RECURSO ESPECIAL Nº 1.625.548 - RJ (2016/0236682-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
RECORRENTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RECORRIDO	:	JOSE LUIZ FERREIRA FILHO
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL,** com base na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, assim ementado:

> "PENAL PROCESSUAL PENAL. APELAÇÕES CRIMINAIS. CASA LOTÉRICA CLANDESTINA. ESTELIONATO QUALIFICADO. CONCOMITÂNCIA DE CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. INEXISTÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. QUADRILHA NÃO CONFIGURADA ABSOLVIÇÃO DO TERCEIRO E QUARTO ACUSADOS. ARTIGO 386 INCISO VI DO C.P.P. REDUÇÃO DAS PENAS DO PRIMEIRO E SEGUNDO ACUSADOS QUANTO À PENA BASE E À CONTINUIDADE DELITIVA DO DELITO DE ESTELIONATO. APELAÇÕES DO TERCEIRO E QUARTO ACUSADOS PROVIDAS. APELAÇÕES DO PRIMEIRO E SEGUNDO ACUSADOS PARCIALMENTE PROVIDAS. APELAÇÃO DO MPF PREJUDICADA.
> 1. Não existe *bis in idem* na aplicação das causas de aumento de pena previstas no artigo 71 e no § 3º do artigo 171, ambos do Código Penal.
> 2. Tendo havido apenas duas omissões criminosas que geraram vantagens ilícitas, o aumento da reprimenda, em função da continuidade, não pode ir além de 1/6 (um sexto), previsto como mínimo no artigo 71 do Código Penal.
> 3. Não restou configurada a participação dolosa do terceiro e quarto acusados na empreitada criminosa. Absolvição que se impõe, desaparecendo a tipificação do crime de quadrilha.
> 4. Apelação do Ministério Público Federal que resta prejudicada, eis que em sendo proclamada absolvição de dois apenados, também esmaece a figura que quer ver como motivo de agravante da pena.
> 5. Redução da pena base e da reprimenda da continuidade delitiva, quanto ao delito de estelionato, do primeiro e segundo acusados.
> 6. Apelações do terceiro e quarto acusados providas. Apelações do primeiro e segundo acusados parcialmente providas. Apelação do MPF prejudicada." (e-STJ, fl. 531)

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (e-STJ, fls. 571-574).

Nas razões recursais, o órgão acusatório alega violação ao disposto nos artigos 381, III, c/c 617 e 619, todos do Código de Processo Penal e no artigo 62, I, do Código Penal. Sustenta que a Corte local, a despeito da interposição dos aclaratórios, não supriu a contradição e a omissão apontadas, quais sejam, "o fato de ter reconhecido como

sendo a atenuante o tema único da apelação ministerial, no relatório, e posteriormente, na parte dispositiva, ter apreciado a incidência da agravante à pena; ademais, o fato de não ter analisado o mérito recursal" (e-STJ, fl. 588).

Aduz, ainda, que o Colegiado local deixou de considerar na segunda fase da dosimetria a agravante prevista no artigo 62, I, do Código Penal, sem razões que justificasse tal medida, apenas por entender, equivocadamente, que a absolvição quanto ao crime de quadrilha impediria a incidência da agravante em questão, a qual majora a pena de quem dirige ou coordena a empreitada criminosa e os atos executórios.

Requer o provimento do recurso, reformando-se o acórdão que desproveu os embargos de declaração, determinando-se que sejam sanadas a omissão e a contradição. Caso não seja esse o entendimento, pleiteia a reforma do acórdão proferido no julgamento da apelação, afastando-se na segunda fase da dosimetria da pena do recorrido a atenuante da confissão espontânea e aplicando-se a agravante prevista no artigo 62, I, do CP.

Contrarrazões às fls. 602-606 (e-STJ).

O Ministério Público Federal opina pelo provimento do apelo especial (e-STJ, fls. 673-675).

É o relatório.

Decido.

De início, no tocante à alegada violação ao artigo 381, III, c/c os artigos 617 e 619, todos do Código de Processo Penal, para a admissão do recurso especial com base na tese de que houve a omissão, ambiguidade, obscuridade ou contradição, estas devem ser notórias, ou seja, imprescindíveis para o enfrentamento da questão nas Cortes superiores.

No caso, assim consignou o Tribunal local no julgamento dos embargos de declaração opostos:

> "Da leitura da sentença, verifica-se que o Juízo, na dosimetria da pena de José Luis Ferreira Filho (folhas 339/340), compensou a circunstância agravante prevista no artigo 62, I, com a circunstância atenuante da confissão espontânea do artigo 65, III, 'd', ambas do Código Penal. Absolvidos dois acusados, quando do julgamento dos recursos, desaparecendo a tipificação do crime de quadrilha, esmaeceram as circunstâncias agravante e atenuante supracitadas, o que levou a Turma a julgar prejudicada a apelação do Ministério Público Federal.
> Assim, o que se observa é que a pretensão objetiva, via oblíqua, buscar um novo julgamento para o feito, desmerecendo a decisão anterior, não tendo o embargante apontado qualquer vício capaz de autorizar a complementação do Acórdão por via dos declaratórios.
> O inconformismo do embargante, desse modo, não encontra amparo nas hipóteses previstas na lei para o cabimento dos embargos de declaração, devendo, assim, caso irresignado com o Acórdão, interpor o recurso cabível." (e-STJ, fl. 572)

Conforme se observa, a Corte de origem asseverou que a razão de considerar prejudicado o recurso de apelação do ora recorrente - o qual questionava o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea na segunda fase - foi o fato de ter sido afastada a agravante prevista no artigo 62, I, do Código Penal, circunstância que havia sido compensada, na sentença, com a atenuante do artigo 65, III, "d", do mesmo

diploma legal. Assim, uma vez que a citada atenuante não foi mantida no acórdão proferido na apelação, não haveria necessidade de análise do recurso ministerial que pleiteava o seu afastamento, por óbvia ausência de efetividade.

Outrossim, ressalte-se que cabe ao julgador fundamentar todas as suas decisões, de modo a robustecê-las, bem como afastar qualquer dúvida quanto a motivação utilizada, nos termos do art. 93, IX da Constituição Federal de 1988, devendo ser considerada a conclusão lógico-sistemática adotada pelo *decisum*, como ocorre *in casu*.

A propósito, confira-se:

> "AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO AO ART. 59 DO CP. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.
> 1. O recurso especial sustentou, a incompetência de juízo - item em que não indicou o dispositivo de lei federal violado -, bem como a ilegalidade da condenação, momento em que o recorrente, não obstante haver citado o dispositivo da legislação infraconstitucional supostamente violado pelo Tribunal *a quo* (art. 59 do CP), não desenvolveu, de forma lógica e com um mínimo de profundidade, as razões jurídicas acerca dessa violação, o que descumpre requisito imprescindível para o conhecimento do recurso, nos termos da Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal.
> 2. O reconhecimento de violação do art. 619 do CPP pressupõe a ocorrência de omissão, ambiguidade, contradição ou obscuridade tais que tragam prejuízo à defesa. A assertiva, no entanto, não pode ser confundida com o mero inconformismo da parte com a conclusão alcançada pelo julgador, que, a despeito das teses aventadas, lança mão de fundamentação idônea e suficiente para a formação do seu livre convencimento.
> 3. No caso, não há nenhuma omissão no julgado proferido pela Corte de origem, de maneira a gerar o pretendido reconhecimento de infringência do art. 619 do Código de Processo Penal, visto que o acórdão proferido na apelação, expressamente, manifestou-se sobre todas as questão apresentadas pela defesa.
> 4. (...).
> 5. Agravo regimental não provido."
> (AgRg no Ag 1.203.770/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/02/2017, DJe 02/03/2017)

À vista disso, não se constata qualquer omissão ou contradição a ser sanada, uma vez que a Corte local explicou a razão pela qual julgou prejudicado a apelação ministerial, não merecendo provimento nesse ponto o recurso especial.

Por outro lado, com relação à alegada afronta ao artigo 62, I, do Código Penal, observa-se que o Tribunal local assim afirmou ao afastar a agravante em questão:

> "A apelação do Ministério Público Federal resta prejudicada, eis que em sendo proclamada absolvição de dois apenados, também esmaece a figura que quer ver como motivo de agravante da pena, previsto no artigo 65, III, 'd', do Código Penal." (e-STJ, fl. 528)

Da leitura do excerto, é possível deduzir que o afastamento da agravante

prevista no artigo 62, I, do Código Penal fundamentou-se, exclusivamente, no fato de dois dos corréus terem sido absolvidos da imputação quanto ao crime de estelionato, o que teria inviabilizado a condenação dos dois réus remanescentes pelo crime de quadrilha, o qual exige a participação de 3 ou mais sujeitos associados para a prática de crimes.

Todavia, tal fundamento não é capaz, por si só, de afastar a agravante em questão, a qual, conforme previsão expressa na lei penal, deve incidir quando comprovado que o sujeito "promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes".

Consoante extrai-se da jurisprudência, [...] Para que se configure a agravante do art. 62, I, do Código Penal é necessário que o agente promova ou organize a cooperação no crime, dirigindo a atividade dos demais criminosos" (STJ - HC n. 362.976/SP, Quinta Turma, de minha Relatoria, j. em 03/08/2017).

No caso, restou consignado no próprio acórdão que julgou a apelação que o ora recorrido confessou a prática do crime de estelionato e era "sem dúvida o mentor intelectual da empreitada, eis que providenciou a locação de imóvel e usando de nome falso, por saber da ilicitude da sua ação, o maquinário, e as pessoas para trabalharem na falsa lotérica." (e-STJ, fl. 526). Logo, ao que parece, o fundamento para a exclusão da agravante foi, tão somente, a absolvição do recorrido quanto ao crime previsto no artigo 288 do Código Penal.

Ocorre que, a agravante ora debatida, por expressa disposição legal, pode ter sua incidência reconhecida nos casos de crime praticado em concurso de pessoas, sendo esta a única condição para o seu reconhecimento. Desse modo, ainda que não configurado, por qualquer motivo, o crime de quadrilha ou associação criminosa, é possível o reconhecimento da circunstância agravante prevista no artigo 62, I, do Código Penal, desde que o crime seja praticado com o concurso de agentes, como se deu no caso.

Portanto, a pretensão recursal, nesse ponto, comporta parcial provimento, uma vez que o fundamento utilizado para excluir a agravante prevista no artigo 62, I, do Código Penal é inidôneo. Porém, a fim de evitar supressão de instância, não cabe por ora determinar que o Tribunal de origem simplesmente faça incidir a citada agravante na segunda fase da dosimetria, até porque não foi emitido um juízo de mérito mais aprofundado sobre a questão.

Assim, devem os autos retornar ao Tribunal de origem para que este decida sobre a manutenção ou não da citada agravante, porém sem considerar que a não configuração do crime previsto no artigo 288 do Código Penal impede, por si só, a sua incidência ao caso.

Ressalto, por fim, que, uma vez mantida a agravante em questão, a apelação ministerial não mais estará prejudicada, isso porque a agravante havia sido compensada na sentença com a atenuante da confissão espontânea, cabendo à Corte local o exame e julgamento do pleito ministerial de afastamento da atenuante do artigo 65, III, "d", do Código Penal.

Ante o exposto, nos termos do artigo 255, § 4º, II, do Regimento Interno do STJ, **dou parcial provimento** ao recurso especial para cassar o acórdão proferido no julgamento da apelação apenas no que toca ao afastamento da agravante prevista no artigo 62, I, do Código Penal, determinando o retorno do autos ao Tribunal de origem a fim de que analise a incidência ou não da agravante sem considerar, para o seu afastamento, a absolvição do réu quanto ao crime previsto no artigo 288 do Código Penal. Outrossim, uma vez mantida a agravante, é o caso de julgar a apelação ministerial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 05 de abril de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Ministro