

Habeas corpus - Extorsão - Desclassificação para concussão - Inviabilidade - Existência de violência e grave ameaça - Revisão de matéria fático-probatória - Maus antecedentes - Ausência de menção à condenação transitada em julgado - Descabimento - Súmula 444/STJ - Pena-base - Redução ao mínimo legal

1. O emprego de violência ou grave ameaça é elementar do crime 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. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

2. Para modificar a conclusão das instâncias ordinárias, seria necessária a revisão das premissas fáticas do acórdão impetrado, bem como do acervo probatório, providências descabidas na via estreita da ação de *habeas corpus*.

3. Se os antecedentes foram considerados negativos, mas nem a sentença nem o acórdão fizeram menção à existência de condenação criminal transitada em julgado, tem incidência a Súmula 444/STJ.

4. Ordem parcialmente concedida a fim de reduzir a pena-base ao mínimo legal e fixar as reprimendas aplicadas ao paciente em 5 anos e 4 meses de reclusão e pagamento de 13 dias-multa, mantido o regime inicial semiaberto.

HABEAS CORPUS Nº 149.132 - MG (2009/0191789-6)
- Relator: MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Impetrantes: Hermes Vilchez Guerrero e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Paciente: Luiz Olegário da Cruz.

Acórdão

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, conceder parcialmente a ordem de *habeas corpus* nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros

Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJRS), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJCE), Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 02 de agosto de 2011 (data do julgamento). - *Ministro Sebastião Reis Júnior* - Relator.

Relatório

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR - Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Luiz Olegário da Cruz, no qual se aponta como órgão coator o Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Consta dos autos ter sido o paciente denunciado pela suposta prática do delito previsto no art. 158, § 1º, na forma do art. 69, todos do Código Penal. O Juiz de Direito da 4ª Vara Criminal de Belo Horizonte/MG condenou-o, como incurso no referido tipo, à pena de 6 seis anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 20 dias-multa (autos n. 024.98.065.289-5).

Interposta apelação pela defesa (1.0024.98.065289-5/001), o Tribunal a quo deu-lhe parcial provimento (f. 53):

Apelação criminal. Extorsão. Inépcia da denúncia. Improcedência da alegação. Peça acusatória regularmente lavrada. Individualização das condutas. Sentença. Nulidade. Fundamentação. Teses defensivas. Obediência ao art. 93, IX, da CF. Individualização das penas. Observância dos preceitos legais. Vítima. Desclassificação para concussão. Impossibilidade. Presença de grave ameaça injusta. Condenação mantida. Pena. manutenção. Regime semi-aberto. Possibilidade. Perda de cargo. Art. 92, I, CP. Recursos parcialmente providos. - Não se pode chamar de omissa e, por isso, de inepta denúncia que descreve de forma clara a conduta que é imputada ao acusado, propiciando o perfeito exercício do direito de defesa. - Nos crimes de autoria coletiva, a denúncia pode narrar genericamente a participação de cada agente, cuja conduta específica é apurada no curso do processo. - Não é nula a sentença que preenche os requisitos do art. 93, IX, da CF e 381, III, do CPP, abordando todas as teses da defesa, mesmo que implicitamente as rechace. - Obedecido o critério trifásico de fixação da pena, não é nula a sentença, não se evidenciando prejuízo à defesa. Tendo restado provados os fatos atribuídos ao réu, é de se manter a decisão condenatória na forma como prolatada pelo juízo a quo. - A palavra da vítima, sobretudo em crimes de repercussão patrimonial, é de extrema valia, especialmente quando esta descreve com firmeza o *modus operandi*, e reconhece, do mesmo modo, a pessoa que praticou o delito. - Impossível desclassificar o delito de extorsão para o de concussão se, durante a execução do delito utilizou o agente de violência física ou grave ameaça para obter o seu propósito. - Se bem fixada a pena e, respeitados os princípios da individualização deve ser mantida a reprimenda fixada, sendo, entretanto, modificado o regime de cumprimento inicial para o semi-aberto em razão do art. 33, § 2º, b, do CP. - Pode ser aplicado o efeito da condenação do art. 92, I, do CP se condenado o réu a pena superior a quatro anos por crime cometido com

abuso de poder ou violação de dever para com a administração pública.

Na presente impetração, sustenta-se que a conduta praticada pelo paciente se amoldaria ao tipo do art. 316 do Código Penal (concessão), e não àquela pela qual restou condenado (art. 158, § 1º, do Código Penal).

Afirma-se, ainda, ser indevida a exasperação da pena-base, uma vez que, não contando o paciente com nenhuma condenação transitada em julgado, não se pode considerar que tenha ele maus antecedentes.

Pede-se a concessão da ordem para que seja feita a desclassificação e seja reduzida a pena ao mínimo legal.

Não houve pedido liminar, e as informações foram dispensadas.

O Ministério Público Federal opina pela denegação da ordem (f. 71/73).

É o relatório.

Voto

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR): Disse o acórdão impetrado (f. 59/63):

[...]

Consta dos autos que no dia 14 de dezembro de 1995, por volta da 12:00 horas, Luiz Olegário juntamente com Delson Kleber e um terceiro policial não identificado, constrangeram a vítima Maurício Múrcio de Avelar, ameaçando-o gravemente de imputar-lhe a prática de crime e efetuar sua prisão em flagrante, com o fito de obter para si, a indevida vantagem econômica no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais).

[...]

Impossível se falar em desclassificação para o crime de concessão do art. 316 do CP como alega a defesa, uma vez que comprovado está o emprego de grave ameaça contra a vítima para a obtenção de vantagem econômica pelos réus. A vítima afirma que foi obrigada e colocada 'à força' dentro do veículo junto com os réus quando da retirada da quantia exigida, agiu sob ameaças de ser preso e ver seu comércio fechado.

[...]

Não merece reparos o entendimento explicitado pelo Tribunal mineiro no que se refere à tipificação do crime.

Com efeito, o emprego de violência ou grave ameaça é elementar do crime 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 concessão.

A propósito, cita-se abalizada doutrina:

[...]

Diante da similitude entre a extorsão (art. 158) e a concessão, necessário se torna a sua distinção. Na segunda, a ameaça diz respeito à função pública e às represálias prometidas, expressa ou implicitamente, a ela se referem. Havendo violência, ou ameaça de mal estranho à qualidade ou função do agente, ocorre extorsão. Configura-se esta, por exemplo, em policiais civis ou militares constrangerem a vítima sob

a ameaça de revólveres[...] (MIRABETE, Julio F.; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2011, v. 3, p. 281).

[...]

A concessão pode ser entendida como uma modalidade especial de extorsão praticada por funcionário público. Uma das diferenças entre ambas as figuras típicas reside no modo como os delitos são praticados.

Assim, na extorsão, a vítima é constrangida, mediante violência ou grave ameaça, a entregar a indevida vantagem econômica ao agente; na concessão, contudo, o funcionário público deve exigir a indevida vantagem sem o uso de violência ou grave ameaça, que são elementos do tipo penal do art. 158 do diploma repressivo[...] (GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 7ª ed. Niterói: Impetus, 2011, v. IV, p. 404).

Nesse sentido, mencionam-se precedentes do Supremo Tribunal Federal:

Habeas corpus. Constitucional. Processo penal. Extorsão. 1. Alegação de inobservância do art. 514 do Código de Processo Penal. Argumento distinto daqueles apresentados na instância antecedente: impossibilidade de apreciação. Supressão de instância. Precedentes. 2. Alegação de inépcia da inicial acusatória e de falta de justa causa: improcedência. 3. Erro na classificação jurídica do crime: inexistência. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa parte, denegado. 1. Se não foi submetida à instância antecedente a alegação de inobservância do art. 514 do Código de Processo Penal, não cabe ao Supremo Tribunal Federal dela conhecer originariamente, sob pena de supressão de instância. Precedentes. 2. Descrito na denúncia oferecida contra o Impetrante/Paciente comportamento típico, ou seja, factíveis e obviados os indícios de autoria e materialidade delitivas, não há falar em inépcia. 3. Pela jurisprudência deste Supremo Tribunal, a superveniência da sentença condenatória prejudica a alegação de falta de justa causa para o oferecimento da denúncia. Precedentes. 4. O trancamento da ação penal em *habeas corpus* apresenta-se como medida excepcional, a ser aplicada apenas quando evidente a ausência de justa causa, o que não é o caso. 5. A grave ameaça imposta à vítima está claramente descrita na denúncia; é elemento objetivo do tipo que faz parte do crime de extorsão, não do delito de concessão. 6. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa parte, denegado (HC n. 102.730/MG, Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe 14/4/2011).

Não basta ser o agente funcionário público e haver apreendido essa condição, com intuito de intimidar a vítima, para converter, em concessão, o crime de extorsão, quando obtida a vantagem por meio de constrangimento, exercido mediante grave ameaça (HC nº 72.936/MG, Ministro Octávio Gallotti, Primeira Turma, DJe 6/10/1995).

Além do mais, para modificar a conclusão das instâncias ordinárias, seria necessária a revisão das premissas fáticas do acórdão impetrado, bem como do acervo probatório, providências descabidas na via estreita da ação de *habeas corpus*:

Processual penal. *Habeas corpus*. Flagrante preparado e desclassificação. Tipicidade. Alteração. Matérias probatórias. Via inadequada. Diminuição de pena e regime inicial.

Prejudicialidade. 1. Aferir se há flagrante preparado ou esperado, ou se os fatos se subsumem ao delito de extorsão ou de concussão, são matérias que demandam revolvimento fático-probatório não condizente com o *habeas corpus*, via angusta por excelência. Precedentes. 2. Já operada, na origem, a pretendida diminuição da pena-base, que inclusive ficou no mínimo legal, não há mais nada a fazer neste particular. 3. Encontrando-se o paciente em livramento condicional, fica sem sentido o pleito de alteração do regime inicial para aberto, como também a pretensão de substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos. 4. *Habeas corpus* prejudicado em relação à diminuição da pena, ao regime inicial e à substituição da privativa de liberdade por restritivas e não conhecido quanto ao mais (HC n. 87.791/RS, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 23/8/2010).

Penal. *Habeas corpus*. Extorsão mediante sequestro. Desclassificação para concussão. Impossibilidade. Tráfico ilícito de entorpecentes e roubo circunstanciado. Absolvção por insuficiência de provas. Reexame do conjunto fático-probatório. Impropriedade da via eleita. Ordem denegada. 1. Para a eventual desclassificação da conduta de extorsão mediante sequestro para concussão, bem como para a pretensão absolvição do paciente das imputações de tráfico ilícito de entorpecentes e roubo circunstanciado, necessário seria o exame de questões que, para seu deslinde, demandam aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, peculiar ao processo de conhecimento. 2. Dessa forma, inviável é a utilização do *habeas corpus*, remédio jurídico-processual, de índole constitucional, marcado por cognição sumária e rito célere, que tem como escopo resguardar a liberdade de locomoção contra ilegalidade ou abuso de poder, o que não se verifica na espécie. 3. Ordem denegada. (HC n. 47.749/RS, Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe 5/11/2007).

De outra parte, a pena do paciente foi assim aplicada na sentença (f. 37):

Diante do que se vê fls. 381/385, reconheço que o acusado Luiz Olegário da Cruz é primário embora possuidor de vários antecedentes criminais, ficando, então, a dosagem da pena conforme a especificação seguinte:

B) Crime praticado contra a vítima Maurício Múrcio Avelar: 1 - Pena privativa de liberdade - cálculo com suporte nos artigos 59 e 68 do CPB, critério trifásico: a) Fixo-lhe a pena-base para o crime de extorsão em 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão; b) não estão presentes circunstâncias atenuantes e agravantes; c) inexistem causas especiais de diminuição de pena; d) entretanto, está presente causa especialmente de aumento, prevista no art. 158, § 1º, CPB, devendo a pena sofrer um aumento de 1/3, ou seja, 01 (um) ano e 6 (seis) meses, totalizando 6 (seis) anos de reclusão. Diante da inexistência de circunstâncias modificadoras e que possam ser aplicadas, a pena privativa de liberdade de 06 (seis) anos de reclusão, regime inicialmente fechado, permanece como concreta e definitiva. 2 - Pena pecuniária - artigos 49, 59 e 60 do CPB, critério bifásico, variável de 10 a 360 dias-multa, deste modo, fixada em 15 (quinze) dias-multa. Inexistem circunstâncias atenuantes e agravantes. Devido a causa de aumento prevista no § 1º do artigo 158 do CPB, a pena pecuniária será aumentada em 1/3, ou seja, 05 (cinco) dias-multa, totalizando 20 (vinte) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo o dia multa vigente à época do crime.

O Tribunal de origem, em apelação, retificou a dosimetria apenas para fixar o regime inicial semiaberto.

A majoração da pena-base está a merecer reparos.

De fato, observa-se que a única circunstância judicial considerada como desfavorável dizia respeito aos maus antecedentes. No entanto, nem a sentença nem o acórdão fizeram menção à existência de condenação transitada em julgado, razão pela qual tem incidência a Súmula 444/STJ:

“É vedada a utilização de inquérito policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

No mesmo diapasão:

Habeas corpus. Roubo majorado. Continuidade delitiva. Pena-base. Fixação acima do mínimo legal. Culpabilidade. Desfavorabilidade. *Modus operandi*. Maus antecedentes. Negatividade. Inquéritos policiais e ações penais sem certificação do trânsito em julgado. Sopesamento para a elevação da reprimenda na primeira etapa da dosimetria. Impossibilidade. Precedentes. Súmula 444 deste STJ. Motivos do crime. Ausência de fundamentação concreta. Circunstâncias e consequências do delito. Motivação idônea. Ilegalidade em parte demonstrada. Sanção redimensionada. 1. Não há como se acoirar de ilegal a sentença condenatória no ponto em que procedeu ao aumento da pena-base em razão da culpabilidade, haja vista a elevada reprovabilidade das condutas delituosas praticadas, bem evidenciada pelo *modus operandi* empregado. 2. Consoante orientação já sedimentada nesta Corte Superior, inquéritos policiais ou ações penais sem certificação do trânsito em julgado não podem ser levados à consideração de maus antecedentes, má conduta social ou personalidade desajustada para a elevação da pena-base, em obediência ao princípio da presunção de não-culpabilidade (Súmula 444 deste STJ). 3. Não tendo o juiz sentenciante demonstrado, de forma concreta, as razões pelas quais considerou desfavorável a circunstância judicial do motivo do crime, de rigor a redução da pena-base nesse ponto. 4. As circunstâncias e consequências do delito justificam maior elevação da reprimenda na primeira etapa da dosimetria, por demonstrarem a maior periculosidade dos agentes, dentre eles o paciente. 5. *Habeas corpus* parcialmente concedido para reduzir a pena-base imposta ao paciente, tornando a sua reprimenda definitiva em 7 (sete) anos, 8 (oito) meses e 24 (vinte e quatro) dias e pagamento de 48 (quarenta e oito) dias-multa. (HC nº 185.634/ES, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 31/5/2011).

Penal. Furto. Pena-base. Existência de processos sem trânsito em julgado. Exasperação. Impossibilidade. 1. A existência de processos anteriores, sem trânsito em julgado, não legitima aumento da pena-base. Aplicação da Súmula 444 deste Superior Tribunal de Justiça. 2. Ordem concedida para reduzir a pena ao mínimo legal, no regime inicial aberto e determinar a substituição da privativa de liberdade por duas restritivas de direitos (HC n. 193.738/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 30/5/2011).

Passa-se ao redimensionamento da pena.

Afastada a valoração negativa dos antecedentes, reduz-se a pena-base ao mínimo legal de 4 anos de reclusão. Não há atenuantes ou agravantes, razão pela qual fica mantida, provisoriamente, no mesmo patamar. Pelas causas de aumento, majora-se a reprimenda em 1/3, tornando-a definitiva em 5 anos e 4 meses de reclusão, em

regime inicial semiaberto, e pagamento de 13 dias-multa, no valor estipulado pelas instâncias ordinárias.

Ante o exposto, concedo parcialmente a ordem a fim de reduzir a pena-base ao mínimo legal e fixar as reprimendas aplicadas ao paciente em 5 anos e 4 meses de reclusão e pagamento de 13 dias-multa, mantido o regime inicial semiaberto.

Certidão

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

“A Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.”

Os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE), Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

(Publicado no DJe de 22.08.2011.)

...