

**HABEAS CORPUS Nº 523.965 - RJ (2019/0221372-3)**

**RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO**  
**IMPETRANTE : RAFAEL CUNHA KULLMANN E OUTROS**  
**ADVOGADOS : GUSTAVO ALVES PINTO TEIXEIRA - RJ123924**  
**RAFAEL CUNHA KULLMANN - RJ135031**  
**LUIZ SERGIO ALVES DE SOUZA - RJ175715**  
**IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO**  
**PACIENTE : CARLOS ANDRÉ MALTEZ JARDIM**

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de CARLOS ANDRÉ MALTEZ JARDIM, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que negou provimento ao apelo, por acórdão assim ementado (fls. 101/102):

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÕES CRIMINAIS. OPERAÇÃO NÔMADE. ESQUEMA DE CLONAGEM DE CARTÕES BANCÁRIOS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS COMPROVADAS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E TELEMÁTICA. INÉPCIA DA DENÚNCIA AFASTADA. APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO. DESNECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. SUBTRAÇÃO DE DADOS BANCÁRIOS. INEXISTÊNCIA DE CRIME AUTÔNOMO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. ABSORÇÃO DO CRIME DE FALSO PELO FURTO. DOSIMETRIA DA PENA MANTIDA. JUSTIÇA GRATUITA CONCEDIDA. CUSTAS PROCESSUAIS.

- Deferidos os benefícios da Justiça Gratuita aos Apelantes PABLO BARRA TEIXEIRA e CARLOS ALEXANDRE SIMPLICIO, com esteio no artigo 99 do CPC e na orientação pacífica da jurisprudência de que a assistência judiciária gratuita pode ser pleiteada a qualquer tempo (REsp 1261220/SP, DJe 04/12/2012).

- Entre os cartões clonados pelos agentes nesta ação penal foram encontrados diversos cartões bancários de clientes da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, empresa pública federal, fato que atrai a competência da Justiça Federal para processar e julgar a ação penal em voga, com fulcro no artigo 109 IV, da Magna Carta.

- Afastada a preliminar de inépcia da denúncia, que expôs com clareza o fato criminoso, permitindo o exercício da ampla defesa e do contraditório, preenchendo os requisitos do artigo 41 do CPP.

- Não é necessária a prova pericial do material captado na medida cautelar, eis que a Lei nº 9.296/96 não determina a obrigatoriedade deste exame, além do que o magistrado apontou na sentença que ouviu todas as conversas interceptadas, bem como leu as respectivas transcrições, não tendo observado qualquer erro ou falha no trabalho de gravação executado pela Polícia Federal.

# *Superior Tribunal de Justiça*

- A autoria e materialidade delitivas foram sobejamente comprovadas pelo conjunto probatório coligido aos autos, principalmente pela medida cautelar de interceptação telefônica e telemática apensada a estes autos.
- Quando os elementos de prova forem suficientes para comprovar a existência do crime, o exame pericial não é imprescindível. Precedentes.
- O fato de por muitas vezes não ter executado pessoal e diretamente a conduta criminosa não afasta a autoria do acusado CARLOS ANDRÉ MALTEZ JARDIM com relação ao crime de furto mediante fraude, uma vez que tinha domínio sobre o fato a ser praticado e exercia controle sobre sua consecução mediante a utilização de outras pessoas - O delito previsto no art. 155, do CP só resta configurado quando a "coisa alheia" tenha valor econômico. Os dados do cartão bancário não são, 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 pelos agentes.
- A falsificação dos cartões teve como objetivo único a subtração de valores de seus titulares por meio de compras em estabelecimentos comerciais e saques fraudulentos e essa utilização indevida seria feita quantas vezes fosse necessária até o saldo credor acabar ou até haver negativa por parte de algum estabelecimento. Aplicação do princípio da consunção. Potencialidade lesiva que não remanesce.
- É incabível o reconhecimento da qualificadora prevista no inciso IV, do art. 155, § 2º, do CP, pois embora o dispositivo não preveja a presença física de duas ou mais pessoas no momento do crime, o delito só pode ser qualificado se os coautores estiverem juntos no local do crime, já que apenas assim a conduta causará mais temor à vítima e a chance de consumação será ampliada.
- Compete ao Juízo da Execução analisar o pleito de extinção das penas restritivas de direito que foram impostas ao réu ANDERSON SILVA PEREIRA na sentença.
- Dosimetria da pena mantida.
- Desprovisionamento do recurso do Ministério Público Federal.
- Desprovisionamento dos recursos da defesa de CARLOS ANDRÉ MALTEZ JARDIM e de ANDERSON SILVA PEREIRA.
- Parcial provimento dos recursos da defesa de PABLO BARRA TEIXEIRA e CARLOS ALEXANDRE SIMPLÍCIO PINTO somente para lhes conceder os benefícios da justiça gratuita.

Consta dos autos condenação pela prática dos crimes tipificados nos arts. 155, § 4º, II, por 6 vezes, na forma do 71, e 288, c/c o 69, todos do CP, às penas de 7 anos e 7 meses de reclusão, em regime semiaberto, e 199 dias-multa.

O impetrante sustenta que é ilegal a consideração de um mesmo fato para valorar a culpabilidade em crimes diferentes, que essa circunstância quanto ao delito de furto qualificado não tem fundamentação bastante, bem como que é desproporcional a exasperação da pena-base em ambos os delitos.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Além disso, sustenta que deve ser estendido o entendimento fixado no AREsp 1.417.390/RJ, interposto por ré de ação penal desmembrada, em que se reconheceu ser desproporcional o aumento na pena-base do crime de associação criminosa pela culpabilidade.

Nesse sentido, requer a concessão da ordem para diminuir as penas.

Indeferida a liminar e prestadas as informações, o Ministério Público manifestou-se pelo reconhecimento da desproporcionalidade no aumento da pena-base no crime de associação criminosa.

É o relatório.

DECIDO.

A pena-base foi assim fundamentada na sentença (fls. 76/78):

[...]. 3.1) CARLOS ANDRÉ MALTEZ JARDIM

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-base em 2 (dois) anos de reclusão.**

Observo que o réu tinha profunda participação na quadrilha e posição de destaque, sendo certo que organizava a cooperação dos outros réus da quadrilha e lhes dirigia a atividade criminosa, nos termos do artigo 62.1, do Código Penal. Dessa forma, elevo a pena em 1/6 (um sexto), o que resulta em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

Tomo definitiva a pena acima dosada, em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, por não concorrerem causas de diminuição ou de aumento de pena.

Não há previsão de pena de multa.

b) Do crime previsto no artigo 155, § 4º, II, do Código Penal (6 vezes, na forma do artigo 71 do CP)

A pena na dosimetria será feita considerando apenas uma conduta (já que todas possuem as mesmas circunstâncias), mas, ao final, será acrescido de 1/2 (metade), na forma do parágrafo único do artigo 71 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, o lucro fácil, 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 3 (três) anos de reclusão.**

Observo que o réu tinha profunda participação na quadrilha e posição de destaque, sendo certo que organizava a cooperação dos outros réus da quadrilha e dirigia-lhes a atividade criminosa, nos termos do artigo 62, I, do Código Penal. Dessa forma, elevo a pena em 1/6 (um sexto), o que resulta em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Em sendo aplicável ao caso a regra disciplinada no artigo 71 do Código Penal (crime continuado), a vista da existência concreta da prática de 6 crimes, aplico a pena acima aumentada em 1/2, ficando o réu definitivamente condenado à pena de 5 (cinco) anos e 3 (três) meses de reclusão.

Tendo em vista as mesmas considerações e atento à regra de proporção matemática entre as duas escalas punitivas (da pena privativa de liberdade – que varia de 2 anos a 8 anos de privação – e da pena de multa – de 10 a 360 dias-multa), estabeleço a pena pecuniária de 199 (cento e noventa e nove) dias-multa.

c) Do concurso material de crimes

Em sendo aplicável ao caso a regra disciplinada no artigo 69 do Código Penal, fica o réu definitivamente condenado à pena de 7 (sete) anos e 7 (sete) meses de reclusão e 199 (cento e noventa e nove) dias-multa. [...].

No tocante à dosimetria, constou no acórdão (fl. 96):

[...]. Por derradeiro, não merece ser reduzida a pena fixada ao réu para o mínimo legal. O magistrado observou os critérios do artigo 59 do Código Penal, tendo aplicado a sanção de maneira justa, fundamentada e proporcional.

A existência de circunstâncias desfavoráveis do acusado - em destaque a culpabilidade considerada acima da normal para os crimes em espécie - e de agravantes impedem a diminuição da dosimetria fixada.

Não foi levantado pelo Apelante qualquer motivo razoável e com esteio no ordenamento jurídico a fim de convencer de que possui razão e faz jus à redução da pena aplicada, motivo pelo qual a mantenho por seus próprios e jurídicos fundamentos.[...].

Com relação à alegação de *bis in idem*, não é possível constatar ilegalidade na dosimetria realizada em sentença e mantida pelo Tribunal de origem, tendo em vista que a consideração das mesmas circunstâncias fáticas para exasperar a pena-base só ensejaria dupla valoração se tivesse acontecido na dosimetria do mesmo crime e não em delitos distintos. Nesse sentido: AgRg no AREsp 1270908/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 29/08/2018.

# Superior Tribunal de Justiça

Por outro lado, as instâncias ordinárias aumentaram as penas-bases dos crimes de associação e furto qualificado pelo maior desvalor da culpabilidade, pois *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*, resultando no aumento de 1 ano no crime associativo e também no patrimonial, ou seja, na fração de 1/2.

No julgamento do AREsp 1.417.390/RJ, provido por decisão em 22/3/2019, interposto por ré Anne Caroline de ação penal desmembrada, o reconhecimento da desproporcionalidade ocorreu nos seguintes termos:

Com efeito, ressalta-se que o maior desvalor da culpabilidade se deu em razão do *número excessivo de pessoas envolvidas e a complexidade da associação criminosa fazem com que a reprovabilidade seja maior* (fls. 3.030).

De fato, embora o envolvimento de várias pessoas seja elementar do próprio tipo penal previsto no art. 288 do CP, a complexidade da associação criminosa constitui argumento idôneo a ensejar o recrudesimento da reprimenda, segundo a jurisprudência desta Corte. Veja-se:

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR. NECESSIDADE DE FUNDADAS RAZÕES. ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DE REPERCUSSÃO GERAL. ELEMENTOS FUNDADOS DA SUSPEITA DA PRÁTICA DE CRIME. DOSIMETRIA. VIOLAÇÃO DO ART. 59 DO CP. CULPABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

[..]

5. As instâncias ordinárias adotaram fundamentação concreta para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário o quantum imposto diante da sofisticação e abrangência da associação criminosa.

6. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1714910/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 27/04/2018.)

Quanto à fração de exasperação pelo crime previsto no art. 288 do CP, a majoração da pena-base se deu em 1/2, em razão da presença de uma única vetorial negativa, motivo pelo qual se verifica desproporcionalidade, pois tem-se esta Corte compreendido que o agravamento da pena acima do patamar de 1/6 exige fundamento concreto, o que não se verifica na presente hipótese. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO TENTADO. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. 2/3 ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. DESPROPORCIONALIDADE. PENA REDIMENSIONADA.

1. Segundo a jurisprudência desta Corte, a exasperação da pena-base, pela

# Superior Tribunal de Justiça

existência de circunstâncias judiciais negativas, deve seguir o parâmetro da fração de 1/6 para cada vetor desfavorável, em situações nas quais não há fundamentação específica que justifique a necessidade de elevação superior a esse patamar (REsp n. 1.741.828/SP, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 12/9/2018).

2. Na hipótese, negativada apenas uma circunstância judicial, denota-se excessiva a fixação da pena-base em 2/3 acima do mínimo legal previsto pelo preceito secundário do delito.

3. Tendo o Tribunal a quo asseverado que os maus antecedentes decorrem de duas condenações anteriores transitadas em julgado (ameaça e tentativa de homicídio qualificado), a fixação da pena-base em 1/3 acima do mínimo legal atende ao princípio da proporcionalidade.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 473.257/PE, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 04/02/2019)

Assim, embora concretamente fundamentado os acréscimos, é possível alterar o aumento com relação a ambos os crimes, tendo em vista que a fundamentação é a mesma no presente caso e no paradigma (fl. 166).

Sendo assim, passo ao redimensionamento das penas.

Na primeira fase, em razão da valoração negativa da culpabilidade, reduzo a fração de aumento para 1/6, resultando na pena-base de 1 ano e 2 meses reclusão, a qual é agravada, nos termos do art. 62, I, do CP, em 1/6, tornando-se definitiva em 1 ano, 4 meses e 10 dias de reclusão.

Quanto ao delito de furto qualificado, adotando-se o mesmo raciocínio, tem-se a pena-base em 2 anos e 4 meses. Há o agravamento em 1/6 pela incidência do art. 62, I, do CP, para 2 anos, 8 meses e 20 dias. Sem causas de aumento ou diminuição.

Considerando a regra do art. 71 do CP, aumenta-se em 1/2, tornando-se a pena definitiva em 4 anos e 1 mês de reclusão e 166 dias-multa.

Reconhecido o concurso material, mantenho a soma das penas, a fim de tornar definitiva a sanção em 5 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão, e 166 dias-multa.

Não obstante a redução da reprimenda, mantenho o regime semiaberto, consoante art. 33, § 2º, *b*, do CP.

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* para diminuir a pena do paciente para 5 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão, em regime semiaberto, e 166 dias-multa.

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Brasília, 1º de outubro de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO  
Relator

