



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PExt no HABEAS CORPUS Nº 438.080 - MG (2018/0040911-6)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
REQUERENTE : J C F D J
ADVOGADO : JAIRO RAFAEL DE MORAIS CARDOSO - MG092985
REQUERIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

PENAL. PEDIDO DE EXTENSÃO DA ORDEM CONCEDIDA AO CORRÉU. ART. 580 DO CPP. CRIME DO ART. 240 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. CRIME FORMAL. TIPO MISTO ALTERNATIVO. REGISTRO DE MAIS DE UMA MENOR EM SEXO EXPLÍCITO. ELEMENTO CIRCUNSTANCIAL. IRRELEVÂNCIA PARA A SUBSUNÇÃO TÍPICA. INOCORRÊNCIA DE CONCURSO FORMAL. REDUÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO. REGIME ABERTO. PEDIDO DE EXTENSÃO CONCEDIDO.

1. Com base no art. 580 do Código de Processo Penal, em aplicação analógica, no caso de concurso de pessoas, a decisão de concessão da ordem em *habeas corpus* aproveita aos demais corréus em situação similar, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal.

2. A individualização da pena é uma atividade vinculada a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo permitido ao julgador, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.

3. O crime do art. 240 do ECA se insere no contexto de proibição da produção e registro visual, por qualquer meio, de cenas de sexo explícito, no sentido da interpretação autêntica do art. 241-F do ECA, envolvendo crianças e adolescentes, o que caracteriza violência sexual, nos termos do art. 4º da Lei 13.431/17. Trata-se de crime comum, de subjetividade passiva própria, consistente em tipo misto alternativo, de forma que a prática de mais de um verbo típico no mesmo contexto implica a subsunção típica única.

4. No caso, o arcabouço fático estabelecido, segundo as instâncias ordinárias, indica que o paciente R. R. J, mediante aparelho celular, registrou imagens e filmou cenas de sexo explícito entre os corréus e as duas adolescentes, o que, segundo o Tribunal *a quo*, com uma única conduta teria cometido dois crimes, incidindo o concurso formal de crimes. Primeiramente, o fato de ter fotografado e filmado as cenas de sexo indica a execução de dois verbos, com dupla conduta, todavia, representando subordinação típica única, tendo em vista sua realização no mesmo contexto fático. Por conseguinte, da execução de mais de um verbo típico representa único crime, dada a natureza de crime de ação múltipla ou conduta variada do tipo em comento.

5. O concurso formal próprio ou perfeito (CP, art. 70, primeira parte), cuja regra para a aplicação da pena é a da exasperação, foi criado com intuito de favorecer o réu nas hipóteses de unicidade de conduta, com pluralidade de resultados, não derivados de desígnios autônomos, afastando-se, pois, os rigores do concurso material (CP, art. 69). No caso, as instâncias ordinárias entenderam que a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conduta do réu realizou dois resultados típicos, haja vista a existência de duas adolescentes filmadas e fotografadas em sexo explícito. Verifica-se, entretanto, que inexistem dois resultados típicos, porquanto o crime em questão é formal ou de consumação antecipada, consumando-se, pois, unicamente pela prática da conduta de filmar ou fotografar cenas de sexo explícito, da qual participe criança ou adolescente. O efetivo abalo psíquico e moral por elas sofrido ou a disponibilidade das filmagens ou fotos é mero exaurimento da crime, irrelevantes para sua consumação, motivo pelo qual a quantidade de vítimas menores filmadas ou fotografadas é elemento meramente circunstancial, apto a ser valorado na pena-base, sem, contudo, indicar qualquer subsunção típica adicional. Por conseguinte, como as condutas de filmar e fotografar foram executadas durante o mesmo contexto fático, relativo ao ato sexual conjunto de dois corréus com as duas adolescentes, há duas condutas de subsunção típica única, motivo pelo qual se conclui pela existência de crime único.

6. Diante do afastamento do concurso formal de crimes, de rigor a redução da pena para 4 anos de reclusão. Ademais, como a pena-base foi fixada no mínimo legal, sendo o réu primário, de rigor a fixação do regime aberto ao paciente, nos termos do art. 33, § 2º, 'c', e § 3º do Código Penal.

7. Após o julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292/SP (STF, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 17/02/2016), esta Corte passou a adotar o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal". Em outras palavras, voltou-se a admitir o início de cumprimento da pena imposta pelo simples esgotamento das instâncias ordinárias, ou seja, antes do trânsito em julgado da condenação, nos termos da Súmula 267/STJ.

8. Acrescente-se que o Supremo Tribunal Federal também reconheceu a repercussão geral do tema (ARE 964.246/SP, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI) e, em 11.11.2016, decidiu, em Plenário Virtual, pela reafirmação de sua jurisprudência externada no mencionado HC 126.292/SP. Outrossim, a Terceira Seção desta Corte Superior, no julgamento da Rcl 30.193/SP, firmou entendimento de que, com a mudança de orientação da Suprema Corte, nos autos do HC 126.292/SP, "a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena". No caso dos presentes autos, verifica-se que está esgotada a jurisdição da Corte estadual, pois, o impetrante informou tramitar nesta Corte Recurso Especial.

9. Pedido de extensão da ordem para o corréu J C F D J concedido, a fim de reduzir sua pena para 4 anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, salvo se, por outro motivo, estiver descontando pena em meio mais gravoso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, deferir o pedido de extensão, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Relator.

Brasília (DF), 04 de junho de 2019 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PExt no HABEAS CORPUS Nº 438.080 - MG (2018/0040911-6)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
REQUERENTE : J C F D J
ADVOGADO : JAIRO RAFAEL DE MORAIS CARDOSO - MG092985
REQUERIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
IMPETRANTE : JAIRO RAFAEL DE MORAIS CARDOSO
ADVOGADO : JAIRO RAFAEL DE MORAIS CARDOSO - MG092985
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : R R J (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de pedido de extensão requerido em favor de **J. C. F. D. J.**, corréu de **R. R. J.**, para que reconheça o crime único, expurgando-se o concurso formal.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, como incurso nas sanções do art. 240 do Estatuto da Criança e do Adolescente, por duas vezes, na forma do art. 70 do Código Penal, e do art. 63, I, da Lei de Contravenção Penal, respectivamente, à pena de 5 anos, 4 meses e 5 dias de reclusão em regime inicial fechado, e ao pagamento de 24 dias-multa; e à pena de 3 meses e 10 dias de prisão simples e pagamento de 24 dias multa (e-STJ, fls. 138-178).

O Tribunal *a quo* negou provimento ao apelo ministerial e deu parcial provimento ao recurso defensivo, para reduzir a pena do requerente para 4 anos e 8 meses de reclusão, em regime semiaberto, mais 20 dias-multa, além de absolvê-lo da contravenção do art. 63, I, da Lei de Contravenções Penais, nos termos da seguinte ementa:

"APELAÇÕES CRIMINAIS - CRIMES DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E CONTRAVENÇÃO PENAL DE FORNECIMENTO DE BEBIDA ALCOÓLICA A MENORES DE IDADE - RECURSO MINISTERIAL - CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL E DO DELITO DISPOSTO NO ART. 241 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - IMPOSSIBILIDADE - ABSOLVIÇÕES MANTIDAS - APELO DESPROVIDO - RECURSOS DEFENSIVOS - ABSOLVIÇÃO - DESCABIMENTO - MANUTENÇÃO DAS CONDENAÇÕES FIRMADAS EM PRIMEIRA INSTÂNCIA - REDUÇÃO DAS PENAS-BASE - NECESSIDADE - MODIFICAÇÃO DA FRAÇÃO DAS ATENUANTES - CABIMENTO - COMPENSAÇÃO ENTRE AGRAVANTE E ATENUANTE - POSSIBILIDADE - PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA - INOCORRÊNCIA - RECONHECIMENTO DE CRIME ÚNICO - DESCABIMENTO - CONCURSO FORMAL MANTIDO - PENA DE MULTA - PROPORCIONALIDADE - ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL EM RELAÇÃO A DOIS DOS ACUSADOS - VIABILIDADE - RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL QUANTO A UM DOS RÉUS EM RELAÇÃO À CONTRAVENÇÃO PENAL - CABIMENTO - REDUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL PELA METADE EM VIRTUDE DA MENORIDADE RELATIVA - MANDADO DE PRISÃO - NECESSIDADE DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EXAURIMENTO DA COGNIÇÃO FÁTICO-PROBATÓRIA NESTA INSTÂNCIA.

1- Não restando comprovada a prática dos crimes previstos nos artigos 217-A do Código Penal e art 241 do Estatuto da Criança e do adolescente, de rigor a manutenção das absolvições dos acusados.

2- Por outro lado, comprovada a materialidade e autoria dos delitos previstos nos artigos 240 e 241-A, no Estatuto da Criança e do Adolescente e da Contravenção Penal prevista no art. 63,1, da LCP, não há que se falar em absolvição dos denunciados.

3- Fixadas as penas-base com excessivo rigor em relação a três dos acusados, necessária a sua reestruturação.

4- A despeito da ausência de previsão legal do quantum de aumento ou redução da pena em razão das agravantes e atenuantes genéricas, a doutrina e a jurisprudência majoritárias entendem que tal variação não deve ultrapassar o limite mínimo das majorantes e minorantes, de 1/6 (um sexto), sob pena de se equipararem a elas.

5- Existindo concomitantemente agravante e atenuante, necessária a sua compensação.

6- Assumindo o réu papel indispensável para a prática do delito, não há que se falar em participação de menor importância.

7- Ainda que dentro de um mesmo contexto fático, se a ação gera mais de um resultado lesivo, atingindo vítimas diferentes, ela não pode ser considerada como crime único, impondo-se, pois, a manutenção da regra do concurso formal.

8- A pena de multa deve guardar proporcionalidade com a pena privativa de liberdade.

9- Diante do quantum de pena e da primariedade de dois dos acusados, possível a fixação do regime semiaberto para o cumprimento das reprimendas. 10- Nos termos do art. 109, inciso VI, do CP, em se tratando de pena não superior a 01 (um) ano, a prescrição punitiva se verifica no prazo de 03 (três) anos, incidindo-se, ainda, a regra do artigo 115 do Código Penal, com redução pela metade, em face da menoridade relativa.

11 - A expedição do mandado de prisão em desfavor do réu deve ser condicionada ao exaurimento da cognição fático-probatória nesta instância.

V.V. 1- O processo penal deve ter utilidade e as decisões proferidas devem possuir efetividade, de modo que, postergar a expedição de um mandado de prisão até a eventual interposição de recursos nesta instância é o mesmo que incentivar a eternização de um processo.

2- A fim de garantir a efetividade da condenação do acusado, a determinação da expedição do mandado de prisão, de forma imediata, é medida que se impõe" (e-STJ, fls. 266-267).

Opostos embargos de declaração pela defesa, foram rejeitados (e-STJ, fls. 325-331)

Neste *writ*, alega o impetrante, em síntese, que não houve concurso de crimes, mas crime único, decorrente da extensão da concessão da ordem do corréu.

Requer, por fim, a concessão da ordem para que seja suspensa a execução provisória da pena e reconhecido o crime único, com a consequente redução da pena do paciente.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PExt no HABEAS CORPUS Nº 438.080 - MG (2018/0040911-6)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
REQUERENTE : J C F D J
ADVOGADO : JAIRO RAFAEL DE MORAIS CARDOSO - MG092985
REQUERIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
IMPETRANTE : JAIRO RAFAEL DE MORAIS CARDOSO
ADVOGADO : JAIRO RAFAEL DE MORAIS CARDOSO - MG092985
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : R R J (PRESO)

EMENTA

PENAL. PEDIDO DE EXTENSÃO DA ORDEM CONCEDIDA AO CORRÉU. ART. 580 DO CPP. CRIME DO ART. 240 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. CRIME FORMAL. TIPO MISTO ALTERNATIVO. REGISTRO DE MAIS DE UMA MENOR EM SEXO EXPLÍCITO. ELEMENTO CIRCUNSTANCIAL. IRRELEVÂNCIA PARA A SUBSUNÇÃO TÍPICA. INOCORRÊNCIA DE CONCURSO FORMAL. REDUÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO. REGIME ABERTO. PEDIDO DE EXTENSÃO CONCEDIDO.

1. Com base no art. 580 do Código de Processo Penal, em aplicação analógica, no caso de concurso de pessoas, a decisão de concessão da ordem em *habeas corpus* aproveita aos demais corréus em situação similar, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal.

2. A individualização da pena é uma atividade vinculada a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo permitido ao julgador, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.

3. O crime do art. 240 do ECA se insere no contexto de proibição da produção e registro visual, por qualquer meio, de cenas de sexo explícito, no sentido da interpretação autêntica do art. 241-F do ECA, envolvendo crianças e adolescentes, o que caracteriza violência sexual, nos termos do art. 4º da Lei 13.431/17. Trata-se de crime comum, de subjetividade passiva própria, consistente em tipo misto alternativo, de forma que a prática de mais de um verbo típico no mesmo contexto implica a subsunção típica única.

4. No caso, o arcabouço fático estabelecido, segundo as instâncias ordinárias, indica que o paciente R. R. J, mediante aparelho celular, registrou imagens e filmou cenas de sexo explícito entre os corréus e as duas adolescentes, o que, segundo o Tribunal *a quo*, com uma única conduta teria cometido dois crimes, incidindo o concurso formal de crimes. Primeiramente, o fato de ter fotografado e filmado as cenas de sexo indica a execução de dois verbos, com dupla conduta, todavia, representando subordinação típica única, tendo em vista sua realização no mesmo contexto fático. Por conseguinte, da execução de mais de um verbo típico representa único crime, dada a natureza de crime de ação múltipla ou conduta variada do tipo em comento.

5. O concurso formal próprio ou perfeito (CP, art. 70, primeira parte), cuja regra para a aplicação da pena é a da exasperação, foi criado com intuito de favorecer



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o réu nas hipóteses de unicidade de conduta, com pluralidade de resultados, não derivados de desígnios autônomos, afastando-se, pois, os rigores do concurso material (CP, art. 69). No caso, as instâncias ordinárias entenderam que a conduta do réu realizou dois resultados típicos, haja vista a existência de duas adolescentes filmadas e fotografadas em sexo explícito. Verifica-se, entretanto, que inexistem dois resultados típicos, porquanto o crime em questão é formal ou de consumação antecipada, consumando-se, pois, unicamente pela prática da conduta de filmar ou fotografar cenas de sexo explícito, da qual participe criança ou adolescente. O efetivo abalo psíquico e moral por elas sofrido ou a disponibilidade das filmagens ou fotos é mero exaurimento da crime, irrelevantes para sua consumação, motivo pelo qual a quantidade de vítimas menores filmadas ou fotografadas é elemento meramente circunstancial, apto a ser valorado na pena-base, sem, contudo, indicar qualquer subsunção típica adicional. Por conseguinte, como as condutas de filmar e fotografar foram executadas durante o mesmo contexto fático, relativo ao ato sexual conjunto de dois corréus com as duas adolescentes, há duas condutas de subsunção típica única, motivo pelo qual se conclui pela existência de crime único.

6. Diante do afastamento do concurso formal de crimes, de rigor a redução da pena para 4 anos de reclusão. Ademais, como a pena-base foi fixada no mínimo legal, sendo o réu primário, de rigor a fixação do regime aberto ao paciente, nos termos do art. 33, § 2º, 'c', e § 3º do Código Penal.

7. Após o julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292/SP (STF, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 17/02/2016), esta Corte passou a adotar o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal". Em outras palavras, voltou-se a admitir o início de cumprimento da pena imposta pelo simples esgotamento das instâncias ordinárias, ou seja, antes do trânsito em julgado da condenação, nos termos da Súmula 267/STJ.

8. Acrescente-se que o Supremo Tribunal Federal também reconheceu a repercussão geral do tema (ARE 964.246/SP, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI) e, em 11.11.2016, decidiu, em Plenário Virtual, pela reafirmação de sua jurisprudência externada no mencionado HC 126.292/SP. Outrossim, a Terceira Seção desta Corte Superior, no julgamento da Rcl 30.193/SP, firmou entendimento de que, com a mudança de orientação da Suprema Corte, nos autos do HC 126.292/SP, "a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena". No caso dos presentes autos, verifica-se que está esgotada a jurisdição da Corte estadual, pois, o impetrante informou tramitar nesta Corte Recurso Especial.

9. Pedido de extensão da ordem para o corréu J C F D J concedido, a fim de reduzir sua pena para 4 anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, salvo se, por outro motivo, estiver descontando pena em meio mais gravoso.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Com base no art. 580 do Código de Processo Penal, em aplicação analógica, no caso de concurso de pessoas, a decisão de concessão da ordem em *habeas corpus* aproveita aos demais corréus em situação similar, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal.

Para permitir a análise da ocorrência de crime único de estupro e dosimetria realizada, faz-se necessário expor excertos do acórdão impugnado:

"Da análise do conjunto probatório, não há dúvidas de que o acusado R R J realizou as filmagens das relações sexuais entre J.C.F.D.J., D F e as duas adolescentes

Não obstante a defesa alegue a fantasiosa história de que R R J. acreditou que a gravação não tenha sido realizada com sucesso, certo é que o réu permaneceu á beira da piscina filmando os atos sexuais, tendo o próprio denunciado confirmado que realizou a gravação.

Embora não pareça crível a versão apresentada em juízo por R R J. de que gravou o vídeo para mostrar ao genitor do sentenciado J.C.F.D.J. o que ocorria no sítio, em nenhum momento aquele réu negou a realização das filmagens. E ainda que se acredite em tal alegação, resta perfeitamente demonstrada a intenção de R R J de realizar o vídeo com o nítido propósito de mostrá-lo a terceiro.

No que tange aos denunciados J C F D J e D F não há dúvidas de que ambos anuíram com a conduta do acusado R R J e, inclusive, incentivaram a realização das filmagens, como é possível observar da gravação e da robusta prova oral.

[...]

Ademais, verifica-se que não merecem ser acolhidos os pedidos defensivos de reconhecimento de crime único, afastando-se o concurso formal.

Ora, como é cediço, reconhece-se o concurso formal de crimes, previsto no art 70 do Código Penal, sempre que houver pluralidade de vítimas em um evento único. Destarte, considerando a existência de vítimas diversas, forçoso convir que a ação dos acusados fracionou-se em atos isolados, não podendo, dessa forma, ser considerado como crime único (uma ação e um só resultado)

[...]

Quanto ao delito previsto no art. 240 do CP:

Na primeira fase da dosimetria, sendo amplamente favoráveis ao réu as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, fixo a pena-base no mínimo legal, ou seja, em 04 (quatro) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa. Na segunda fase, presente a atenuante da confissão espontânea, deixo de reduzir a reprimenda dada à impossibilidade de diminuição aquém do mínimo legal, nesta fase Concretizo a reprimenda em 04 (quatro) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa, à míngua de causas de aumento e diminuição na terceira fase

Em virtude da regra prevista no art 70 do CP. assim como na sentença, exaspero a pena em 1/6 (um sexto) tornando-a definitiva em 04 (quatro)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

anos e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 20 (vinte) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos (regra do art. 72 do CP).

Diante do quantum de pena, fixo o regime semiaberto para o cumprimento das reprimendas quanto ao réu J.C.F.D.J.

Ausentes os requisitos legais, incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ou a concessão do sursis (arts 44 e 77, ambos do CP).

Por fim, mostra-se necessária a expedição de mandados de prisão em desfavor dos apelantes D F , J C F D J e R R J , tendo em vista que as condenações firmadas em primeira instância foram mantidas em grau de recurso, sendo este o entendimento firmado em recente decisão do STF. proferida no julgamento do HC 126.292/SP.

Ao entender pela possibilidade de início da execução da pena confirmada em segunda instância sem violação ao princípio constitucional da presunção de inocência, a Suprema Corte fez renascer um entendimento que prevaleceu até 2009. A propósito, vale frisar que a execução do julgado constitui mero efeito da condenação e não enseja qualquer ofensa ao princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade.

Tenho que o estado presumido de inocência não se trata de um princípio absoluto, Isso porque o acusado, inicialmente é, de fato, presumidamente inocente. Entretanto, finalizada a instrução criminal e sobrevivendo a sentença condenatória, confirmada, inclusive por este Tribunal, essa presunção deve se inverter. Ou seja, o réu passa de presumidamente inocente para presumidamente culpado.

Não bastasse isso. eventual interposição de recurso Especial e Extraordinário pelo réu não obsta a expedição de mandado de prisão, eis que tais recursos não possuem efeito suspensivo, conforme sedimentado na Súmula 267 do STJ.

Como é sabido, após o julgamento do apelo pelo Tribunal, há preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa, sendo que os recursos Especial e Extraordinário, destinados ao STJ e STF, possuem âmbito de cognição restrito à matéria de direito. Assim, apesar de pendente a apreciação dos referidos recursos, é possível a produção dos efeitos das decisões proferidas em primeira e em segunda instância.

Nesse contexto, sendo confirmado um juízo de incriminação em segundo grau, é plenamente possível a relativização do princípio da presunção de inocência, não se mostrando arbitrária a possibilidade deste Julgador determinar o imediato cumprimento da pena.

Ora, negar a executividade da condenação até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória incentiva a interposição de recursos protelatórios. visando, até mesmo, a configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executória.

Tenho sustentado com veemência que o processo penal deve ter utilidade e as decisões proferidas devem possuir efetividade e, postergar a expedição de um mandado de prisão até o trânsito em julgado de uma decisão penal, é o mesmo que incentivar a eternização de um processo.

Afinal, este não é o papel do Judiciário, cada dia mais criticado e com muita razão, por manter em liberdade determinadas pessoas cuja autoria de um crime já tenha sido analisada e confirmada.

Quanto à extensão propagada com veemência por aqueles que cada dia mais procuram tirar a efetividade de uma decisão em ação penal pautada na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regra contida no art. 5º, LVII da Constituição Federal de que 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória'. existe aí uma sustentação equivocada no emprego da regra. O texto Constitucional disse que ninguém será considerado culpado e não preso antes do trânsito em julgado antes da condenação. Feitas tais considerações, a fim de garantir a efetividade das condenações dos acusados, a determinação da expedição de mandados de prisão é medida que se impõe" (e-STJ, fls. 288-301).

Isso porque o crime do art. 240 do ECA se insere no contexto de proibição da produção e registro visual, por qualquer meio, de cenas de sexo explícito, no sentido da interpretação autêntica do art. 241-F do ECA, envolvendo crianças e adolescentes, o que caracteriza violência sexual, nos termos do art. 4º, da Lei 13.431/17. Trata-se de crime comum, de subjetividade passiva própria, consistente em tipo misto alternativo, de forma que a prática de mais de um verbo típico no mesmo contexto implica a subsunção típica única.

No caso, o arcabouço fático estabelecido, segundo as instâncias ordinárias, indica que o paciente R. R. J, mediante aparelho celular, registrou imagens e filmou cenas de sexo explícito entre os corréus e as duas adolescentes, o que, segundo o Tribunal *a quo*, com uma única conduta teria cometido dois crimes, incidindo o concurso formal de crimes. Primeiramente, o fato de ter fotografado e filmado as cenas de sexo indica a execução de dois verbos, com dupla conduta, todavia, representando subordinação típica única, tendo em vista sua realização no mesmo contexto fático. Por conseguinte, da execução de mais de um verbo típico representa único crime, dada a natureza de crime de ação múltipla ou conduta variada do tipo em comento.

Ainda, questiona-se a ocorrência de crime único ou concurso formal, em razão do número de vítimas gravadas.

O concurso formal próprio ou perfeito (CP, art. 70, primeira parte), cuja regra para a aplicação da pena é a da exasperação, foi criado com intuito de favorecer o réu nas hipóteses de unicidade de conduta, com pluralidade de resultados, não derivados de desígnios autônomos, afastando-se, pois, os rigores do concurso material (CP, art. 69). No caso, as instâncias ordinárias entenderam que a conduta do réu realizou dois resultados típicos, haja vista a existência de duas adolescentes filmadas e fotografadas em sexo explícito. Verifica-se, entretanto, que inexistem dois resultados típicos, porquanto o crime em questão é formal ou de consumação antecipada, consumando-se, pois, unicamente pela prática da conduta de filmar ou fotografar cenas de sexo explícito, da qual participe criança ou adolescente. O efetivo abalo psíquico e moral por elas sofrido ou a disponibilidade das filmagens ou fotos é mero exaurimento da crime, irrelevantes para sua consumação, motivo pelo qual a quantidade de vítimas menores filmadas ou fotografadas é elemento meramente circunstancial, apto a ser valorado na pena-base, sem, contudo, indicar qualquer subsunção típica adicional. Por conseguinte, como as condutas de filmar e fotografar foram executadas durante o mesmo contexto fático, relativo ao ato sexual conjunto de dois corréus com as duas adolescentes, há duas condutas de subsunção típica única, motivo pelo qual se conclui pela existência de crime único.

Diante do afastamento do concurso formal de crimes, de rigor a redução da pena para 4 anos de reclusão. Ademais, como a pena-base foi fixada no mínimo legal, sendo o réu primário, de rigor a fixação do regime aberto ao paciente, nos termos do art. 33, § 2º, 'c', e § 3º do Código Penal.

Ante o exposto, **concedo a extensão** da ordem para o corréu **J. C. F. D. J.**, a fim de reduzir sua pena para 4 anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, salvo se, por outro motivo, estiver descontando pena em meio mais gravoso.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0040911-6 **PROCESSO ELETRÔNICO** **PExt no**
HC 438.080 / MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0434130019921 0434140000192 10434130019921001 434130019921 434140000192

EM MESA

JULGADO: 04/06/2019
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JAIRO RAFAEL DE MORAIS CARDOSO
ADVOGADO : JAIRO RAFAEL DE MORAIS CARDOSO - MG092985
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : R R J (PRESO)
CORRÉU : J C F D J
CORRÉU : D F
CORRÉU : P H C G
CORRÉU : L O G

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes Previstos no Estatuto da criança e do adolescente

PEDIDO DE EXTENSÃO

REQUERENTE : J C F D J
ADVOGADO : JAIRO RAFAEL DE MORAIS CARDOSO - MG092985
REQUERIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, deferiu o pedido de extensão, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.