



**emagis**  
cursos jurídicos

# INFOEMAGIS EM PAUTA

## 72

### **Coordenadores**

Gabriel Brum, juiz federal  
Gérson Henrique, defensor público

## Sumário

DIREITO PENAL.....	3
STF, ARE 848.107. Prescrição da pretensão executória. Termo inicial. Trânsito em julgado para ambas as partes. CP, art. 112, I. Não recepção.....	3
DIREITO PENAL E DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	4
STJ, REsp 1.971.049, REsp 1.970.216 e REsp 1.976.855. Armazenar e compartilhar imagens e vídeos de pornografia infantil. Arts. 241-A e 241-B do ECA. Princípio da consunção. Inaplicabilidade. Condutas autônomas. Concurso material de crimes. Tema 1168.....	4
DIREITO CONSTITUCIONAL.....	6
STF, ADI 2.402. Constitucional. Vedação à edificação de presídios. Distância mínima. Ampliação e contingente máximo da população carcerária.....	6
DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL.....	7
STJ, AgRg no REsp 2.037.387. Revisão criminal. Ação de natureza defensiva. Alteração ou inovação de fundamentos para valoração negativa na dosimetria. Não cabimento. Vedação à reformatio in pejus.....	7

## DIREITO PENAL

**STF, ARE 848.107. Prescrição da pretensão executória. Termo inicial. Trânsito em julgado para ambas as partes. CP, art. 112, I. Não recepção.**



Situação Fática

Rodrigo Pancada foi acusado pela prática do crime de roubo, tendo sido condenado, em primeira instância, à pena de 6 anos e 2 meses de reclusão, além da pena de multa. Dessa sentença somente a defesa recorreu, **havendo o trânsito em julgado para a acusação no dia 1º/04/2023**. O recurso de apelação interposto pela defesa foi desprovido e, na sequência, houve o **trânsito em julgado para ambas as partes**, mais precisamente no dia 1º/09/2023.



Controvérsia

Qual é o **termo inicial** para a contagem da **prescrição da pretensão executória** relacionada a **pena privativa de liberdade** fixada em **sentença penal condenatória**?



Decisão

**O prazo para a prescrição da execução da pena concretamente aplicada somente começa a correr do dia em que a sentença condenatória transita em julgado para ambas as partes, momento em que nasce para o Estado a pretensão executória da pena, conforme interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal ao princípio da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal) nas ADC 43, 44 e 54.**



Fundamentos

Como sabemos, em uma primeira categorização, a prescrição penal divide-se em **prescrição da pretensão punitiva** (analisada antes do trânsito em julgado para ambas as partes) e **prescrição da pretensão executória** (examinada após o trânsito em julgado para ambas as partes).

A **prescrição da pretensão punitiva**, por sua vez, **subdivide-se** em **prescrição da pretensão punitiva propriamente dita** (sendo aferida com base na pena em abstrato cominada ao delito), **prescrição superveniente** e **prescrição retroativa** (estas duas pressupõem o trânsito em julgado para a acusação ou o improvimento do seu recurso – art. 110, § 1º, do CP – e são analisadas à luz da pena em concreto fixada na sentença condenatória). Já a **prescrição da pretensão executória** – que vem prevista no art. 110, caput, do CP - **não tem subdivisão**.

Relativamente à **prescrição da pretensão executória** – que nos interessa de modo particular nos presentes comentários -, o seu termo inicial é regido pelos arts. 112 e 113 do CP. De seu turno, as causas interruptivas da prescrição da pretensão executória estão dispostas no art. 117, V e VI, do CP.

A jurisprudência do STJ sinalizava que, transitada em julgado a sentença condenatória para ambas as partes, o termo inicial da prescrição executória não seria o trânsito em julgado, mas sim o trânsito em julgado para a acusação. Assim o era em razão da **literalidade do art. 112, I, do CP**, por mais absurdo que isso se apresente. Veja-se o teor desse preceito legal:



Fundamentos

*“Termo inicial da prescrição após a sentença condenatória irrecorrível*

*Art. 112 - No caso do art. 110 deste Código, a prescrição começa a correr:*

*I - do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional;”*

Nada obstante, **curvou-se o Tribunal da Cidadania ao entendimento adotado pelo STF, para quem o termo inicial da prescrição da pretensão executória é o trânsito em julgado para ambas as partes**, isso porque não mais se admite a execução provisória da pena (ADCs 43, 44 e 54), sendo necessário o efetivo trânsito em julgado para ambas as partes, algo que repercute na interpretação do art. 112, I, do CP. Confira-se julgado da Terceira Seção do Tribunal da Cidadania que ilustra essa guinada jurisprudencial: **“O Termo inicial da contagem do prazo da prescrição da pretensão executória é o trânsito em julgado para ambas as partes.”** (AgRg no REsp 1.983.259). Recentemente, o Supremo Tribunal Federal sepultou a discussão ao julgar a matéria em sede de repercussão geral e fixar a seguinte tese: **“O prazo para a prescrição da execução da pena concretamente aplicada somente começa a correr do dia em que a sentença condenatória transita em julgado para ambas as partes, momento em que nasce para o Estado a pretensão executória da pena, conforme interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal ao princípio da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal) nas ADC 43, 44 e 54.”** (ARE 848.107).

## DIREITO PENAL E DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

STJ, REsp 1.971.049, REsp 1.970.216 e REsp 1.976.855. Armazenar e compartilhar imagens e vídeos de pornografia infantil. Arts. 241-A e 241-B do ECA. Princípio da

## consunção. Inaplicabilidade. Condutas autônomas. Concurso material de crimes. Tema 1168.



Situação Fática

Imagine que certo agente tenha armazenado vários vídeos e fotos contendo cenas de sexo explícito envolvendo crianças (ou adolescentes) e os disponibilizou a terceiros pela internet. Em relação a outras fotos e vídeos, compartilhou sem armazená-los em seu computador.



Controvérsia

O agente deve responder pelo crime do **art. 241-A do ECA** em **concurso material** com o crime do **art. 241-B do ECA** ou deve ocorrer a aplicação do **princípio da consunção**, de modo que o crime do art. 241-B ficaria absorvido pelo crime do art. 241-A?



Decisão

**Os tipos penais trazidos nos arts. 241-A e 241-B do Estatuto da Criança e do Adolescente são autônomos, com verbos e condutas distintas, sendo que o crime do art. 241-B não configura fase normal, tampouco meio de execução para o crime do art. 241-A, o que possibilita o reconhecimento de concurso material de crimes. (Tema repetitivo 1168/STJ).**



Fundamentos

O ponto chave da controvérsia consiste em definir se as condutas de "adquirir, possuir ou armazenar" conteúdo pornográfico envolvendo criança ou adolescente - condutas essas previstas no art. 241-B do ECA - constituiriam, ou não, meio necessário ou fase de preparação para o cometimento do núcleo do tipo "divulgar" (o mesmo tipo de conteúdo pornográfico) elencado entre outros verbos no crime de ação múltipla descrito no art. 241-A do ECA.

Deliberando sobre a questão, **a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido da autonomia dos tipos penais trazidos nos arts. 241-A e 241-B, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez que o crime no art. 241-B não configura fase normal nem meio de execução para o crime do art. 241-A.**

De fato, **é possível que alguém compartilhe sem armazenar, como pode realizar o armazenamento sem a transmissão.** Ou seja, são efetivamente verbos e condutas distintas, que têm aplicação autônoma.



Fundamentos

Com efeito, é plenamente admissível que uma pessoa, navegando na internet, encontre conteúdo pornográfico infantojuvenil e o repasse para outros, praticando a conduta "disponibilizar" sem, contudo, armazenar tal conteúdo em seus dispositivos eletrônicos. De outro lado, é indiscutível que eventual conteúdo pornográfico da mesma natureza pode ser armazenado em dispositivo (pen drive, HD, CD etc.) ou nuvem, sem jamais vir a ser compartilhado ou divulgado. Com isso em mente, é forçoso reconhecer a **autonomia de cada uma das condutas apta a configurar o concurso material, afastando-se a aplicação do princípio da consunção.**

Reforça esse entendimento o fato de que, **não raras vezes, evidencia-se diferença entre o conteúdo dos arquivos/dados armazenados e o conteúdo daqueles divulgados e/ou a ausência de correspondência entre a quantidade armazenada e a quantidade compartilhada**, o que denota a autonomia de cada conduta.

Da mesma forma, a constatação de que o armazenamento ocorreu após a divulgação/compartilhamento de arquivos de imagens/vídeos contendo pornografia infantojuvenil e/ou cenas de sexo envolvendo crianças e adolescentes **impede se cogite da aplicação do princípio da consunção entre as condutas.**

## DIREITO CONSTITUCIONAL

**STF, ADI 2.402. Constitucional. Vedação à edificação de presídios. Distância mínima. Ampliação e contingente máximo da população carcerária.**



Situação Fática

Considere os seguintes dispositivos de **lei editada por certo Estado brasileiro**:

*"Art. 1º Fica vedada a edificação de presídios dentro de um raio de 20 km (vinte quilômetros) dos presídios já existentes.*

*Art. 2º Fica vedada a ampliação dos edifícios prisionais que já tenham capacidade para quinhentos detentos em suas dependências."*



Controvérsia

É constitucional **lei estadual** que **veda a edificação de presídios dentro de um raio de vinte quilômetros dos presídios já existentes e proíbe a ampliação dos edifícios prisionais que já tenham capacidade para quinhentos detentos em suas dependências?**



Decisão

Para o STF, **é constitucional — por ausência de afronta ao direito social à segurança (CF/1988, art. 6º), ao direito de propriedade (CF/1988, art. 5º, “caput” e XXII), ao princípio da proporcionalidade, ou à competência da União para legislar sobre direito civil (CF/1988, art. 22, I) — lei estadual que fixa distância mínima entre presídios e contingente máximo da população carcerária.**



Fundamentos

O Supremo Tribunal Federal, em recente precedente no qual examinada lei capixaba de idêntico teor àquela trazida acima, apontou que, sendo a ampliação ou construção de unidades prisionais matéria de **direito penitenciário**, cuja **competência legislativa é concorrente** (CF, art. 24, I), a lei estadual em foco, ao proibir a construção de presídio dentro do raio de vinte quilômetros de outros já existentes e a ampliação dos edifícios prisionais com capacidade para quinhentos detentos, **objetiva garantir a dignidade dos presos e a segurança tanto deles quanto dos habitantes do entorno das unidades prisionais.**

De outro lado, enfatizou que o Diploma em análise **não restringe o investimento do estado em segurança pública**, apenas estabelecendo **parâmetros** a serem observados pela Administração Pública estadual, com a **imposição de restrições adequadas, necessárias e proporcionais**, na medida em que consideram os riscos da superlotação carcerária para a integridade física e mental dos presidiários, bem como para a segurança da população local.

Por isso, entendeu-se que **é constitucional — por ausência de afronta ao direito social à segurança (CF, art. 6º), ao direito de propriedade (CF, art. 5º, “caput” e XXII), ao princípio da proporcionalidade, ou à competência da União para legislar sobre direito civil (CF, art. 22, I) — lei estadual que fixa distância mínima entre presídios e contingente máximo da população carcerária (ADI 2.402).**

## DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

STJ, AgRg no REsp 2.037.387. Revisão criminal. Ação de natureza defensiva. Alteração ou inovação de fundamentos para valoração negativa na dosimetria. Não cabimento. Vedação à reformatio in pejus.



Situação Fática

Em recurso exclusivo da defesa, o tribunal **afastou a agravante da reincidência**, mas **fortaleceu circunstância judicial na primeira fase da dosimetria da pena.**



Controvérsia

Em **revisão criminal**, é admitido o **afastamento da reincidência** com o conseqüente fortalecimento de alguma circunstância judicial do art. 59 do Código Penal, **mantendo-se a pena definitiva inalterada?**



Decisão

**Na revisão criminal, por se tratar de ação exclusivamente defensiva, afastado o desvalor atribuído às circunstâncias judiciais ou às agravantes, a pena deverá ser reduzida.**



Fundamentos

Acerca do tema, prevalecia no STJ o entendimento no sentido de que o efeito devolutivo pleno do recurso de apelação tornava possível à Corte de origem, mesmo na análise de recurso exclusivo da defesa, revisar as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, bem como alterar ou mesmo inovar os fundamentos para justificar a manutenção ou redução da reprimenda e do regime inicial, sem que se configurasse caso de *reformatio in pejus*, isso porque a situação do réu não seria agravada.

Todavia, a Terceira Seção, ao julgar os Embargos de Divergência em REsp 1.826.799/RS, alterou a jurisprudência sobre a matéria, passando a entender que, **quando o Tribunal de origem, em recurso exclusivo da defesa, afasta a valoração negativa de algum elemento da dosimetria da pena, deve reduzir a sanção proporcionalmente, e não realocá-lo.**

Nesse novo panorama, **não mais se admite que o Tribunal estadual, em julgamento exclusivo da defesa, altere ou inove os fundamentos utilizados na dosimetria, com vistas a manter a mesma pena fixada na sentença ou a reduzi-la em patamar inferior ao que resultaria da simples exclusão da circunstância negativa, agravante ou majorante.**

De igual modo, acrescenta-se que, **mesmo nas hipóteses de revisão criminal, por se tratar de ação exclusivamente defensiva, uma vez afastado o desvalor atribuído às circunstâncias judiciais, ou mesmo no tocante às circunstâncias agravantes, a pena deverá necessariamente ser reduzida.**