

## RELATÓRIO

### O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS OLAVO (RELATOR):

Trata-se de Apelação Criminal, interposta pelo Ministério Público Federal, em face da r. sentença do MM. Juiz Federal da 1ª Vara da Subseção Judiciária de Uberaba/MG, proferida na ação penal nº 2008.38.02.005191-8 que condenou o réu CARLOS HENRIQUE RAFAEL MATEUS DE OLIVEIRA pela prática do delito tipificado no artigo 241 da Lei n. 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente - c/c artigo 69 e 71 do Código Penal.

O regime fixado para o início do cumprimento da sanção foi o semi-aberto, nos termos do artigo 33, §2º, “b” e 35 do Código Penal.

O Ministério Público Federal denunciou o apelante pela prática do citado crime, aduzindo, em síntese, que:

*“(...) No dia 20 de junho de 2006, a SaferNet Brasil encaminhou à Procuradoria da República em São Paulo o formulário de rastreamento por meio dos sites de relacionamento, noticiando distribuição direta de pornografia infantil publicados na rede mundial de computadores através do ORKUT.*

*Segundo consta, o perfil “Garoto Peter Sou Peter Bryan” estaria postando fotografias de crianças na prática de ato sexual com adulto, além de outras imagens de pornografia infantil. De acordo com a página inicial do perfil, seu dono utilizaria dois endereços de e-mail [garotopeter@hotmail.com](mailto:garotopeter@hotmail.com) e [mateusjoga10@yahoo.com.br](mailto:mateusjoga10@yahoo.com.br), conforme se observa dos documentos acondicionados no envelope de fls.17.*

*Afastado, por ordem judicial, o sigilo telemático dos dados cadastrais e logs de acessos dos usuários do aludido perfil e dos respectivos endereços eletrônicos, as concessionárias GOOGLE INC (fls.68/72 e 89/91), YAHOO BRASIL (fls.76/79) e MICROSOFT CORPORATION (fls.80/83) encaminharam as informações através das quais foi identificado o número dos IP's (Protocolos de Internet) utilizados para o acesso ao perfil por intermédio do qual foram divulgados imagens de pornografia infantil (2001.48.50.118), bem como dos endereços de e-mail relacionados àquela página na internet, quais sejam, e-mail [mateusjoga10@yahoo.com.br](mailto:mateusjoga10@yahoo.com.br) (IP's 201.48.49.149) e [garotopeter@hotmail.com](mailto:garotopeter@hotmail.com) (65.54.226.138), o qual está alocado nos Estados Unidos da América (fls.16 e 112).*

*A transnacionalidade do conteúdo infantil-pornográfico foi constatada pelo Núcleo de Operações através da análise dos e-mails enviados pela conta [mateusjoga10@yahoo.com.br](mailto:mateusjoga10@yahoo.com.br) com arquivos de vídeo e mensagem de cunho pedófilo para a conta [eflagstaff@hotmail.com/eflagstaff](mailto:eflagstaff@hotmail.com/eflagstaff), página de propriedade de Eduardo Flagstaff, residente em Luanda, Angola (fls.288/291), o que fixa a competência da Justiça Federal para processo e julgamento do fato delituoso em apuração.*

*(...)*

*A autoria está amplamente demonstrada. Ainda que o acusado negue ser o responsável pelos logs de acesso e emails utilizados para a divulgação fotografias de crianças na prática de ato sexual com adulto e outras imagens de pornografia infantil na internet, vários endereços eletrônicos*

*investigados direcionam para o denunciado, sendo, pois, inaceitável que ele não tivesse conhecimento da prática delitiva aqui em apuração.*

*Corroborar, ainda, a prova oral colhida durante a investigação criminal, especialmente pelos depoimentos das testemunhas Luciana Maria Pimenta, E.P.C. e Weberson Tiago Tavares dos Santos, que demonstram a predileção do acusado por crianças, acrescido ao fato de que, conforme se depreende dos autos, procurava se aproximar de companheira que fosse mãe com filho em idade infantil para que a aproximação não fosse constatada de plano.*

*As declarações de Cleiton Soares Camargo Pereira e Amélia Soares Camargo Pereira, proprietários de uma Lan House, confirmaram que o denunciado freqüentava o local (fls.427/432), estabelecimento de onde partiram diversos e-mails cujo conteúdo incluía cenas de pedofilia, conforme se verifica pela análise dos autos.*

*A materialidade, ainda que não tenha sido realizado o exame pericial nos objetos apreendidos em decorrência do cumprimento do mandado de busca, é atestada pela degravação da mídia apreendida, conforme bem demonstra o apenso I, através do qual são visualizadas as imagens e arquivos de pornografia infantil recebidas e enviadas através do correio eletrônico do acusado.*

*Ao assim agir, **publicando** cenas de sexo explícito e imagens pornográficas envolvendo criança e adolescente, o fazendo de forma livre e consciente, **CARLOS HENRIQUE RAFAEL MATEUS DE OLIVEIRA** incorreu no tipo penal do art.241, da Lei nº 8.069/90, que instituiu o **Estatuto da Criança e do Adolescente**.*

*Ressalte-se, outrossim, que as publicações enviadas dos correios eletrônicos utilizados pelo denunciado vinham sendo realizada de forma reiterada, fazendo incidir a causa de aumento prevista no artigo 71 do Código Penal, conforme demonstra a tabela exemplificativa de mensagens por ele encaminhadas no decorrer do ano de 2007 e início de 2008.”*

Entendendo comprovadas a materialidade e a autoria do crime, o i. Magistrado, na r. sentença de fls. 688/723, acolheu a pretensão punitiva formulada contra o apelado, condenando-o à pena privativa de liberdade de 08 (oito) anos de reclusão e 50 (cinquenta) dias-multa, fixados no valor unitário de um trinta avos (1/30) do salário mínimo vigente à época do crime, o regime fixado para o início do cumprimento da sanção foi o semi-aberto, nos termos do artigo 33, §2º, “b” e 35 do Código Penal.

Inconformado, o Ministério Público Federal apela às fls. 725/728 alegando, em síntese, que:

- a)** a dosimetria da pena deixou de considerar circunstâncias de grande relevo e que devem ser consideradas, de forma a ensejar a fixação da reprimenda penal em patamares maiores aos fixados em primeiro grau;
- b)** não foi considerado a presença da circunstância agravante prevista no art. 62, II, “f” do Código Penal, no tocante à prática do delito de divulgação das imagens em tela, prevalecendo-se de relações domésticas para tanto;
- c)** resta incontroverso nos autos que o condenado, valeu-se de “perfis” criado em nome de seu enteado, ERICKS PIMENTA CASSIANO e para a disseminação das imagens pornográficas, tendo o menor E.P.C. chegado a afirmar “Que não gosta de Carlos, porque usou o seu nome na internet para coisas erradas.” (fls.145);
- d)** faz-se necessária a majoração da pena em razão das circunstâncias judiciais mais desfavoráveis do que as vislumbradas na sentença, considerando o abalo, em concreto, em face do menor E.P.C., conforme depoimentos constantes de fls.640/643 e fls.644/646;

**e)** é necessário reconhecer a culpabilidade, a reprovabilidade incomum à espécie, porquanto exacerbada, uma vez que o condenado tentou diversos expedientes para se furtar da responsabilização penal, diversificando logs de acesso, tentando imputar a terceiras pessoas a prática criminosa;

**f)** faz-se necessário considerar o máximo possível da pena-base (6 anos);

**g)** a fixação da pena deve se dar em seu ponto médio, ou seja, 4 anos.

Contrarrazões do réu apresentadas às fls. 741/743.

A apelação apresentada pela defesa não foi recebida, porquanto intempestiva (fls.748/749).

O Procurador Regional da República, Dr. Guilherme Zanina Schelb, opinou, nesta instância, às fls. 759/762, pelo provimento do recurso, para majorar o quantum da pena fixada.

É o relatório.

Ao Revisor.

**V O T O**

**O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS OLAVO (RELATOR):** O cerne da questão ora em julgamento, cinge-se à análise da dosimetria da pena.

O r. Juízo sentenciante fixou a pena privativa de liberdade nos seguintes termos:

*“No que concerne à culpabilidade, considerada como grau de reprovação à conduta do réu, verifico que é normal à espécie. Quanto aos fatos anteriores da vida do acusado, que podem ser bons ou maus, não se registram maus antecedentes anteriores à prática da conduta criminosa, conforme se infere dos documentos às fls.347, 352/355 e 381/390. Com relação à análise da conduta social e da personalidade, mostra-se desfavorável, pois há nos autos elementos que desabonam o réu e demonstram que sua personalidade é voltada para a criminalidade, bem como sua conduta social é deturpada, destacando-se em especial seu comportamento em relação ao seu ex-enteado E.P.C., bem como a outras crianças, conforme relatado nos depoimentos de Luciana Maria Pimenta, E.P.C. e Rita de Cássia de Jesus. Os motivos e as circunstâncias do crime são inerentes à espécie. Verificam-se conseqüências posteriores, visto que as crianças e adolescentes expostos nas imagens e vídeos têm sua honra, moral e personalidade afetadas. Não há falar no caso em comportamento da vítima.*

*Fixo, ante tais circunstâncias, a pena base privativa de liberdade em 3 (três) anos de reclusão para cada um dos crimes cometidos (divulgação no Orkut + envio de mensagens eletrônicas).*

*Ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes genéricas, bem assim causas de aumento ou diminuição de pena genérica. Em relação aos crimes cometidos por meio do envio de mensagens via correio eletrônico, incide o aumento da continuidade delitiva, o qual fixo no máximo previsto no art.71 do Código Penal, ou seja, dois terços, posto que cada envio de mensagem configura um crime e foram enviadas mais de 40 (quarenta) mensagens, conforme tabela já transcrita. Assim, para os crimes cometidos por meio do correio eletrônico, a pena definitiva será de 05 (cinco) anos de reclusão, mantendo-se a pena para o crime cometido por meio do Orkut em 03 (três) anos de reclusão.*

*Tendo em vista o concurso material de crimes (divulgação no Orkut + envio de mensagens eletrônicas), faço o somatório das penas, nos termos do art.69 do Código Penal, para estabelecer como total da pena privativa de liberdade o montante de 08 (oito) anos de reclusão.*

*Condeno o réu, ainda, ao pagamento da pena de multa (CP, art.49), que fixo em 50 (cinquenta) dias-multa, à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente ao tempo da infração, monetariamente corrigido.*

*A pena privativa de liberdade deverá ser cumprida no regime inicial semi-aberto, nos termos do arts.33, §2º, “b” e 35 do Código Penal.”*

Como se vê do relatório, o Ministério Público Federal pretende com o recurso interposto a reforma da sentença para aumentar a pena-base de três para quatro anos, considerando a existência de circunstâncias judiciais mais desfavoráveis do que as vislumbradas na sentença e, ainda, a presença da circunstância agravante prevista no art.62, II, “f” do Código Penal, no tocante à prática do delito de divulgação das imagens em tela, prevalecendo-se de relações domésticas para tanto.

O certo é que o artigo 59 do Código Penal traça as principais regras que devem nortear o julgador no cumprimento do princípio constitucional da individualização da pena, sendo que, no *caput*, encontram-se as circunstâncias judiciais que deverão ser observadas na aplicação da pena.

No caso, o r. Juiz vislumbrou a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu, quais sejam, a conduta social e a personalidade, bem como as conseqüências do crime, razão pela qual fixou a pena em mais um ano acima do mínimo legal.

Com efeito, constato o acerto da sentença que fixou a pena em três anos de reclusão para cada um dos crimes cometidos – divulgação no Orkut + envio de mensagens eletrônicas – em concurso material, porquanto não se mostra razoável a fixação da pena-base muito acima do mínimo legal, quando não estão presentes mais que três circunstâncias judiciais desfavoráveis ao agente.

Além do mais, cumpre ressaltar que o nobre magistrado reconheceu a existência da continuidade delitiva no crime de envio de mensagens eletrônicas, fazendo incidir o máximo previsto no artigo 71 do Código Penal, vale dizer, dois terços, totalizando, assim, a pena privativa de liberdade em cinco anos de reclusão.

Por conseguinte, após o somatório das penas, estabeleceu a pena privativa de liberdade em 8 (oito) anos de reclusão e pagamento da pena de multa em 50 (cinquenta) dias-multa, à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo, vigente ao tempo do crime, monetariamente corrigido.

Imperioso registrar que o réu, ora apelado, permaneceu custodiado desde 25/10/2008, por força da prisão preventiva decretada pelo magistrado que presidiu o feito, até a prolação da sentença, considerando a fixação do regime inicial semi-aberto para o cumprimento da pena.

Quanto à alegação de reprovabilidade incomum à espécie, porquanto o réu, para se furtar da responsabilização, usou vários *logs* de acesso a internet, tentando imputar a terceiros pessoas a prática delituosa, constato que não assiste razão ao apelante. Isso porque é indubitosa a existência do direito do acusado negar a participação no delito, mesmo que tentando imputar a terceiros pessoas a prática do crime, em face da prerrogativa contra a auto-incriminação, sem que isso enseje apenação criminal ou mesmo valoração negativa dessas declarações pelo julgador.

Assim é que não há dúvidas, pois, acerca da observância e incidência do critério da proporcionalidade e da adequada dosimetria da resposta penal, que deve ser justa e suficiente para cumprir o papel de reprovação do ilícito, razão pela qual não merece reforma a sentença, no particular.

No que se refere à alegação de existência da circunstância agravante, verifico que o Ministério Público Federal erroneamente mencionou aquela prevista no artigo 62, II, “f” do Código Penal – fls.727 – “**prevalecendo-se de relações domésticas** para tanto”, quando tal circunstância encontra-se grafada no artigo 61, inciso II, alínea f. Todavia, o erro material não impede a compreensão das alegações, porquanto o Ministério Público Federal fez constar por extenso “... **prevalecendo-se de relações domésticas para tanto.**”

Imperioso ressaltar que a redação da alínea f do inciso II do artigo 61 do Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal) foi introduzida pela Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006.

Assim é que, considerando a data dos fatos narrados na denúncia “no dia 20.06.2006, a SaferNet Brasil encaminhou à Procuradoria da República em São Paulo-SP ... bem como de que houve o acesso por três vezes no dia 22/07/2006”, forçoso concluir que o dispositivo em questão ainda não estava em vigor, tendo em vista que a Lei n. 11.340/2006 é de 07/08/2006, não podendo a lei retroagir para prejudicar o réu.

Além do mais, constato que por ocasião do envio de mensagens ocorridas no decorrer do ano de 2007 e início de 2008, mais precisamente de 10/02/2007 a 10/02/2008, o réu já havia se separado da mãe do menor E.P.C., Luciana Maria Pimenta, conforme depoimento de fls. 640, "*...que teve relacionamento com o acusado do final de 2005 a 2006; ... que ficaram juntos quase um ano, dividindo o mesmo teto, ora na sua casa ora na do acusado ...*"

E mais, o testemunho de fls.439/441 dá conta de que o réu/apelado freqüentava *lan house* de propriedade de Cleiton Soares Camargo Parreira, "*... que o depoente conhece CARLOS que há aproximadamente uns oito meses atrás freqüentava a LAN HOUSE do depoente ...*"

Logo, não tem aplicação, no caso, a agravante invocada pelo Ministério Público Federal, haja vista a data dos fatos e da relação doméstica noticiada nos autos. Primeiro porque somente após a edição da Lei n. 11.340/2006, em 07 de agosto de 2006, é que poderia ser considerada, e, depois, porque as relações domésticas existiram no período do final de 2005 até meados de 2006, menos de um ano, conforme reconhecido na sentença, não havendo prova nos autos de coincidência com os fatos narrados na denúncia e objeto da condenação - divulgação das imagens de conteúdo pornográfico envolvendo crianças e adolescentes - bem como do envio de mensagens constantes na tabela inserta às fls.719/720.

Ante o exposto, nego provimento a apelação.

É como voto.