaria a uma diária de R\$ 1.656,00 (24h x R\$ 69,00, em valores de 2007), dignos do Ritz de Paris, para um quarto onde abundam espelhos e faltam armários e demais amenidades hoteleiras!!!**

Seguramente, sem as "lindas garotas de programa" – principal produto ou, porque não dizer, serviço oferecido pela casa – não haveria clientela perdulária em número suficiente para justificar o vulto e a "sofisticação" das instalações, nem o preço praticado.

[...]

Justamente esta habitualidade é que conferiu à casa noturna "Bahamas" tamanha notoriedade e conseqüente estabilidade e solidez ao tão lucrativo negócio, que faturava até um milhão de reais ao mês, com a exploração da prostituição, como admitido pelo próprio réu ao posar de empresário à revista "Istoé Dinheiro" (isto em valores de 2004!!!).

A habitualidade e a subordinação das meretrizes à casa também se demonstra pela admissão, ao menos por algumas das vítimas, de que era exigido cumprimento de horário de trabalho, subordinação às regras de conduzir-se e vestir-se na casa, bem ainda fornecimento de exames negativos de DST pelas garotas ali admitidas a exercerem a prostituição.

Igual habitualidade se extrai dos apontamentos relativos à utilização do prostíbulo "Bahamas" para captação de clientela e turismo sexual de estrangeiros, pelos relatórios diários de ocorrências do "Bahamas" contendo os nomes e horários das garotas de programa, pelos relatórios de controle de chaves utilizadas pelas garotas de programa que ocupavam as suítes do prostíbulo e pelas fichas de controle de garotas que utilizavam o "Cyber Bahamas" (fls. 6342/6373).

[...]

A roupagem que se dê a ela ("balneário hoteleiro" ou "centro de terapia empresarial") não desnatura a sua essência, assim como, desde os tempos de Esopo, uma gralha enfeitada com penas de pavão continua sendo uma gralha, e um burro coberto com pele de leão não perde as orelhas.

[...]

A exploração da prostituição era, portanto, patente e evidente: a casa lucrava não somente com as altas taxas cobradas pelo consumo de bebidas, como também com o aluguel de quartos, tudo que evidencia a manutenção do lugar precipuamente para fim de encontros libidinosos.

A quantidade de quartos existentes no local, bem como a implementação do anexo "hotel", com uma passagem subterrânea para o "Bahamas", comprovam a verdadeira finalidade da atividade ali exercida, qual seja, a exploração da prostituição.

[...]

Por isto, repita-se, toda forma de exploração da prostituição remanesce empresa reprovável e merecedora de severa repressão penal em um Estado Democrático de Direito que tem por um dos fundamentos a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal).

Se a lei penal brasileira não pune o próprio ato de prostituir-se, é certo que **não admite que se faça da prostituição – e mais recentemente de outras formas de exploração sexual – uma atividade lucrativa, um meio de vida, permitindo-se a proxenetas de toda espécie, sejam bem ou mal sucedidos em sua empresa, acumular ganhos explorando, direta ou indiretamente, a atividade da mulher que mercadeja favores sexuais, quer ela o faça por livre e espontânea vontade ou não**, o que, aliás, não é e nunca foi exigência da lei penal.

[...]

Restou demonstrado, pela análise dos depoimentos, o que também já era óbvio: tais garotas, diante dos altos valores que poderiam obter em troca de seus favores (posto que a própria notoriedade da casa já era, por si só, fator de seleção de clientela abonada, disposta a pagar entre R\$ 300,00 a R\$ 600,00 por cada hora de programa realizado, em valores de 2004), **eram sim atraídas ao estabelecimento em razão das facilidades oferecidas e ali tinham a prostituição facilitada pela sofisticada estrutura que a casa oferecia.**

A prova dos autos revela ainda que tais garotas eram sim previamente entrevistadas e selecionadas ou por OSCAR MARONI FILHO, ou por seus funcionários, que agiam sob seu

comando, e eram orientadas quanto às regras de atuação na casa, como modo de vestir-se e portar-se, bem ainda quanto ao horário a cumprir (permanência mínima de 8 horas na casa).

[...]

A prova dos autos revela precisamente que **o estabelecimento "Bahamas", além de funcionar como casa de prostituição, ainda oferecia diversas facilidades para estimular a prostituição, desde alimentação, vestiário, guarda-objetos, até local seguro para satisfazer sua clientela, já previamente "selecionada" pelos altos preços praticados na casa e para ali atraída pela promessa de encontrar "as mais lindas garotas de programa do Brasil"**. Ali, as prostitutas ainda realizavam seus programas sem necessidade de sair da casa e de se expor aos perigos da noite na companhia do desconhecido cliente. E esta conclusão não é inferência do Juízo, mas declaração textual de mais de uma vítima ouvida nestes autos.

Se isto não é facilitar o exercício da prostituição, indaga-se o que seria necessário para caracterizar o núcleo do tipo penal.

E já se responde: disponibilizar até mesmo a possibilidade de pagamento dos programas sexuais com cartão de crédito, lançando a despesa em nome da casa, que cuidava posteriormente de repassar os valores à meretriz. Prático, fácil e seguro, permitindo à clientela pagamento a crédito para consumo a vista.

[...]

Como se vê, todavia, em nenhum momento, em seus interrogatórios, OSCAR MARONI FILHO nega ser ele o dono, o mentor, o administrador, enfim, o empresário que mantinha o "Bahamas"; ao contrário, chama sempre para si os louros de sua empreita, "como se se tratasse de rendosa e lícita atividade", mas que não passava de "crime de ação pública".

O mais que se extrai do conteúdo dos interrogatórios do réu são mentiras negativas do óbvio ou questões irrelevantes para o julgamento desta causa.

A versão quanto a suposta "montagem" foi desmentida, aliás, no relato da testemunha Cabrini, ouvido nos autos, e nos laudos periciais relativos à reportagem jornalística (fls. 6026/6038 e 6040/6060 – íntegra da reportagem).

O laudo ainda revelou o encontro, no local, de dezenas de mulheres sofisticadas e bem cuidadas com indubitável propósito de se prostituírem mediante generosos michês e atesta a afirmativa feita pelo acusado OSCAR MARONI FILHO dizendo: "sim, é prostituição de luxo sim, não vamos ser hipócritas, não vamos ser falsos".

Tanto o Ministério Público quanto o recorrido apelaram. O primeiro postulou a condenação de todos os acusados. A defesa, por sua vez, alegou, preliminarmente, parcialidade do juiz e cerceamento de defesa e, no mérito, requereu a absolvição do acusado.

O Tribunal *a quo*, à unanimidade, negou provimento ao recurso ministerial e, por maioria, deu provimento ao apelo defensivo, a fim de, reconhecida a atipicidade das condutas, absolver o réu, sob a seguinte motivação (fls. 9.188-9.197, destaquei):

[...]

A condenação lançada em primeiro grau não pode prevalecer, *data maxima venia*.

A toda evidência, em prolegômenos e sem se olvidar da advertência lançada com insistência e ênfase na r. sentença (fls. 8.319/8.323), no sentido de que a norma penal só perde eficácia sancionadora com a promulgação de outra norma, deve-se consignar que o preclaro GUILHERME DE SOUZA NUCCI ao analisar o tipo penal do art. 229, em cotejo com o princípio constitucional da intervenção mínima, leciona: [...]

Merece, também, destaque a percuciente observação feita por ROGÉRIO GRECO: [...].

Feito tal introito, de caráter meramente ilustrativo, analisa-se a questão de fundo, quanto à tipicidade do art. 229 do Código Penal.

A conduta, que envolve o ora apelante Oscar Maroni e o Bahamas, não é novidade nesta Colenda Câmara. Com efeito. Por ocasião do julgamento da Apelação Criminal nº 993.02.003223-1, em brilhante v. aresto conduzido pelo eminente Desembargador SALLES ABREU, assentou-se, de forma acertada e unânime, que **o estabelecimento em destaque é casa destinada ao encontro de pessoas adultas que buscam diversão como beber, ouvir música, fazer sauna, nadar, dançar e, se possível, mediante consenso, fazer sexo pago.**

Destarte, estribado em lição do ilustre CELSO BASTOS, decidiu-se no precitado voto condutor – e **aqui está o fundamento absolutório – que casa de prostituição requesta a característica irrefutável de que as prostitutas precisam residir ou possuir forte vínculo com o sítio dos fatos e ali permanecer sob o jugo tirânico do cáften, sob pena de desnaturar o crime.**

Tal parecer foi acostado aos presentes autos, às fls. 225/245,

com aditamento às fls. 246/255, merecendo destaque o seguinte trecho: *casas de prostituição tinha um significado muito diferente das casas noturnas de hoje, voltadas a encontros amorosos. Na conceituação do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, entendia-se, por aquela expressão, as casas em que efetivamente as mulheres habitavam e trabalhavam. Elas, na verdade, acabavam reduzidas a autênticas escravas, por ausência da liberdade que se via atrofiada pela pressão exercida pelas circunstâncias; fundamentalmente, a de estar sempre na dependência do local para sobreviver, posto que lá residiam. Isto lhes impedia de assumir uma posição alternativa, ficando sempre ao sabor das exigências, – normalmente de uma mulher, a cafetina –, para saber o que lhe poderia ser oferecido e quanto. Nos dias de hoje, estas circunstâncias estão completamente ausentes nas casas noturnas, como a do proprietário em questão, que podem, evidentemente, prestar-se, inclusive para encontros dos quais resultarão relações carnavais. Nesse sentido, bares, motéis, hotéis também podem se prestar para o mesmo fim (fls. 247).*

Em suma, para tipificação da conduta ilícita, é **imperioso que as prostitutas residam no local e, paralelamente, que ele se destine à prostituição**. E, com a devida vênia, mais uma vez, tais fatos não ocorreram na hipótese vertente.

Noutros dizeres, **dentre as múltiplas atividades exercidas no interior do Bahamas (v.g. restaurante, american bar, sauna, bilhar, pista de dança, piscina), era possível o encontro sexual mediante pagamento que, ressalte-se, à luz da prova concatenada na espécie, não há lastro de que era repassado à casa noturna**. É isso que se conclui dos vários depoimentos prestados por pessoas na instrução que se intitularam invariavelmente como garotas de programa (fls. 2.069; fls. 2.088/2.099; fls. 2.100/2.115; fls. 2.116/2.124; fls. 2.125/2.137; fls. 2.138/2.160; fls. 2.161/2.167; fls. 2.168/2.175; fls. 2.176/2.193; fls. 2.495/2.496; fls. 5.991/6.000; fls. 6.008/6.010; fls. 6.636).

Por fim, não se pode perder de vista a advertência lançada pelo ilustre Desembargador SALLES ABREU no v. aresto de que se falou: *por maiores que sejam as críticas dirigidas às pessoas que exercem a atividade do recorrente Oscar Maroni Filho, de manter casa de lazer para adultos, com toda a complexidade, inclusive de propiciar espaço para a atividade sexual, o empreendimento não se confunde com o conceito de 'casa de prostituição', por falta de especificidade* (grifos meus).

Não são poucos os precedentes desta Corte que fazem coro à

decisão lançada. A este teor, confirmam-se: Apelação Criminal nº 0004394-23.2005.8.26.0019, Rel. Des. SALLES ABREU, julgada em 24.5.11; Apelação Criminal nº 0006135-30.2007.8.26.0407, Rel. Des. NEWTON NEVES, julgada em 15.2.11; Apelação Criminal nº 990.10.270936-1, rel. Des. ANTONIO MANSSUR, julgada em 15.12.10; Apelação Criminal nº 0023534-91.2004.8.26.0564, Rel. Des. SOUZA NUCCI, julgada em 14.2.12.

Por fim, anota-se que a ilustre Procuradora de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, Dra. Luiza Nagib Eluf, em artigo publicado no jornal Folha de São Paulo, edição de 1.10.09, defende que, **hoje, para a ocorrência do tipo penal previsto no art. 229 do Código Penal, se tornou imprescindível demonstração da exploração sexual no estabelecimento, circunstância que, como se viu, jamais ocorreu no caso em apreço.**

[...]

Analisa-se, adiante, a expiação derivada do art. 228, § 3º do Código Penal, por treze infrações, em continuidade delitiva.

De início, mais uma vez, pede-se licença para transcrever a doutrina moderna do insigne GUILHERME DE SOUZA NUCCI ao analisar o tipo penal em destaque: [...]

Feita tal introdução, respeitadas as balizadas vozes dissonantes, anota-se que **o tipo penal não alcança a pessoa maior de dezoito anos de idade que, ao tempo do fato, se encontrava prostituída, ou seja, que já exercia, ainda que esporadicamente, o sexo pago.**

Ora, com a devida vênia, como o réu Oscar poderia atrair e facilitar prostituição das treze mulheres ouvidas na fase pretoriana, se todas, maiores de idade, indistintamente, admitiram que, antes dos fatos descritos na peça matriz, exerciam a atividade de garota de programa e foram até o Bahamas a convite de amigas para realizar encontros sexuais mediante remuneração, pagando, inclusive, ingresso para adentrar no estabelecimento?

Noutros dizeres, as vítimas dão conta na instrução que se sentiram atraídas pela casa Bahamas porque ali, segundo pessoas de suas convivências, era possível sexo consensual pago, podendo, inclusive, receber dos clientes pagamento por meio de cartão de crédito. E, em consequência, **inexiste lastro de que o réu Oscar, ou seus funcionários e sócia, auferiam alguma espécie de lucro** com os encontros sexuais voluntariamente entabulados por essas mulheres dentro do Bahamas.

Neste particular, não se perca de vista orientação delineada pelo

Superior Tribunal de Justiça

Superior Tribunal de Justiça, segundo quem *apenas existirá favorecimento quando a pessoa é levada à prostituição ou impedida de abandoná-la. Assim, se quando a vítima passou a frequentar casa de prostituição, já fazia da prostituição seu modo de vida, não há que se cogitar do delito previsto no art. 228 do Código Penal* (RT 748/588, jurisprudência inserta em Código Penal Interpretado, JÚLIO FABBRINI MIRABETE e RENATO N. MIRABETE, Ed. Atlas, 7ª ed., p. 1421, grifos meus).

A própria sentença objurgada traz a notícia de que as mulheres frequentadoras do Bahamas cobravam entre R\$ 300,00 e R\$ 600,00 por sessenta minutos de prazer sexual. E que ali aportavam as mais belas estudantes universitárias da Capital em carrões importados (fls. 8.325).

Ora, como falar em favorecimento à prostituição na hipótese vertente se inclusive há oferta diária de acompanhante e de programas sexuais mediante pagamento do cliente até nos jornais de grande circulação?

O tipo penal, portanto, mais uma vez, não se aperfeiçoou.

Há de se destacar que Bianca Lisboa (fls. 2.069) admitiu ser garota de programa. Ainda ela cobrava, em média, R\$ 400,00 para cada encontro sexual, sem hierarquia do réu Oscar, tampouco obrigatoriedade de cumprimento de horário mínimo e pagava para entrar no Bahamas. De igual teor é o relato de Itacira Teixeira (fls. 2.088/2.099) que confessou ter exercido antes a atividade de garota de programa e, na oportunidade, ter tido acesso ao Bahamas como qualquer cliente mulher, ou seja, mediante pagamento de entrada para encontrar cliente por sexo pago.

Kátia Botário (fls. 2.100/2.115), por sua vez, noticiou frequentar espontaneamente o sítio dos fatos para sexo pago. Aduziu que inexistia tempo mínimo de permanência, tendo, ainda, ressaltado que os depoimentos na fase inquisitorial foram conduzidos com certa truculência e foram transcritos pelos Delegados de Polícia de forma arbitrária.

Ainda, Lilian Jabra (fls. 2.116/2.124) relatou ter sido garota de programa por mais de duas décadas. Essa mesma condição foi assumida por Nalva Almeida (fls. 2.125/2.137) e por Mariana Corrêa, que, coincidentemente, foi também aluna do Promotor de Justiça Blat em curso universitário (fls. 2.138/2.160).

Deve-se observar, ainda, que Fernanda Serdeira, constrangida, prestou depoimento. Esse constrangimento adveio do fato de estar casada e ter ocultado do marido, que a acompanhou à audiência, a circunstância de ter frequentado o Bahamas,

enquanto solteira, para sexo pago, o que fazia para minimizar sua então dificuldade financeira.

Contou, na sequência, que sequer conseguiu ler o depoimento transcrito na fase inquisitorial, uma vez que ele lhe foi apresentado formalmente pronto. Essa assertiva, aliás, tem ressonância nos dizeres de Kátia Botário (fls. 2.161/2.167).

Liliane Silva (fls. 2.168/2.175), sob o crivo do contraditório, também assumiu a condição de garota de programa e o pagamento para entrar na boate, assim como fizeram Esmeralda Rodrigues (fls. 2.176/2.193), que admitiu ter o codinome Meri, e Ângela Weidt (fls. 2.495/2.496).

Geisa de Andrade (fls. 5.991/6.000), ouvida por carta precatória, asseverou ter exercido, antes dos fatos, a prostituição, tendo frequentado, inclusive, outras casas noturnas nesta Capital, como o Café Photo. Igualmente pagou sua entrada no Bahamas para buscar cliente para sexo pago, sem nenhum acerto prévio com o réu Oscar Maroni.

Sandra Silva (fls. 6.008/6.010), também ouvida por carta precatória, admitiu cobrar, ao tempo do fato, em média, R\$ 250,00 por programas carnais. Noticiou também em seu depoimento que nenhuma garota era obrigada a repassar qualquer quantia ao estabelecimento. E Silmara Abreu (fls. 6.636), inquirida por carta precatória expedida para Santa Catarina, a exemplo de todas as outras mulheres ouvidas na instrução, admitiu ser garota de programa.

Em resumo, **o elemento subjetivo do tipo penal exige a circunstância específica de o agente ser a porta de acesso para o incauto no comércio do sexo profissional ou em forma de exploração sexual.** E, dada essa exigência, por atipicidade de conduta, há que ser afastada a incidência do tipo penal, já que o sujeito passivo, na espécie, já se encontra prostituído, ou seja, já exercia, antes dos fatos, a condição de garota de programa.

[...]

Logo, não há que se falar em tipicidade de conduta.

Feito esse registro, passo ao exame das teses ministeriais.

II. Tipicidade da conduta prevista no art. 229 do Código Penal

De início, ressalto que, como já havia destacado a Magistrada sentenciante, a análise da tipicidade delitiva deve ser feita à luz do dispositivo

vigente no momento dos fatos, pois a alteração legislativa posterior (Lei n. 12.015/2009) aumentou o espectro de incidência da norma e, portanto, pode ser prejudicial ao réu.

O art. 229 do Código Penal, à data dos fatos, possuía a seguinte redação:

Casa de prostituição

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

Pena – reclusão, de dois a cinco anos, e multa.

André Estefam, ao discorrer sobre o delito em questão, registra:

É fundamental, na compreensão da esfera de incidência do tipo penal, delimitar o alcance da expressão "estabelecimento". Conforme dissemos acima, trata-se do **imóvel voltado ao desenvolvimento de dada atividade profissional (in casu, o meretrício ou atividade assemelhada)**.

[...]

Discutem nossos tribunais, ainda, se a infração se perfaz quando no local há outras finalidades além do exercício do "comércio carnal". **Há forte corrente no sentido de que, em tais casos, deixa de existir o crime, dado que o estabelecimento passaria a ter atividades outras além da prostituição.** (*Crimes Sexuais*. Comentários à Lei n. 12.015/2009. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 120-121, grifei).

Cezar Roberto Bittencourt afirma, ainda:

Para a configuração do delito do art. 229 do Código Penal, em se tratando de comércio relativo a bar, ginástica, etc., é necessária a transformação do estabelecimento em **local exclusivo de prostituição**. É incensurável, no particular, a conclusão de Nucci, quando destaca: "De todo modo, é preciso **provar que o responsável pelo estabelecimento somente o mantém com essa finalidade: facilitação da prostituição**. Se o objetivo da casa é diverso, como, por exemplo, oferecer hospedagem (tal como se dá com hotéis e motéis) não há que se falar no delito

do art. 229". (*Reforma penal material de 2009*. - Crimes sexuais - Sequestro relâmpago - Celulares nas prisões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 160, destaquei).

Válter Kenji Ishida esclarece que o tipo penal em comento, com a redação anterior à Lei n. 12.015/2009, não abrangia "casa de massagem, *relax-bar*, porque não seriam destinados especificamente para a prática [de ato libidinoso]. Todavia, se houvesse prova da destinação para 'programas', poderia haver condenação" (*Curso de Direito Penal*. Parte Geral, Parte Especial. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 511).

No mesmo sentido, Guilherme de Souza Nucci ressalta que estabelecimentos como motéis, hotéis, bares, saunas mistas, *drive-in*, casas de massagem eram considerados "lugares para outros fins (pousada, massagem, *drinks* etc.), **jamais estabelecimentos de exploração sexual**" (*Crimes contra a dignidade sexual*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 192).

Sob o mesmo enfoque, a jurisprudência desta Corte Superior sinalizava o entendimento de que o crime em questão só estaria configurado quando demonstrada a **finalidade exclusiva para a prática de atos libidinosos mediante pagamento**. Confirmam-se:

[...]

II - Na hipótese, comprovado que a paciente mantinha e explorava, desde o ano de 2003, com habitualidade, **estabelecimento destinado à prostituição, deve ser mantido o r. *decisum* que a condenou como incursa no art. 229 do Código Penal.**

Ordem denegada.

(**HC n. 108.891/MG**, Rel. Ministro **Felix Fischer**, 5ª T., DJe 23/3/2009, destaquei.)

[...]

1. **A simples manutenção de estabelecimento comercial relativo a casa de massagem, banho, ducha, "relax" e bar não configura o delito do art. 229 do CP.** Hipótese que demanda análise do material fático-probatório, vedado nesta instância. Incidência da Sum. 7/STJ.

2. Dissídio jurisprudencial caracterizado.

3. Recurso conhecido, pelo dissídio, mas improvido.

(**REsp n. 65.951/DF**, Rel. Ministro **Edson Vidigal**, 5ª T., DJ

28/9/1998, p. 88, grifei.)

No caso em exame, o acórdão recorrido consigna que o estabelecimento *Bahamas* possuía **outras finalidades, diversas da prostituição** – "restaurante, *american bar*, sauna, bilhar, pista de dança, piscina" (fl. 9.191) –, o que, na linha dos precedentes e entendimentos citados, inviabilizada o restabelecimento da sentença condenatória.

III. Tipicidade da conduta prevista no art. 228 do Código Penal

Novamente, deve-se analisar a tipicidade delitiva com base no dispositivo vigente na data dos fatos, *in verbis* :

Favorecimento à prostituição

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

Pena - reclusão, de dois a cinco anos.

§ 1º - Se ocorre qualquer das hipóteses do § 1º do artigo anterior:

Pena - reclusão, de três a oito anos.

§ 2º - Se o crime, é cometido com emprego de violência, grave ameaça ou fraude:

Pena - reclusão, de quatro a dez anos, além da pena correspondente à violência.

§ 3º - Se o crime é cometido com fim de lucro, aplica-se também multa.

Observa-se que, tanto na redação anterior do *caput* do art. 228 do Código Penal quanto no texto inserido pela Lei n. 12.015/2009, o tipo penal prevê quatro verbos distintos: "induzir", "atrair", "facilitar" e "impedir".

Acerca do tema, Renato Marcão e Plínio Gentil destacam que:

A facilitação é o meio pelo qual se visa alcançar melhor sucesso da prostituta nas atividades que já se propôs a exercer, e pode ser feita com atividades de intermediação de clientes, viabilização ou agilização da possibilidade de exercício da mercancia em determinado local ou estabelecimento, proporcionando acomodação, ou, ainda, disponibilizando recursos materiais para que a tanto se dedique com melhor êxito (dinheiro, roupas, sapatos, joias, automóvel etc.).

Não se trata de *facilitar* o ingresso na prostituição [...], mas sim o *exercício* da mercancia sexual de quem a ela já se determinou ou a ela já se entrega. *Facilitar* o ingresso corresponde ao verbo *atrair*. (*Crimes contra a dignidade sexual*. Comentários ao Título VI do Código Penal. 2. ed. revista, ampliada e atualizada de acordo com a Lei n. 12.978, de 21 de maio de 2014. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 314-315, grifei).

No caso, o acórdão impugnado consigna que as supostas vítimas **já exerciam a prostituição antes de trabalharem no estabelecimento de propriedade do réu**, sem tecer maiores comentários sobre a conduta por ele praticada. Além disso, registra **não haver provas suficientes de que o réu haja auferido algum tipo de vantagem** ao permitir que tais encontros se realizassem no local.

Assim, para se concluir que o recorrido "induzia" ou "facilitava" a prostituição, seria **necessário rever a prova e os elementos informativos constantes dos autos**, o que é vedado em recurso especial, consoante o enunciado da Súmula n. 7 do STJ, motivo pelo qual o recurso não é conhecido no ponto.

IV. Dispositivo

À vista do exposto, **conheço em parte do recurso especial e, nessa extensão, com fundamento no art. 932, VIII, do CPC, c/c o art. 34, XVIII, "b", parte final, do RISTJ, nego-lhe provimento.**

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 10 de abril de 2017.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**