SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1868889 - SP (2020/0073615-3)

RELATOR	:	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
RECORRENTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RECORRIDO	:	A S DOS S (PRESO)
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto com fulcro no art. 105, III, alínea "a", da Constituição Federal.

Consta dos autos que o recorrido foi condenado, em primeira instância, à pena de 08 anos e 04 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática dos crimes previstos nos arts. 241-A e 241-B, ambos da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA) c.c. os arts. 69 e 71 do Código Penal - CP (divulgação e armazenamento de pornografia infantil - fls. 454/471).

Em sede de apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso da acusação, reconhecendo, de oficio, a incidência do princípio da subsidiariedade ao caso, aplicando-se tão somente a pena fixada ao delito do art. 241-A da Lei n. 8.069/90 e deu parcial provimento ao recurso da defesa para fixar a pena-base em 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal e aplicou, de oficio, a redução da fração de aumento decorrente da continuidade delitiva para 1/6 (um sexto), resultando a pena definitiva em 4 (quatro) anos e 1 (um) mês de reclusão, em regime inicial semiaberto. Eis a ementa do julgado (fls. 608/609):

> *PROCESSUAL PENAL. PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ARMAZENAMENTO E DIVULGAÇÃO DE MATERIAL CONTENDO CENAS PORNOGRÁFICAS ENVOLVENDO CRIANÇA E ADOLESCENTE. ARTS. 241-A E 241-B DA LEI N. 8.069/90. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. APLICABILIDADE. DOSIMETRIA. REINCIDÊNCIA. AFASTAMENTO. APELAÇÃO DA DEFESA PARCIALMENTE PROVIDA.*
>
> *1. Materialidade, autoria e dolo comprovados. Mantida a condenação do apelante.*
>
> *2. Na espécie, os delitos de divulgar e armazenar conteúdo pedófilo infantil protegem o mesmo bem jurídico, a formação emocional e moral da criança e do adolescente, sendo a conduta do primeiro mais grave em,*

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Documento eletrônico VDA25009620 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): JOEL ILAN PACIORNIK Assinado em: 02/04/2020 14:23:33
Publicação no DJe/STJ nº 2883 de 03/04/2020 (Aguardando confirmação da publicação). Código de Controle do Documento: 87936f27-4e24-409e-9b00-2bee734c7492

relação a do segundo. Ademais, a conduta, de armazenar, menos grave, pode constituir elemento ou meio para a execução do delito mais grave, o que robora o caráter subsidiário tácito do art. 241-B em relação ao delito do art. 241-A, ambos do ECA.

3. Em que pese a informação da extinção da .execução da pena imposta a acusado nos Autos n. 0027509-86.1999.8.26.0309, em 29.04.15, data anterior ao cometimento dos delitos em análise, a extinção se deu pela prescrição da pretensão executória, que não é apta a gerar a reincidência postulada pela acusação.

4. Com o redimensionamento da pena, o regime inicial adequado para o cumprimento da pena deve ser o semiaberto (CP, art. 33, § 2°, b). Ausente o requisito do art. 44, 1, do Código Penal, incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

5. Apelação da defesa parcialmente provida.

6. Apelação da acusação desprovida.

Opostos embargos de declaração, pelo Ministério Público, foram desprovidos. O acórdão ficou assim ementado (fls. 652/653):

PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REDISCUSSÃO. INADMISSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO. EMBARGOS DESPROVIDOS.

1. Os embargos de declaração não se prestam a rediscutir a matéria julgada, para que desse modo se logre obter efeitos infringentes.

2. Cumpre salientar que os embargos de declaração não são recurso predestinado à rediscussão da causa. Vale dizer, não servem para reavaliar os argumentos das partes, mas sim para integrar o julgado, escoimando-o de vícios que dificultam sua compreensão ou privam a parte de obter o provimento jurisdicional em sua inteireza, em congruência ao que fora postulado na pretensão inicial.

3. Conforme entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, também adotado por esta 5' Turma (TRF da 3' Região, EDecIACr n. 200761810019846, Rel. Des. Fed. André Nekastchalow, unânime, j. 03.11.09, EDecIACr n. 200061110081767, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, unânime, j. 08.03.10; EDecIACr n. 200661190059361, Rel. Des. Fed. Peixoto Junior, j. 19.05.08), é desnecessária a menção explícita a todos os dispositivos legais citados pela defesa, considerando-se indispensável, para efeito de prequestionamento, a menção implícita às questões impugnadas.

4. Embargos de declaração desprovidos.

Diante disso, o Ministério Público Federal interpôs recurso especial apontando negativa de vigência ao artigo 69 do Código Penal - CP e aos artigos 241-A e 241-B, ambos da Lei n° 8.069/90 (ECA), ao afastar o concurso material dos crimes por força da aplicação dos princípios da subsidiariedade e da consunção.

Alega que o Tribunal de origem entendeu que os delitos previstos nos artigos

241-A e 241-B, ambos da Lei n° 8.069/90, protegem o mesmo bem jurídico e a conduta de armazenar (art. 241-B), menos grave, pode substituir o elemento ou meio para a execução do delito mais grave (art. 241-A), de forma que haveria subsidiariedade do primeiro tipo penal mencionado com relação ao último.

Entretanto, a conduta de armazenamento de fotografia ou vídeo contendo cena de pornografia infantil prevista no art. 241-B do ECA é conduta diversa da prevista no art. 241-A do ECA que tipifica a divulgação de fotografia ou vídeo contendo pornografia infantil, não cabendo a aplicação do principio da consunção ou do princípio da subsidiariedade.

Assevera que os arts. 241-A, *caput* e 241-B, *caput*, abrangem condutas diversas e protegem bens jurídicos distintos, decorrentes de desígnios autônomos e que, portanto, devem ser objeto de condenação penal específica, não cabendo a aplicação do primado da consunção ou do princípio da subsidiariedade.

Requer seja conhecido e provido o recurso especial para reformar o acórdão impugnado e restabelecer o concurso material dos crimes previstos nos artigos 241-A e 241-B, ambos Lei n° 8.069/90.

Contrarrazões às fls. 710/717.

Decisão de admissibilidade às fls. 719/722.

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso especial (fls. 737/739).

É o relatório.

Decido.

O recurso merece prosperar.

O voto condutor assim se posicionou quanto à controvérsia, no que importa, *verbis* (fls. 605/607):

> *Data vênia, divirjo da Eminente Juíza Federal Convocada Raquel Silveira, quanto a manutenção do concurso material entre os delitos dos arts. 241 -A e 241 - B, ambos do ECA.*
>
> *Subsidiariedade. Revejo meu entendimento para reconhecer a incidência do princípio da subsidiariedade ao delito previsto no art. 241 -B do ECA.*
>
> *[...]*
>
> ***Do caso dos autos. No caso, restou demonstrado pelas provas coligidas nos autos que o réu tanto armazenava quanto divulgava imagens de pornografia infanto-juvenil, bem como a ausência de estrita correspondência entre os arquivos armazenados com os que foram divulgados.***
>
> ***Sucede que os delitos de divulgar e armazenar***

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Documento eletrônico VDA25009620 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): JOEL ILAN PACIORNIK Assinado em: 02/04/2020 14:23:33
Publicação no DJe/STJ nº 2883 de 03/04/2020 (Aguardando confirmação da publicação). Código de Controle do Documento: 87936f27-4e24-409e-9b00-2bee734c7492

> ***conteúdo pedófilo infantil protegem o mesmo bem jurídico, a formação moral e emocional da criança e do adolescente, sendo a conduta do primeiro mais grave em relação a do segundo.***
>
> ***Ademais, a conduta, de armazenar, menos grave, pode constituir elemento ou meio para a execução do delito mais grave, o que robora o caráter subsidiário tácito do art. 241-B em relação ao delito do art. 241-A, ambos do ECA.***
>
> ***Em resumo, aplicando-se, de oficio, a subsidiariedade do art. 241-B do ECA ao caso, os fatos tipificam-se apenas no art. 241-A da Lei n. 8.069/90.***
>
> *Data vênia, divirjo com relação ao reconhecimento da agravante de reincidência que levou em consideração o contido na certidão de fls. 377.*
>
> *Em que pese a informação da extinção da execução da pena imposta a acusado nos Autos n. 0027509-86.1999.8.26.0309, em 29.04.15, data anterior ao cometimento dos delitos em análise, a extinção se deu pela prescrição da pretensão executória, que não é apta a gerar a reincidência postulada pela acusação.*
>
> *Ante o reconhecimento da subsidiariedade do delito do art. 241-B em relação ao art. 241-A da Lei n. 8.069/90, bem como o afastamento da agravante da reincidência, passo a rever a dosimetria da pena apenas para o crime do art. 241-A da Lei n. 8.069/90.*
>
> *Na primeira fase, dada a existência de maus antecedentes e ausentes demais circunstâncias judiciais desfavoráveis, acertada a decisão da Eminente Juíza Federal Convocada que fixou a fração de aumento em 1/6 (um sexto), passando a pena -base para 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 11 (onze) dias -multa.*

Da análise dos trechos acima transcritos, verifica-se que o Tribunal de origem entendeu que os delitos previstos nos arts. 241-A e 241-B, ambos da Lei n. 8.069/90, consistentes em divulgar e armazenar conteúdo pornográfico infantil, protegem o mesmo bem jurídico, afastando o concurso material dos crimes por força da aplicação do princípio da subsidiariedade.

Contudo, esse entendimento está desalinhado à jurisprudência desta Corte, firmada no sentido de que *"as condutas de armazenamento de arquivos de pornografia infanto juvenil e posterior transmissão parcial dos referidos arquivos denotam autonomia apta a configurar o concurso material, afastando-se a tese defensiva de aplicação do princípio da consunção"* (AgRg no AREsp 1471304/PR, de minha relatoria, QUINTA TURMA, DJe 19/12/2019).

No mesmo sentido:

> *PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PEDOFILIA.*

ARMAZENAMENTO E DIVULGAÇÃO, A MENORES, DE CONTEÚDO PORNOGRÁFICO RETRATANDO SEXO ENTRE ADOLESCENTES, CONTIDO EM COMPUTADOR PESSOAL. DESNECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 7/STJ. CONDUTAS PREVISTAS NOS ARTS. 241-A E 241-B DO ECA. CRIMES AUTÔNOMOS. TESE DE CONSUNÇÃO DE CRIMES. INAPLICABILIDADE AO CASO CONCRETO. CONCURSO MATERIAL. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Estando as condutas perpetradas pelo agente exaustivamente comprovadas no caderno processual, não há falar em aplicação do teor da Súmula 7/STJ ao caso.

2. A tese de consunção do crime previsto no art. 241-A por aquele descrito no art. 241-B não se sustenta, na hipótese, por se tratar de delito de tipo misto alternativo, o qual abarca todas as condutas que tenham por objeto fotografias ou vídeos contendo menores em cenas de sexo explícito ou pornográficas.

3. Quando o agente adquire ou baixa arquivos de imagens pornográficas (fotos e vídeos) envolvendo crianças e adolescentes e os armazena no próprio HD - como no caso dos autos -, é perfeitamente possível o concurso material das condutas de "possuir" e "armazenar" (art. 241 -B do ECA) com as condutas de "publicar" ou "disponibilizar" e "transmitir" (art. 241 -A), o que autoriza a aplicação da regra do art. 69 do Código Penal.

4. Como o tipo incriminador capitulado no art. 241-A não constitui fase normal ou meio de execução para o delito do art. 241-B, o agente possuía a livre determinação de somente baixar, arquivar e/ou armazenar o material pornográfico infantil, para satisfazer sua lascívia pessoal, mas poderia se abster de divulgá-lo, sobretudo a adolescentes - o que não ocorreu na espécie.

5. Agravo regimental não provido (AgRg no AgRg no REsp 1330974/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 19/02/2019).

Ante o exposto, com fundamento no Enunciado n. 568 da Súmula do STJ, dou provimento ao recurso especial para reformar o acórdão impugnado e restabelecer o concurso material dos crimes previstos nos artigos 241-A e 241-B, ambos Lei n° 8.069/90.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 02 de abril de 2020.

Ministro Joel Ilan Paciornik
Relator

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Documento eletrônico VDA25009620 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): JOEL ILAN PACIORNIK Assinado em: 02/04/2020 14:23:33
Publicação no DJe/STJ nº 2883 de 03/04/2020 (Aguardando confirmação da publicação). Código de Controle do Documento: 87936f27-4e24-409e-9b00-2bee734c7492