AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.242.824 - RJ (2018/0021173-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO NEFI CORDEIRO**
AGRAVANTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVANTE	:	CARLOS ALEXANDRE SIMPLICIO PINTO
AGRAVANTE	:	PABLO BARRA TEIXEIRA
ADVOGADO	:	OTACILIO LEITE GUIMARÃES - RJ073210
AGRAVANTE	:	CARLOS ANDRE MALTEZ JARDIM
ADVOGADOS	:	UBIRATAN TIBURCIO GUEDES - RJ023674
		CAROLINE FERREIRA DA SILVA - RJ170417
AGRAVADO	:	OS MESMOS
AGRAVADO	:	ANDERSON SILVA PEREIRA
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
		JULIO CEZAR FELIPE DE CARVALHO - RJ174625

DECISÃO

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL interpõe agravo em face de decisão que inadmitiu o recurso especial, com fundamento na ausência de comprovação do dissídio jurisprudencial e na incidência da Súmula 7/STJ.

Sustenta o *Parquet*, nas razões do agravo, que a divergência foi devidamente demonstrada, tendo sido realizado o devido cotejo analítico entre o acórdão recorrido e os arestos paradigmas, não havendo, ademais, falar em revolvimento fático-probatório.

CARLOS ALEXANDRE SIMPLICIO PINTO e PABLO BARRA TEIXEIRA também interpõem agravo em face de decisão que inadmitiu o recurso especial, tendo em vista a ausência de violação do art. 619 do CPP, a incidência da Súmula 7/STJ e a não demonstração da divergência, conforme exige o RISTJ.

Aduzem, no entanto, que o acórdão recorrido se mostrou contraditório e omisso, tendo sido comprovado ainda o dissídio jurisprudencial e a não incidência do óbice contido na Súmula 7/STJ.

Por fim, CARLOS ANDRE MALTEZ JARDIM interpõe agravo em face da decisão que não admitiu o recurso especial, com base na Súmula 7/STJ.

Reedita, em síntese, as teses de incompetência do juízo e inépcia da denúncia, buscando, no mérito, a absolvição.

Apresentadas as contraminutas, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo não conhecimento do agravo interposto por Carlos Andre; pelo conhecimento parcial do agravo de Carlos Alexandre e Pablo Barra para improver o recurso especial; e pelo conhecimento do agravo do Ministério Público para dar parcial provimento ao recurso especial da acusação.

É o relatório.

Decido.

Ao se insurgir contra a decisão agravada, Carlos André não refutou os fundamentos do *decisum*, limitando-se a reeditar os argumentos apresentados no recurso especial.

Vale lembrar que, ao recorrente, incumbe demonstrar o equívoco da decisão em face da qual se insurge, não bastando a impugnação genérica, sendo imprescindível que impugne todos os óbices por ela apontados de maneira específica e suficientemente demonstrada, nos termos do art. 932, III, do CPC, c/c art. 3º do CPP.

Incide, por analogia, da Súmula 182/STJ, segundo a qual *É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada.*

No mais, os demais recursos são tempestivos e atacam os fundamentos da decisão agravada.

Passo, inicialmente, a apreciar as teses do Ministério Público, em que sustenta violação do art. 155, § 4º, II e IV, do CP e divergência jurisprudencial (fls. 3.954/3.986).

Afirma que a obtenção de dados magnéticos gravados em cartões de crédito – trilhas bancárias – que detém valor econômico –, é suficiente à consumação autônoma do delito de furto mediante fraude (art. 155, § 4º, II, do CP).

Salienta, nesse contexto, que há duas formas distintas de furto, o de dados magnéticos, que depois eram negociados com outros criminosos, e o de valores em contas bancárias, ocorridas a partir do saque de dinheiro ou da compra de produtos com cartões falsos.

Aduz, ainda, que estaria configurada a qualificadora do concurso de agentes, tendo em vista o *modus operandi*, no qual várias pessoas integravam a associação criminosa, possuindo funções destacadas e atuando conjuntamennte, cada qual em uma etapa específica, ressaltando a desnecessidade da presença física de todos os participantes no momento do resultado.

Requer, assim, a reforma do acórdão recorrido, para que Carlos André, Pablo, Carlos Alexandre e Anderson sejam condenados pelo crime de furto mediante fraude, tendo em vista a subtração de dados magnéticos gravados em cartões de crédito, e para que, relativamente a Carlos André, Pablo e Carlos Alexandre, seja reconhecida a qualificadora do concurso de agentes.

Sobre a tese da acusação quanto à existência de duas condutas diversas

– furto de dados magnéticos e furto de valores em contas bancárias, a partir do saque de dinheiro ou da compra de produtos com cartões falsos –, devendo os recorridos ser condenados por ambas, manifestou-se o Tribunal nos seguintes termos (fl. 3.930):

> No que concerne à irresignação do Parquet Federal quanto à caracterização do crime de furto pela subtração das trilhas bancárias, perfilho do entendimento esposado pelo magistrado sentenciante no sentido de que o **delito previsto no art. 155, do CP só resta configurado quando a "coisa alheia" tenha valor econômico. Ora, a trilha de cartão bancário não é por si só, objeto material do crime de furto, porque não tem qualquer valor comercial. A comercialização dos dados é feita ao alvedrio da lei e o objetivo do comprador é utilizá-los em outros cartões para saques e compras fraudulentas, que são, em última análise, o fim almejado.**

O acórdão recorrido está em consonância com o entendimento firmado por esta Corte no sentido de que a confecção de cartões magnéticos clonados não se amolda à figura típica do furto autonomamente, não possuindo, por si só, valor econômico, tratando-se apenas de fase da execução do referido crime, configurando o início do *iter criminis*. Nesse sentido:

> PROCESSO PENAL. CRIME MILITAR. PRESSUPOSTOS. CONFIGURAÇÃO. COMPETÊNCIA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. PENAL. CARTÃO DE CRÉDITO. FURTO. TIPICIDADE. ENTENDIMENTO MAJORITÁRIO DA TURMA.
> [...]
> 3. **É firme a jurisprudência do Superior Tribunal no sentido de que o cartão de crédito, bem como o talonário de cheques, não têm, em si, valor econômico capaz de o transformar em coisa alheia móvel suscetível de furto ou roubo. Precedentes.**
> 4. Entendimento majoritário da Sexta Turma, com ressalva do entendimento pessoal do Relator, a julgar típica a ação descrita na denúncia.
> *5. Ordem denegada.* (HC 115.803/SP, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 04/11/2010, DJe 07/02/2011), com destaques.
>
> PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 155, § 4°, INCISO IV, DO CÓDIGO PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO.
> I - No caso de furto, para efeito da aplicação do princípio da insignificância, é imprescindível a distinção entre ínfimo (ninharia) e pequeno valor. Este, ex vi legis, implica eventualmente, em furto privilegiado; aquele, na atipia conglobante (dada a mínima gravidade).
> II - A interpretação deve considerar o bem jurídico tutelado e o tipo de injusto.
> III - In casu, imputa-se ao paciente o furto de uma carteira plástica de bolso contendo em seu interior: R$ 10,00 (dez reais), 01 (uma) folha de cheque em branco e 02 (dois) cartões de crédito. **Assim, na linha de precedentes desta Corte, com a ressalva do relator, a cártula de cheque em branco e o**

> **cartão bancário de crédito, por não possuírem valor econômico intrínseco, não podem ser considerados, no caso, para efeito de tipicidade da conduta.**
> Destarte, remanescendo como prejuízo econômico apenas a subtração de R$ 10,00 (dez reais), é de ser aplicado, na espécie, o princípio da insignificância. *Ordem concedida.* (HC 124.858/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 01/06/2009), com destaques.

Não merece prosperar, no ponto, a pretensão ministerial.

Quanto ao afastamento da qualificadora do concurso de agentes, verifica-se que o Tribunal *a quo* manteve a conclusão de que somente se configuraria se os autores estiverem juntos no local da prática delitiva (fls. 3.931/3.932):

> **É incabível, ainda, o reconhecimento da qualificadora prevista no inciso IV, do art. 155, § 4º, do CP, uma vez que embora o dispositivo não preveja a presença física de duas ou mais pessoas no momento do crime, entendo que o delito só pode ser qualificado se os coautores estiverem juntos no local da prática delitiva,** pois apenas assim a conduta causará mais temor à vítima e a chance de consumação será ampliada. Como os elementos de prova não demonstram de forma cabal e indubitável a realização direta e pessoal do furto por duas ou mais pessoas, a qualificadora em comento não deve incidir nem na segunda fase de aplicação da pena nem como circunstância judicial desfavorável, já que o número excessivo de pessoas já foi considerado para majorar a pena-base do crime de furto qualificado.

Contudo, conforme entendimento firmado nesta Corte Superior, a norma contida no inciso IV do § 4º do art. 155 do CP não exige a presença física dos agentes no momento da prática delitiva, notadamente porque a lei penal não faz sequer distinção entre as figuras do coautor e do partícipe, cabendo, ao juiz, tão somente dosar a pena a cada um dos agentes na medida da sua culpabilidade (art. 29 do CP).

Assim, tendo as instâncias de origem concluído que os recorridos foram coautores dos delitos de furto mediante fraude, impõe-se a incidência da qualificadora do concurso de agentes. Nesse sentido, confiram-se:

> PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. LATROCÍNIO. COAUTORIA. EXISTÊNCIA DE DIVISÃO DE TAREFAS. DESNECESSIDADE DE QUE TODOS OS AGENTES PRATIQUEM O VERBO DESCRITO NO TIPO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.
> 1. Na coautoria, todos os agentes possuem o domínio comum do fato típico, mediante uma divisão de tarefas. Não é necessário que todos os agentes pratiquem o verbo descrito no tipo; basta que a sua conduta, atípica, se isoladamente observada, seja essencial para a realização do fato típico. Dessa

> forma, em se tratando de coautoria, todos os agentes respondem pela prática do mesmo delito praticado.
> 2. Em uma ação fortemente armada, o resultado morte deverá ser imputado a todos os coautores porque, mesmo não agindo diretamente na consecução do evento morte, esse resultado é mero desdobramento causal da ação delituosa.
> *3. Agravo regimental não provido* (AgRg no AREsp 465.499/ES, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 28/04/2015, DJe 07/05/2015).
>
> RECURSO ESPECIAL. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N.º 07 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CO-AUTORIA E PARTICIPAÇÃO. CONFIGURAÇÃO DE CO-AUTORIA. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. INOCORRÊNCIA. [...]. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO.
> [...].
> 2. O Código Penal adota, como regra, a teoria monista, pela qual todos os que concorrem para a realização do crime incidem nas penas a ele cominadas, ressalvando, contudo, a diferenciação entre coautor e partícipe, expressa na parte final do art. 29 e seus parágrafos.
> 3. No caso, constata-se a ocorrência de coautoria em relação aos ora Recorrentes e o réu Eduardo, mesmo não tendo aqueles praticado a conduta descrita pelo verbo do tipo penal, mas por possuírem o domínio do fato.
> 4. Não há falar em participação de menor importância dos Recorrentes na prática delitiva, não lhes sendo aplicável a causa de redução de pena prevista no art. 29, § 1º, do Código Penal, pois, tendo o domínio do fato, praticaram o crime de roubo circunstanciado em coautoria.
> [...]
> *10. Recurso parcialmente provido, com a concessão de habeas corpus de ofício, a fim de, mantida a condenação, reduzir as reprimendas impostas aos Recorrentes João Gomes Pereira de Carvalho e Graciano Carvalho dos Santos para, respectivamente, 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime fechado, e 40 (quarenta) dias-multa, no valor de 2/30 (dois trigésimos) do salário mínimo; e 08 (oito) anos de reclusão, em regime fechado, e 60 (sessenta) dias-multa, no valor de 2/30 (dois trigésimos) do salário mínimo* (REsp 1266758/PE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2011, DJe 19/12/2011).

Passo à análise do recurso especial interposto por Carlos Alexandre e Pablo Barra.

Nas razões recursais, salientam violação do art. 619 do CPP, aduzindo contradição, quanto ao tipo penal aplicado pelo voto divergente – se estelionato ou furto mediante fraude –, e omissão, relativamente às teses de inexistência do delito de quadrilha – uma vez não reconhecido o concurso de

agentes –, e de redução da pena-base quanto ao delito do art. 288 do CP.

Sustentam negativa de vigência ao art. 41 do CPP, ao argumento de que a denúncia seria inepta, ao deixar de individualizar a conduta de cada um dos recorrentes.

Aduzem violação do art. 20 do CPP, na medida em que impedidos de ter acesso ao conteúdo das provas produzidas na fase inquisitorial, bem como dos arts. 155 e 396-A, ambos do CPP, em face do indeferimento da produção de provas, gerando ofensa à ampla defesa.

Verberam ainda violação do art. 288 do CP, porque demonstrada a ausência de estabilidade e permanência.

Buscam a incidência do tipo previsto no art. 171 do CP, porque, *No caso de fraude com cartão clonado, a instituição financeira entrega voluntariamente o valor sacado, acreditando que a pessoa que se encontra no terminal é seu cliente* (fl. 4.192), não havendo falar em subtração mediante fraude, que exige a entrega voluntária. Citam, nesse sentido, divergência jurisprudencial (fls. 4195 e seguintes.)

Afirmam, quanto ao delito de quadrilha, contrariedade ao art. 59 do CP, porque o aumento da pena-base se amparou em elementos inerentes ao tipo, tais como a pluralidade de envolvidos, o cometimento de vários delitos e a organização, cujo critério, ademais, deve ser proporcional a todas condutas denunciadas (fl. 4.194).

Passo à apreciação das preliminares de mérito.

Inexistente a alegada violação do art. 619 do CPP, na medida em que o Tribunal de origem apreciou, fundamentadamente, de modo coerente e completo, todas as questões necessárias à solução da controvérsia.

A obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, constante do texto constitucional, não impõe ao magistrado o dever de responder a todos os questionamentos das partes, nem utilizar-se dos fundamentos que entendem elas ser os mais adequados para solucionar a causa posta em apreciação, bastando a fundamentação suficiente ao deslinde da questão.

Outrossim, destaco que a tese de violação dos arts. 20, 155 e 396-A, todos do CPP, no qual se alega cerceamento de defesa, porque teria se impedido o pleno acesso às provas produzidas na fase inquisitorial, além de indeferida a produção de provas requeridas, não foi debatida pela instância *a quo*.

É firme o entendimento nesta Corte no sentido de ser indispensável ao conhecimento do recurso especial, que tenham sido debatidas, no acórdão combatido, as questões trazidas no pedido recursal. A propósito, confiram-se

os termos das Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal, aplicáveis, por analogia, respectivamente: É *inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada*; e *O ponto omisso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.*

Sobre a apontada inépcia da denúncia, a Corte de origem assim se manifestou (fls. 3.924/3.925):

> As defesas de PABLO BARRA TEIXEIRA e CARLOS ANDRÉ SIMPLÍCIO sustentam que a denúncia não individualizou as condutas que lhe foram imputadas, tampouco deixou de narrar os fatos em seus elementos essenciais. Tal preliminar constitui matéria superada.
> A exordial narrou eficazmente os fatos e permitiu que os réus se defendessem a contento, inclusive podendo dar a sua versão dos fatos nos interrogatórios.
> A denúncia expôs com clareza o fato criminoso, permitindo o exercício da ampla defesa e do contraditório, preenchendo os requisitos do artigo 41 do CPP.
> **Ademais, tendo em vista a sentença penal condenatória, não mais compete ao réu afegar a matéria em testilha, posto que foi atingida pela preclusão.**

De fato, a referida preliminar somente foi arguida nas razões da apelação, após a prolação de sentença condenatória, estando preclusa. A propósito:

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. INÉPCIA DA DENÚNCIA. PROLAÇÃO DE SENTENÇA. PRECLUSÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. HIPÓTESES DE CABIMENTO. AUSÊNCIA. MERO INCONFORMISMO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.
> 1. Nos termos do entendimento pacífico desta Corte Superior, após a prolatação da sentença condenatória que considerou apta a denúncia, fica superada a tese de ausência de justa causa por inépcia da exordial acusatória, isso porque o exercício do contraditório e da ampla defesa foi viabilizado em sua plenitude durante a instrução criminal. (AgRg no AREsp 537.770/SP, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 4/8/2015, DJe 18/8/2015).
> [...]
> 3. Embargos de declaração rejeitados (EDcl no AgRg no HC 396.289/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/10/2018, DJe 18/10/2018).

Passo, então, ao exame do mérito.

Por primeiro, busca a defesa a absolvição do crime de quadrilha, ao argumento de que não foi configurada a estabilidade e permanência, tendo

assim se manifestado o Tribunal *a quo*:

> Pelos documentos afetos ao apenso 11 da medida cautelar n° 2009.51.02.000940-0, constata-se que **CARLOS ALEXANDRE efetuou direta e pessoalmente as compras indevidas em seu próprio nome, utilizando, pelo menos, 30 (trinta) trilhas.**
> Convenci-me, portanto, de que **o réu atuava em todas as etapas** da clonagem bancária, sendo o responsável, tanto pelo repasse dos cartões clonados a uma rede de sacadores que os utilizavam em estabelecimentos comerciais definidos, **quanto pela coordenação e fiscalização dos resultados desse uso.**
> [...]
> **PABLO BARRA TEIXEIRA**, além e ser cunhado de CARLOS ANDRÉ MALTEZ JARDIM, **atuava como seu braço direito na confecção, distribuição e utilização dos cartões falsificados.** Tal ilação é extraída das interceptações telefônicas e dos documentos constantes do apenso 11 da medida cautelar nº 2009.51.02.000940-0, onde ficou comprovado que o réu utilizou, pelo menos, 16 (dezesseis) trilhas para compras, conforme se vê também à fl. 3311 da sentença (fls. 3.928/3.929).
>
> Não obstante, tal tese não merece acolhida. A nítida participação dos réus na quadrilha restou evidenciada, na medida em que se considerou configuradas a materialidade e autoria delitivas, sendo mencionado, inclusive, outros elementos probatórios que contribuíram para formar tal convicção, inclusive os diálogos telefônicos entre membros da quadrilha captados em interceptação autorizada pelo juízo (fl. 4.112).

Consta ainda da sentença condenatória (fls. 3.388/3.405):

> **2.2.2) PABLO BARRA TEIXEIRA**
> **a) Do crime do artigo 288 do Código Penal**
> Segundo estabelecia o artigo 288 do Código Penal, é crime a conduta de se "associar com mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes". Considerando que a alteração conferida pela Lei 12.850/2013 foi posterior à época dos fatos narrados na denúncia, deve-se aplicar a antiga redação para fins de caracterização do crime do tipo em análise. Contudo, importante dizer que os termos quadrilha e associação serão usados indiscriminadamente, apesar de que os requisitos para a materialidade do crime serão aqueles da lei anterior.
> Assim sendo, podemos dizer que a configuração típica do delito de quadrilha ou bando deriva da conjugação dos seguintes elementos caracterizadores: (i) concurso necessário de pelo menos quatro pessoas, (ii) finalidade específica dos agentes voltada ao cometimento de delitos e (iii) **exigência de estabilidade e de permanência da associação criminosa.**
> Antes de adentrar no mérito propriamente dito, é importante que sejam feitas algumas colocações a respeito do tipo objetivo e do tipo subjetivo com a posterior análise dos fatos narrados na denúncia para saber se há uma perfeita adequação típica. Já antecipando a conclusão final, **o entendimento deste magistrado foi no sentido de que restou perfeitamente caracterizada nos autos desta ação penal a materialidade do crime em epígrafe, bem como**

a coautoria do réu na conduta delitiva.

Pois bem. **Para a configuração do delito, pouco importa que os seus componentes não se conheçam reciprocamente, que haja um chefe ou líder, que todos participem de cada ação delituosa. O que importa, verdadeiramente, é a vontade livre e consciente de estar participando ou contribuindo de forma estável e permanente para as ações do grupo** (GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. 2ª edição. Niterói: Impetus, 2009, p. 682). No caso, conforme se verá, não restou clara a presença de uma hierarquia rigorosa entre os integrantes da quadrilha, **apesar de ter ficado bem clara a divisão de tarefas (ainda que não de forma estrita) com a participação substancial de diversas pessoas (dentre elas, o réu PABLO BARRA TEIXEIRA).** De fato, s**e um era o responsável pelo fornecimento das máquinas POS, outro era responsável pela instalação dessas máquinas adulteradas, outro era responsável pelo fornecimento de carcaças, outro era responsável pela venda de bens adquiridos através da fraude etc.**

Especificamente em relação ao réu PABLO BARRA TEIXEIRA, pode-se dizer que sua participação era substancial, porque vinculada à atuação de CARLOS ANDRÉ, principalmente na utilização dos cartões falsificados em compras e saques, quase sempre a pedido e comando de CARLOS ANDRÉ, que, inclusive, certa vez, o chamou de pupilo.

As provas produzidas nas fases extrajudicial e judicial, sob o crivo do contraditório, demonstraram de forma inconteste a posição de PABLO como "braço direito" de CARLOS ANDRÉ na empreitada criminosa.

Importante ainda frisar que, para a configuração do crime de quadrilha (ou associação criminosa), **não é necessário que os agentes tenham o ânimo de praticar crimes determinados, pois o que se exige é o ânimo de cometer vários crimes, determinados ou não (mas pelo menos determináveis).** Em última análise, o dolo da prática da conduta tipificada no artigo 288 do Código Penal não pode ser confundido com o dolo da prática do crime, por exemplo, tipificado no artigo 155 do Código Penal. Como são condutas diversas, o dolo, por óbvio, será diverso.

Por fim, **deve-se dizer que o entendimento predominante da jurisprudência é de que a consumação do crime de quadrilha (ou associação criminosa) ocorre no momento em que há a convergência de vontades para o cometimento de uma série de crimes, independentemente da efetiva prática de tais crimes** (HC 195.592/MG, Rei. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 27/03/2012, DJe 18/04/2012). E mais: o delito de quadrilha subsiste autonomamente, ainda que os crimes para os quais foi organizado o bando sequer venham a ser cometidos (QO na APn. 514/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Corte Especial, julgado em 28/10/2010, DJe 07/12/2010; Denun na APn. 549/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Corte Especial; julgado em 21/10/2009, DJe 18/11/2009). Além disso, por se tratar de crime de perigo abstrato, é possível, inclusive, que alguém seja condenado por formação de quadrilha e absolvido das demais imputações contidas na denúncia (HC 141.274/MG, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 28/08/2012, DJe 17/09/2012). Assim sendo, neste momento, para a caracterização da

materialidade do crime de quadrilha, pouco importa se houve ou não a fraude, pouco importa se houve ou não a subtração de valores nos termos do artigo 155 do Código Penal.

Quanto à materialidade do delito, entendo que esta restou cabalmente comprovada, conforme se depreende pelo vasto acervo probatório contido nos autos, principalmente nos autos da medida cautelar de interceptação telefônica e telemática (processo n° 0000940-75.2009.4.02.5102). Com efeito, conforme se verá a seguir, das conversas dos réus originários da ação penal n° 0000888-79.2009.4.02.5102, pode-se concluir que efetivamente houve um (i) **concurso de pessoas com muito mais que quatro pessoas, tendo a nítida (ii) finalidade específica dos agentes voltada ao cometimento de delitos** (principalmente os contidos no artigo 155, § 4º, II, e no artigo 180, § 1º, ambos do Código Penal), **sendo que tal concurso contava com (iii) estabilidade e permanência.**

Do mesmo modo, **a autoria do crime está devidamente comprovada nos autos, sendo certo que, conforme será demonstrado, o réu efetivamente se associou de forma duradoura com outras pessoas (muito mais que 3) com o objetivo de praticar outros crimes, tendo evidente ânimo de se associar.**

Vejamos o teor das principais conversas de forma cronológica.

[...]

Ante a todos os fatos expostos acima, a única conclusão possível é no sentido de que o réu PABLO BARRA TEIXEIRA efetivamente se associou (i) com pelo menos outras quatro pessoas de forma direta, tendo como (ii) finalidade específica o cometimento de delitos através da clonagem de cartões de crédito com posterior compras de produtos e saques indevidos. Além disso, é notório que havia uma (iii) estabilidade e permanência da associação criminosa, considerando a complexidade do gerenciamento da associação, tendo todos alguma(s) função(ões) determinada(s) na empreitada criminosa.

[...]

2.2.3) **CARLOS ALEXANDRE SIMPLÍCIO PINTO "XANDICO"**

a) Do crime do artigo 288 do Código Penal

[...]

Especificamente em relação ao réu CARLOS ALEXANDRE SIMPLICIO PINTO, pode-se dizer que sua participação era ampla e importante, considerando que ele atuava em todas as etapas da clonagem bancária, direta ou indiretamente: obtinha terminais POS que serviriam como "chupa-cabras"; coordenava a alocação (instalação) de "chupa-cabras" em estabelecimentos comerciais; comercializava trilhas ilicitamente capturadas; gerenciava a magnetização de trilhas em carcaças, realizando a falsificação de cartões; repassava os cartões falsificados à rede de compradores; orientava a utilização dos cartões clonados, indicando as mercadorias a serem adquiridas para si e para posterior venda ou realizando diretamente as compras; vendia, diretamente ou através de terceiros, as mercadorias ilicitamente adquiridas; distribuía o lucro entre os demais.

[...]

> Quanto à materialidade do delito, entendo que esta restou cabalmente comprovada, conforme se depreende pelo vasto acervo probatório contido nos autos, principalmente nos autos da medida cautelar de interceptação telefônica e telemática (processo n° 0000940-75.2009.4.02.5102). Com efeito, conforme se verá a seguir, das conversas dos réus originários da ação penal n° 0000888-79.2009.4.02.5102, pode-se concluir que efetivamente h**ouve um (i) concurso de pessoas com muito mais que quatro pessoas, tendo a nítida (ii) finalidade específica dos agentes voltada ao cometimento de delitos (principalmente os contidos no artigo 155, § 4º, II, e no artigo 180, § 1º, ambos do Código Penal), sendo que tal concurso contava com (iii) estabilidade e permanência. Do mesmo modo, a autoria do crime está devidamente comprovada nos autos, sendo certo que, conforme será demonstrado, o réu efetivamente se associou de forma duradoura com outras pessoas (muito mais que 3) com o objetivo de praticar outros crimes, tendo evidente ânimo de se associar.**
> Vejamos o teor das principais conversas de forma cronológica.
> [...]
> Essas conversas **ratificam que XANDICO é um dos integrantes da quadrilha responsáveis tanto pelo repasse dos cartões clonados a uma rede de sacadores/compradores que os utilizam em estabelecimentos comerciais definidos conforme a conveniência da atividade criminosa, quanto pela coordenação e fiscalização dos resultados dessa utilização.**
> Ante a todos os fatos expostos acima, **a única conclusão possível é no sentido de que o réu CARLOS ALEXANDRE SIMPLÍCIO PINTO efetivamente se associou (i) com pelo menos outras quatro pessoas de forma direta, tendo como (ii) finalidade específica o cometimento de delitos através da clonagem de cartões de crédito com posterior compras de produtos e saques indevidos. Além disso, é notório que havia uma (iii) estabilidade e permanência da associação criminosa, considerando a complexidade do gerenciamento da associação, tendo todos alguma(s) função(ões) determinada(s) na empreitada criminosa.**

Ora, tendo as instâncias de origem concluído pela existência de vínculo associativo, salientando a permanência e a estabilidade da quadrilha, não cabe a esta Corte Superior o reexame do acervo fático-probatório, nos termos do óbice da Súmula 7/STJ. A propósito:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. [...]. QUADRILHA. MATERIALIDADE E AUTORIA. CONCLUSÕES FORMADAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM A PARTIR DE AMPLO E PROFUNDO REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. REEXAME. VEDAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. [...].
> [...]
> 3. No que se refere à verificação da materialidade e autoria dos crimes previstos no art. 288 do CP e art. 244-B do ECA, é de se observar que as conclusões alcançadas pelas instâncias ordinárias estão calcadas em intensa

> análise do contexto fático-probatório dos autos.
> 4. Tanto com relação à estabilidade e permanência da associação criminosa como no tocante ao envolvimento do menor de 18 (dezoito) anos na prática delitiva o acórdão recorrido faz expressa remissão às provas disponíveis. A revisão pretendida pelos recorrentes na via especial, portanto, é inviabilizada pelo óbice da Súmula 7/STJ.
> [...]
> 8. Agravo regimental desprovido (AgRg no AREsp 760.284/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 10/05/2016, DJe 16/05/2016).
>
> PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. ABSOLVIÇÃO. VÍNCULO ASSOCIATIVO. ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.
> 1. Rever a conclusão consignada pelas instâncias ordinárias pela existência de elementos concretos e coesos que comprovaram a existência do vínculo de estabilidade e de permanência necessários à condenação dos agravantes pelo crime de formação de quadrilha demandaria imprescindível revolvimento do acervo fático-probatório delineado nos autos, procedimento vedado em recurso especial, a teor da Súmula n. 7 do STJ.
> 2. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp 760.501/RN, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016).

Por outro lado, sustenta a defesa que, em verdade, a conduta tipificada como furto mediante fraude melhor se enquadraria ao tipo penal de estelionato, porque, *No caso de fraude com cartão clonado, a instituição financeira entrega voluntariamente o valor sacado, acreditando que a pessoa que se encontra no terminal é seu cliente* (fl. 4.192), não havendo falar em subtração.

A tese foi assim dirimida pelo Juízo sentenciante, *in verbis* (fl. 3.379/3.380):

> **Quanto ao crime previsto no artigo 155, § 4º, II, do Código Penal, deve-se fazer uma distinção importante com o crime previsto no artigo 171 do Código Penal. Em ambos os casos, há a presença do emprego de ardil ou artifício** para a conquista de vantagem ilícita. Contudo, **no furto mediante fraude (art. 155, § 4°, II, do CP), a fraude é empregada para diminuir a vigilância do ofendido, que, no momento da execução, não percebe que a coisa está sendo subtraída: por outro lado, no estelionato (artigo 171 do CP), a fraude e realizada antes, com o objetivo de que a própria vítima entregue a coisa ao agente de forma voluntária.** [...].
> **No caso, resta claro que a fraude (clonagem de cartão) foi utilizada para subtrair valores dos ofendidos (clientes da instituição financeira), fazendo com que estes sequer notassem a subtração. Dessa forma, a adequação típica recai perfeitamente sobre o artigo 155, § 4º, II, do**

> **Código Penal.**
> Vale dizer que o fato de a instituição financeira ressarcir o valor subtraído pouco importa para a configuração do delito, já que é elemento estranho ao tipo, ocorrendo após a consumação do crime. Com efeito, o patrimônio imediatamente lesado é o do cliente possuidor do cartão clonado, sendo que é ele o principal ofendido. Além disso, a circunstância de se estar fraudando um sistema de segurança de terceiro (instituição financeira) também pouco importa para a adequação do tipo, já que o bem jurídico tutelado é o patrimônio do cliente e não a credibilidade da instituição financeira.

O referido entendimento se coaduna com a jurisprudência desta Corte Superior de que a realização de saques indevidos na conta corrente da vítima, sem o seu consentimento, seja por meio de clonagem de cartão e/ou senha, seja por meio de furto do cartão, seja via *internet*, configuram o delito de furto mediante fraude e não o estelionato. A propósito:

> CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL X JUSTIÇA ESTADUAL. DENÚNCIA. FURTO DE CARTÃO DE CONTA BANCÁRIA DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL QUE TINHA A SENHA ANOTADA JUNTO A ELE. SAQUE INDEVIDO EM CONTA CORRENTE. INEXISTÊNCIA DE FRAUDE QUE TRAGA PREJUÍZO À INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. PREJUÍZO APENAS À VITIMA PESSOA FÍSICA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.
> 1. A jurisprudência desta Corte tem se orientado no sentido de que a realização de saques indevidos (ou transferências bancárias) na conta corrente da vítima sem o seu consentimento, seja por meio de clonagem de cartão e/ou senha, seja por meio de furto do cartão, seja via internet, configuram o delito de furto mediante fraude (art. 155, § 4º, II, do CP).
> 2. Em tais situações, a fraude é caracterizada pelo ato de ludibriar o sistema informatizado de proteção de valores, mantidos sob guarda bancária. Nesse sentido, invariavelmente, haveria, também, prejuízo da instituição bancária na medida em que, sendo ela a responsável pela implementação de mecanismos de proteção dos valores e bens sob sua guarda, será dela o ônus de arcar com o prejuízo advindo de eventual falha em tais mecanismos.
> [...]
> 5. Conflito conhecido, para declarar a competência do Juízo de Direito da Vara Única de Corrente/PI, o suscitado. (CC 149.752/PI, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/12/2016, DJe 01/02/2017)

> RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA ESTELIONATO. IMPOSSIBILIDADE. EXAME PERICIAL. DESNECESSIDADE. CRIME SEM VESTÍGIOS. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. TRÂNSITO EM JULGADO. PLEITO PREJUDICADO.
> 1. No furto qualificado, a fraude tem o escopo de reduzir/burlar a vigilância

> da vítima para que, em razão dela, não perceba que a coisa lhe está sendo subtraída, enquanto no crime de estelionato a fraude visa induzir a vítima a erro e, assim, entregar o bem, espontaneamente, ao agente.
> 2. Mostra-se devida a condenação do recorrente pelo delito de furto, e não pelo de estelionato, quando verificado que o acusado se valeu de fraude - clonagem de cartões - para burlar o sistema de proteção e vigilância do Banco, com o objetivo de retirar indevidamente valores pertencentes aos titulares das contas bancárias.
> [...]
> 6. Recurso em habeas corpus parcialmente prejudicado e, no mais, não provido (RHC 21.412/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/05/2014, DJe 29/09/2014)
>
> RECURSO ESPECIAL. PENAL. CLONAGEM DE CARTÃO. UTILIZAÇÃO DE CHUPA-CABRA. SAQUES EM TERMINAL ELETRÔNICO. FURTO QUALIFICADO PELA FRAUDE. DESCLASSIFICAÇÃO. ESTELIONATO. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AO ART. 66 DO CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. PLEITO ABSOLUTÓRIO. INVIABILIDADE. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO SUMULAR N.º 07 DESTA CORTE. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDO.
> 1. O furto mediante fraude não se confunde com o estelionato. A distinção se faz primordialmente com a análise do elemento comum da fraude que, no furto, é utilizada pelo agente com o fim de burlar a vigilância da vítima que, desatenta, tem seu bem subtraído, sem que se aperceba; no estelionato, a fraude é usada como meio de obter o consentimento da vítima que, iludida, entrega voluntariamente o bem ao agente.
> 2. Hipótese em que o Acusado se utilizou de equipamento coletor de dados, popularmente conhecido como "chupa-cabra", para copiar os dados bancários relativos aos cartões que fossem inseridos no caixa eletrônico bancário. De posse dos dados obtidos, foi emitido cartão falsificado, posteriormente utilizado para a realização de saques fraudulentos.
> 3. No caso, o agente se valeu de fraude - clonagem do cartão - para retirar indevidamente valores pertencentes ao titular da conta bancária, o que ocorreu, por certo, sem o consentimento da vítima, o Banco. A fraude, de fato, foi usada para burlar o sistema de proteção e de vigilância do Banco sobre os valores mantidos sob sua guarda, configurando o delito de furto qualificado.
> [...]
> 6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido (REsp 1412971/PE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 07/11/2013, DJe 25/11/2013).

Impõe-se, portanto, a manutenção do acórdão recorrido, incidindo o óbice contido na Súmula 83/STJ, segundo a qual: *Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no*

mesmo sentido da decisão recorrida.

Por fim, no que toca à dosimetria do crime do art. 288 do CP, as instâncias *a quo* assim se manifestaram:

> **3.2) PABLO BARRA TEIXEIRA**
> **a) Do crime do artigo 288 do Código Penal**
> Da análise das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, tenho que o acusado obrou com **culpabilidade** acima da normal para os crimes da mesma espécie. Com efeito, **o número excessivo de pessoas envolvidas, bem como a complexidade da associação criminosa** fazem com que a reprovabilidade seja maior. Quanto aos antecedentes, até então não denegridos, não desabonam. A conduta social, desconhecida do Juízo, não é fator negativo na valoração. Em relação à personalidade, não aparenta transtornos antissociais. 0 motivo do delito, a prática de delitos, já faz parte do próprio tipo penal. Circunstâncias normais para delitos da espécie e consequências ínsitas ao próprio tipo. O comportamento da vítima não contribuiu. **Sendo assim, e sopesando essas várias operacionais, tenho por bem fixar a pena-base em 2 (dois) anos de reclusão.**
> **Não concorrendo circunstâncias agravantes e atenuantes, fixo a pena provisória em 2 (dois) anos de reclusão.**
> **Torno definitiva a pena acima dosada, em 2 (dois) anos de reclusão, por não concorrerem causas de diminuição ou de aumento de pena.**
> Não há previsão de pena de multa.
> [...]
> 3.3) CARLOS ALEXANDRE SIMPLÍCIO PINTO
> a) Do crime do artigo 288 do Código Penal
> Da análise das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, tenho que o acusado obrou com **culpabilidade acima da normal para os crimes da mesma espécie. Com efeito, o número excessivo de pessoas envolvidas e a complexidade da associação criminosa fazem com que a reprovabilidade seja maior.** Quanto aos antecedentes, até então não denegridos, não desabonam. A conduta social, desconhecida do Juízo, não é fator negativo na valoração. Em relação à personalidade, não aparenta transtornos antissociais. O motivo do delito, a prática de delitos, já faz parte do próprio tipo penal. Circunstâncias normais para delitos da espécie e conseqüências ínsitas ao próprio tipo. O comportamento da vítima não contribuiu.
> Sendo assim, e sopesando essas várias operacionais, tenho por bem fixar a pena-basc em 2 (dois) anos de reclusão.
> Não concorrendo circunstâncias agravantes e atenuantes, fixo a pena provisória em 2 (dois) anos de reclusão.
> Torno definitiva a pena acima dosada, em 2 (dois) anos de reclusão, por não concorrerem causas de diminuição ou de aumento de pena.
> Não há previsão de pena de multa (sentença, fls. 3.421/3.424).
>
> Quanto à dosimetria da pena aplicada, constato que o magistrado observou devidamente a primeira fase do critério de fixação de pena disposto no artigo 59 do Código Penal, restando acertada e coerente a pena base fixada na

> sentença.
> Não merece vingar a tese de majoração da pena do crime descrito no artigo 288 do Código Penal ao máximo legal, **tendo em vista a dimensão da associação criminosa, a enorme quantidade de crimes praticados por seus integrantes e o tempo de duração. É que tal ocorrência já foi devidamente considerada pelo magistrado, ao apontar que o número excessivo de pessoas envolvidas e a complexidade da associação criminosa fazem com que a reprovabilidade seja maior, tendo considerado a culpabilidade dos réus como circunstância desfavorável e, por via de conseqüência, fixado a pena-base acima do mínimo legal, em 02 (dois) anos de reclusão** (acórdão, fl. 3.932).

Em regra, não se presta o recurso especial à revisão da dosimetria da pena estabelecida pelas instâncias ordinárias. Admite-se, contudo, o reexame quando configurada manifesta violação dos critérios dos arts. 59 e 68 do CP, sob o aspecto da legalidade, nas hipóteses de falta ou evidente deficiência de fundamentação ou ainda de erro de técnica.

As instâncias ordinárias fixaram a pena-base 1 ano acima do mínimo legal, em razão da vetorial culpabilidade, com fundamento consistente no número excessivo de pessoas envolvidas e a complexidade e duração da associação criminosa, justificando que *A ação penal é oriunda da Operação Nômade perpetrada pela Polícia Federal e foi originariamente movida contra 42 (quarenta e duas) pessoas, tendo havido o desmembramento em relação aos acusados em voga* (fl. 3.920).

Tal motivação se mostra idônea e baseada em dado concreto, denotando maior reprovabilidade da conduta a justificar a exasperação conferida, que não se mostra excessiva, desarrazoada ou ilegal. A propósito:

> AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. QUANTUM DE AUMENTO PROPORCIONAL E FUNDAMENTADO. AUSÊNCIA DE CRITÉRIO MATEMÁTICO. MAUS ANTECEDENTES. LÍDER DA QUADRILHA. ELEVADO PREJUÍZO CAUSADO PELAS FRAUDES SUPERIOR A R$ 6.000.000,00 (SEIS MILHÕES). PENA RAZOÁVEL E PROPORCIONAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. [...]. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
> 1. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, "a exasperação da pena-base não se dá por critério objetivo ou matemático, uma vez que é admissível certa discricionariedade do órgão julgador, desde que vinculada aos elementos concretos dos autos" (AgInt no HC 352.885/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 9/6/2016), só podendo ser alterado o quantum de aumento na pena-base quando flagrantemente desproporcional. No caso em apreço, as instâncias ordinárias, na etapa inicial da dosimetria do delito, majoraram a pena-base, considerando

> a complexidade e sofisticação da atuação do grupo criminoso ao qual pertencia o ora agravante, bem como do elevado prejuízo causado pelas fraudes, apurado em patamar superior a seis milhões de reais, bem como pelo fato de que exerceu um papel especial diante dos demais corréus, pois era líder da quadrilha, dirigindo a atividade dos demais agentes, tendo maior participação na instalação dos "chupa-cabras", na gravação dos cartões clonados, bem como na compra.
> [...]
> 3. Agravo regimental desprovido (AgRg no HC 420.043/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 11/12/2018, DJe 19/12/2018).
>
> AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. [...]. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. ART. 288, PÁR. ÚNICO, CP. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. ELEVADO NÚMERO DE AGENTES. ALTO GRAU DE ORGANIZAÇÃO E COMPLEXIDADE. ATUAÇÃO EM DIVERSAS CIDADES. FUNDAMENTO IDÔNEO PARA O AUMENTO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.
> [...]
> 5. Constitui fundamento idôneo para a exasperação da pena-base do crime de associação criminosa a menção a circunstâncias concretas do crime, como o grande número de integrantes, alto grau de organização e complexidade, atuação em diversas cidades e rodovias por longo período de tempo e movimentação de cargas e valores elevados.
> 6. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no AREsp 1193257/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 28/02/2018).

Ante o exposto, não conheço do agravo interposto por Carlos André Maltez Jardim; nego provimento ao agravo interposto por Carlos Alexandre Simplicio Pinto e Pablo Barra Teixeira; e conheço do agravo para dar parcial provimento ao recurso especial do Ministério Público para reconhecer a incidência da qualificadora do inciso IV do § 4º do art. 155 do CP, determinando o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que proceda ao redimensionamento da pena.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 11 de abril de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator