



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 23.656 - SE (2008/0108268-1)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
RECORRENTE : M G B DE A
ADVOGADO : MÁRCIO CARDOSO DE BARROS - SE004278
RECORRIDO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EXPLORAÇÃO SEXUAL DE MENOR. ART. 244-A DA LEI N. 8.069/1990. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. TRANCAMENTO DO PROCESSO. POSSIBILIDADE DE *EMENDATIO LIBELLI*. ESTUPRO COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. ART. 213, C/C O ART. 224, "A", AMBOS DO CP. ART. 225 DO CP, COM REDAÇÃO ANTERIOR À LEI N. 12.015/2009. REPRESENTAÇÃO. DESNECESSIDADE. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA. RECURSO ORDINÁRIO NÃO PROVIDO.

1. Esta Corte Superior possui jurisprudência farta e sedimentada de que "a conduta praticada pelo cliente ocasional não configura o tipo penal do art. 244-A do ECA" (AgRg REsp n. 1.334.507/MS, Rel. Ministro Felix Fischer, 5ª T., DJe 24/2/2015).

2. O acórdão recorrido, ao denegar a ordem, não afastou, categoricamente, a hipótese do delito em comento e ainda sugeriu que teria o recorrente praticado o crime do art. 213, c/c o art. 224, "a", ambos do Código Penal. Diante da ausência de conclusão acerca da tipicidade da conduta e da possibilidade, portanto, de eventual *emendatio libelli*, entendeu ser impossível determinar o trancamento do processo.

3. É pacífico, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que o acusado se defende dos fatos narrados na denúncia e não da capitulação legal nela contida – que é dotada de caráter provisório –, sendo permitido ao Juiz sentenciante, na oportunidade da prolação da sentença, conferir diversa definição jurídica da conduta, conforme dispõe o art. 383 do Código de Processo Penal.

4. A despeito do que dispõe o art. 225 do Código Penal, com redação anterior à Lei n. 12.015/2009, esta Corte já decidiu que "[...] O Ministério Público é parte legítima para propor a Ação Penal instaurada para verificar a prática de atentado violento ao pudor contra criança, independentemente da condição financeira da mesma.[...]" (HC n. 148.136/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª T., DJe 21/3/2011). Isso porque a proteção integral à criança e ao adolescente, em especial no que se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

refere às agressões sexuais, é preocupação constante de nosso Estado (art. 227, *caput*, c/c o § 4º, da Constituição da República) e de instrumentos internacionais.

5. É irrazoável condicionar à opção dos representantes legais da vítima, ou ao critério econômico, a persecução penal dos crimes definidos pela Constituição da República como hediondos, excluindo da proteção do Estado as crianças submetidas à prática de delitos dessa natureza. Vale dizer, é descabida a necessidade de iniciativa dos pais quando o bem jurídico protegido é indisponível, qual seja, a liberdade sexual de uma criança de 13 anos, que, conquanto não tenha sofrido violência real, não possui capacidade plena para determinação dos seus atos, dada a sua vulnerabilidade.

6. Recurso ordinário não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília (DF), 13 de setembro de 2016

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 23.656 - SE (2008/0108268-1)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

RECORRENTE : M G B DE A

ADVOGADO : MÁRCIO CARDOSO DE BARROS

RECORRIDO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

MÁRCIO GILBERTO BARBOSA DE ARAÚJO, ora recorrente, estaria sofrendo constrangimento ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe**, que denegou a ordem no HC n. 0630/2007.

Depreende-se dos autos que o paciente foi denunciado pela suposta prática do delito previsto no art. 244-A da Lei n. 8.069/1990. A peça acusatória foi embasada em inquérito policial conduzido pela Polícia Federal, em operação deflagrada a partir de diversas interceptações telefônicas.

Nas razões deste recurso, a defesa aponta constrangimento ilegal ao argumento de atipicidade da conduta. Para tanto, afirma que "a conduta de quem mantém relação sexual consentida com menor de 18 anos é atípica, considerando a necessidade de submissão a exploração da prostituição para caracterizar o tipo penal" (fl. 548). Nesse sentido, insiste que não é configurada a prostituição nem a exploração sexual se o agente não auferir benefício monetário.

Aduz que, em tese, o réu deveria responder pelo delito do art. 213, c/c o art. 224 "a", ambos do Código Penal, mas, como não houve representação, nos termos do art. 225, § 2º, do Código Penal, é ilegítimo o Ministério Público para oferecer a denúncia.

Por fim, menciona que foram diversos os investigados na operação, identificados nas interceptações telefônicas, mas apenas o recorrente foi denunciado, havendo sido violado o princípio da isonomia, disposto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal.

Requer, dessa forma, o provimento do recurso, a fim de que seja trancada a ação penal por atipicidade da conduta descrita no art. 244-A do ECA, além de falta de justa causa para o seu prosseguimento.

Ausente pedido liminar.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Prestadas as informações (fls. 594-649), o Ministério Público Federal opinou pelo não provimento do recurso (fls. 582-584).

Em contato telefônico realizado com a 3ª Vara Criminal da Comarca de Aracaju – SE, foi noticiado que o processo encontra-se na fase do art. 402 do Código de Processo Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 23.656 - SE (2008/0108268-1) EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EXPLORAÇÃO SEXUAL DE MENOR. ART. 244-A DA LEI N. 8.069/1990. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. TRANCAMENTO DO PROCESSO. POSSIBILIDADE DE *EMENDATIO LIBELLI*. ESTUPRO COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. ART. 213, C/C O ART. 224, "A", AMBOS DO CP. ART. 225 DO CP, COM REDAÇÃO ANTERIOR À LEI N. 12.015/2009. REPRESENTAÇÃO. DESNECESSIDADE. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA. RECURSO ORDINÁRIO NÃO PROVIDO.

1. Esta Corte Superior possui jurisprudência farta e sedimentada de que "a conduta praticada pelo cliente ocasional não configura o tipo penal do art. 244-A do ECA" (AgRg REsp n. 1.334.507/MS, Rel. Ministro Felix Fischer, 5ª T., DJe 24/2/2015).

2. O acórdão recorrido, ao denegar a ordem, não afastou, categoricamente, a hipótese do delito em comento e ainda sugeriu que teria o recorrente praticado o crime do art. 213, c/c o art. 224, "a", ambos do Código Penal. Diante da ausência de conclusão acerca da tipicidade da conduta e da possibilidade, portanto, de eventual *emendatio libelli*, entendeu ser impossível determinar o trancamento do processo.

3. É pacífico, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que o acusado se defende dos fatos narrados na denúncia e não da capitulação legal nela contida – que é dotada de caráter provisório –, sendo permitido ao Juiz sentenciante, na oportunidade da prolação da sentença, conferir diversa definição jurídica da conduta, conforme dispõe o art. 383 do Código de Processo Penal.

4. A despeito do que dispõe o art. 225 do Código Penal, com redação anterior à Lei n. 12.015/2009, esta Corte já decidiu que "[...] O Ministério Público é parte legítima para propor a Ação Penal instaurada para verificar a prática de atentado violento ao pudor contra criança, independentemente da condição financeira da mesma.[...]" (HC n. 148.136/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª T., DJe 21/3/2011). Isso porque a proteção integral à criança e ao adolescente, em especial no que se refere às agressões sexuais, é preocupação constante de nosso Estado (art. 227, *caput*, c/c o § 4º, da Constituição da República) e de instrumentos internacionais.

5. É irrazoável condicionar à opção dos representantes legais da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vítima, ou ao critério econômico, a persecução penal dos crimes definidos pela Constituição da República como hediondos, excluindo da proteção do Estado as crianças submetidas à prática de delitos dessa natureza. Vale dizer, é descabida a necessidade de iniciativa dos pais quando o bem jurídico protegido é indisponível, qual seja, a liberdade sexual de uma criança de 13 anos, que, conquanto não tenha sofrido violência real, não possui capacidade plena para determinação dos seus atos, dada a sua vulnerabilidade.

6. Recurso ordinário não provido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I. Contextualização

Informam os autos que o paciente foi denunciado pela suposta prática do delito previsto no art. 244-A da Lei n. 8.069/1990. A peça acusatória foi embasada em inquérito policial conduzido pela Polícia Federal, em operação deflagrada a partir de diversas interceptações telefônicas.

A exordial acusatória assim descreve a conduta do recorrente:

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE, através do Órgão de Execução in fine assinado, vem respeitosamente perante V. Ex^a, com fulcro no Inquérito Policial anexo, oferecer, oferecer DENÚNCIA contra:

[...]

3. MÁRCIO GILBERTO|VBARBOSA DE ARAÚJO, brasileiro, solteiro, comerciante, natural do município de Presidente Prudente - SP, nascido em 04/03/1961, portador da cédula de identidade nº 21362484 - SSP/PR, CPF nº 396.841.139-00, filho de Antônio Bernadino de Araújo Filho e Maria Aparecida Barbosa de Araújo, residente na Rua Estrela do Mar, nº 155, Bairro Praia do Francês, Marechal Deodoro; em virtude da prática dos ilícitos penais a seguir narrados e ao final tipificados:

[...]

Em meados do ano de 2004 o segundo e terceiro denunciados



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

submeteram, em momentos distintos, a menor M. A. N. (à época com 13 anos de idade) à exploração sexual, mantendo com ela conjunção carnal mediante paga.

Segundo informações contidas nos autos, os encontros entre a vítima e os acusados eram intermediados pela agenciadora SUELY que disponibilizava sua residência.

Extraí-se também que o programa sexual ocorrido entre a vítima e MÁRCIO aconteceu na própria casa do infrator, localizada no Bairro Coroa do Meio.

Convém ressaltar que M. consoante declarações às fls. 224 e 225 reconheceu os dois imputados, aduzindo que recebia o valor de R\$ 50,00 (cinquenta reais) pelo programa.

Além destas vítimas, os imputados exploraram sexualmente dezenas de outras meninas, atraindo-as e estimulando-as no terrível caminho da prostituição.

[...]

Assim agindo, os denunciados praticaram o crime previsto no art. 244-A, do Estatuto da Criança e do Adolescente (fls. 34-35, destaquei).

O Tribunal de origem, ao denegar a ordem, assim consignou:

[...]

Sendo assim, ainda que os fatos narrados na exordial não se encaixem no delito descrito no art. 244-A do Estatuto da Criança e do Adolescente, deve-se ter como certo que tais condutas não se encaixam em qualquer outro tipo penal.

Sobre este tema, os ensinamentos do festejado doutrinador Fernando Capez são esclarecedores:

"No processo penal vigora o princípio do *jura novit cúria* (princípio da livre dicção do direito), pelo qual se entende que o Juiz conhece o direito, chancelando-se o princípio narra *mihi factum dabo tibi jui* (narra-me o fato e te darei o direito). **Aplica-se tal princípio no processo para se explicar que o acusado não se defende da capitulação dada ao crime na denúncia, mas sim dos fatos narrados na referida peça acusatória.**" (In Curso de Processo Penal, 13ª Edição, Ed. Saraiva, p. 423/424).

[...]

Através da leitura do texto acima transcrito, verifica-se que, mesmo que se reconheça que a ação descrita não se emoldura no art. 244-A da Lei nº 8.069/90, **existe a possibilidade de tais condutas se**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

encaixarem no tipo penal do art. 213, c/c art. 224, alínea "a", ambos do Código Penal, conforme bem salientou a Procuradoria de Justiça, *in litteris*:

[...]

Ora, apesar da análise limitada, típica do remédio heróico, parecer que as ações descritas pelo Ministério Público não se encaixam no tipo previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, paira a dúvida quanto à sua subsunção ao tipo penal do art. 213 do Digesto Criminal. A simples existência desta dúvida desautoriza o trancamento da ação penal através do habeas corpus. Repita-se, para que seja possível tal pretensão, é preciso estar sobejamente demonstrada, com absoluta certeza, que o paciente não praticou qualquer conduta típica.

[...]

Desta forma, não havendo certeza quanto à atipicidade das condutas imputadas ao paciente e descritas na peça denunciatória, entendendo incabível o trancamento da ação, razão por que denego a ordem impetrada (fls. 538-541, destaquei).

II. Considerações iniciais

Conforme reiterada jurisprudência desta Corte Superior, o trancamento prematuro da persecução penal pela via estreita do habeas corpus é medida excepcional, admissível somente quando emerge dos autos, **de plano e sem a necessidade de apreciação probatória**, a falta de justa causa, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a inépcia formal da denúncia.

O caso dos autos cinge-se a identificar se a conduta descrita pelo acusado é atípica e se há justa causa para a ação penal.

O tipo descrito no art. 244-A da Lei n. 8.069/1990 assim dispõe:

Art. 244-A. Submeter criança ou adolescente, como tais definidos no *caput* do art. 2º desta Lei, à prostituição ou à exploração sexual:

Pena - reclusão de quatro a dez anos, e multa.

Antes de adentrar o cerne da questão, cumpre lembrar que, ao tempo dos fatos narrados na peça acusatória, também estava em vigor o art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

228 do Código Penal (favorecimento da prostituição), que, à época, possuía a seguinte redação: "Induzir ou atrair alguém à prostituição, facilitá-la ou impedir que alguém a abandone".

Inegável, a meu ver, que esse dispositivo seria o mais adequado para o enquadramento da conduta praticada pelo acusado. Entretanto, o respectivo órgão do *Parquet* optou pela tipificação da ação delituosa do art. 244-A do ECA, e, nesses termos, foi denunciado o recorrente, por manter relações sexuais com menores (inclusive uma de 13 anos) mediante pagamento.

Pertinente é, nessa oportunidade, lembrar que o legislador corrigiu eventuais lacunas – em virtude das dificuldades de tipificação – relativamente às ações destinadas ao favorecimento da prostituição infantil e juvenil, cuja prática é comum em nosso país. Para tanto, **editou o art. 218-B do Código Penal – mais amplo – com a redação incluída pela Lei n. 12.015/2009, in verbis:**

Art. 218-B. Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, **facilitá-la**, impedir ou dificultar que a abandone:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se o crime é praticado com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

§ 2º Incorre nas mesmas penas:
[...]

II - o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifiquem as práticas referidas no caput deste art. (Destaquei).

Citei o conteúdo dos arts. 228 e 218-B, ambos do Código Penal, com o fim de elucidar a vontade da lei nos tipos penais dessa natureza, incluindo o art. 244-A do ECA.

Para a tipificação de condutas hipoteticamente enquadradas no artigo que ora se analisa (244-A do ECA), conforme já externei no **AgRg REsp n. 1.508.656/GO, DJe 1/2/2016**, reputo que o vocábulo "submeter" não deve ser interpretado como ação necessariamente coercitiva (moral, física ou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

psicológica) ou como imposição hierárquica ou de qualquer outra prática que implique redução à obediência do explorador.

Naquela oportunidade, esclareci que não se pode deslocar **para a menor** a análise sobre a responsabilidade da conduta inerente ao tipo penal sob exame, que **deveria recair sobre o sujeito ativo do crime**. Esse modo de ver o fenômeno criminoso em apreço (consentimento ou experiência prévia), com a devida vênia, não há de ser acolhido, tendo em vista o escopo primordial inserto na Lei n. 8.069/1990, qual seja, a proteção integral à criança e ao adolescente.

Lembrei que, conforme já fartamente debatido e assentado em diversas oportunidades aqui neste órgão colegiado (**REsp Repetitivo n. 1.480.881/PI**, Rel. Ministro **Rogério Schietti Cruz**, 3ª S., DJe 10/9/2015; **AgRg no REsp n. 1.347.038/MG**, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 6ª T., DJe 3/9/2015, **REsp n. 1.312.620/MG**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 27/6/2014; **AgRg no REsp n. 1.075.052/RS**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, 5ª T., DJe 1º/2/2013, **REsp n. 1.104.802/RS**, Rel. Ministro **Arnaldo Esteves Lima**, 5ª T., DJe 3/8/2009), **atos ou comportamentos de natureza sexual perpetrados por crianças e adolescentes, ainda que aparentemente voluntários ou consentidos, não podem receber a mesma valoração que se conferiria a quem já atingiu a vida adulta; antes, devem ser tratados dentro da vulnerabilidade e da imaturidade que são (presumidamente) peculiares a uma fase do desenvolvimento humano ainda incompleta.**

No entanto, esta Corte Superior possui jurisprudência farta e sedimentada de que **"a conduta praticada pelo cliente ocasional não configura o tipo penal do art. 244-A do ECA"** (**AgRg REsp n. 1.334.507/MS**, Rel. Ministro **Felix Fischer**, 5ª T., DJe 24/2/2015). Em igual sentido: **HC n. 240.707/MG**, Rel. Ministro **Newton Trisotto** (Desembargador Convocado do TJ/SC, Rel. p/ Acórdão Ministro **Felix Fischer**, 5ª T., DJ 9/10/2015, **REsp n. 1.361.521/DF**, Rel. Ministro **Nefi Cordeiro**, 6ª T., DJe 13/06/2014).

É certo que o recorrente valeu-se da **vulnerabilidade** da adolescente, para satisfazer sua lascívia, mediante pagamento. Todavia, a denúncia, posto que relate a exploração pelo acusado de "dezenas de outras meninas", não revela que tenha ele mantido relações com a menor de 13 anos de forma habitual. Isso porque menciona que "o programa sexual ocorrido entre a vítima e MÁRCIO aconteceu na própria casa do infrator" (fl. 35).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

III. Possibilidade de *emendatio libelli*

O acórdão recorrido denegou a ordem, sob o argumento da dúvida quanto à tipificação. Não afirmou, categoricamente, estar afastada a hipótese do delito em comento e **ainda sugeriu que teria o recorrente praticado o crime do art. 213, c/c o art. 224, "a", ambos do Código Penal.** Por isso, **diante da ausência de conclusão acerca da tipicidade da conduta e entendeu ser inadequado determinar o trancamento do processo, dada a possibilidade de haver emenda à acusação (*emendatio libelli*), na forma do art. 383 do Código de Processo Penal.**

Com efeito, é pacífico na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que o acusado se defende dos fatos narrados na denúncia, e não da capitulação legal nela contida – que é dotada de caráter provisório –, **sendo permitido ao Juiz sentenciante, na oportunidade da prolação da sentença, conferir definição jurídica da conduta diversa, conforme dispõe o art. 383 do Código de Processo Penal.** O Magistrado pode proceder desse modo ainda que o novo crime puna o agente com pena mais grave. Vale dizer, a classificação definitiva do delito só ocorre com o trânsito em julgado, visto que a capitulação realizada na denúncia pode ser modificada na sentença, desde que diga respeito sempre ao mesmo fato narrado naquela peça.

Ilustrativamente:

[...]

2. **O réu se defende dos fatos que são descritos na peça acusatória, e não da capitulação jurídica dada na denúncia. Assim sendo, a adequação típica pode ser alterada tanto em primeira instância quanto em segundo grau, via *emendatio libelli*.**

3. Na espécie, embora o Ministério Público tenha capitulado os fatos narrados na denúncia como o delito previsto no art. 158, caput, do Código Penal (extorsão), a descrição contida na exordial acusatória permite a imputação do fato previsto no tipo legal do art. 316, caput, do Código Penal (concussão), razão pela qual a decisão objurgada se enquadra na hipótese do art. 383 do Código de Processo Penal (*emendatio libelli*), não estando eivada de nenhuma nulidade.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC n. 201.343/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª T., DJe 10/10/2014, destaquei.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No mesmo sentido: **HC n. 205.599/SP**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 7/4/2014.

Diverso não é o pensamento da doutrina acerca da matéria. Como exemplo, cito a lição de Eugênio Pacelli e Douglas Fisher (*Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 721):

383.2. A *emendatio libelli*: Como o juiz não está e nem poderia estar subordinado ao entendimento do órgão da acusação quanto à pena a ser aplicada, e, por isso, quanto ao tipo penal em que se subsumiria a conduta imputada na peça acusatória, **deve ele, por ocasião da sentença, corrigir ou emendar a classificação dada pela acusação, sem alterar, um mínimo que seja, os fatos e suas circunstâncias.**

Trata-se, pois, da modificação da *definição jurídica* dos fatos imputados e eventualmente comprovados. Somente por isso se aceita a aplicação de pena mais grave, à consideração de que o acusado teria exercido a mais ampla possibilidade de defesa, cumprindo-lhe impugnar os *fatos narrados*, sem prejuízo, é óbvio, da discussão e eventuais objeções em torno da classificação feita na inicial acusatória. [...] (Destaquei).

IV. Crime do art. 213, c/c o art. 224, "a", ambos do Código Penal

Conforme visto, o denunciado manteve relação sexual com menor de 13 anos, conduta em que se enquadra o aludido dispositivo penal (em vigor à época dos fatos).

A defesa repele o prosseguimento da ação penal, em relação a esse crime, dada a ausência de representação dos pais da vítima, de modo que o Ministério Público não teria legitimidade para dar início à persecução penal.

Antes da entrada em vigor da Lei n. 12.015/2009 (que é o caso dos autos), os crimes contra a liberdade sexual eram, como regra, de ação penal privada, exceto nas seguintes hipóteses: a) em caso de miserabilidade da vítima ou de sua família; b) se o crime fosse cometido com abuso do pátrio poder ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador; c) se da violência empregada resultasse lesão grave ou morte.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Cuida-se, na espécie, da primeira dessas hipóteses, visto que a vítima compõe família juridicamente pobre, o que, ante a ausência de violência real na conduta do agente, demandaria representação pelos genitores ou representantes legais da ofendida.

Neste caso discute-se a aplicação do disposto no art. 225 do Código Penal (com redação anterior à Lei n. 12.015/2009), tendo em vista **tratar-se de vítima menor de 14 anos**. Isso porque a proteção integral à criança e ao adolescente, em especial no que se refere às agressões sexuais, é preocupação constante de nosso Estado (art. 227, *caput*, c/c o § 4º, da Constituição da República) e de instrumentos internacionais.

Com efeito, preceitua o art. 34, "b", da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, aprovada pela Resolução n. 44/25 da ONU, em 20/11/1989, e internalizada no ordenamento jurídico nacional, mediante o Decreto Legislativo n. 28/90, *verbis*:

Os Estados-partes se comprometem a proteger a criança contra todas as formas de exploração e abuso sexual. Nesse sentido, os Estados-parte tomarão, em especial, todas as medidas de caráter nacional, bilateral e multilateral que sejam necessárias para impedir: [...] b) a exploração da criança na prostituição ou outras práticas sexuais ilegais; [...]

Nesse sentido, cumpre lembrar que, por ocasião do julgamento dos **EREsps n. 1.225.387/RS**, ocorrido em 28/8/2013, a Terceira Seção deste Superior Tribunal pacificou o entendimento acerca do caráter hediondo dos delitos de estupro e de atentado violento ao pudor, **ainda que praticados com violência presumida**, cometidos antes da vigência da Lei n. 12.015/2009.

Parece-me evidente que a Lei Maior, em seu art. 5º, XLIII, deixou clara sua opção por conferir um rigor muito maior para o tratamento jurídico-penal dos crimes hediondos. Por sua vez, a Lei n. 8.072/1990 robusteceu esse rigor penal e processual penal, estabelecendo regras que tornam inequívoca a ideia de que tais crimes devem merecer atenção prioritária do Poder Público para a sua repressão, **em especial quando envolve pessoa menor de 14 anos**.

Ora, sendo certo que um dos crimes elencados na referida lei é precisamente o de estupro – cujas condutas típicas passaram a integrar o delito



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de estupro com a entrada em vigor da Lei n. 12.015/2009 (art. 1º, V, da Lei n. 8.072/1990) –, como entender que a punição de tão grave crime deva depender da vontade exclusiva da própria vítima (ou de seu representante) para que o órgão oficial de persecução penal possa promover a acusação contra o autor da conduta?

Sob tal perspectiva, é irrazoável condicionar à opção dos representantes legais da vítima (ou ao critério econômico) para excluir da proteção do Estado parcela das crianças submetidas à prática de delitos dessa natureza. Vale dizer, **é descabida a necessidade de ação dos pais (como no caso) quando o bem jurídico protegido é indisponível, qual seja, a liberdade sexual de uma criança de 13 anos, que, conquanto não tenha sofrido violência real, não tem capacidade de determinação dos seus atos, dada a sua vulnerabilidade. Menores de 14 anos, portanto, não podem ser secundariamente vitimizados com eventual inércia dos pais em casos de crimes como o dos autos.**

Diante de todas essas premissas, considero que, **independentemente da ausência de manifestação dos pais pela representação** – ou até mesmo da não comprovação de pobreza da vítima –, o fato de o delito haver sido praticado contra adolescente de 13 anos autoriza a aplicação do entendimento esposado.

Tamanha foi a necessidade de adequação desse pensamento à essência constitucional que rege situações como a dos autos que a Lei n. 12.015/2009 incluiu o parágrafo único no art. 225 do Código Penal, o qual dispõe: "Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável"

Nesse sentido já decidiu esta Corte Superior:

HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR CONTRA CRIANÇA DE 6 ANOS PRATICADO ANTES DA EDIÇÃO DA LEI 12.015/09. ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE DO MP COM BASE NA ANTIGA REDAÇÃO DO ART. 225 DO CPB QUE TINHA COMO REGRA A AÇÃO PENAL PRIVADA. AÇÃO PENAL PÚBLICA PREVISTA PARA A VÍTIMA HIPOSUFICIENTE. NORMA ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 QUE DESIGNOU ESPECIAL ATENÇÃO ÀS CRIANÇAS E AOS ADOLESCENTES. INCOMPATIBILIDADE DO ART. 225 DO CPB (ANTIGA REDAÇÃO) COM A ORDEM CONSTITUCIONAL VIGENTE. NÃO RECEPÇÃO, PELA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, DO ART. 225 DO CPB (ANTIGA REDAÇÃO). PARECER MINISTERIAL PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA.

1. O art. 225 do CPB, em sua antiga redação, excepcionava apenas dois casos em que seriam cabíveis a Ação Penal Pública para os crimes sexuais praticados contra vulneráveis: (a) se a vítima ou seus pais não pudessem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família ou (b) se o crime fosse cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador (§ 1o., I e II).

2. A Carta Política de 1988, entretanto, designou especial atenção às crianças e aos adolescentes e previu que cabe não só a família, mas também ao Estado assegurar à criança todos os direitos ali previstos. A partir dessa premissa, não me parece razoável que a proteção jurisdicional do Estado, em caso de um crime hediondo de extrema gravidade e praticado contra uma menor, seja reservada apenas a um reduzido número de crianças, com fulcro exclusivamente em sua situação econômica.

3. A subordinação da punibilidade dos crimes contra a liberdade sexual praticado contra menores a seus representantes legais é claramente incompatível com o texto constitucional em vigor, portanto correta a decisão do Tribunal a quo que reconheceu não ter sido o art. 225 do CPB recepcionado pela Constituição de 1988.

4. **Assim, o Ministério Público é parte legítima para propor a Ação Penal instaurada para verificar a prática de atentado violento ao pudor contra criança, independentemente da condição financeira da mesma.**

5. Parecer do MPF pela denegação do writ.

6. Ordem denegada.

(HC n. 148.136/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª T., DJe 21/3/2011)

Cumprе ressaltar que **o entendimento adotado nesse julgado da Quinta Turma foi confirmado pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n. 123.971/DF – ocorrido no dia 25/2/2016 (ainda não publicado), da relatoria do Ministro Teori Zavascki (relator para acórdão Ministro Roberto Barroso), cuja ordem foi denegada, para confirmar a conclusão alcançada pelo STJ, nos seguintes termos:**

28. Por outro lado, não custa lembrar que a redação original do art. 225 do Código Penal já previa situações excepcionais autorizadoras



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da utilização da ação penal pública (carência material da vítima e abuso do pátrio poder). Além da já mencionada Súmula 608 do STF que também permitia o oferecimento de denúncia nos crimes de estupro com violência real. De modo que o risco de absoluta desproteção da menor na concretude da causa pode, e deve, constituir exceção pontual a autorizar a manutenção da decisão impugnada, com base em fundamento diretamente constitucional.

29. Para evitar tal consequência, e tendo em vista a excepcionalidade da causa, o art. 227 da CF/88, aliado à vedação da proteção deficiente, que é específica manifestação do princípio da proporcionalidade em matéria penal, paralisa a incidência do art. 225 do Código Penal, na redação originária. Fica legitimada, assim, a ação penal pública ajuizada na concreta situação dos autos, nos termos da regra geral prevista no art. 100 do Código Penal.

Logo, ainda que não seja o recorrente punido pela conduta do art. 244-A da Lei n. 8.069/1990, dada a expressa possibilidade de eventual nova capitulação do crime (nos termos do art. 213, c/c o art. 224, "a", ambos do Código Penal), aventada no acórdão recorrido, não se pode excluir a possibilidade de seguimento da ação pelo crime de estupro, razão pela qual não deve prosperar a irresignação posta no recurso.

V. Dispositivo

À vista do exposto, nego provimento ao recurso ordinário em habeas corpus.

Em tempo, corrija-se a autuação, tão somente para que conste o nome do recorrente por extenso, tendo em vista que, na espécie, não há motivo legal para a ocultação da identidade do réu. O segredo de justiça a que alude o art. 234-B do Código Penal visa à proteção da vítima, o que, no presente caso, não deixará de ocorrer com a publicidade dada ao nome do suposto autor das condutas narradas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2008/0108268-1

RHC 23.656 / SE
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200520390483 200720300063 2007313358

EM MESA

JULGADO: 13/09/2016
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: M G B DE A
ADVOGADO	: MÁRCIO CARDOSO DE BARROS - SE004278
RECORRIDO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE
CORRÉU	: ALDOMIRO FREIRE LIMA
CORRÉU	: MARCOS HENRIQUE PORTO FONSECA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Dignidade Sexual - Favorecimento da Prostituição

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.