

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 525937 - SP (2019/0233619-6)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : A A P
ADVOGADO : RONNY SOARES CARNAUSKAS - SP304257
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. ART. 240, *CAPUT*, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. REGIME PRISIONAL. PENA DE QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO QUE REMETE ÀS PRÓPRIAS ELEMENTARES DO TIPO PENAL. REGIME INICIAL ABERTO QUE SE IMPÕE. ART. 146 DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CONDUTA AUTÔNOMA DESTACADA NA DENÚNCIA E DECLARADA PRESCRITA. IMPOSSIBILIDADE DE SER UTILIZADA PARA FUNDAMENTAR O REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

– O paciente foi condenado pela prática do delito previsto no art. 240 do Estatuto da Criança e do Adolescente, segundo o qual é típica a conduta de produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente.

– Definiu a jurisprudência desta Corte que, para o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais gravoso do que comporta a pena, é necessária a apresentação de fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal. Entendimento dos enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

– No caso, fixada a pena em 4 anos de reclusão, após estabelecida a pena-base no mínimo legal, para o réu primário, o regime inicial semiaberto foi determinado por

fundamentação que remete às próprias elementares do tipo penal, ao referir-se à natureza sexual do delito e ao fato de ter sido cometido contra vítima menor de idade. Tal fundamentação não é idônea a justificar a escolha do regime inicial mais gravoso, devendo ser aplicado ao caso o regime inicial aberto, nos termos do art. 33, § 2º, letra "c", do Código Penal.

– De outro lado, a despeito de estar correto o entendimento esposado pelo *Parquet* nesta irresignação, no sentido de ser possível a utilização do *modus operandi* e da gravidade concreta do delito para justificar a fixação de regime inicial mais gravoso, no caso, tal proceder não é possível. Isso porque o constrangimento causado à ofendida – fundamento indicado pelo *Parquet* como apto a justificar o regime inicial mais gravoso – foi conduta autônoma destacada na denúncia, enquadrada no crime previsto no art. 146, *caput*, do Código Penal, em relação à qual houve sentença de extinção da punibilidade do réu, pelo reconhecimento da prescrição. Assim, ante a declaração da prescrição da pretensão punitiva, inviável a utilização dessa mesma conduta como elemento que evidencia a especial gravidade de delito, pelo *modus operandi* empregado.

– Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

Brasília, 28 de abril de 2020 (Data do Julgamento)

Ministro Reynaldo Soares da Fonseca
Relator

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 525.937 - SP (2019/0233619-6)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : A A P
ADVOGADO : RONNY SOARES CARNAUSKAS - SP304257
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de agravo regimental em *habeas corpus* interposto pelo representante do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra decisão monocrática de minha lavra (e-STJ, fls. 598/601), pela qual não conheci da impetração, com fundamento no art. 34, inciso XX, do Regimento Interno do STJ, mas concedi a ordem, de ofício, para aplicar o regime inicial aberto para o cumprimento da pena, mantidos os demais termos da condenação.

Consta dos autos que Juízo de primeiro grau condenou o paciente à pena de 4 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, pela prática do delito previsto no art. 240, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente (e-STJ, fls. 187/201).

Inconformada, a defesa apelou e o Tribunal *a quo* negou provimento ao recurso (e-STJ, fls. 254/270), por acórdão assim ementado:

PRELIMINAR - Nulidade do feito por falta de exame pericial, ausente a prova da materialidade do delito.

Inocorrência. Condenação baseada em um conjunto fático-probatório variado e suficiente a sustentá-la, consistente em laudo pericial e depoimentos da vítima e demais testemunhas, conforme preceitua o artigo 167 do Código Penal.

APELAÇÃO Art. 240, caput, do Estatuto da Criança e do Adolescente Materialidade e autoria bem demonstradas. Relatos da ofendida e testemunhas suficientes para a condenação. Sentença mantida.

Apelo desprovido.

Superior Tribunal de Justiça

No presente *mandamus* (e-STJ, fls. 3/10), a defesa sustenta haver constrangimento ilegal pela aplicação do regime inicial semiaberto, tendo em vista ser o paciente réu primário, com pena final fixada no patamar de 4 anos e pena-base no mínimo legal, o que justifica a aplicação do regime inicial aberto, nos termos do disposto no art. 33, § 2º, c, do Código Penal. Aponta incidirem os termos do disposto nos enunciados n. 440 da Súmula desta Corte e n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

Caso assim não se entenda, de forma que seja mantido o regime inicial semiaberto, aponta estarem presentes os requisitos legais para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, previstos no art. 44 do Código Penal.

Dessa forma, pede, liminarmente, a suspensão do curso da ação penal e, no mérito, seja aplicado o regime inicial aberto e, subsidiariamente, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

No presente agravo regimental (e-STJ, fls. 605/608), o representante do *Parquet* argumenta que, *embora cabível, em tese, o regime inicial aberto, pois a pena é de 04 anos de reclusão, a gravidade concreta do delito - reprodução de imagens pornográficas de vítima menor de idade, bem como **ameaças à ofendida para que continuasse a despir-se em frente à webcam** (e-STJ fl. 187) - justifica a fixação do regime semiaberto* e adiciona que os fundamentos que sustentaram o regime mais gravoso não estão restritos à natureza sexual do delito e ao fato de ter sido cometido contra vítima menor de idade, mas também ao *modus operandi* delituoso, consubstanciado em *ameaças à ofendida* (e-STJ, fls. 607/608).

Diante disso, requer o provimento do recurso, com a reforma da decisão agravada.

É o relatório.

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 525.937 - SP (2019/0233619-6)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **A A P**
ADVOGADO : **RONNY SOARES CARNAUSKAS - SP304257**
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. ART. 240, *CAPUT*, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. REGIME PRISIONAL. PENA DE QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO QUE REMETE ÀS PRÓPRIAS ELEMENTARES DO TIPO PENAL. REGIME INICIAL ABERTO QUE SE IMPÕE. ART. 146 DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CONDUTA AUTÔNOMA DESTACADA NA DENÚNCIA E DECLARADA PRESCRITA. IMPOSSIBILIDADE DE SER UTILIZADA PARA FUNDAMENTAR O REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

– O paciente foi condenado pela prática do delito previsto no art. 240 do Estatuto da Criança e do Adolescente, segundo o qual é típica a conduta de produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente.

– Definiu a jurisprudência desta Corte que, para o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais gravoso do que comporta a pena, é necessária a apresentação de fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal. Entendimento dos enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

– No caso, fixada a pena em 4 anos de reclusão, após estabelecida a pena-base no mínimo legal, para o réu primário, o regime inicial semiaberto foi determinado por fundamentação que remete às próprias elementares do tipo penal, ao referir-se à natureza sexual do delito e ao fato de ter sido cometido contra vítima menor de idade. Tal fundamentação não é idônea a justificar a escolha do regime inicial mais gravoso, devendo ser aplicado ao caso o regime inicial aberto, nos termos do art.

33, § 2º, letra "c", do Código Penal.

– De outro lado, a despeito de estar correto o entendimento esposado pelo *Parquet* nesta irresignação, no sentido de ser possível a utilização do *modus operandi* e da gravidade concreta do delito para justificar a fixação de regime inicial mais gravoso, no caso, tal proceder não é possível. Isso porque o constrangimento causado à ofendida – fundamento indicado pelo *Parquet* como apto a justificar o regime inicial mais gravoso – foi conduta autônoma destacada na denúncia, enquadrada no crime previsto no art. 146, *caput*, do Código Penal, em relação à qual houve sentença de extinção da punibilidade do réu, pelo reconhecimento da prescrição. Assim, ante a declaração da prescrição da pretensão punitiva, inviável a utilização dessa mesma conduta como elemento que evidencia a especial gravidade de delito, pelo *modus operandi* empregado.

– Agravo regimental a que se nega provimento.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

A despeito dos fundamentos apresentados pelo representante do *Parquet*, a irresignação não merece prosperar.

Como ressaltado na decisão agravada, definiu a jurisprudência desta Corte que, para o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais gravoso do que comporta a pena, é necessária a apresentação de fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal. Nesse sentido, confirmam-se as Súmulas n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, *in verbis* :

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Na espécie, o paciente, primário, teve a pena-base fixada no mínimo legal, por ausência de circunstâncias judiciais negativas, ficando, ao final, estabelecida em 4 anos de reclusão. O regime inicial adotado pelo juízo de primeiro grau, porém, foi o semiaberto, aplicado aos seguintes fundamentos:

Por sua vez, o réu não faz jus à aplicação da Lei nº 9.714/98, haja vista a natureza sexual do crime e suas circunstâncias, envolvendo vítima menor de idade. Portanto, ausentes os requisitos exigíveis previstos no artigo 44 do Código Penal.

O regime inicial de cumprimento de pena, considerando as características do crime in casu, como já exposto alhures, deverá ser o semiaberto (sentença - e-STJ, fls. 200/201).

O Tribunal *a quo*, ao analisar o recurso de apelação, corroborou os termos da dosimetria e do regime inicial realizados pela sentença condenatória, ao

consignar que *as penas e o regime carcerário impostos ao réu foram corretamente fixados e não merecem censura* (e-STJ, fl. 269).

Verifica-se, assim, que, no caso, após fixada a pena-base no mínimo legal, o regime inicial semiaberto, mais gravoso que o patamar de pena aplicado, foi determinado por fundamentação que remete às próprias elementares do tipo penal, ao referir-se à natureza sexual do delito e ao fato de ter sido cometido contra vítima menor de idade. Tal fundamentação, como visto, não é idônea a justificar a escolha do regime inicial mais gravoso, devendo ser aplicado ao caso o regime inicial aberto, nos termos do art. 33, § 2º, letra "c", do Código Penal.

De outro lado, a despeito de ser correto o entendimento esposado pelo *Parquet* nesta irresignação, no sentido de ser possível a utilização do *modus operandi* e da gravidade concreta do delito para justificar a fixação de regime inicial mais gravoso (o que se coaduna com a jurisprudência desta Corte), no caso, tal proceder não é possível. Isso porque o constrangimento causado à ofendida – fundamento indicado pelo *Parquet* para justificar o regime inicial mais gravoso – foi conduta autônoma destacada na denúncia, pelo crime previsto no art. 146, *caput*, do Código Penal, em relação ao qual houve sentença de extinção da punibilidade do réu, em razão do reconhecimento da prescrição (e-STJ, fl. 188). Ante a declaração da prescrição da pretensão punitiva, inviável a utilização dessa mesma conduta como elemento que evidencia a especial gravidade de delito, pelo *modus operandi* empregado.

Sobeja apenas, portanto, a fundamentação que remete às próprias elementares do tipo penal – a natureza sexual do delito e ao fato de ter sido cometido contra vítima menor de idade – a qual não é suficiente, como visto, para justificar a aplicação do regime inicial mais gravoso.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

AgRg no HC 525.937 / SP
PROCESSO ELETRÔNICO
MATÉRIA CRIMINAL

Número Registro: 2019/023361-96

Número de Origem:

00034101120134036105 18572015 205580920114013600 205685320114013600 21412013
30433127020138260114 34101120134036105

Sessão Virtual de 22/04/2020 a 28/04/2020

SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator do AgRg

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : RONNY SOARES CARNAUSKAS

ADVOGADO : RONNY SOARES CARNAUSKAS - SP304257

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : A A P

INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO : CRIMES PREVISTOS NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE
CRIMES PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE - CRIMES PREVISTOS NO
ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE
DIREITO PENAL - CRIMES
PREVISTOS NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE
CRIMES
PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE - CRIMES PREVISTOS NO
ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

AGRAVADO : A A P

ADVOGADO : RONNY SOARES CARNAUSKAS - SP304257

INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

TERMO

A QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

Brasília, 29 de abril de 2020