



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.277.011 - RJ (2018/0083810-3)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : RICARDO MAURICIO SOARES
ADVOGADO : GERALDO KAUTZNER MARQUES - RJ076166
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME DO ART. 288, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL. ACÓRDÃO NÃO UNÂNIME DESFAVORÁVEL AO RÉU. EMBARGOS INFRINGENTES. NECESSIDADE. NÃO INTERPOSIÇÃO. INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. ESGOTAMENTO. INEXISTÊNCIA. SÚMULA N. 207/STJ. INCIDÊNCIA. TRIBUNAL DE ORIGEM. DECISÃO. FUNDAMENTOS. IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA. AUSÊNCIA. RETROAÇÃO DA LEI N. 12.850/2013 QUANTO AO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 288 DO CP. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA.

1. Nos termos da Súmula n. 207/STJ: "*É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no Tribunal de Origem.*"

2. Não havendo impugnação específica acerca de todos os fundamentos da decisão que não admitiu o recurso especial, deve ser aplicada, por analogia, a Súmula n. 182 deste Tribunal Superior.

3. Aplica-se, na dosimetria da pena, a nova redação dada ao parágrafo único do art. 288 do Código Penal pela Lei n. 12.850/2013, por se tratar de norma mais benéfica ao acusado. Precedentes.

4. Por consequência, configurou-se a prescrição da pretensão punitiva estatal quanto a esse delito, tendo em vista o transcurso do prazo superior a 4 anos (art. 109, V, do CP) entre a data da publicação da sentença condenatória e a retroação do trânsito em julgado, conforme a compreensão desenvolvida nos autos do EAREsp n. 386.266/SP.

5. Agravo regimental desprovido. *Habeas corpus* concedido de ofício. Prescrição da pretensão punitiva reconhecida.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, concedendo, contudo, *habeas corpus* de ofício; declarar extinta a punibilidade pela prescrição, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília, 18 de junho de 2019 (data do julgamento).

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.277.011 - RJ (2018/0083810-3)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
AGRAVANTE : RICARDO MAURICIO SOARES
ADVOGADO : GERALDO KAUTZNER MARQUES - RJ076166
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto por RICARDO MAURICIO SOARES contra decisão que não conheceu dos agravos em recurso especial por ele interpostos. De ofício, reconheci a extinção da punibilidade tão somente quanto ao crime do art. 334, § 1º, alíneas "c" e "d", do Código Penal (contrabando por assimilação).

Consta dos autos que o agravante foi condenado à pena de 3 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão, em regime aberto, substituída por duas medidas restritivas de direitos, pela prática do crime do art. 334, § 1º, alíneas "c" e "d", do Código Penal (contrabando por assimilação), em concurso material com o crime do art. 288, parágrafo único, também do Código Penal (e-STJ fl. 836). Apurou-se que o agravante e outros réus formavam uma quadrilha que explorava pontos de jogo ilegal, em máquinas de "caça-níqueis", nos Municípios de Niterói e São Gonçalo/RJ de 2008 até 13/4/2010.

As apelações criminais interpostas pelo Ministério Público e pela defesa foram desprovidas (e-STJ fl. 1.119), nos termos da seguinte ementa (e-STJ fls. 1.121/1.123):

PENAL. PROCESSO PENAL. QUADRILHA ARMADA. CONTRABANDO. MÁQUINAS ELETRÔNICAS PROGRAMADAS. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. NULIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. PROVA EMPRESTADA. MATERIALIDADE E AUTORIA. COMPROVAÇÃO. ERRO DE TIPO NÃO DEMONSTRADO. LAUDO PERICIAL. CONDENAÇÃO.

I. Inépcia da denúncia. Tese preclusa com a prolação de sentença condenatória. Narrativa que permitiu compreensão da acusação para cada um dos réus e não refletiu em prejuízo ao exercício de suas defesas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

II. Nulidade das interceptações telefônicas e do uso da prova emprestada. Inocorrência. No curso do processo as defesas não requereram cópia das decisões de interceptação proferidas nos autos da ação penal "matriz" da denominada "operação alvará", cujo material posteriormente serviu como prova emprestada, não podendo argüir nulidade a que deu causa com sua inércia. Ademais, a descoberta fortuita para fins de validade do empréstimo da prova não exige conexão entre a investigação onde produzida a prova e aquela deflagrada a partir da prova emprestada.

III. Materialidade comprovada por laudos periciais oficiais a partir de múltiplas apreensões de MEP's, inclusive na residência de um dos réus.

IV. A prisão de alguns dos réus num bingo clandestino somada às interceptações telefônicas e à prova testemunhal confirmam a autoria. Desnecessário que todos os réus se conhecessem mutuamente ou mesmo compreendam a grandeza do esquema criminoso em toda sua abrangência para a caracterização do crime de quadrilha, desde que provada atuação e colaboração ao esquema ilícito montado, no caso, com ciência de hierarquia e conhecimento de dados, como contabilidade, conforme demonstrado através das interceptações telefônicas e do material recolhidos nas buscas e apreensões.

V - Tese de erro de tipo rechaçada. Agentes envolvidos com o funcionamento de verdadeiros bingos clandestinos e que detêm, segundo as provas recolhidas, acesso à contabilidade dos negócios escusos desenvolvidos. Teses de erro de tipo e de proibição que não se sustentam diante das condições de funcionamento do esquema criminoso. Situação que se amoldaria no mínimo à chamada teoria da cegueira deliberada, com alegada alienação diante de situações suspeitas.

VI - Caracterização do crime de quadrilha armada. A majorante do parágrafo único do art. 288 do CP incide por força do líder e alguns dos integrantes da quadrilha serem identificado como policiais militares e, portanto, portarem arma de fogo de uso restrito. O porte funcional não afasta a incidência da causa de aumento, cuja razão de ser é a maior periculosidade revelada pela arma de fogo. É dispensável que a arma seja efetivamente encontrada e periciada desde que atestado seu uso na prática criminosa, o que no caso resultou da condição de militares do líder da quadrilha e de alguns de seus seguranças e do teor das interceptações telefônicas dando contornos de conhecimento dessa circunstância.

VII - Episódios de contrabando caracterizando verdadeira continuidade delitiva. Incidência do art. 71 e não do art. 69 do CP. Dosimetria razoável e proporcional. Penas mantidas.

VIII - Recursos defensivos e ministerial não providos. Sentença condenatória mantida em sua íntegra.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público interpôs recurso especial, protocolado nesta Corte sob o número 1.672.624/RJ, do qual não conheci. Nesses autos, reconheci o implemento da prescrição da pretensão punitiva estatal e declarei extinta a punibilidade tão somente quanto ao delito de contrabando praticado por Luciene de Oliveira Viana de Brito, permanecendo inalteradas as demais cominações do aresto quanto aos recorridos, quais sejam: 9 anos, 10 meses e 15 dias de reclusão para Arnaldo Barbosa do Nascimento Júnior e 4 anos de reclusão para Luciene.

O ora agravante opôs embargos de declaração, que foram acolhidos para integrar o julgado, mas sem efeitos infringentes (e-STJ fl. 1.186), conforme a ementa a seguir transcrita (e-STJ fls. 1.190/1.191):

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PROCESSO PENAL E PENAL. QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA. OMISSÃO. RETROATIVIDADE DE LEI MAIS BENÉFICA EM PARTE. PREQUESTIONAMENTO.

I - Possibilidade em Embargos de declaração de esclarecer, de ofício, a possibilidade ou não da retroatividade parcial que a Lei 12.850/13, que previu pena inferior para o crime de associação criminosa armada.

II - Não há como aplicar partes de disposições legais de leis formais diferentes, sob pena de, a par de quebrar o comando normativo que o legislador optou por dirigir à sociedade, o fazê-lo mediante violação ao princípio da independência e harmonia dos poderes e ao princípio da legalidade.

*III - No conjunto geral da obra a Lei n. 12.850/2013 é na verdade mais gravosa, porquanto estabelece uma elementar típica que faz com que o crime de associação criminosa se configure de forma mais fácil, bastando três pessoas o que, com certeza, é muito mais factível de se conseguir reunir para uma *societas sceleris* do que quatro. Nesse diapasão, o parágrafo único é apenas uma causa de aumento que está atrelada ao que se configurar previamente com incidência do caput do art. 288, pois só faz sentido verificar se a associação é armada ou não se primeiro estiver configurada.*

IV- No mais, não há necessidade, para fins de prequestionamento, que se inclua na fundamentação todos os artigos de lei sob cuja ótica se julgou.

V - Embargos conhecidos. Providos o do primeiro embargante sem efeitos infringentes e desprovido o da segunda embargante.

A defesa interpôs simultaneamente embargos infringentes e recurso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

especial (e-STJ fls. 1.215/1.235). Os embargos foram desprovidos em acórdão assim ementado (e-STJ fls. 1.387/1.388):

PENAL E PROCESSO PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES. CAÇA-NÍQUEL. QUADRILHA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DOLO CARACTERIZADO. RECURSO DESPROVIDO.

I - A materialidade resta deveras comprovada nos autos, em especial pela grande quantidade de máquinas caça-níqueis apreendidas.

II - No que pertine à autoria, o embargante tinha a função de coadministrador do bingo, local, inclusive, onde foi preso em flagrante.

III - Para configurar a incidência do tipo penal descrito no art. 334, §1º, "c" e "d" do Código Penal, em voga, é suficiente o fato do agente não possuir a documentação que comprove a regularidade da posse das máquinas de caça níqueis.

IV - O embargante assumiu o risco de sua conduta, pois sabia, e isso é certo, que incorreria em atividade ilícita, porquanto é notório que a exploração das denominadas máquinas caça-níqueis nunca foi uma prática permitida pelo ordenamento jurídico, seja pelo fato de que o equipamento utiliza componente de procedência estrangeira, seja por configurar crime contra a economia popular (art. 2º, inciso IX, da Lei n. 1521/51), ou, ainda por caracterizar contravenção de jogo de azar (art. 50 da Lei de Contravenções Penais). O embargante agiu, ao menos, a título de dolo eventual, ao ter conhecimento de que os equipamentos eram estrangeiros e que foram introduzidos de forma clandestina no país, não sendo crível a comerciantes.

V - O delito de formação de quadrilha restou devidamente comprovado, na medida em que o embargante assumiu que era o responsável pela guarda e manutenção das máquinas, além de acompanhar o movimento cotidiano do local. Ademais, os diálogos interceptados demonstram a subordinação hierárquica do embargante em relação ao chefe da quadrilha.

VI - Embargos infringentes desprovidos. (Grifei)

Opostos novos declaratórios, foram eles rejeitados (e-STJ fl. 1.426).

A defesa opôs novos embargos de declaração (e-STJ fls. 1.434/1.436) e, simultaneamente, recursos especial e extraordinário (e-STJ fls. 1.439/1.444 e 1.456/1.461).

Os declaratórios foram rejeitados, conforme o teor da seguinte ementa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(e-STJ fl. 1.496):

PENAL. PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DA CONDENAÇÃO INTERROMPE A PRESCRIÇÃO. NÃO HÁ VÍCIO.

1. Segundo o preceito inscrito no artigo 619 do CPP, os embargos de declaração têm por objetivo apenas eliminar do acórdão ambiguidade, obscuridade, contradição, ou, ainda, suprir eventual omissão.

2. A sentença condenatória recorrível de que trata o inc. IV do art. 117 do Código Penal e o acórdão confirmatório da condenação em sede de apelação guardam total identidade em seu aspecto material, motivo pelo qual inexistente razão para que se admita o acórdão confirmatório da condenação como fato excluído do rol taxativo das causas interruptivas da prescrição.

3. Considerando a data dos fatos, a data do recebimento da denúncia, da sentença monocrática e do acórdão confirmatório da sentença, bem como as penas imputadas ao réu e seus respectivos prazos prescricionais, não transcorreu o lapso temporal necessário entre referidos marcos, não havendo, portanto, nenhuma prescrição a reconhecer.

4. Embargos não providos.

O recurso especial foi inadmitido às e-STJ fls. 1.548/1.641, sendo interposto, assim, o agravo de e-STJ fls. 1.586/1.588.

Contraminuta às e-STJ fls. 1.595/1.600.

Ocorre que, às e-STJ fls. 1.613/1.617, o Tribunal de origem proferiu novo juízo de admissibilidade, para inadmitir o primeiro recurso especial, interposto concomitantemente aos embargos infringentes (e-STJ fls. 1.215/1.235).

Contra essa decisão foi interposto o agravo de e-STJ fls. 1.621/1.625, e apresentada contraminuta às e-STJ fls. 1.631/1.637.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do agravo ou pelo seu desprovimento. Ainda, requereu a expedição de guia de execução provisória da pena, tendo em vista o esgotamento das vias recursais ordinárias. O parecer foi assim ementado (e-STJ fl. 1.661):

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CAÇA-NÍQUEIS. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INSTÂNCIA. CONFIRMAÇÃO EM SEGUNDO GRAU EM TRÊS OCASIÕES: JULGAMENTOS DAS APELAÇÕES, DOS INFRINGENTES E DOS DECLARATÓRIOS. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL. SUSCITADA VIOLAÇÃO AO ART. 381, III, DO CPP. ARGUMENTO DE FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO QUE, POR MAIORIA, REJEITOU OS INFRINGENTES. RECURSO OBSTADO NA ORIGEM. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS N.º 83 E 211 DO STJ. INTERPOSIÇÃO DO PRESENTE AGRAVO. NÃO CONTRAPOSIÇÃO ESPECÍFICA DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. VULNERAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 182 DO STJ. MÉRITO. RECURSO ESPECIAL QUE NÃO MERECE ASCENDER AO STJ. ÓBICES DAS SÚMULAS. N.º 83 E 211 DO STJ. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. DECISÃO RECORRIDA EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. VIABILIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO "PER RELATIONEM". PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO AGRAVO; CASO CONTRÁRIO, PELO IMPROVIMENTO.

Conforme a decisão de e-STJ fls. 1.671/1.684, não conheci dos agravos em recurso especial e indeferi os pedidos de execução provisória da pena. Outrossim, reconheci o implemento da prescrição da pretensão punitiva estatal e declarei extinta a punibilidade tão somente quanto ao delito do art. 334, § 1º, alíneas "c" e "d", do CP (contrabando por assimilação).

No presente regimental, a defesa alega que impugnou especificamente os fundamentos da decisão negativa de admissibilidade.

Quanto ao não conhecimento do AREsp de e-STJ fls. 1.621/1.625, argumenta que não se aplica o óbice previsto na Súmula n. 277/STJ, uma vez que o voto vencido não cuidou do tema "*LEX MITIOR – LEI 12.850/13 – APLICAÇÃO RETROATIVA – ART. 5º, XL, CRFB – REDIMENSIONAMENTO DA PENA, no tocante à condenação do agravante pelo delito do parágrafo único do art. 288 do CP*" (e-STJ fl. 1.691).

Sustenta que a nova redação do parágrafo único do art. 288 do CP (Lei n. 12.850/2013) deve retroagir para que seja aplicada a causa de aumento de pena mais favorável ao agravante.

Requer a reconsideração da decisão agravada ou a concessão de *habeas corpus*, de ofício, para redimensionar as penas. Caso contrário, pugna pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

submissão da matéria ao colegiado.

O Ministério Público Federal apresentou contraminuta, pugnando pelo desprovemento do agravo regimental (e-STJ fls. 1.699/1.701).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.277.011 - RJ (2018/0083810-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Confirmam-se os seguintes excertos da decisão ora agravada (e-STJ fls.

1.676/1.684):

Agravo em recurso especial de e-STJ fls. 1.621/1.625:

De início, verifico que o primeiro recurso especial não deve ser conhecido, tendo em vista que foi interposto prematuramente. Com efeito, proferida a apelação criminal por maioria, não estava esgotada a jurisdição ordinária antes do julgamento dos embargos infringentes, que, interpostos simultaneamente ao recurso especial, foram conhecidos e desprovidos.

Assim, cabia à parte recorrente aduzir toda a matéria objeto de sua irresignação no segundo recurso especial, interposto após o julgamento dos infringentes, em respeito ao princípio da unirrecorribilidade.

Nesse sentido a Súmula n. 207/STJ: "É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no Tribunal de Origem".

Além disso, o agravo em recurso especial de e-STJ fls. 1.621/1.625 não deve ser conhecido por falta de impugnação específica dos fundamentos do decisum negativo de admissibilidade.

Com efeito, o Tribunal a quo inadmitiu o apelo nobre com base nos seguintes fundamentos: i) é incabível a alegação de incompetência da Justiça Federal, incidindo a Súmula n. 151/STJ; ii) aplicação da Súmula n. 7/STJ; e iii) falta de demonstração do dissídio jurisprudencial, notadamente do cotejo analítico entre os acórdãos recorrido e paradigma, uma vez que a simples transcrição de ementas não é suficiente para comprovar o dissenso entre julgados.

Nas razões do agravo, a parte recorrente não impugnou de maneira satisfatória o primeiro e o terceiro itens, acima especificados, limitando-se a tecer argumentações genéricas.

Assim, não havendo impugnação específica acerca dos fundamentos da decisão questionada, deve ser aplicado, por analogia, o enunciado sumular n. 182/STJ.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse sentido, confira-se:

[...]

Agravo em recurso especial de e-STJ fls. 1.586/1.588:

Com razão o Ministério Público Federal ao pleitear a aplicação do óbice da Súmula n. 182/STJ também a esse agravo.

A decisão negativa de admissibilidade de e-STJ fls. 1.548/1.551 foi embasada: i) na falta de prequestionamento e na aplicação da Súmula n. 211/STJ; ii) no fato de "o voto prevalente reporta-se às considerações anteriores, proferidas no momento do julgamento da Turma (fl. 1.387). Por sua vez, a ementa é parte integrante do julgado, e aborda a questão da quadrilha, que ensejara a divergência"; e iii) na incidência da Súmula n. 83/STJ também para os recursos lastreados na alínea "a" do permissivo constitucional.

A parte recorrente ficou silente quanto à possibilidade de fundamentação per relationem, além de impugnar genericamente os demais itens acima relacionados.

Conforme a manifestação do Ministério Público Federal (e-STJ fl. 1.659):

11. A defesa deixou de atacar o argumento de que o voto prevalecente reportou-se às considerações exteriorizadas nos julgamentos anteriores proferidos pelo TRF2, de modo a configurar a chamada fundamentação per relationem, cuja providência é admitida pela jurisprudência dessa Corte Superior.

12. O caso denota malferimento ao princípio da dialeticidade, uma vez que descurou o agravante do encargo de demonstrar concretamente a impropriedade da decisão agravada.

[...]

De outra parte, verifico flagrante ilegalidade, a ensejar a concessão de habeas corpus de ofício. Mantidas as penas cominadas na origem, vale ressaltar que a ocorrência da extinção da punibilidade em razão da prescrição da pretensão punitiva estatal constitui matéria de ordem pública, que pode ser conhecida de ofício, em qualquer grau de jurisdição, nos termos do art. 61 do CPP.

Com relação à alegada prescrição, destaque-se o teor da compreensão desenvolvida nos autos do EAREsp n. 386.266/SP, de 3/9/2015, Relator Ministro Gurgel de Faria:

PENAL E PROCESSUAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SUPERAÇÃO DA SÚMULA 315 DO STJ, EM CARÁTER EXCEPCIONAL. RECURSO ESPECIAL INADMITIDO NA ORIGEM. DECISÃO CONFIRMADA NO ÂMBITO DO STJ. FORMAÇÃO DA COISA JULGADA. MOMENTO. PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Nos termos da Questão de Ordem acolhida nestes autos, a Súmula 315 do Superior Tribunal de Justiça foi superada, em caráter excepcional, para se admitir o processamento dos embargos de divergência em agravo.
2. Divergência estabelecida quanto à formação da coisa julgada quando o recurso especial é inadmitido na origem com posterior decisão do Superior Tribunal de Justiça confirmando essa inadmissibilidade.
3. Consoante posicionamento do Supremo Tribunal Federal, especificamente no âmbito do processo penal, não é a interposição de recurso dentro do prazo legal que impede o trânsito em julgado da decisão judicial, mas sim a interposição de recurso cabível, pois o recurso só terá o poder de impedir a formação da coisa julgada se o mérito da decisão recorrida puder ser modificado.
4. A decisão que inadmite o recurso especial ou extraordinário possui natureza jurídica eminentemente declaratória, tendo em vista que apenas pronuncia algo que já ocorreu anteriormente – e não naquele momento – motivo pelo qual opera efeitos ex tunc. Assim, o trânsito em julgado retroagirá à data de escoamento do prazo para a interposição de recurso admissível.
5. Recursos flagrantemente incabíveis não podem ser computados no prazo da prescrição da pretensão punitiva, sob pena de se premiar o réu com a impunidade, pois a procrastinação indefinida de recursos contribui para a prescrição.
6. Conclusão que mais se coaduna com o princípio da duração razoável do processo, previsto no art. 5º, LXXVIII, da Carta Magna, erigido a direito fundamental, que tem por finalidade a efetiva prestação jurisdicional.
7. O julgamento do agravo deve preceder à eventual declaração de prescrição da pretensão punitiva. Somente nas hipóteses em que o agravo não é conhecido por esta Corte (art. 544, § 4º, I, do CPC), o agravo é conhecido e desprovido (art. 544, § 4º, II, "a") e o agravo é conhecido e o especial tem seu seguimento negado por ser manifestamente inadmissível (art. 544, § 4º, II, "b" - 1ª parte), pode-se afirmar que a coisa julgada retroagirá à data do escoamento do prazo para a interposição do recurso admissível. Nas demais hipóteses previstas no § 4º, II, do artigo em comento, o especial é considerado admissível, ainda que sem sucesso, não havendo que se falar em coisa julgada operada ainda no Tribunal de origem.
8. Embargos de divergência acolhidos para reformar a decisão proferida no agravo, firmando o entendimento de que, inadmitido o recurso especial pelo Tribunal de origem, em decisão mantida pelo STJ, há a formação da coisa julgada, que deverá retroagir à data do término do prazo para interposição do último recurso cabível.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

9. Retorno dos autos à Sexta Turma para que decida o agravo interposto contra a decisão que inadmitiu o recurso especial, matéria prejudicial à verificação da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva. (Grifei)

Compulsando-se os autos, e de forma a alinhar-se a tal entendimento, depreende-se que a presente decisão confirma a inadmissibilidade determinada na origem. Diante disso, o trânsito em julgado deve retroagir à data do escoamento do prazo para interposição do último recurso admissível, dia 30/8/2017 (e-STJ fl. 1.502), que é a data do último dia de prazo para interposição do recurso especial na origem, passando a correr a prescrição da pretensão executória a partir daí.

No caso, verifico que ocorreu o transcurso do lapso prescricional tão-somente quanto ao crime de contrabando praticado pelo agravante (art. 109, V, do CP), senão vejamos:

Conforme relatado, as penas de RICARDO foram quantificadas em: i) 1 ano, 1 mês e 10 dias de reclusão, pela prática do crime de contrabando por assimilação (art. 334, § 1º, alíneas "c" e "d", do CP); e ii) 2 anos e 4 meses de reclusão, como incurso no art. 288, parágrafo único, do CP (e-STJ fls. 818/828).

Assim, é de rigor o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva apenas para o delito de contrabando, tendo em vista o transcurso do lapso prescricional de 4 anos entre a publicação da sentença condenatória, em 11 de outubro de 2011 (e-STJ fl. 840), e a data de retroação do trânsito em julgado ao dia 30/8/2017, conforme o art. 109, V, do Código Penal.

Não reconheço, ademais, a causa extintiva da punibilidade quanto ao delito do art. 288, parágrafo único, do CP.

*Ante o exposto, **não conheço dos agravos em recurso especial e indefiro os pedidos de execução provisória da pena e de e-STJ fl. 1.668. Outrossim, reconheço o implemento da prescrição da pretensão punitiva estatal e declaro extinta a punibilidade tão somente quanto ao delito do art. 334, § 1º, alíneas "c" e "d", do CP (contrabando por assimilação).*** (Grifei)

De fato, conforme consignei na decisão agravada, não é possível conhecer do primeiro recurso especial, pois foi interposto prematuramente. Com efeito, o voto vencido na apelação criminal consignou o seguinte (e-STJ fl. 1.109):

Pelo exposto, e considerando que penalização só pode haver quando encaixada exatamente determinada ação em certo tipo penal, não podendo existir condenação com base em conduta que apenas se aproxime desse encaixe, tampouco podendo ser usado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*o Código Penal em repressão a determinados costumes que a Administração antes tolerou e depois resolveu banir, se neles não tipificada criminalmente a ação imputada a qualquer cidadão, é que dou provimento às apelações dos acusados, para **absolvê-los do crime do artigo 288, parágrafo único, do Código Penal, nos termos acima definidos, e, desclassificando a imputação de contrabando para a do artigo 50 da Lei das Contravenções Penais, anular a sentença, ordenando a remessa dos autos ao Juízo Estadual competente para o caso, nos termos do artigo 383, § 2º, do Código de Processo Penal.** (Grifei)*

A defesa interpôs embargos de infringentes, visando prevalecer o voto acima transcrito, mas eles foram desprovidos em acórdão assim ementado (e-STJ fls. 1.387/1.388):

PENAL E PROCESSO PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES. CAÇA-NÍQUEL. QUADRILHA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DOLO CARACTERIZADO. RECURSO DESPROVIDO.

I - A materialidade resta deveras comprovada nos autos, em especial pela grande quantidade de máquinas caça-níqueis apreendidas.

II - No que pertine à autoria, o embargante tinha a função de coadministrador do bingo, local, inclusive, onde foi preso em flagrante.

III - Para configurar a incidência do tipo penal descrito no art. 334, §1º, "c" e "d" do Código Penal, em voga, é suficiente o fato do agente não possuir a documentação que comprove a regularidade da posse das máquinas de caça níqueis.

IV - O embargante assumiu o risco de sua conduta, pois sabia, e isso é certo, que incorreria em atividade ilícita, porquanto é notório que a exploração das denominadas máquinas caça-níqueis nunca foi uma prática permitida pelo ordenamento jurídico, seja pelo fato de que o equipamento utiliza componente de procedência estrangeira, seja por configurar crime contra a economia popular (art. 2º, inciso IX, da Lei n. 1521/51), ou, ainda por caracterizar contravenção de jogo de azar (art. 50 da Lei de Contravenções Penais). O embargante agiu, ao menos, a título de dolo eventual, ao ter conhecimento de que os equipamentos eram estrangeiros e que foram introduzidos de forma clandestina no país, não sendo crível a comerciantes.

V - O delito de formação de quadrilha restou devidamente comprovado, na medida em que o embargante assumiu que era o responsável pela guarda e manutenção das máquinas, além de acompanhar o movimento cotidiano do local. Ademais, os diálogos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

interceptados demonstram a subordinação hierárquica do embargante em relação ao chefe da quadrilha.

VI - Embargos infringentes desprovidos.

Com efeito, proferida a apelação criminal por maioria, não estava esgotada a jurisdição ordinária antes do julgamento dos embargos infringentes, que, interpostos simultaneamente ao recurso especial, foram conhecidos e desprovidos.

Assim, cabia à parte recorrente aduzir toda a matéria objeto de sua irresignação no segundo recurso especial, interposto após o julgamento dos infringentes, em respeito ao princípio da unirrecorribilidade.

Nesse sentido a Súmula n. 207/STJ: "*É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no Tribunal de Origem.*"

Além disso, não se deve conhecer do agravo em recurso especial de e-STJ fls. 1.621/1.625 por falta de impugnação específica dos fundamentos do *decisum* negativo de admissibilidade.

Com efeito, o Tribunal *a quo* inadmitiu o apelo nobre com base nos seguintes fundamentos: i) é incabível a alegação de incompetência da Justiça Federal, incidindo a Súmula n. 151/STJ; ii) aplicação da Súmula n. 7/STJ; e iii) falta de demonstração do dissídio jurisprudencial, notadamente do cotejo analítico entre os acórdãos recorrido e paradigma, uma vez que a simples transcrição de ementas não é suficiente para comprovar o dissenso entre julgados.

Nas razões do agravo, a parte recorrente não impugnou de maneira satisfatória o primeiro e o terceiro itens, acima especificados, limitando-se a tecer argumentações genéricas.

Assim, não havendo impugnação específica acerca dos fundamentos da decisão questionada, deve ser aplicado, por analogia, o enunciado sumular n. 182/STJ.

Nesse sentido, confira-se:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONHECIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. DECISÃO DE ADMISSIBILIDADE NEGATIVA. FUNDAMENTOS. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO. SÚMULA 182/STJ. INCIDÊNCIA CONFIRMADA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Embargos de declaração opostos com caráter infringente, que devem ser recebidos como agravo regimental, em homenagem ao princípio da fungibilidade recursal.

2. **Nos termos da Súmula 182 do STJ, é manifestamente inadmissível o agravo em recurso especial que não impugna, especificamente, todos os fundamentos da decisão confrontada.**

3. Não tendo decorrido lapso temporal superior a 4 anos, entre os marcos temporais interruptivos, não há falar-se em prescrição da pretensão punitiva.

4. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento. (EDcl no AREsp 614.968/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, DJe 29/02/2016, grifei.)

No entanto, conforme as razões aduzidas no presente regimental, verifico ilegalidade apta a ensejar a concessão de *habeas corpus*, de ofício.

Conforme relatado, as penas de RICARDO foram quantificadas em: i) 1 ano, 1 mês e 10 dias de reclusão, pela prática do crime de contrabando por assimilação (art. 334, § 1º, alíneas "c" e "d", do Código Penal); e ii) 2 anos e 4 meses de reclusão, como incurso no art. 288, parágrafo único, do Código Penal (e-STJ fls. 818/828).

A decisão agravada reconheceu a prescrição da pretensão punitiva, declarando a extinção da punibilidade tão somente quanto ao delito do art. 334, § 1º, alíneas "c" e "d", do CP.

Objetiva a defesa a aplicação retroativa do disposto no parágrafo único do art. 288 do Código Penal por ser mais benéfica ao acusado.

Na espécie, o Tribunal a quo entendeu que (e-STJ fls. 1.180/1.186):

A questão acerca da incidência da lei penal mais benéfica em relação à causa de aumento do parágrafo único do art. 288 do Código Penal, somente foi veiculada por ocasião da interposição dos embargos de declaração, onde, em princípio, não se mostraria



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

possível inovar a tese recursal.

Todavia, considerando que a questão trazida foi realmente superveniente à apresentação das peças recursais, e ainda por cima por se tratar de aplicação de lex mitior, que na esteira do art. 107, III, do CP, amparado constitucionalmente no art. 5º, XL, da CRFB, que versam sobre matéria de ordem pública, penso que cabe a apreciação dela, de ofício, mesmo nos presentes embargos de declaração com vistas a integrar o julgado.

Da análise dos autos, verifica-se que os fatos ocorreram entre 2008 e 2010.

A sentença foi prolatada em 05/11/2011, a apelação foi interposta em 28/05/2012.

O acórdão embargado, por sua vez, data de 07/05/2014, ou seja, posterior à vigência da Lei 12.850/2013, que trouxe a norma que se alega mais benéfica e que deveria retroagir nos termos do art. 5º, XL da CRFB.

Contudo, mesmo diante de tal questão evidentemente de ordem pública e que poderia ser conhecida e decidida de ofício, a Turma sobre ela não se manifestou, afirmando, apenas, a manutenção da sentença condenatória na íntegra, bem como a adoção das razões trazidas no parecer ministerial (fl.1119).

A questão que se põe, é que ao tempo da conduta delituosa vigia o Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal), cujo art. 288 dispunha:

"Art. 288 - Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:

Pena - reclusão, de um a três anos.

Parágrafo único - A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado".

Posteriormente, à data do acórdão, já vigia a Lei n. 12.850/2013, que alterou o art. 288 do CP, dispondo o seguinte:

"Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente."

A questão é saber se incide ao caso a Lei n. 12.850/2013?

O que se verifica é que a nova redação do art. 288 do CP, alterou-lhe o nomen iuris de quadrilha ou bando para associação criminosa, e diminui a elementar típica do número de participantes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

necessários ao crime (de quatro para três), no que configurou uma incidência típica desta figura mais gravosa, haja vista que com menos integrantes já estará consumado o crime de associação criminosa.

Por outro lado, na hipótese de o crime ser praticado por associação armada ou houver participação de criança ou adolescente, o quantum de incidência da causa de aumento prevista no parágrafo único do referido artigo diminuiu. Antes representava o dobro da pena do caput e atualmente pode aumentá-la até a metade.

A referida lei nova foi publicada em 05.08.2013, com "vacatio legis" de 45 dias, nos termos do seu art. 27. Portanto, a Lei n. 12.850/13 tem vigência a partir 19/09/2013. No que concerne ao direito intertemporal, cabe salientar que a lei só tem eficácia a partir dessa data e só para fatos ocorridos dentro da sua vigência.

Seguem a mesma regra da irretroatividade todos os crimes novos tipificados na Lei n. 12.850/13, como, por exemplo, os dos arts. 18 a 21.

No caso concreto, o embargante objetiva a retroatividade apenas da causa de aumento do parágrafo único do art. 288 do CP, que lhe seria mais favorável.

Entretanto, no conjunto geral da obra a Lei n. 12.850/2013 é na verdade mais gravosa, porquanto estabelece uma elementar típica que faz com que o crime de associação criminosa se configure de forma mais fácil, bastando três pessoas o que, com certeza, é muito mais factível de se conseguir reunir para uma *societas sceleris* do que quatro.

Nesse diapasão, o parágrafo único é apenas uma causa de aumento que está atrelada ao que se configurar previamente com incidência do caput do art. 288, pois só faz sentido verificar se a associação é armada ou não se primeiro estiver configurada.

De fato, a estruturação de uma lei está adstrita àquilo que a norma de conduta objetivada como paradigma de comportamento nas relações sociais deve enunciar como comando. Afinal, a lei formal é na verdade instrumental à norma. Lei como instrumento do comando normativo completo.

Nessa linha, inclusive, foi editada a Lei Complementar n. 95, de 26/02/98, que sobre a articulação da lei dispõe:

Seção II Da Articulação e da Redação das Leis

Art. 10. Os textos legais serão articulados com observância dos seguintes princípios:

I - a unidade básica de articulação será o artigo, indicado pela abreviatura "Art.", seguida de numeração ordinal até o nono e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cardinal a partir deste;

II - os artigos desdobrar-se-ão em parágrafos ou em incisos; os parágrafos em incisos, os incisos em alíneas e as alíneas em itens;

III - os parágrafos serão representados pelo sinal gráfico "§", seguido de numeração ordinal até o nono e cardinal a partir deste, utilizando-se, quando existente apenas um, a expressão "parágrafo único" por extenso;

IV - os incisos serão representados por algarismos romanos, as alíneas por letras minúsculas e os itens por algarismos arábicos;

V - o agrupamento de artigos poderá constituir Subseções; o de Subseções, a Seção; o de Seções, o Capítulo; o de Capítulos, o Título;

o de Títulos, o Livro e o de Livros, a Parte;

VI - os Capítulos, Títulos, Livros e Partes serão grafados em letras maiúsculas e identificados por algarismos romanos, podendo estas últimas desdobrar-se em Parte Geral e Parte Especial ou ser subdivididas em partes expressas em numeral ordinal, por extenso;

VII - as Subseções e Seções serão identificadas em algarismos romanos, grafadas em letras minúsculas e postas em negrito ou caracteres que as coloquem em realce;

VIII - a composição prevista no inciso V poderá também compreender agrupamentos em Disposições Preliminares, Gerais, Finais ou Transitórias, conforme necessário.

Nessa toada, os parágrafos não podem prescrever nada por si sós, e devem necessariamente ser observados em direta consonância com as cabeças dos artigos a que estão atrelados.

Exatamente nesse sentido, e sobre a impossibilidade de se cindir o comando normativo com a aplicação combinada de partes mais favoráveis de leis formais que se sucedem, o Supremo Tribunal Federal, recentemente, na apreciação do art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/06, assim definiu a questão, não sem antes fazer menção ao dissídio existente na própria doutrina clássica do Direito Penal:

[...]

Destarte, não há como aplicar partes de disposições legais de leis formais diferentes, sob pena de, a par de quebrar o comando normativo que o legislador optou por dirigir à sociedade, o fazê-lo mediante violação ao princípio da independência e harmonia dos poderes e ao princípio da legalidade.

Há que se conhecer dos embargos de RICARDO, por relevante questão trazida, dando-se o provimento para integrar o julgado e enfrentá-la expressamente, sem efeitos infringentes. (Grifei)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ocorre que o posicionamento expendido no acórdão recorrido, no ponto, destoa da orientação desta Casa no sentido da aplicabilidade, na dosimetria da pena, da nova redação dada ao parágrafo único do art. 288 do Código Penal pela Lei n. 12.850/2013, por se tratar de norma mais benéfica ao acusado.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. DEPUTADO ESTADUAL. MILÍCIA. CONDENAÇÃO POR INFRAÇÃO AO ART. 288, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPP. POLICIAIS ENVOLVIDOS. INÉPCIA DA DENÚNCIA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. VIOLAÇÃO DO ART. 400 DO CPP. NULIDADE ABSOLUTA POR AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO RÉU PARA A SESSÃO DE JULGAMENTO. ILICITUDE DA PROVA. FIXAÇÃO DA PENA. **RETROATIVIDADE DA LEI N. 12.850/2013 QUE SE IMPÕE. REDUÇÃO DA REPRIMENDA. PROVIMENTO PARCIAL.**

I - "Não há como reconhecer a inépcia da denúncia se a descrição da pretensa conduta delituosa foi feita de forma suficiente ao exercício do direito de defesa, com a narrativa de todas as circunstâncias relevantes, permitindo a leitura da peça acusatória a compreensão da acusação, com base no artigo 41 do Código de Processo Penal" (RHC 46.570/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 20/11/2014, DJe 12/12/2014).

II - O crime de quadrilha reflete hipótese de delito formal, cuja consumação se dá com a reunião ou associação de pessoas, de forma permanente e estável, para a prática de crimes, sendo irrelevante o efetivo cometimento das infrações penais inicialmente planejadas pelos membros do grupo, não sendo demais lembrar que nos crimes de autoria coletiva desnecessária a descrição pormenorizada da conduta atribuída a cada agente.

III - Os processos de competência originária dos Tribunais de Justiça são disciplinados pela Lei n. 8038/1990, somente se aplicando o procedimento comum do CPP, subsidiariamente. IV - A delegação feita ao Juiz de primeira instância, para realização dos interrogatórios e inquirição de testemunhas não apresenta ilegalidade, conforme se observa da disposição contida no art. 9º, §1º, da Lei n. 8038/1990. E a Lei n. 12.019/2009 inseriu ao art. 3º da Lei n. 8.038/1990, a possibilidade de convocação de magistrados instrutores para atuar, por delegação, nas ações penais originárias.

V - "O Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal já decidiu que o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

art. 400 do CPP, com a redação dada pela Lei n. 11.719/2008, pode prevalecer nas ações penais originárias, em detrimento do previsto no art. 7º, da Lei n. 8.038/1990, por uma interpretação sistemática e teleológica do direito, pois tal prática é mais benéfica à defesa" (HC 336.228/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 07/04/2016, DJe 20/05/2016).

VI - Afigura-se despropositada a arguição de nulidade do processo por infringência do art. 400 do CPP, porque, na legislação especial, o interrogatório do réu é o primeiro ato a ser praticado no processo, mas nada impedia a defesa de formular requerimento pleiteando a realização de novo interrogatório, depois de inquiridas as testemunhas, desde que fundamentado o pleito, conforme preconizado no art. 196 do CPP.

VII - Determinadas as providências necessárias a fim de que fosse dada ciência ao recorrente, à época Deputado Estadual, do julgamento, com envio, inclusive, de ofício ao Presidente em exercício da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, não há que se falar em nulidade. O réu mudou de domicílio, sem comunicar o novo endereço ao Tribunal, e não foi encontrado na Assembleia Legislativa, por estar em campanha eleitoral. VIII - Pacífico é o entendimento no sentido de ser desnecessária a intimação pessoal do acusado para a sessão de julgamento nas ações penais originárias. No caso, trata-se de julgamento final de ação penal originária. A instrução já havia sido concluída.

IX - De acordo com o art. 565 do CPP, "nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse". Na hipótese, o advogado constituído esteve presente na sessão de julgamento, retirando-se após rejeição de questão de ordem por ele suscitada.

X - Ao contrário do alegado pela defesa, a condenação não se baseou exclusivamente em elementos da fase indiciária, tampouco em provas ilícitas, na medida que as interceptações telefônicas foram autorizadas pela Justiça.

XI - A análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos a cada um dos vetores, a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito. Assim, não há impedimento a que "o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto" (AgRg no REsp 143071/AM, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 6/5/2015).

XII - No caso, as circunstâncias e conseqüências dos crimes foram desastrosas para os integrantes da comunidade invadida. Além disso, uma das vítimas perdeu seu estabelecimento comercial, com



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

todos os bens que o guarneciam, único meio de onde tirava o sustento próprio e de sua família, foi covardemente agredido e, mesmo colocado no programa de proteção a testemunhas, teve que fugir para outro Estado da Federação, a fim de preservar a própria vida e de seus familiares, XIII - Nos termos da jurisprudência desta Corte, a presença de apenas uma circunstância agravante (art. 62, I, do CP) autoriza o aumento da pena em 1/6 (um sexto).

XIV - Embora o delito tenha sido praticado nos últimos meses de 2006, a Lei n. 12.850/2013 alterou a redação do preceito secundário do art. 288 e parágrafo único, estabelecendo o aumento até a metade. A decisão vergastada, todavia, manteve o aumento no dobro, conforme redação original do art. 288, parágrafo único, já revogado, impondo-se a diminuição da pena.

XV - Agravo a que se dá parcial provimento, reduzindo a pena do recorrente para 5 (cinco) anos e 3 (três) meses de reclusão, em regime inicial fechado.

(AgRg no REsp 1499293/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 18/12/2017, grifei.)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. DESCABIMENTO. PENAL. RECURSO PRÓPRIO INADMITIDO. CONDENAÇÃO AMPARADA EM PROVAS INQUISITORIAIS E JUDICIAIS. TESTEMUNHAS. BREVE CONSULTA A APONTAMENTOS. POSSIBILIDADE. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. DEGRAVAÇÃO INTEGRAL. DESNECESSIDADE. DISPONIBILIZAÇÃO DO CONTEÚDO. SUFICIÊNCIA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. TRANSCRIÇÃO POR PERITOS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. PECULATO. VESTÍGIOS. INEXISTÊNCIA. PERÍCIA DESNECESSÁRIA. ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO AUSENTE. INÉPCIA DA DENÚNCIA. SUPERVENIÊNCIA. SENTENÇA. TEMA PREJUDICADO. QUADRILHA ARMADA. QUALIFICADORA. INCIDÊNCIA. PECULATO. PÓS-FATO PREVISTO COMO DELITO AUTÔNOMO. FORNECIMENTO DE MUNIÇÕES. ART. 16, CAPUT, DA LEI N. 10.826/2003. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. INAPLICABILIDADE. DOSIMETRIA. ILEGALIDADE FLAGRANTE. CULPABILIDADE E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. NEGATIVAÇÃO. BIS IN IDEM. CONSTATAÇÃO. ART. 288, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CP. NOVA REDAÇÃO. LEI N. 12.850/2013. NORMA MAIS BENÉFICA. RETROATIVIDADE.

1. Inviável o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso próprio que, embora tenha sido interposto, não logrou admissão.

2. A condenação amparou-se não apenas nas provas produzidas na fase extrajudicial, mas em todo o contexto probatório. O Tribunal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de origem menciona diversos depoimentos colhidos em juízo, sob o pálio do contraditório, inexistindo nulidade a ser sanada.

3. O art. 204, parágrafo único, do Código de Processo Penal, autoriza a breve consulta a apontamentos até mesmo durante a oitiva, inexistindo ilegalidade no fato de que as testemunhas, policiais civis, que participaram da investigação e conheciam o inquérito policial, tenham consultado a peça da qual já tinham conhecimento, ou até a seu depoimento anterior, antes de serem ouvidos pelo Magistrado.

4. Segundo o entendimento jurisprudencial desta Corte Superior, a partir da interpretação do art. 6º, § 1º, da Lei n. 9.296/1996, é desnecessária a degravação dos diálogos em sua integralidade. É suficiente que sejam degradados os trechos relevantes, desde que todo o conteúdo seja disponibilizado às partes, como no caso concreto.

5. Na espécie, não se demonstrou a ocorrência de prejuízo concreto em razão da transcrição parcial dos diálogos interceptados e, conforme compreensão deste Colegiado, para se declarar a nulidade atinente à transcrição parcial das interceptações telefônicas, deve haver a demonstração de eventual prejuízo concreto suportado pela parte, mormente quando se alcança a finalidade a que o ato se destina, consoante o disposto no art. 563 do Código de Processo Penal (REsp n. 1.381.695/RS, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 26/8/2015).

6. É desnecessário que a transcrição dos diálogos seja realizada por perito oficial, dada a falta de previsão legal. 7. O delito de peculato imputado ao paciente - por desviar munições da Polícia - não deixa vestígios. Não há que se exigir a realização de perícia nessa hipótese. A materialidade do delito foi demonstrada por outros meios de prova, em especial a testemunhal, o que não constitui ilegalidade.

8. Inexistiu inversão do ônus da prova. O Tribunal de origem fundamentou adequadamente a condenação, indicando provas (inclusive interceptações telefônicas e depoimentos testemunhais) de que o paciente tinha, sim, acesso às munições e de que cometeu os crimes a ele imputados.

9. É pacífica a compreensão do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, proferida sentença condenatória, após viabilizado o contraditório e a ampla defesa, não há mais falar em inépcia da denúncia.

10. Incide a qualificadora quando a quadrilha é armada. E, na hipótese, restou devidamente demonstrado que a associação criminosa se utilizava de armas, inclusive uma das condutas atribuídas ao paciente é de desviar munições de que tinha a posse em razão do cargo. Os acusados, nos termos da denúncia, devidamente associados, compravam e revendiam armas e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

municações, sendo de rigor a aplicação da qualificadora.

11. O fornecimento de munições de uso restrito entre particulares, sem a devida autorização, constitui delito penal autônomo, tipificado no art. 16, caput, da Lei n. 10.826/2003, cuja prática também reclama a presença de autonomia de desígnios em relação ao crime antecedente. Sendo assim, não é possível o considerar como pós-fato impunível ou mero exaurimento do crime de peculato, ainda que dele seja decorrente.

12. A fundamentação utilizada na negatificação das circunstâncias do crime está integralmente contida e repetida nos fundamentos que negativaram também a culpabilidade, o que caracteriza bis in idem.

13. A nova redação do parágrafo único do art. 288 do Código Penal, introduzida pela Lei n. 12.850/2013, por se tratar de norma penal mais benéfica, deve retroagir para alcançar fatos pretéritos.

14. Impetração não conhecida, por unanimidade. Habeas corpus concedido, de ofício, por maioria.

(HC 145.474/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 06/04/2017, DJe 30/05/2017, grifei.)

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. ROUBO E QUADRILHA OU BANDO (ATUAL DELITO DE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA). ART. 155 DO CPP. OBSERVÂNCIA. ROUBO A AGÊNCIA BANCÁRIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. CRIME DE QUADRILHA OU BANDO. ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA. BIS IN IDEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. **LEX MITIOR. RETROATIVIDADE. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. REGIME FECHADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.**

1. Não há que se falar em inobservância ao disposto no art. 155 do Código de Processo Penal, visto que o juiz sentenciante confrontou elementos obtidos na fase extrajudicial com as demais provas colhidas judicialmente, submetidas, portanto, ao crivo do contraditório.

2. Definida a autonomia entre as ações de roubo, não há que se falar na anulação do julgado proferido pelo Tribunal de origem, pela incompetência da Justiça Comum para processamento e julgamento do delito cometido contra agência bancária, nos termos da Súmula n. 90 do STJ, in verbis: "Compete a Justiça Estadual Militar processar e julgar o policial militar pela prática do crime militar, e a comum pela prática do crime comum simultâneo aquele".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Para a caracterização do crime descrito no art. 288 do Código Penal, é necessário, entre outros, o elemento subjetivo do tipo, consistente no ânimo de associação de caráter estável e permanente. Do contrário, seria um mero concurso de agentes para a prática de crimes.

4. Reconhecido que a união do paciente com os demais corréus foi estável e permanente para o fim de cometer crimes, não há como absolvê-lo do delito no art. 288 do Código Penal.

5. Mostra-se inviável a análise, diretamente por este Superior Tribunal, da alegação de que o paciente não poderia ter sido condenado pela prática do crime de formação de quadrilha ou bando armado (atualmente denominado associação criminosa) e, concomitantemente, pelo delito de roubo majorado pelo concurso de agentes e pelo emprego de arma de fogo, visto que essa matéria não foi analisada pelo Tribunal de origem, sob pena de incidir-se na indevida supressão de instância.

6. Com o advento da Lei n. 12.850/2013, foi dada nova redação ao art. 288 do Código Penal, ocasião em que também foi reduzido o aumento previsto no parágrafo único. Assim, por ser lex mitior nesse ponto, deve retroagir para alcançar os delitos praticados anteriormente à sua vigência, por força do disposto no art. 5º, XL, da Constituição Federal.

7. Para a escolha do regime prisional, devem ser observadas as diretrizes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal, além dos dados fáticos da conduta delitiva que, se demonstrarem a gravidade concreta do crime, poderão ser invocados pelo julgador para a imposição de regime mais gravoso do que o permitido pelo quantum da pena.

8. O Tribunal local não apontou nenhum elemento dos autos (como o *modus operandi*, por exemplo) que, efetivamente, comprovasse a real exigência de fixação do modo inicialmente mais gravoso.

9. O paciente, primário, sem registro de circunstância judicial desfavorável e condenado a 6 anos e 10 meses de reclusão, deve cumprir a pena em regime inicial semiaberto, a teor do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do CP.

10. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para, na terceira fase da dosimetria do crime de quadrilha ou bando (atual delito de associação criminosa), reduzir à metade o aumento de pena procedido em razão da majorante do parágrafo único do art. 288 do Código Penal, nos termos da Lei n. 12.850/2013, tornando a reprimenda do paciente definitivamente estabelecida em 6 anos e 10 meses de reclusão, a ser cumprida em regime semiaberto.

(HC 217.000/BA, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 16/08/2016, DJe 29/08/2016, grifei.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. CRIMES DE ROUBO MAJORADOS E FORMAÇÃO DE QUADRILHA (ATUAL ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA). TESE DE FRAGILIDADE DA PROVA. VIA IMPRÓPRIA. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DA PROVA. DOSIMETRIA. PRETENSÃO DE REDUÇÃO DAS PENAS. ILEGALIDADE OU EXCESSO NÃO DEMONSTRADOS. **PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 288 DO CP. NOVA REDAÇÃO PELA LEI N. 12/850/2013. LEX MITIOR. REDUÇÃO DO AUMENTO DO DOBRO PARA A METADE.** TESE DE BIS IN IDEM, PELA APLICAÇÃO CONCOMITANTE DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA, NO CRIME DE ROUBO, COM A MAJORANTE DA QUADRILHA ARMADA, NO CRIME DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA (ATUAL ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA). NÃO OCORRÊNCIA. CRIMES AUTÔNOMOS E INDEPENDENTES. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. O exame das alegações de fragilidade das provas para a condenação quanto a ambos os delitos, de roubo e formação de quadrilha, bem como de imputação indevida ao art. 288 do Código Penal, ao argumento de não figurarem os mesmos partícipes, na medida em que demanda análise aprofundada do material cognitivo produzido nos autos, mostra-se inviável em habeas corpus. Precedentes.

3. **Com o advento da Lei n. 12.850/2013, foi dada nova redação ao art. 288 do CP (formação de quadrilha), o qual passou a denominar-se crime de associação criminosa, reduzindo-se, ainda, o aumento do parágrafo único do dobro à metade, razão pela qual deve o novo regramento, mais benéfico, retroagir, para alcançar os delitos praticados anteriormente à sua vigência.**

4. No mais, quanto à dosimetria das penas, não se vislumbra qualquer ilegalidade ou desproporcionalidade a ser sanada.

5. Tampouco se vislumbra constrangimento ilegal, nem há falar em bis in idem, pela imputação concomitante da majorante do emprego de arma do crime de roubo com a majorante da quadrilha armada - prevista no parágrafo único do art. 288 do CP (em sua antiga redação) -, na medida em que se trata de delitos autônomos e independentes, cujos objetos jurídicos são distintos - sendo, quanto ao crime de roubo: o patrimônio, a integridade jurídica e a liberdade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do indivíduo e, quanto ao de formação de quadrilha (atual associação criminosa): a paz pública -, bem como diferentes as naturezas jurídicas, sendo o primeiro material, de perigo concreto, e o segundo formal, de perigo abstrato. Precedentes.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas, para, mantida a condenação, reduzir o aumento, na terceira fase, pela majorante do parágrafo único do art. 288 do CP, à metade, nos termos da Lei n. 12.850/2013, totalizando as penas dos delitos de roubo majorados e formação de quadrilha (atual associação criminosa): 16 (dezesseis) anos, 1 (um) mês e 5 (cinco) dias de reclusão, e 31 (trinta e um) dias-multa.

(HC 131.838/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 10/06/2014, DJe 01/07/2014, grifei.)

Passo, pois, à readequação das reprimendas.

Para o **crime do art. 288, parágrafo único, do CP**, mantenho a pena-base em 1 ano e 2 meses de reclusão (e-STJ fl. 823)

Nos moldes do art. 288, parágrafo único, do Código Penal – alterado pela Lei n. 12.850/2013 e mais benéfico ao réu – aumento a sanção em 1/2 (metade), tornando-a definitiva em **1 ano e 9 meses de reclusão**.

Por consequência, também de ofício, impende examinar a ocorrência da extinção da punibilidade em razão da prescrição da pretensão punitiva, que constitui matéria de ordem pública a ensejar o conhecimento de ofício em qualquer grau de jurisdição, nos termos do art. 61 do CPP.

Com relação à alegada prescrição, destaque-se o teor da compreensão desenvolvida nos autos do EAREsp n. 386.266/SP, de 3/9/2015, Relator Ministro Gurgel de Faria:

PENAL E PROCESSUAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SUPERAÇÃO DA SÚMULA 315 DO STJ, EM CARÁTER EXCEPCIONAL. RECURSO ESPECIAL INADMITIDO NA ORIGEM. DECISÃO CONFIRMADA NO ÂMBITO DO STJ. FORMAÇÃO DA COISA JULGADA. MOMENTO. PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO.

1. Nos termos da Questão de Ordem acolhida nestes autos, a Súmula 315 do Superior Tribunal de Justiça foi superada, em caráter excepcional, para se admitir o processamento dos embargos de divergência em agravo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Divergência estabelecida quanto à formação da coisa julgada quando o recurso especial é inadmitido na origem com posterior decisão do Superior Tribunal de Justiça confirmando essa inadmissibilidade.

3. Consoante posicionamento do Supremo Tribunal Federal, especificamente no âmbito do processo penal, não é a interposição de recurso dentro do prazo legal que impede o trânsito em julgado da decisão judicial, mas sim a interposição de recurso cabível, pois o recurso só terá o poder de impedir a formação da coisa julgada se o mérito da decisão recorrida puder ser modificado.

4. A decisão que inadmite o recurso especial ou extraordinário possui natureza jurídica eminentemente declaratória, tendo em vista que apenas pronuncia algo que já ocorreu anteriormente — e não naquele momento — motivo pelo qual opera efeitos ex tunc. Assim, o trânsito em julgado retroagirá à data de escoamento do prazo para a interposição de recurso admissível.

5. Recursos flagrantemente incabíveis não podem ser computados no prazo da prescrição da pretensão punitiva, sob pena de se premiar o réu com a impunidade, pois a procrastinação indefinida de recursos contribui para a prescrição.

6. Conclusão que mais se coaduna com o princípio da duração razoável do processo, previsto no art. 5º, LXXVIII, da Carta Magna, erigido a direito fundamental, que tem por finalidade a efetiva prestação jurisdicional.

7. O julgamento do agravo deve preceder à eventual declaração de prescrição da pretensão punitiva. Somente nas hipóteses em que o agravo não é conhecido por esta Corte (art. 544, § 4º, I, do CPC), o agravo é conhecido e desprovido (art. 544, § 4º, II, "a") e o agravo é conhecido e o especial tem seu seguimento negado por ser manifestamente inadmissível (art. 544, § 4º, II, "b" - 1ª parte), pode-se afirmar que a coisa julgada retroagirá à data do escoamento do prazo para a interposição do recurso admissível. Nas demais hipóteses previstas no § 4º, II, do artigo em comento, o especial é considerado admissível, ainda que sem sucesso, não havendo que se falar em coisa julgada operada ainda no Tribunal de origem.

8. Embargos de divergência acolhidos para reformar a decisão proferida no agravo, firmando o entendimento de que, inadmitido o recurso especial pelo Tribunal de origem, em decisão mantida pelo STJ, há a formação da coisa julgada, que deverá retroagir à data do término do prazo para interposição do último recurso cabível.

9. Retorno dos autos à Sexta Turma para que decida o agravo interposto contra a decisão que inadmitiu o recurso especial, matéria prejudicial à verificação da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva. (Grifei)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Compulsando-se os autos, e de forma a alinhar-se a tal entendimento, depreende-se que foi confirmada a inadmissibilidade determinada na origem. Diante disso, o trânsito em julgado deve retroagir à data do escoamento do prazo para interposição do último recurso admissível, dia 30/8/2017 (e-STJ fl. 1.502), que é a data do último dia de prazo para interposição do recurso especial na origem, passando a correr a prescrição da pretensão executória a partir daí.

No caso, verifico que ocorreu o transcurso do lapso prescricional também quanto ao delito do art. 288, parágrafo único, do Código Penal praticado pelo agravante (art. 109, V, do CP), tendo em vista o transcurso do lapso prescricional de 4 anos entre a publicação da sentença condenatória, em 11 de outubro de 2011 (e-STJ fl. 840), e a data de retroação do trânsito em julgado ao dia 30/8/2017, conforme o art. 109, V, do Código Penal.

Ante o exposto, **nego provimento ao agravo regimental. Outrossim, concedo *habeas corpus*, de ofício, a fim de redimensionar a pena do delito do art. 288, parágrafo único, do Código Penal para 1 ano e 9 meses de reclusão, reconheço, por consequência, o implemento da prescrição da pretensão punitiva estatal e declaro extinta a punibilidade quanto a esse crime.**

É como voto.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2018/0083810-3 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no AREsp 1.277.011 / RJ**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00013741920094025117 01021617120154020000 0102617120154020000 06762009
1021617120154020000 102617120154020000 13741920094025117 200851020019801
200951170013742 201051020011638 201051020023100 201051020023197
201051020023203 201051020027970 201500001021613

EM MESA

JULGADO: 18/06/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **DOMINGOS SAVIO DRESCH DA SILVEIRA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : RICARDO MAURICIO SOARES
ADVOGADO : GERALDO KAUTZNER MARQUES - RJ076166
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
CORRÉU : ARNALDO BARBOZA DO NASCIMENTO JÚNIOR
CORRÉU : LUCIENE DE OLIVEIRA VIANA DE BRITO
CORRÉU : EDUARDO ALEX DOS SANTOS ALMEIDA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Praticados por Particular Contra a Administração em Geral -
Contrabando ou descaminho

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : RICARDO MAURICIO SOARES
ADVOGADO : GERALDO KAUTZNER MARQUES - RJ076166
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, concedendo, contudo, habeas corpus de ofício; declarou extinta a punibilidade pela prescrição, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.