RECURSO ESPECIAL Nº 1.732.520 - RS (2018/0072629-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
RECORRENTE	:	CLAUDIOMIRO DA SILVA
ADVOGADO	:	LUÍS ALBERTO ELY BERGAMASCHI - RS063371
ADVOGADA	:	PAULA CRISTINA ELY BERGAMASCHI BERND - RS070837
RECORRENTE	:	JULIO SCHNEIDER COSTA
ADVOGADOS	:	VILHIAM HERZER DOS SANTOS - RS075432
		JORGE LUIZ DOS SANTOS E OUTRO(S) - RS0077154
RECORRENTE	:	ELTON SOARES
ADVOGADOS	:	ELTON SOARES (EM CAUSA PRÓPRIA) - RS0066067
		IOLANDA DA SILVA LAZZARI - RS0098816
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AGRAVANTE	:	LUIZ FELIPE ALVES MAIA
ADVOGADO	:	KLAYTON AUGUSTO MARTINS TÃ³POR - RS0068438
AGRAVANTE	:	ANTONIO WALDYR MARTINS GUIMARAES
ADVOGADO	:	JADER DA SILVEIRA MARQUES - RS0039144
AGRAVANTE	:	GILBERTO MARTINS DA SILVA
ADVOGADOS	:	BETINA BEINDER - RS039640
		GILBERTO MARTINS DA SILVA (EM CAUSA PRÓPRIA) - RS0023416
AGRAVANTE	:	GELSO MELLO BRETOS
ADVOGADOS	:	IVAN PARETA DE OLIVEIRA JUNIOR - RS0093974
		IVAN PARETA DE OLIVEIRA - RS0013178
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por **ANTÔNIO WALDYR MARTINS GUIMARÃES** contra decisão que não admitiu recurso especial interposto com fundamento na alínea "a" do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim amentado:

> "APELAÇÃO. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. EXTORSÃO MAJORADA. SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. CONDENAÇÃO MANTIDA.
> 1. MANUTENÇÃO DO DECRETO CONDENATÓRIO. A palavra da vítima, não obstante estivesse ela envolvida com o cometimento de delitos graves, apresentou-se de modo firme e coerente, aliada aos depoimentos de testemunhas presenciais, das conclusões da Corregedoria-Geral da Polícia Civil, e confortada por diversos outros elementos de prova – perícia, ofícios de órgãos públicos, interceptação telefônica e extratos de ligações, escuta ambiental, reconhecimento, e relatórios de investigação. A negativa dos réus restou isolada nos autos, apresentando-se completamente inverossímil a tese de que os atos policiais consistiram em meras 'técnicas de investigação'. E,

igualmente, os depoimentos das testemunhas defensivas, voltados principalmente a abonar a conduta dos acusados e enfatizar a periculosidade da vítima, não se prestam a infirmar a concretude dos elementos pericial, testemunhal e documental constantes do processo.

2. TIPIFICAÇÃO. EXTORSÃO. A concussão, delito funcional próprio, previsto na norma do artigo 316 do Código Penal, caracteriza-se quando presentes elementos especializantes em relação à extorsão – a condição de servidor público do sujeito ativo e a ameaça, explícita ou implícita, que diz respeito à função pública. Ocorre que, na hipótese dos autos, constata-se que os agentes em muito extrapolaram o limite das funções públicas, não apenas exercendo-as com abuso de autoridade, mas desferindo disparos de arma de fogo, amarrando e agredindo pessoas, retirando e devolvendo um preso temporário ao estabelecimento prisional, por diversas vezes, inclusive durante a madrugada, mantendo-o custodiado sempre à mercê de agentes armados. E assim, então, incidiram no delito de extorsão, pois não somente a elementar grave ameaça ficou caracterizada – a liberdade é dos bens jurídicos mais relevantes –, mas também a violência.

3. DOSIMETRIA DA PENA. Basilar redimensionada para 05 (cinco) anos e 05 (cinco) meses de reclusão, pela manutenção da nota desfavorável à *culpabilidade*, e considerado o *comportamento da vítima* como fator de diminuição. O réu, Delegado de Polícia, como Autoridade Policial, além de pautar sua atuação pela legalidade, possuía o dever de coordenar e fiscalizar as atividades de seus agentes. Tocante aos *motivos, circunstâncias e consequências*, afastado o aumento. Inexistentes agravantes e atenuantes. Na terceira fase da operação dosimétrica, face à incidência da majorante do concurso de agentes, a pena foi aumentada em 1/3 (um terço), estabilizando-se definitivamente em 07 (sete) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão. Regime inicial semiaberto. Pena de multa, que em sua projeção quantitativa deve guardar proporção com as basilares, redimensionada para 40 (quarenta) dias-multa, à razão de 2/30 (dois trigésimos) do salário mínimo vigente à época do fato, valor razoável em consideração às condições econômicas do réu.

4. PERDA DO CARGO PÚBLICO. Acertado o decreto de perda do cargo público, pois o efeito específico da condenação incide quando aplicada pena privativa de liberdade superior a 01 (um) ano e o funcionário público comete o crime com abuso de poder ou violação de deveres para com a Administração Pública – artigo 92, inciso I, alínea 'a', do Código Penal – exatamente o caso dos autos. E, mesmo assim não fosse, extrai-se da norma do artigo 92, inciso I, alínea 'b', do Código Penal, que qualquer seja o crime, incidirá o efeito quando a pena aplicada for superior a 04 (quatro) anos, o que também se amolda à hipótese aqui tratada.

5. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. Adesão ao entendimento assentado pelo plenário do STF no julgamento do HC 126.292/SP. Possibilidade de se executar provisoriamente a pena confirmada por esta segunda instância, sem ofensa ao princípio constitucional da presunção da inocência. Determinada a execução

> provisória da pena.
> APELO DEFENSIVO PARCIALMENTE PROVIDO." (e-STJ, fls. 4461-4462)

Os embargos de declaração opostos não foram acolhidos (e-STJ, fls. 4.537-4.541).

Nas razões do seu apelo especial (e-STJ, fls. 4.742-4.757), a defesa aponta ofensa aos artigos 158 e 316, ambos do Código Penal, sob o fundamento de que a simples leitura da denúncia e da sentença revela que a conduta imputada ao recorrente amolda-se ao delito de concussão e não de extorsão, tendo em vista que não houve emprego de violência ou arma na prática delitiva.

Aduz, ademais, afronta ao artigo 59 do Código Penal, ao argumento de que não foi devidamente individualizada a pena do recorrente, tendo a pena-base sido exasperada sem fundamentação e de forma desproporcional, uma vez que o aumento de 1 ano e 5 meses acima do mínimo legal amparou-se na análise desfavorável de apenas uma circunstância judicial desfavorável.

Requer o provimento do recurso, determinando-se a anulação do processo, desde a origem, a fim de que o recorrente seja processado pela prática do crime de concussão e não de extorsão. Caso assim não se entenda, pleiteia que a pena-base do recorrente seja reduzida ao mínimo legal. Não sendo conhecido o recurso especial, requer a concessão de *habeas corpus* de ofício para sanara as ilegalidades demonstradas.

Contrarrazões apresentadas (e-STJ, fls. 4.934-4.942).

O recurso não foi admitido, ante a incidência das Súmulas 7 e 83, ambas do STJ (e-STJ, fls. 5.058-5.065). Daí este agravo, no qual o insurgente refuta os apontados óbices (e-STJ, fls. 5.146-5.167).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo conhecimento do agravo e desprovimento do recurso especial (e-STJ, fls. 5340-5348).

É o relatório.

Decido.

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade do agravo, passo à análise do recurso especial.

Sobre a alegação de violação aos artigos 158 e 316, ambos do Código Penal, verifica-se que o Tribunal de origem concluiu pela prática do crime de extorsão por vislumbrar a existência da elementar violência a impedir a configuração do crime de concussão, consoante a seguinte fundamentação:

> "O delito funcional próprio, que está previsto na norma do artigo 316 do Código Penal, caracteriza-se quando presentes elementos especializantes em relação à extorsão - a condição de servidor público do sujeito ativo e a ameaça, explícita ou implícita, que diz respeito à função pública. Ocorre que, na hipótese dos autos, constata-se que os agentes em muito extrapolaram o limite das funções públicas, não apenas exercendo-as com abuso de autoridade, mas desferindo disparos de arma de fogo, amarrando e agredindo pessoas, retirando e devolvendo um preso temporário ao estabelecimento prisional, por diversas vezes, inclusive durante a madrugada, mantendo-o custodiado

> sempre à mercê de agentes armados. E assim, então, incidiram no delito de extorsão, pois não somente a elementar grave ameaça ficou caracterizada - a liberdade é dos bens jurídicos mais relevantes - mas também a violência." (e-STJ, fls. 4497-4498)

Acerca da matéria, observa-se que a Corte de origem analisou a questão em consonância com o entendimento deste Superior Tribunal, no sentido de que o "emprego de violência ou grave ameaça é circunstância elementar do crime de extorsão tipificado no art. 158 do Código Penal. Assim, se o funcionário público se utiliza desse meio para obter vantagem indevida, comete o crime de extorsão e não o de concussão." (HC 198.750/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 16/04/2013, DJe 24/04/2013). No mesmo sentido: HC 149.132/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 02/08/2011, DJe 22/08/2011.

Ademais, uma vez que o Colegiado local concluiu, com base nos fatos e provas constantes dos autos, que a elementar caracterizadora da extorsão está presente na conduta atribuída ao recorrente e demais corréus, reverter esse entendimento implicaria no indevido revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, providência incabível nessa seara recursal.

No que toca à alegação de ofensa ao artigo 59 do Código Penal, cumpre salientar, em primeiro lugar, que o recurso especial "não se presta [...] 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." (AgRg no REsp 1.217.998/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2016, DJe 15/02/2016).

Para melhor análise da controvérsia, transcreve-se o trecho pertinente da dosimetria reformulada no acórdão recorrido:

> "O Julgador singular fixou a pena-base em 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão, pela nota desfavorável conferida à culpabilidade, motivos, circunstâncias e conseqüências, e considerado o comportamento da vítima como fator de diminuição.
> A culpabilidade mostrou-se mesmo elevada. O réu é operador da segurança pública e deveria atuar para a pacificação social e reafirmação da vigência da norma, mas escolheu por adotar condutas diametralmente opostas, merecendo maior reprovação.
> Importa destacar que o réu. Delegado de Polícia, como Autoridade Policial, além de pautar sua atuação pela legalidade, possuía o dever de coordenar e fiscalizar as atividades de seus agentes.
> Tocante aos motivos, circunstâncias e conseqüências, deve ser afastado o aumento, considerando que, não obstante a gravidade das informações no sentido de que permeiam o processo sete mortes - da própria vítima da extorsão e dois acusados, entre outros não há nos autos quaisquer elementos aptos a demonstrar a responsabilidade de cada um dos réus na perpetração desses delitos.
> E o comportamento da vítima, como bem delineado, contribuiu para a perpetração do delito de extorsão, tendo em vista que, no princípio, mostrou-se receptiva às negociações para se ver livre dos crimes

> pelos quais era investigado.
> Assim, reduzo a basilar para 05 (cinco) anos e 05 (cinco) meses de reclusão." (e-STJ, fls. 4449-4450)

No caso concreto, a pena-base do recorrente foi exasperada em 1 ano e 5 meses pela análise desfavorável da culpabilidade do agente, em razão do réu ter praticado o crime em questão mesmo na condição de Delegado de Polícia e com o dever de fiscalizar as atividades de seus agentes e zelar pela legalidade de seus atos. Tal fundamento apontado pela Corte local, de fato, denota uma maior reprovabilidade da conduta, estando em consonância com o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça:

> "PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA DA PENA. POLICIAL CIVIL. EXTREMA VIOLÊNCIA. MAJORAÇÃO FUNDAMENTADA. SÚMULA N. 7/STJ. PERDA DO CARGO. FUNDAMENTAÇÃO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO. SÚMULA N. 284/STF. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO.
> 1. "É certo que a existência de elementares do tipo penal não constituem fundamentos idôneos para elevar a pena-base, entretanto, a maior reprovabilidade da culpabilidade foi justificada, pois o paciente praticou o delito valendo-se do cargo de policial civil, adotando conduta oposta àquela de quem exerce o cargo de um agente da lei, do qual se espera, justamente, a repressão de tais condutas." (HC 335.103/PE, Rel. Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJSP), SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 4/2/2016)
> [...]
> 3. Agravo regimental não conhecido." (AgRg no REsp 1.707.085/PE, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2018, DJe 01/06/2018);
>
> "PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ESTELIONATO NA FORMA CONSUMADA POR SEIS VEZES E NA FORMA TENTADA POR DUAS VEZES. FRAUDE. VIOLAÇÃO DE SIGILO FUNCIONAL. LAVAGEM OU OCULTAÇÃO DE BENS. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. INTENSA REPROVABILIDADE. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA.
> [...]
> 2. Na hipótese, a decisão proferida na origem está alicerçada na gravidade in concreto dos fatos delituosos, os quais evidenciariam maior reprovabilidade da conduta, cometida por agente policial, que em razão do cargo que exercia utilizava informações privilegiadas, como a existência de mandado de prisão, para favorecer a organização criminosa.
> 3. Recurso a que se nega provimento." (RHC 67.029/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 10/06/2016).

Além do mais, não há falar em desproporcionalidade pelo aumento da pena nos termos do realizado *in casu*, em razão da valoração negativa da moduladora culpabilidade, tendo em vista que a análise das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos para cada uma delas a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito. Nesse sentido:

> "AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. ALEGAÇÃO DE QUE OS PLEITOS FORMULADOS EM ADITAMENTO À INICIAL DO *WRIT* NÃO FORAM APRECIADOS. WRIT SUBSTITUTIVO DO RECURSO CABÍVEL. *MANDAMUS* SUBSTITUTIVO DO RECURSO CABÍVEL. DECISÃO QUE SE LIMITA A VERIFICAR A EXISTÊNCIA DE COAÇÃO ILEGAL CAPAZ DE JUSTIFICAR A CONCESSÃO DE ORDEM DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO, SOB PENA DE BANALIZAÇÃO DO WRIT. PLEITOS DE REVISÃO DA DOSIMETRIA DA PENA-BASE. CONSIDERAÇÃO NEGATIVA DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DOS MAUS ANTECEDENTES. EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO DEFINITIVA À ÉPOCA DO COMETIMENTO DO CRIME. DISPENSABILIDADE. NECESSIDADE DE QUE A CONDENAÇÃO SEJA ANTERIOR APENAS À DATA DA SENTENÇA. PERCENTUAL DE AUMENTO DA PENA. DISCRICIONARIEDADE REGRADA DO JULGADOR. OBSERVÂNCIA.
> (...)
> 4. Não se mostra possível mensurar matematicamente o aumento da pena-base, de forma a se atribuir igual acréscimo de pena para cada circunstância judicial considerada negativa. A lei confere ao julgador certo grau de discricionariedade na análise das circunstâncias judiciais, sendo assim, o que deve ser avaliado é se a fundamentação exposta é proporcional e autoriza a fixação da pena-base no patamar escolhido.
> 5. Agravo regimental improvido".
> (AgRg na TutPrv no HC 372.200/PE, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 14/12/2016)

Outrossim, em estando efetivamente fundamentada a decisão, não pode esta Corte Superior proceder à alteração da dosimetria, seja para majorá-la, seja para reduzi-la, sem revolver o acervo fático-probatório dos autos.

Por fim, não se constata qualquer ilegalidade que enseje a concessão de ordem de *habeas corpus* de ofício.

Ante o exposto, com fundamento no art. 253, parágrafo único, II, "b", do Regimento Interno do STJ, **conheço** do agravo para **negar provimento** ao recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 10 de junho de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Ministro