**PROCESSUAL PENAL. RECURSO DE APELAÇÃO. ART. 241-A, ECA. DENÚNCIA GENÉRICA. TEMPO DO FATO. DESCRIÇÃO IMPRECISA CARENTE DE LASTRO FÁTICO. CRIME INSTANTÂNEO. NECESSIDADE DE INDICAÇÃO DO TEMPO DO CRIME. AUSÊNCIA DE PROVA DE REFERÊNCIA TEMPORAL. PREJUÍZO AO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. ABSOLVIÇÃO. ART. 241-B, ECA. ARMAZENAMENTO DE CONTÉUDO PORNOGRÁFICO INFANTO-JUVENIL EM APARELHO CECULAR. PRISÃO EM FLAGRANTE. PROVA TESTEMUNHAL, FOTOGRAFIAS, VÍDEOS E AUTO DE CONSTATAÇÃO ELABORADO PELA AUTORIDADE POLICIAL. MATERIALIDADE COMPROVADA. DOSIMETRIA. QUANTIDADE ELEVADA DE ARQUIVOS. EXASPERAÇÃO PELAS CULPABILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PENA REDIMENSIONADA. REGIME INICIAL ABERTO. PRISÃO PREVENTIVA REVOGADA DE OFÍCIO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.**

**1. A denúncia genérica, sem nenhuma referência temporal idônea, inviabiliza o exercício contraditório e da ampla defesa.**

**2. Caracterizado o prejuízo, decorrente da inépcia da inicial acusatória, o processo se resolve pela absolvição do acusado, nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.**

**3. Prescinde de laudo pericial a configuração da materialidade do crime previsto no artigo 241-B, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Precedentes.**

**4. O aumento da pena-base deve estar fundamentado em dados concretos extraídos da conduta imputada ao réu.**

**5. Constitui causa de revogação da prisão preventiva, em regra, a aplicação de pena privativa de liberdade em regime inicial aberto, mais brando que a própria medida cautelar.**

**6. Recurso conhecido e parcialmente provido.**

**I – RELATÓRIO**

Cuida-se de recurso de apelação interposto por Gilberto Gustavo da Silva, tendo como objeto sentença proferido juízo da Vara Criminal de Terra Rica, que julgou procedente pretensão punitiva estatal para condená-lo, pela prática dos crimes previstos nos artigos 241-A e 241-B, do Estatuto da Criança e do Adolescente, às penas de 6 (seis) anos, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão e ao pagamento de 211 (duzentos e onze) dias-multa, em regime inicial semiaberto (evento 198.1 – autos de origem).

Eis, em síntese, as razões de inconformismo: a) inexiste certeza sobre o local de armazenamento dos arquivos, no disposto eletrônico do réu; b) o local dos arquivos é relevante porque se armazenados na lixeira do aparelho, não haveria comprovação de dolo; c) não é possível aferir a efetiva presença de menores de idade nos arquivos de conteúdo pornográfico; d) inexiste comprovação das circunstâncias de tempo do segundo fato, relativo à transmissão dos arquivos de conteúdo pornográfico infanto-juvenil; e) tratando-se de crimes que deixam vestígios, é indispensável a realização de exame pericial, cuja ausência configura nulidade; f) a quantidade diminuta de arquivos não autoriza o incremento da pena-base; g) tratando-se de pequena quantidade de arquivos, incide a minorante prevista no artigo 241-B, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente; h) a qualidade dos atos sexuais retratados nos arquivos de vídeo não autoriza o incremento da pena-base na vertente da culpabilidade, porquanto considerada tal circunstância no âmbito da criminalização primária; i) não logrou a acusação identificar os interlocutores das conversas em que houve envio de arquivos de conteúdo pornográfico infanto-juvenil, o que desautoriza a incidência da agravante genérica do artigo 61, inciso II, alínea “h”, do Código Penal (evento 217.1 – autos de origem).

Nas contrarrazões, o Ministério Público argumentou estar suficientemente comprovada a materialidade dos crimes imputados ao acusado, bem como a correção da dosimetria das penas (evento 220.1 – autos de origem).

Opinou a Procuradoria-Geral de Justiça pelo conhecimento e desprovimento do recurso (evento 14.1).

É o necessário relato.

**II – VOTO E SUA FUNDAMENTAÇÃO**

II.I – DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Satisfeitos os requisitos de admissibilidade recursal, conhece-se do apelo interposto.

II.II – DO CRIME DO ARTIGO 241-A, DO ECA

Quanto ao crime previsto no artigo 241-A, do Estatuto da Criança e Adolescente, descrito no segundo fato da denúncia, o Ministério Público imputou ao acusado a prática seguinte conduta:

FATO 02

Nas mesmas circunstâncias de tempo e de local acima descritas, no Município e Comarca de Terra Rica/PR, Policiais Civis, durante cumprimento de Mandado de Busca e Apreensão expedido nos autos de nº 0000385-08.2023.8.16.0167, constataram que o ora denunciado GILBERTO GUSTAVO DA SILVA, vulgo “INDIÃO”, agindo com consciência e vontade, ciente da ilicitude e da reprovabilidade de sua conduta, transmitiu, no ano de 2023, por meio de aplicativo de mensagens instalado em seu aparelho celular de uso pessoal, da marca Xiaomi, Redmi 10C, IMEI 1: 860223063644907 e IMEI 2: 860223063644915, vinculado aos numerais (44) 99934-4535 e (44) 99137-5499 (apreendido à seq. 1.12), à usuária identificada apenas como “Julia 9 anos”, vídeos contendo cenas de sexo explícito e pornográficas envolvendo crianças/adolescentes. E isso tudo conforme Boletim de Ocorrência de seq. 1.23, Auto de Exibição e Apreensão de seq. 1.12, Auto de Constatação Parcial de Conteúdo de Aparelho Celular de seq. 1.15 (página 5) c/c vídeos de seq. 1.21 e 1.22, Auto de Prisão em Flagrante de seq. 1.4, Cópia do Mandado de Busca e Apreensão de seq. 1.24, e Termos de Declaração de seq. 1.6 e 1.8. (evento 37.1 – autos de origem).

Como se pode, pois, observar, a imputação consiste na disseminação de arquivos de pornografia infanto-juvenil através do *whatsapp.*

Na esteira do argumentado pela defesa, a imputação delitiva apresenta referencial de tempo demasiadamente amplo e genérico, limitado à afirmação de que a conduta foi praticada no ano de 2023.

Tal inferência temporal não consta de nenhum elemento de informação angariado durante a investigação. As imagens do aparelho celular, dando conta de conversas com envio dos arquivos pornográficos, carecem de informação de dia, mês e ano. Há, tão somente, registro de horário (eventos 1.16, 1.18 e 1.19).

A imprecisão na descrição fática representa gravíssimo prejuízo ao exercício da defesa e do contraditório, a caracterizar inépcia da denúncia.

Eis o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre os requisitos formais da denúncia ou queixa, em relação à descrição dos fatos:

RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL EM HABEAS CORPUS. VIOLAÇÃO DE SIGILO FUNCIONAL, NA FORMA QUALIFICADA. TRANCAMENTO DO PROCESSO-CRIME. CONTRADIÇÃO NA DENÚNCIA QUE IMPEDE O DEVIDO EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA. INÉPCIA DA INICIAL ACUSATÓRIA. RECURSO PROVIDO. **1. "Ocorre a inépcia da denúncia quando sua deficiência resultar em prejuízo ao exercício da ampla defesa do acusado, ante a ausência de descrição da conduta criminosa, da imputação de fatos determinados, ou quando da exposição circunstancial não resultar logicamente a conclusão" (STJ, APn 989/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/02/2022, DJe 22/02/2022; sem grifos no original).** 2. Espécie na qual o Ministério Público Estadual atribui ao Réu, na denúncia, a suposta prática de apenas um ato, que não ocorreu na oportunidade narrada na peça, e está dissociado da imputação formulada pelo Parquet. A documentação dos autos esclarece inequivocamente, sem a necessidade de detida valoração das provas, que o fato ocorrido em 08/05/2013, aproximadamente às 19h25min, diz respeito tão somente ao horário de conversa telefônica entre terceiros (ou seja, em que o Recorrente não era nenhum dos interlocutores), na qual está ausente a descrição mínima de conduta perpetrada pelo Agente que corresponda ao crime previsto no art. 325, § 2.º, do Código Penal. 3. "Denúncias genéricas, que não descrevem os fatos na sua devida conformação, não se coadunam com os postulados básicos do Estado de Direito" (STF, HC 159.697, Rel. Ministro GILMAR MENDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/05/2020, DJe 09/11/2020). 4. Revela-se inepta a denúncia que "narra fatos cuja constatação no tempo e no espaço demonstra, desde logo, a incompatibilidade de sua ocorrência (ou de um deles)" (in: PACELLI, Eugênio e FISCHER, Douglas. Código de Processo Penal e sua jurisprudência; 11.ª ed., São Paulo: Atlas, 2019, p. 99). 5. Hipótese de manifesta deficiência da peça acusatória, na qual a narrativa é incompleta e não há devida subsunção dos fatos, o que impede a adequada fruição das garantias constitucionais fundamentais do contraditório e da ampla defesa. Inocorrência de mero erro material, mas de vício que macula a exordial do Ministério Público Estadual. 6. Recurso provido para trancar o Processo-crime n. 0002771-54.2013.8.12.0011 em razão da inépcia da denúncia, sem prejuízo, todavia, do ocasional oferecimento de nova peça acusatória que observe integralmente os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal. (STJ - RHC: 125366 MS 2020/0074919-2, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 22/03/2022, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/03/2022).

O crime de armazenamento, descrito no primeiro fato, possui caráter permanente. A conduta se protrai no tempo. Assim, a mera constatação da presença dos ficheiros no celular do agente viabiliza a imputação.

De outro lado, o crime de envio de arquivos possui caráter instantâneo, cuja consumação se exaure no momento da prática da conduta pelo agente. Nesse delito, figura indispensável o balizamento temporal da ação como forma do exercício do contraditório e da ampla defesa, tanto para fins de contabilização de prazo prescricional, quanto para ampliar o espectro defensivo.

Salienta-se, por oportuno, que genericidade da peça acusatória não decorre de limitação objetiva de produção probatória, circunstância passível de abrandar os requisitos formais. O aparelho poderia ser vistoriado, com vistas à obtenção dos dados não esclarecidos da acusação e, sobretudo, submetido à perícia.

Nessas condições, impõe-se a absolvição do apelante, nos termos da norma inserta no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

II.III – DO ARTIGO 241-B, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

II.III.I – DA MATERIALIDADE DELITIVA

A despeito da pretensão recursal absolutória, a materialidade do crime do artigo 241-B, do Estatuto da Criança e do Adolescente, restou exaustivamente comprovada pelos depoimentos pessoais dos investigadores da polícia judiciária (eventos 161.1 e 189.1 – autos de origem), auto de constatação provisória do aparelho celular (evento 1.15) e das fotografias e vídeos do referido dispositivo eletrônico (eventos 1.16 a 1.23).

Os elementos de informação referidos permitem inferir a prática de conduta de armazenamento de arquivos de evidente conteúdo pornográfico infanto-juvenil, os quais retratam inequívocas práticas sexuais explícitas.

Entrementes, a constatação da condição de criança ou adolescente, ao contrário do invectivado pela defesa, prescinde de perícia técnica. A simples verificação dos traços infantis e da compleição física incipiente autoriza viabiliza a conclusão do envolvimento de menores de dezoito anos, nas práticas sexuais retratadas nos arquivos armazenados pelo agente.

Sobre o tema, o colendo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná decidiu pela possibilidade de comprovação do crime em questão por declarações de testemunhas e auto de constatação com imagens:

APELAÇÃO CRIMINAL – ESTUPRO DE VULNERÁVEL E ARMAZENAMENTO DE PORNOGRAFIA INFANTIL – SENTENÇA CONDENATÓRIA – RECURSO DO RÉU – PLEITO ABSOLUTÓRIO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA – NÃO ACOLHIMENTO – DELITO DE ARMAZENAMENTO DE PORNOGRAFIA INFANTIL – COMPROVAÇÃO POR DECLARAÇÕES TESTEMUNHAIS, AUTO DE CONSTATAÇÃO COM IMAGENS E CONFISSÃO DO ACUSADO – DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL – MODIFICAÇÃO PARCIAL DO RELATO DA INFORMANTE QUE NÃO PREJUDICA ELEMENTOS ESSENCIAIS DEMONSTRATIVOS DO CRIME – EVIDÊNCIA DE QUE O ACUSADO INSERIU O PÊNIS NA BOCA DA FILHA DE 10 (DEZ) MESES, AO MENOS EM UMA OPORTUNIDADE –DECLARAÇÃO INCRIMINATÓRIA RATIFICADA EM JUÍZO POR TESTEMUNHAS E INFORMANTES – DEFESA DO DENUNCIADO QUE SE MOSTROU VAGA E INSUFICIENTE – SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA – PEDIDO DE AFASTAMENTO DA AGRAVANTE PREVISTA NO ART. 226, II, DO CÓDIGO PENAL – IMPOSSIBILIDADE – PATERNIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADA NOS AUTOS – REQUERIMENTO DE REDUÇÃO DOS DIAS-MULTA – NÃO ACOLHIMENTO – NATUREZA DE SANÇÃO LEGAL QUE DEVE GUARDAR PROPORCIONALIDADE À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE APLICADA – DOSIMETRIA DA PENA INALTERADA – REGIME INICIAL FECHADO MANTIDO, DIANTE DO QUANTUM SANCIONATÓRIO TOTAL FIXADO – INTELIGÊNCIA DO ART. 33, §2º, “A”, DO CÓDIGO PENAL – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (TJPR - 5ª Câmara Criminal - 0006335-17.2020.8.16.0130 - Paranavaí - Rel.: DESEMBARGADOR LUIZ OSORIO MORAES PANZA - J. 23.01.2021)

Consequência lógica é a dispensabilidade de análise pericial para fins de configuração da materialidade delitiva, aferível mediante simples contemplação do conteúdo dos arquivos.

Ademais, a indefinição do local de armazenamento dos arquivos, dentro do aparelho telefônico, não descaracteriza a configuração da materialidade e sequer possibilita eventual cogitação sobre ausência de dolo, por ausência de voluntariedade.

Ao passo em que a armazenagem dos arquivos no dispositivo eletrônico demonstra a configuração do tipo de injusto em sua dimensão objetiva, o envio dos arquivos para terceiros, como forma de ilustrar preferenciais sexuais, evidencia a consciência e a vontade do agente, comprovando o correlato requisito de imputação subjetiva.

Escorreita, portanto, a conclusão positiva sobre a prática, pelo réu, do delito tipificado do artigo 241-B, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

II.III.II – DA DOSIMETRIA

DA PRIMEIRA FASE

Na primeira fase do processo dosimétrico, a pena-base foi exasperada na vertente da culpabilidade, sob fundamento de fartura de arquivos, de conteúdo sexual infanto-juvenil explicito. As circunstâncias também foram valoradas negativamente, à razão de o agente manter conversas com crianças visando praticar atos sexuais semelhantes aos ilustrados nos arquivos que possuía.

O fundamento conducente ao aumento da pena-base na vertente da culpabilidade encontra-se lastreado em dados concretos dos autos. Com efeito, o auto de constatação, em cotejo com as imagens do celular do imputado, denota o arquivamento de pelo menos 28 (vinte e oito) ficheiros de conteúdo pornográfico infanto-juvenil (eventos 1.15 a 1.22).

Trata-se de elemento concreto dos autos apto a ensejar maior reprovabilidade, traduzida em quantidade de pena, a autorizar o incremento da pena-base e materializar ao imperativo previsto no artigo 59, do Código Penal.

A respeito:

APELAÇÃO CRIME - PEDOFILIA NA INTERNET - ART. 241-A E ART. 241-B (POR OITO VEZES), AMBOS DA LEI Nº 8.069/90 - SENTENÇA CONDENATÓRIA - INSURGÊNCIA DA DEFESA - DOSIMETRIA - PEDIDO DE AFASTAMENTO DA VETORIAL “CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME” - QUANTIDADE DE ARQUIVOS QUE JUSTIFICAM O INCREMENTO DA PENA - PRECEDENTES - RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA - IMPOSSIBILIDADE - INCULPADO QUE NEGOU A OCORRÊNCIA DO DELITO TAL COMO DESCRITO NA EXORDIAL ACUSATÓRIA - CONDENAÇÃO AMPARADA NAS PROVAS PERICIAL E ORAL - AFASTAMENTO DO CONCURSO FORMAL EM RELAÇÃO AO DELITO DO ART. 241-B DO ESTATUTO MENORISTA - CABIMENTO - CRIME FORMAL E PERMANENTE - OFENSA A UM BEM JURÍDICO E INEXISTÊNCIA DE DESÍGNIOS AUTÔNOMOS - REDUÇÃO DA PENA.RECURSO DE APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJPR - 3ª Câmara Criminal - 0020058-42.2020.8.16.0021 - Cascavel - Rel.: DESEMBARGADOR GAMALIEL SEME SCAFF - J. 17.05.2021)

Outrossim, não é demais ressaltar que inexiste critério matemático legal para a aferição de aumento da pena-base, para cada circunstância judicial desfavorável, inserindo-se o tema na discricionariedade do magistrado sentenciante.

Neste sentido:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS MAJORADO. ART. 33, CAPUT, C/C ART. 40, INCISO III, AMBOS DA LEI Nº 11.343/2006. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. INSURGÊNCIA UNICAMENTE QUANTO À DOSIMETRIA. PEDIDO DE ALTERAÇÃO DA FRAÇÃO DE EXASPERAÇÃO DA PENA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE CRITÉRIO MATEMÁTICO. DOSIMETRIA QUE SE INSERE EM MARGEM DE DISCRICIONARIEDADE MOTIVADA DO JULGADOR. CRITÉRIO ADOTADO NA ORIGEM MAIS BENÉFICO QUE A EXASPERAÇÃO DE 1/10 (UM DÉCIMO) CONSIDERADO O INTERVALO ENTRE A PENA MÍNIMA E MÁXIMA ABSTRATAMENTE COMINADA AO DELITO. PEDIDO DE ELEVAÇÃO DA FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO DA PENA PELA PRESENÇA DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ACOLHIMENTO. REDUÇÃO ÍNFIMA APLICADA PELO JUÍZO DE ORIGEM. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA QUE JUSTIFIQUE A APLICAÇÃO DE FRAÇÃO INFERIOR A 1/6 (UM SEXTO). REPRIMENDA DEFINITIVA MODIFICADA. FIXADO O REGIME INICIAL SEMIABERTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS PELA ATUAÇÃO DO DEFENSOR EM GRAU RECURSAL. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJPR - 3ª Câmara Criminal - 0002313-02.2020.8.16.0069 - Cianorte - Rel.: DESEMBARGADOR MARIO NINI AZZOLINI - J. 24.07.2023)

APELAÇÃO CRIME. ROUBO MAJORADO. ARTIGO 157, § 2º, VII, DO CÓDIGO PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. INSURGÊNCIA DO RÉU. PEDIDO DE JUSTIÇA GRATUITA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO. PLEITO PARA O RECONHECIMENTO DAS ATENUANTES DA MENORIDADE RELATIVA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. FALTA DE INTERESSE RECURSAL. CONCESSÃO PELO JUÍZO A QUO. NÃO CONHECIMENTO. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE ROUBO MAJORADO PARA FURTO PRIVILEGIADO. NÃO ACOLHIMENTO. AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE DEMONSTRADAS. RELEVÂNCIA DOS DEPOIMENTOS DAS VÍTIMAS EM CRIMES PATRIMONIAIS. VÍTIMAS QUE SE SENTIRAM AMEAÇADAS. CRIME DE ROUBO CONFIGURADO. PLEITO PARA FIXAÇÃO DAS PENAS BASES NOS MÍNIMOS LEGAIS. IMPOSSIBILIDADE. EXASPERAÇÃO DEVIDAMENTE MOTIVADA PELO JUÍZO A QUO. DISCRICIONARIEDADE DO JUIZ SENTENCIANTE. MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. DEFERIDA A FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS AO DEFENSOR DATIVO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA PARTE CONHECIDA, NÃO PROVIDO E, DE OFÍCIO, AFASTADA A MAJORANTE DO ARTIGO 157, § 2º, VII, DO CÓDIGO PENAL, COM A READEQUAÇÃO DA PENA DO RECORRENTE. (TJPR - 3ª Câmara Criminal - 0002566-26.2022.8.16.0196 - Curitiba - Rel.: DESEMBARGADOR JOSÉ CARLOS DALACQUA - J. 22.05.2023)

Inexistindo, pois, efetiva demonstração de carência de fundamento fático-jurídico correspondente ou desproporcionalidade do quanto de pena acrescentado na culpabilidade, mantém-se incólume, neste tópico, a sentença vergastada.

De outro vértice, a justificação da valoração negativa das circunstâncias, decorrente da manutenção de diálogos com crianças no intuito de manter relações sexuais, carece de lastro probatório idôneo.

Não se comprovou, durante a instrução, a efetiva identidade e idade do interlocutor das conversas em que o réu manifestou predileção sexual por crianças e o propôs fazê-lo.

Assim, ausente efetiva comprovação do pressuposto fático do incremento operado, impõe-se a reforma da sentença para afastar a valoração negativa das circunstâncias.

Como consequência, respeitando-se o critério aritmético adotado, redimensiona-se a pena-base para 1 (um) ano, 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e pagamento de 43 (quarenta e três) dias-multa.

DA SEGUNDA FASE

Pretende a defesa seja atenuada a pena do acusado em razão da confissão espontânea, nos termos do artigo 65, inciso II, alínea “d”, do Código Penal.

Em seu interrogatório judicial, contudo, o agente não confessou a prática delitiva. Ao contrário, narrou ter recebido os arquivos de maneira indesejada e esquecido de excluí-los, em evidente pretensão de afastar a tipicidade subjetiva do tipo de injusto.

Não há, portanto, falar-se em atenuação pela confissão, porquanto não implementado o pressuposto fático correspondente.

Mantem-se, pois, inalterada a pena intermediária.

DA TERCEIRA FASE

Na terceira fase, postula a defesa a aplicação da causa especial de diminuição prevista no artigo 241-B, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, pela reduzida quantidade de arquivos.

Considerando a evidência da presença de, pelo menos, 28 (vinte e oito), assumida como premissa para exasperação da pena-base, afasta-se, por consequência lógica, a pretensão de aplicação do redutivo invocado, reservado às hipóteses de ínfima quantidade de material pornográfico.

Resulta, portanto, a pena definitiva em 1 (um) ano, 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e pagamento de 43 (quarenta e três) dias-multa.

II.III.III – DO REGIME INCIAL

Em razão do *quantum* de pena, fixa-se o regime inicial aberto, consoante previsto artigo 33, § 1º, alínea “c”, do Código Penal.

II.III.IV – DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA (CP, ART. 44)

Ante valoração negativa da culpabilidade, nas circunstâncias judiciais, reputa-se não atendido do requisito previsto no artigo 44, inciso III, do Código Penal.

II.III.V – DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA (CP, ART. 77)

No mesmo sentido, a consideração negativa da culpabilidade, à razão da quantidade de arquivos de pornografia infanto-juvenil armazenados pelo acusado, inviabiliza a aplicação do *sursis*, consoante disposto no artigo 77, inciso II, do Código Penal.

II.III.IV – DA PRISÃO PREVENTIVA

Como consequência da procedência parcial do recurso defensivo e redefinição da pena e regime inicial de cumprimento para o aberto, impõe-se a imediata revogação da prisão preventiva do agente, com fulcro no artigo 316, do Código de Processo Penal, medida que acarreta imposição, de forma cautelar, de sanção mais gravosa que a própria pena.

A propósito:

HABEAS CORPUS – ATO INDIVIDUAL – ADEQUAÇÃO. O HABEAS CORPUS É ADEQUADO EM SE TRATANDO DE IMPUGNAÇÃO A ATO DE COLEGIADO OU INDIVIDUAL. PENA – CAUSA DE DIMINUIÇÃO – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – ADEQUAÇÃO. AUSENTE DEMONSTRAÇÃO DE DEDICAÇÃO DO PACIENTE A ATIVIDADES CRIMINOSAS, SURGE ADEQUADA A OBSERVÂNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. PRISÃO PREVENTIVA – FUNDAMENTO – TÍTULO CONDENATÓRIO – REGIME SEMIABERTO – INCOMPATIBILIDADE. A PREVISÃO DO REGIME SEMIABERTO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA, MOSTRA-SE INCOMPATÍVEL COM A NEGATIVA DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE, NO QUE A MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA PREVENTIVA, CUJO CUMPRIMENTO DÁ-SE NO FECHADO, IMPLICA A IMPOSIÇÃO, DE FORMA CAUTELAR, DE SANÇÃO MAIS GRAVOSA DO QUE A DO TÍTULO CONDENATÓRIO. (HC 180.016 , Relator (a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 29/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-155 DIVULG 19-06-2020 PUBLIC 22-06-2020)

Defronte a fixação do regime prisional aberto e a sua incompatibilidade com a manutenção da prisão preventiva, determina-se a expedição de alvará de soltura, pelo juízo de origem, se o imputado não estiver preso por outro motivo.

II.V – DA CONCLUSÃO

Da conjugação das premissas deduzidas, conclui-se pelo conhecimento e parcial provimento do recurso de apelação para: a) absolver o acusado da imputação pelo 2º fato da denúncia (ECA, art. 241-A); b) afastar a valoração negativa das circunstâncias do crime, na primeira fase da dosimetria da pena relativa ao 1º fato (ECA, art. 241-A); c) determinar o regime inicial aberto para o cumprimento da pena; d) revogar, de ofício, a prisão cautelar, determinando-se a expedição de alvará pelo juízo *a quo.*

**III - DECISÃO**