



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.073.085 - SP (2008/0155474-1)

RELATOR : MINISTRO OG FERNANDES
R.P/ACÓRDÃO : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
RECORRENTE : HANNA GHARIB
ADVOGADO : EUGÊNIO CARLO BALLIANO MALAVASI
RECORRENTE : JOÃO BENTO DOS SANTOS FILHO
ADVOGADO : ANTÔNIO GERALDO DE CASTRO E SILVA E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PENAL. CONCUSSÃO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. CONTINUIDADE DELITIVA. COMPROVAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO CONDIZENTE COM O CASO CONCRETO. AGRAVANTE DO ART. 61, II, "G", DO CP. AFASTAMENTO NA HIPÓTESE DO CRIME DE CONCUSSÃO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA.

1. Inexiste violação ao art. 619 do Código de Processo Penal quando a insurgência está fundada no mero inconformismo do recorrente acerca do decidido no acórdão impugnado.

2. O Juiz não está vinculado ao pedido de absolvição formulado pelo *Parquet*, no caso vertente pelo parecer do Procurador de Justiça, se as provas apontarem em sentido diverso. Precedentes.

3. Desconstituir a conclusão a que chegou a Corte de origem, ao fundamento da insuficiência ou inexistência de provas da autoria e materialidade do delito de concussão, implica necessariamente em incursão no conjunto probatório dos autos, revelando-se inadequada a via especial para reforma do acórdão, a teor da mencionada Súmula 7 desta Corte.

4. A teor da jurisprudência desta Corte e do Excelso Pretório, é preclusa a alegação de inépcia da denúncia, se o tema não foi suscitado no momento oportuno, ou seja, antes da prolação da sentença. Ademais, a exordial acusatória atendeu de forma satisfatória aos requisitos e às condições dos arts. 41 e 43 do CPP, no que diz com o crime previsto nos arts. 316 e 288 do Código Penal, pois detalha, com pormenores, a participação de cada um dos acusados, culminando com capitulação jurídica adequada à narrativa exposta.

5. Inviável o exame de matéria trazida no especial que não restou ventilada no acórdão impugnado. Além disso, comprovada nas instâncias ordinárias a habitualidade da prática criminosa, desconstituir tal entendimento e, de igual modo, analisar o preenchimento dos requisitos objetivos (mesmas condições de tempo, espaço e **modus operandi**) e subjetivo (unidade de desígnios) necessários à configuração da continuidade delitiva, é medida vedada em sede de recurso especial, pois demanda o necessário reexame de provas. Precedentes.

6. Fixado o valor da pena de multa em atenção a condição econômico-financeira dos Réus, rever tal conclusão demanda a incursão na matéria fática-probatória dos autos, medida vedada em sede de recurso especial, a teor da Súmula 7/STJ.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. A apenação acima do mínimo, ao motivar-se de forma objetiva no caso concreto, compreende a justa repreensão ao delito cometido, não sendo o caso de rever a decisão condenatória, senão em sede de cognição probatória
8. A circunstância dos recorrentes terem agido com abuso de poder ou violação de dever inerente ao seu cargo é integrante do tipo penal do crime de concussão, pelo qual foram condenados, sendo o caso, por isso, de se afastar a agravante do art. 61, II, "g", do CP.
9. Tendo como base as novas penas pela prática do delito de formação de quadrilha e pelo crime de concussão, há de se reconhecer, somente em relação ao primeiro, de ofício, a ocorrência da extinção da punibilidade pela prescrição.
10. Recursos especiais aos quais se dá parcial provimento para reduzir a pena em relação ao crime de concussão, em face do afastamento da agravante do art. 61, II, "g", do CP, e declarar extinta a punibilidade, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, no tocante ao crime de quadrilha.

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: "Prosseguindo no julgamento após o voto-vista da Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura conhecendo em parte dos recursos e dando-lhes parcial provimento, sendo acompanhado pelos Srs. Ministros Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE), do voto do Sr. Ministro Nilson Naves acompanhando o Sr. Ministro Relator, a Turma, por maioria, conheceu dos recursos especiais e deu-lhes parcial provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, que lavrará acórdão. Vencidos em parte os Srs. Ministros Relator e Nilson Naves, que lhes davam provimento em maior extensão." Votaram com a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura os Srs. Ministros Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília, 11 de dezembro de 2009(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.073.085 - SP (2008/0155474-1)

QUESTÃO DE ORDEM

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Sr. Presidente, este recurso especial foi distribuído à minha relatoria em 18/07/2008, por prevenção ao HC 37.316/SP, no qual o então Relator, Ministro Hamilton Carvalhido, apreciou a liminar e este Relator, por atribuição, o mérito.

O presente recurso especial foi admitido em parte na origem, e contra este desate foi interposto agravo de instrumento pelo ora recorrente HANNA GHARIB. O agravo, autuado nesta Corte sob o nº 1.061.140/SP, foi distribuído em 25/08/2008 à Sra. Desembargadora então Convocada - Jane Silva e atribuído ao Sr. Min. Celso Limongi (Desembargador Convocado do TJ/SP) em 12/02/2009.

Em consulta ao andamento processual, colhe-se que o Eminent Desembargador Celso Limongi apreciou o feito e decidiu por não conhecer do agravo de instrumento ante a ausência de peça essencial. Interposto agravo regimental, esta Sexta Turma decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso, estando pendente de apreciação os embargos de declaração opostos.

A fim de se evitar eventual alegação de nulidade no julgamento deste especial, entendo necessário que se submeta a este Colegiado o exame acerca da prevenção do presente recurso. O fato é que este especial foi a mim distribuído em 18/07/2008 e o agravo interposto contra a decisão que o admitiu em parte, já conta com decisão de improvimento proferida por Relator, a quem foi distribuído, posteriormente, em 25/08/2008.

Desta forma, inobservada, no momento da distribuição dos recursos, a letra do art. 71 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça que dispõe: "*A distribuição do mandado de segurança, do habeas corpus e do recurso torna preventiva a competência do relator para todos os recursos posteriores, tanto na ação quanto na execução referentes ao mesmo processo*"; circunstância que evitaria



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

decisões contraditórias, entendo que a melhor saída seria a reunião dos processos sob minha Relatoria, em razão da distribuição originariamente do primeiro recurso, anulando-se em consequência as decisões já proferidas nos autos do Agravo de Instrumento nº 1.061.140/SP, ou, havendo discordância, a distribuição do presente recurso especial ao Sr. Min. Celso Limongi, por força da decisão já proferida nos autos do mencionado agravo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.073.085 - SP (2008/0155474-1)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de recursos especiais interpostos por HANNA GHARIB e JOÃO BENTO DOS SANTOS FILHO, com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que negou provimento aos recursos de apelação interpostos pela defesa, preservando a decisão condenatória de Primeiro Grau. É deste teor a ementa do acórdão:

CONCUSSÃO - FORMAÇÃO DE BANDO OU QUADRILHA - preliminares rejeitadas - inexistência de coisa julgada, por serem denunciados diversos em cada processo - questão de competência resolvida nos mesmos autos que não causa prejuízo, aliás, sequer demonstrado - denúncia apta, descrevendo condutas e período em que se desenvolveu a conduta criminosa - prova de defesa valorada, mas sem peso contrário à da acusação - pena exacerbada, mas fundamentada.

NO MÉRITO: prova de autoria presente, pela indicação da função de cada um no esquema e comprovação de entrega de dinheiro para obtenção de vantagens irregulares - testemunhas de acusação coesas e seguras - prova de defesa que nada presenciou, ou com vinculação com os apelantes - pena exacerbada, mas condizente com a periculosidade das condutas - negado provimento aos apelos. (Fl. 8.343)

Os embargos de declaração opostos foram acolhidos em parte apenas para fazer constar do julgado manifestação do *Parquet* pela absolvição.

No apelo extremo, sustenta o recorrente HANNA GHARIB:

1) violação do art. 41 do Código Penal sob a alegação de inépcia da denúncia;

2) Infringência aos arts. 59 e 71 do Código Penal e 381, III do Código de Processo Penal quanto à ausência de fundamentação para fixação da pena-base acima do mínimo legal, e não reconhecimento da continuidade delitiva. Pugna pela declaração de nulidade da sentença condenatória em face da ausência de individualização das circunstâncias judiciais isoladamente para cada réu.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Alega o recorrente JOÃO BENTO DOS SANTOS FILHO:

1) Negativa de vigência ao art. 619 do Código de Processo Penal ao fundamento de omissão no acórdão recorrido quanto ao tema da apreciação de todo o acervo probatório dos autos, principalmente documentos juntados em sede de apelação;

2) Contrariedade ao art. 41 do CPP, ao fundamento de inépcia da exordial acusatória. Aduz genérica a denúncia, uma vez que deixou de individualizar a conduta de cada corréu, bem como seria imprecisa quanto à suposta data dos fatos;

3) Negativa de vigência ao art. 386, VI, do Código de Processo Penal porquanto *"uma vez pleiteada a absolvição pelo Ministério Público, esta deve ser decretada pela decisão meritória"*; (Fl. 8.546)

4) Infringência aos arts. 316 e 29 do Código Penal ao fundamento de que para a caracterização do delito de concussão é necessário prova da exigência da vantagem indevida, o que não foi evidenciado na decisão impugnada. Pugna pela absolvição;

5) Aduz violação dos arts. 59 e 68 do Código Penal e 564, III, "m" e 387, II e III do CPP, sob a alegação de nulidade da decisão condenatória, em não individualizar a pena de cada acusado e aplicar a agravante do art. 61, II, "g" (abuso de poder), elementar do tipo penal da concussão. Acrescenta que a série de delitos continuados, em concurso material como reconhecido na sentença configura cerceamento de defesa, uma vez que a denúncia atribui ao recorrente a prática de um único delito;

6) Aponta, ainda, contrariedade ao art. 60 do Código Penal uma vez fixada a pena de multa de forma exacerbada;

Opina o Ministério Público Federal às fls. 8.839/8.854 dos autos pelo provimento do recurso em parte para que as penas-bases dos recorrentes sejam fixadas nos respectivos mínimos legais, e uma vez reconhecida a continuidade delitiva, sejam recalculadas as penas finais, mantendo-se, no mais, as decisões das instâncias ordinárias.

É o Relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.073.085 - SP (2008/0155474-1)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator): Colhe-se do processado que o recorrente HANNA GHARIB foi condenado, juntamente com outro corréu, a pena de 20 anos de reclusão e 85 dias-multa como incurso nas sanções dos arts. 288, **caput**, e 316, **caput**, (cinco vezes), c/c o 29, 61, II, alínea "g" e 69, **caput**, todos do Código Penal. O recorrente JOÃO BENTO DOS SANTOS FILHO e outra pessoa, sentenciados ao cumprimento de 17 anos e 6 meses de reclusão por infringência aos arts. 316, **caput**, (cinco vezes), c/c 29, **caput**, 61, II, "g" e 69, **caput**, todos do CP. Irresignados apelaram e o Tribunal **a quo** manteve a condenação.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, passo a análise dos recurso especiais interpostos.

Início pelo recurso de JOÃO BENTO DOS SANTOS FILHO, no qual se alega:

1) Negativa de vigência ao art. 619 do Código de Processo Penal ao fundamento de omissão no acórdão recorrido quanto ao tema aventado nos aclaratórios referente à apreciação do acervo probatório dos autos, principalmente documentos juntados em sede de apelação;

Ao que se colhe dos autos, inexistente omissão a ser sanada quando a insurgência está fundada no mero inconformismo do recorrente acerca do decidido no acórdão impugnado. No caso, o Tribunal **a quo**, ao examinar os embargos de declaração opostos, pontuou expressamente a análise dos citados documentos, apreciando toda a matéria pertinente de maneira fundamentada, apenas não adotando as razões do recorrente, o que não configura infringência ao dispositivo legal invocado.

2) Violação do art. 386, VI do Código de Processo Penal porquanto *"uma vez pleiteada a absolvição pelo Ministério Público, esta deve ser decretada pela decisão meritória"*; (fl. 8546)

A teor do entendimento desta Corte, o Juiz não está vinculado ao pedido de absolvição formulado pelo *Parquet*, se as provas apontarem em sentido diverso.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS – ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES – CONDENAÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA – ALEGAÇÕES FINAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELA ABSOLVIÇÃO – ARTIGO 385, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL RECEPCIONADO PELA CONSTITUIÇÃO – AUSÊNCIA DE VINCULAÇÃO DO JUIZ – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE – WRIT DENEGADO.

1- A decisão do Juiz não é vinculada pelas alegações finais apresentadas pelo Ministério Público, podendo ele condenar o réu, mesmo quando o Parquet opina pela absolvição.

2- Havendo provas para julgar o feito, condenando o réu, o Juiz não deve se atrelar à opinião do Ministério Público, quando este requer a absolvição.

3- O habeas corpus não é o meio adequado para análise de pedido de absolvição, posto que não é possível a incursão nas provas dos autos.

4- Writ denegado. (HC 84.001/RJ, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), QUINTA TURMA, julgado em 11/12/2007, DJ 07/02/2008 p. 1) Grifei.

3) Contrariedade aos arts. 316 e 29 do Código Penal ao fundamento de que para a caracterização do delito de concussão é necessário prova da exigência da vantagem indevida, o que não foi evidenciado na decisão impugnada. Aduz que a suposta presença física no local dos fatos não configura a prática do delito, pugnando pela absolvição.

Recupero trecho do acórdão recorrido de fl. 8.346:

A denúncia narrou e ficou demonstrado no curso do processo crime que havia um modo de operação engendrado e com participação dos apelantes para recebimento de vantagens pecuniárias ou materiais, que incluía omissão de agentes do funcionalismo público e de pessoa estranha ao quadro, mas que colaborando com o modo de agir, tinha influência no sucesso da empreitada.

Desse modo se desenvolveram apurações em várias esferas, que estão representadas nos documentos que compõe os volumes do nº1 até o nº 32, aproximadamente, sem prejuízo de juntas posteriores.(...)

(...)

A fls. 7022 confirmou que ao reclamar com HANNA GHARIB do pagamento e da apreensão dos carrinhos foi chamado na sala ANTÔNIO ALBERTO o que irritou o primeiro, com admissão, pelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

silêncio, de que era verdade o que NELSON relatava. Afirmou, também, (fls. 7022) que JOÃO BENTO se fazia presente e acompanhou a conversa.

A testemunha JOSÉ RICARDO TEIXEIRA DA SILVA, fls. 7072, como integrante de entidade sindical, descreveu afirmando que a organização para entrega do dinheiro, vinha como exigência de HANNA GARIB, que assumiu a região, sendo que ANTÔNIO LIBÂNIO DE MELO, ANTÔNIO ALBERTO ALVES e JOÃO BENTO DOS SANTOS FILHO, do primeiro escalão, organizavam o modo de exigir e receber a propina. Tomou conhecimento disso por denúncias, comunicações, que chegavam ao sindicato, como afirmou expressamente a fls. 7075.(...)

Também descreveu a conduta de ANTÔNIO LIBÂNIO, como sendo quem ficava no gabinete do vereador e na Administração Regional, recebendo ordens. Lembrou-se também de pessoa somente identificada por ele como "Ana Maria" que entregou dinheiro para JOÃO BENTO (fls. 7092)

Outrossim, a testemunha DANIEL FERREIRA DE FARIAS, fls.7147, afirmou que trabalhava como "Office Boy" para a Associação dos Comerciantes no Brás e junto com outra funcionária ia às lojas onde retirava dinheiro para a "caixinha". Esse dinheiro vinha em envelopes e ouviu de sua chefe, SANDRA, que era para ser entregue para HANNA GARIB. Também ouviu que JOÃO BENTO era um dos beneficiados com esse dinheiro assim arrecadado. A arrecadação era conhecida como "caixinha dos fiscais", fls. 7160. Grifei.

Como se vê, desconstituir a conclusão a que chegou a Corte de origem, na forma como pretende o recorrente, ao fundamento da insuficiência ou inexistência de provas da autoria e materialidade do delito de concussão, implica necessariamente incursão no conjunto probatório dos autos, revelando-se inadequada a via especial para reforma do acórdão, a teor da mencionada Súmula 7 desta Corte.

4) Quanto à alegação de contrariedade ao art. 60 do Código Penal, ao fundamento da fixação exacerbada da pena de multa, a irresignação não comporta conhecimento, a uma pela ausência de prequestionamento, a duas em razão das instâncias ordinárias terem fixado o valor da mencionada pena em atenção a condição econômico-financeira dos Réus. Induidoso que desconstituir tal fundamento demanda a incursão na matéria fática-probatória dos autos, medida vedada em sede de recurso especial, a teor da Súmula 7/STJ.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Passo a análise, em conjunto, dos recursos de JOÃO BENTO DOS SANTOS e HANNA GHARIB por possuírem idêntica fundamentação quanto à alegação de:

1) Contrariedade ao art. 41 do CPP, ao fundamento de inépcia da exordial acusatória, por não particularizar a conduta de cada acusado e ser omissa quanto à suposta data dos fatos.

Forçoso concluir que, a teor da jurisprudência desta Corte e Supremo Tribunal Federal, é preclusa a alegação de inépcia da denúncia, se o tema não foi suscitado no momento oportuno, ou seja, antes da prolação da sentença .

No caso vertente, verifica-se dos autos que o suposto vício na exordial acusatória somente foi argüido por ambos os recorrentes em sede de recurso de apelação, encontrando-se, portanto preclusa a insurgência, uma vez que, nos termos do art. 569 do Código de Processo Penal, a questão deve ser alegada antes da sentença final.

Nesse sentido, os seguintes precedentes do Pretório Excelso:

Denúncia: I- inépcia: preclusão inexistente, quando argüida antes da sentença. A jurisprudência predominante do STF entende coberta pela preclusão a questão da inépcia da denúncia, quando só aventada após a sentença condenatória (precedentes); a orientação não se aplica, porém, se a sentença é proferida na pendência de "habeas-corpus" contra o recebimento da denúncia alegadamente inepta. (HC 86630/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 07/12/2006). Grifei.

E desta Corte:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. PRECLUSÃO. NULIDADE ARGUIDA APENAS DEPOIS DE PROLATADA A DECISÃO DE PRONÚNCIA. NÃO-CONHECIMENTO. NULIDADE DA DECISÃO QUE RECEBEU A DENÚNCIA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. MOTIVAÇÃO PRESCINDÍVEL. EXCESSO DE LINGUAGEM NA DECISÃO DE PRONÚNCIA. AUSÊNCIA. DECISÃO QUE SE ATEVE APENAS À



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROVA DA EXISTÊNCIA DO CRIME E AOS INDÍCIOS DE SUA AUTORIA. EXISTÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO SÓBRIA E COMEDIDA A RESPEITO DO MÉRITO DA CAUSA. PEDIDO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA A ORDEM.

- 1. A tese de inépcia da denúncia deve ser agitada até antes da prolação da sentença, sob pena de preclusão. Precedentes do STF.**
- 2. O mesmo raciocínio é adotado em se tratando de decisão de pronúncia, posto que todas as nulidades ocorridas antes de sua prolação devem ser arguidas até as alegações finais. Inteligência do artigo 571, I, do Código de Processo Penal. Precedentes.**

.....
Pedido parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegada a ordem.
(HC 119797/PE, Rel. Ministra JANE SILVA - DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG - DJe 02/03/2009) Grifei.

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. OFENSA AO ART. 386, VI, DO CPP. SÚMULA 7 DO STJ. INÉPCIA DA DENÚNCIA. PRECLUSÃO. OFENSA A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA NO STJ. DECISÃO MONOCRÁTICA CONFIRMADA.

- 1. Não se pode dissentir das conclusões do acórdão impugnado quanto à intenção do réu ou à suficiência das provas sem reexaminar o conjunto fático-probatório, procedimento de todo vedado ante o óbice da Súmula 7 deste Superior Tribunal de Justiça.*
- 2. Resta preclusa a alegação de inépcia da denúncia, se a tese não foi suscitada em momento oportuno, ou seja, antes da prolação da sentença condenatória.*
- 3. A análise de matéria constitucional posta no recurso especial refoge à alçada do Superior Tribunal de Justiça.*
- 4. Agravo regimental improvido. (AgRg no Ag 824473/DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJU 03/09/2007).*

Ademais, ainda que superado este óbice, ao contrário do sustentado pelos recorrentes, a exordial acusatória atendeu de forma satisfatória aos requisitos e às condições dos arts. 41 e 43 do CPP, no que diz com o crime previsto no art. 316 e 288 do Código Penal, pois detalha, com pormenores, a participação de cada um dos acusados, culminando com capitulação jurídica adequada à narrativa exposta.

Com efeito, extrai-se da denúncia os seguintes excertos:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1) Segundo consta dos anexos autos de inquérito policial, no período de tempo compreendido entre 1993 e 29 de janeiro de 1999, os ora denunciados associaram-se, de modo estável, em quadrilha ou bando com (...) denunciados nos autos de nº 86/99, em curso perante esse MM. Juízo, e mais outros funcionários municipais da Administração Regional da Sé, para o fim de cometer crimes contra a Administração Pública, sendo certo que o objetivo comum era a obtenção de vantagens econômicas.

(...)

É dos autos que a sociedade criminosa iniciou-se com as indicações de Administradores Regionais da Sé pelo então vereador Hanna Gharib ele mesmo antigo funcionário e administrador desta e de outras Regionais, profundo conhecedor, portanto, das mazelas da região central da cidade e de como funciona a máquina administrativa.

A partir de tal indicação, agentes municipais, desviados das funções para as quais haviam sido contratados (agentes de limpeza, na maioria dos casos), passaram a atuar no setor administrativo denominado "SALVIP" - Setor ou Supervisão das Atividades em Logradouros e Vias Públicas, na Administração Regional da Sé, repartição responsável pela fiscalização do chamado comércio informal exercido no centro da cidade pelos popularmente conhecidos camelôs (no caso de prática de atividade laborativa em local determinado) e ambulantes (quando a atividade laborativa se desenvolve pelas ruas da cidade, sem ponto fixo).

Frise-se que o SALVIP era conhecido como "rapa dos fiscais", cabendo aos seus integrantes aplicar multas aos comerciantes infratores, bem assim a proceder à apreensão de mercadorias instrumentos de trabalho (bancas, tabuleiros, carrinhos, etc.) e à liberação dos produtos apreendidos.

Consta dos autos que ex-vereador e deputado estadual cassado HANNA GHARIB era importante correligionário do ex-prefeito da Capital, Paulo Maluf, e do atual Prefeito, Celso Pitta, os quais, interessados no apoio daquele na Câmara Municipal e depois, por questões partidárias, na Assembléia Legislativa, concederam a Gharib plenos poderes para indicar, consecutivamente, dois Administradores Regionais da Sé e seus assessores, a saber: Victor David (este, inclusive, cunhado de Hanna Gharib) e João Bento dos Santos Filho, bem como para propor a remoção de tais servidores públicos, concedendo ao então membro do legislativo, assim, grande influência sobre a repartição pública. Essa ascendência, baseada na aliança política com os Prefeitos, era, aliás, notória, e permitiu a Gharib obter a obediência dos demais denunciados, sobre os quais tinha, portanto, liderança. Hanna Gharib valeu-se deste prestígio para organizar o grupo, exercer dominação sobre seus membros e, por meio deles, através da AR-Sé, propiciar a concessão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

das vantagens ilícitas e a extorsão de dinheiro.

Desta forma para o êxito da empreitada criminoso, houve uma detalhada divisão de trabalho.

O grupo foi organizado de maneira piramidal, tendo no vértice o ex-vereador e deputado estadual cassado HANNA GHARIB, que exercia o comando e controle sobre as atividades cotidianas dos servidores lotados na Administração Regional Sé. Desse modo, todas as atividades desta Regional, e qui em especial do "SALVIP" - Setor ou Supervisão das Atividades em Logradouros e Vias Públicas passaram a ser, de fato, comandadas pelo denunciado HANNA GHARIB, através dos Administradores Regional Victor David e João Bento dos Santos Filho. Estes, ocupantes, sucessivamente, do mais alto cargo da hierarquia daquela repartição, eram formalmente subordinados ao Secretário das Administrações Regionais, Alfredo Mário Savelli e exerciam a chefia imediata de todos coordenadores gerais do "SALVIP", que foram, sucessivamente, Antônio Alberto Alves, Pierre Saloum El Nahoum e Euclides de Oliveira, aos quais cabia o gerenciamento de todas as atividades relacionadas à fiscalização, apreensão e liberação das mercadorias e instrumentos de trabalho apreendidos.

Organizados sob tal comando, os agentes que compunham o "rapa dos fiscais" passaram a exigir propinas dos comerciantes informais, tanto para propiciar que os camelôs e ambulantes em situação irregular pudessem exercer a mercancia livremente, quanto para permitir que os camelôs e ambulantes regularmente licenciados pudessem exercer as funções para as quais tinham autorização de quem de direito, ameaçando uns e outros com apreensões de mercadorias e instrumentos de trabalho, mesmo injustificadamente, no caso dos comerciantes legalmente cadastrados.

Além disto, havia uma outra fonte de obtenção de dinheiro através de propinas, consistente na exigência de dinheiro para a liberação mais célere dos bens que permaneciam no depósito de mercadorias apreendidas da Administração Regional da Sé, local conhecido popularmente como "Casa da Dinda" em razão das negociadas que ali existiam, numa irônica alusão à residência de um ex-Presidente da República.

Assim, agindo em concurso homogêneo de vontades e sempre com divisão de tarefas, passaram os agentes municipais a exigir, de forma continuada, em razão das funções por eles exercidas, vantagens indevidas consistentes em dinheiro, a fim de não molestarem os camelôs e ambulantes, atividade esta que perdurou até 29 de janeiro de 199, data em que APARECIDA MARTINS SANTIAGO e ADRIANO MARTINS SANTIAGO foram presos em flagrante quando faziam a coleta semanal de dinheiro decorrente das aludidas exigência.

É certo que a organização do bando pressupunha a conferência do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dinheiro "arrecadado" e o posterior rateio dos montantes obtidos entre os agentes municipais, os camelôs que ajudavam na coleta do dinheiro criminosamente conseguido Hanna Gharib, que tinha parte fixa do dinheiro criminosamente conseguido, até porque seu cartão de visita era usado como uma espécie de salvo-conduto para evitar as apreensões.

Os ora denunciados ANTÔNIO LIBÂNIO DE MELO e IEDA MASCARENHAS DE SOUZA BARBOSA, trabalhando diretamente no Gabinete do então vereador Hanna Garib e também nos comitês eleitorais do referido político, ficavam encarregados de receber o dinheiro da propina, que era trazido pelos funcionários público Municipais e eventualmente por membros das associações classistas dos comerciantes informais.

Assim é que a organização criminosa engendrada pelos ora denunciados e seus comparsas propiciou a efetiva prática de inúmeros delitos, como os a seguir narrados:

(...)

6. Consta dos anexos autos de inquérito policial a partir de data indeterminada e até 29 de janeiro de 1999, membros do SALVIP - Setor ou Supervisão das Atividades em Logradouros e Vias Públicas, na Administração Regional da Sé, dentre os quais ANTÔNIO ALBERTO ALVES, contando com a efetiva cobertura e colaboração dos ora denunciados, e de JOÃO BENTO DOS SANTOS, Administrador Regional da Sé, por força da associação criminosa descrita no item nº 1, em concurso homogêneo de vontades, e sempre com divisão de tarefas passaram a exigir de Nelson Augustaitis, usuário de vários pontos de comércio informal no centro da cidade, para si e para outrem, direta e indiretamente, na função e fora dela, vantagem indevida consiste em dinheiro.

Segundo se apurou, Nelson Augustaitis dedicava-se ao ramo de vendas de cachorros quentes, possuindo vários carrinhos circulando pelo centro da cidade para efetuar suas vendas, das quais normalmente eram encarregados deficientes físicos.

Ocorre que os carrinhos de propriedade de Nelson passaram a ser apreendidos pelo "rapa dos fiscais" com muita frequência, o que trazia sérias perdas de mercadorias, dada a perecibilidade dos ingredientes usados. Assim, visando diminuir o número de apreensões Nelson procurou Antônio Alberto Alves, encarregado do depósito de mercadorias apreendidas da Administração Regional da Sé, local conhecido popularmente como "Casa da Dinda" (em razão das negociatas que ali existiam, numa irônica alusão à residência de um ex-Presidente da República), sendo certo que Antônio Alberto exigiu do comerciante informal o pagamento de quantias semanais para a efetiva liberação dos carrinhos apreendidos, sendo que o montante exigido chegou, em algumas ocasiões, à cada de R\$ 2.000,00 semanais.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Contudo, nem o pagamento de tão elevada quantia fez com que deixasse de ser apreendido um grande número de carrinhos de cachorro quente pertencentes a Nelson, o que causou revolta ao comerciante, o qual, em meados de dezembro de 1998, resolveu expor a situação ao Administrador Regional da Sé, João Bento dos Santos Filho.

Ao ir ter com João Bento, Nelson foi surpreendido pelo fato de o então vereador Hanna Gharib encontrar-se nas dependências da Administração Regional da Sé, juntamente com João Bento. Aproveitando o ensejo, Nelson expôs a situação a ambos, sendo certo que Antônio Alberto foi chamado e confirmou que as coisas se passavam da maneira narrada por Nelson.

Após isto Nelson foi comunicado que deveria pagar "somente" R\$ 500,00 semanalmente a Antônio Alberto, tendo passado a poder administrar com mais folga as apreensões de seus carrinhos e mercadorias, que diminuíram substancialmente. Observe-se que Antônio Alberto foi condenado em primeiro instância por ter participado de rateios de dinheiro extorquido de camelôs e ambulantes pelos membros da quadrilha mencionada no item nº1.

Embora tenha presenciado o diálogo acerca do pagamento da propina entre Hanna Gharib, Antônio Alberto e Nelson, o então Administrador Regional da Sé, João Bento dos Santos Filho, não tomou qualquer providência para evitar que persistisse a situação de extorsão ao comerciante, em evidente demonstração de seu envolvimento no esquema criminoso.

7) Consta dos anexos autos de inquérito policial a partir de data indeterminada, entre os meses de outubro e novembro de 1995, por força da associação criminosa descrita no item nº1, o ora denunciado HANNA GHARIB passou a exigir de comerciantes informais que atuavam na Rua General Carneiro, XV de Novembro, José Bonifácio e Praça da Sé, no centro da cidade, para si e para outrem, direta e indiretamente, na função e fora dela, vantagens indevidas.

Segundo apurou-se, na ocasião dos fatos os comerciantes informais que atuavam nos logradouros públicos acima descritos passaram a sofrer apreensões diárias de suas mercadorias e instrumentos de trabalho pelo "rapa dos fiscais". Diante das perdas originadas por tal situação, os ambulantes e camelôs deliberaram procurar a ajuda de Luz Antônio da Silva, vulgo "Lula", a fim de que esse procurasse os responsáveis pela fiscalização, a fim de que se negociasse uma trégua nas apreensões.

Encarregado de tal tarefa, "Lula" deliberou procurar o vereador Hanna Gharib, pois sabia que este realmente "mandava" na AR-SÉ.

Assim, em conversação com Hanna Gharib, este exigiu de "Lula" que lhe fossem pagos R\$ 3.000,00 semanais pelos comerciantes informais, a fim de que cessassem os problemas com o "rapa dos fiscais". A exigência foi considerada excessiva pelo representante dos camelôs e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ambulantes, tendo ficado acertado, então, que "Lula" ficaria encarregado de entregar R\$ 2.000,00, semanalmente, ao então vereador, no gabinete do edil na Câmara Municipal, o que realmente passou a ocorrer durante um período de seis semanas, até que o vereador determinou que cessassem os pagamentos "porque estava sendo instaurada uma C.P.I". Note-se que a prática dos delitos acima mencionados levou a um grande aumento patrimonial do ex-vereador e deputado estadual cassado, conforme deixa claro estudo acostado às fls. 5679/5703 dos anexos autos de inquérito policial.

Diante do exposto, denunciemos a Vossa Excelência HANNA GHARIB, ANTONIO LIBÂNIO DE MELO e IEDA MASCARENHAS DE SOUZA BARBOSA, como incurso no artigo 288, "caput", artigo 316 (em seis séries de delitos continuados, estas em concurso material), c/c artigos 29, todos do Código Penal, bem assim ANTÔNIO ALBERTO ALVES e JOÃO BENTO DOS SANTOS FILHO, como incurso no artigo 316, c.c 29 e 69, todos do Código Penal (tendo em vista que os dois últimos já foram denunciados por formação de bando ou quadrilha em outros processos em curso perante esse MM. Juízo). (...)

Assim, não há falar em inépcia da denúncia, uma vez apta a deflagrar a ação penal no caso vertente, revelando-se irrepreensível o acórdão impugnado no ponto.

2) Violação dos arts 59 e 71 do Código Penal e 381, III e 564, III, "m" e 387, II e III do CPP quanto à fixação da pena-base acima do mínimo legal, e não reconhecimento da continuidade delitiva. Pugna-se pela declaração de nulidade da sentença condenatória em face da ausência de individualização das circunstâncias judiciais isoladamente para cada réu e afastamento da agravante do art. 61, II, "g", (abuso de poder), por se tratar de elementar do tipo penal da concussão.

Inicialmente quanto ao tema da continuidade delitiva, verifico que o Tribunal de origem não se pronunciou sobre o tema, mormente não ter sido instado a tanto. Assim, inviável o exame da matéria em sede de recurso especial, à míngua do necessário prequestionamento.

Ademais, extraio da sentença condenatória o seguinte excerto:

Analizando-se os crimes descritos na denúncia, verificam-se a prática comprovada de concussão em relação aos ambulantes da Rua Santa Ifigênia, em relação aos ambulantes da Rua 25 de Março, em relação aos membros da Associação dos Camelôs Independentes de São Paulo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(Viaduto Santa Ifigênia), em relação aos comerciantes regulares do Brás e em relação aos acusado de nome Nelson Augustaitis, ou seja, de cinco locais diversos, envolvendo vítimas diferentes em cada um dos locais. Porém, embora haja a informação de que, em cada um dos locais, a exigência era contínua e semanal, ao longo de anos, não existe a fixação, com precisão, de quantas vezes foram exigidas, ao longo dos anos, as vantagens pecuniárias indevidas, razão pela qual será considerada apenas a prática de um crime contra cada um dos grupos de vítimas diferentes, por ser a medida de interpretação mais coerente e benéfica para os acusados.

Ao contrário do que pretende o Ministério Público, a descrição dos crimes de concussão não representa continuação delitiva, mas sim reiteração criminosa, mostrando um estilo de vida e, com isso, configurando-se o concurso material de crimes e não a continuação delitiva, incompatível com a conduta apurada e com a reprovação criminal, razão pela qual é aplicado o disposto no artigo 383, do Código de Processo Penal para ser reconhecido o concurso material. (fl. 7939)

Desta forma, uma vez comprovada nas instâncias ordinárias a habitualidade da prática criminosa, desconstituir tal entendimento e, de igual modo, analisar o preenchimento dos requisitos objetivos (mesmas condições de tempo, espaço e **modus operandi**) e subjetivo (unidade de desígnios) necessários à configuração da continuidade delitiva, são medidas vedadas em sede de recurso especial, pois o exame da pretensão esbarra no óbice da Súmula n.º 7/STJ.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. CONTINUIDADE DELITIVA. UNIFICAÇÃO DAS PENAS. ART. 71 DO CP. REITERAÇÃO CRIMINOSA. NÃO PREENCHIMENTO REQUISITOS LEGAIS.

I - Na hipótese dos autos, comprovado que o paciente faz da prática criminosa uma habitualidade, não há como reconhecer a continuidade delitiva entre os delitos de roubo. Qualquer entendimento em sentido contrário, demandaria o revolvimento de matéria fático-probatória, inviável na via eleita (Precedentes).

II - "O entendimento desta Corte é no sentido de que a reiteração criminosa indicadora de delinquência habitual ou profissional é suficiente para descaracterizar o crime continuado" (STF - RHC 93144/SP, 1ª Turma, Rel. Ministro Menezes de Direito, DJU de 09/05/2008).

Ordem denegada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 103.933/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 04/09/2008, DJe 03/11/2008)

PENAL. RECURSO ESPECIAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ABSOLVIÇÃO.

ACÓRDÃO RECORRIDO ASSENTADO EM DUPLO FUNDAMENTO. RECURSO QUE NÃO IMPUGNA TODOS OS FUNDAMENTOS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PLURALIDADE DE CRIMES. CONTINUIDADE DELITIVA. REQUISITOS DE ORDEM OBJETIVA E SUBJETIVA. AUSÊNCIA DE HOMOGENEIDADE ENTRE OS DELITOS E DE UNIDADE DE DESÍGNIOS. CARACTERIZAÇÃO DE REITERAÇÃO CRIMINOSA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO.

.....
2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de que, para caracterizar a continuidade delitiva, é necessário o preenchimento de requisitos de ordem objetiva e subjetiva.

3. Constatada a mera reiteração, em que as condutas criminosas são autônomas e isoladas, afasta-se a idéia de continuidade delitiva para se acolher a tese da habitualidade ou profissionalismo na prática de crimes, circunstância que merece um tratamento penal mais rigoroso, tendo em vista o maior grau de reprovabilidade.

4. Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido para redimensionar a pena do réu, nos termos da fundamentação.

(REsp 742.402/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 27/09/2007, DJ 22/10/2007 p. 347)

Entretanto, quanto à sustentada ofensa ao art. 59 do Código Penal, acerca da ausência de fundamentação para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, entendo assistir razão aos recorrentes. Colhe-se da sentença condenatória de fls. 7.940, **verbis**:

Analizando os elementos norteadores previstos nos artigos 59 e 60, ambos do Código Penal, em especial a gravidade das condutas e repercussão negativa para a imagem do Estado em relação ao cidadão pagador de tributos, fixam-se as penas básica 1/2 acima do patamar mínimo legal, ou seja:

Para os acusados Hanna Gharib e Antônio Libânio de Melo em 2(dois) anos de reclusão pelo crime de quadrilha e 3 (três) anos de reclusão e 15 dias (quinze) dias multa para cada um dos crimes de concussão;

Para os acusados João Bento dos Santos Filho e Antônio Alberto Alves



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em 3 (três) anos de reclusão e 15(quinze) dias multa para cada um dos crimes de concussão.

Por força da agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea "g", do Código Penal, aumentam-se as penas básicas em 1/6, as quais passam a ser de:

Para os acusados Hanna Gharib e Antônio Libânio de Melo em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão pelo crime de quadrilha e 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 17 (dezesete) dias multa para cada um dos crimes de concussão;

Para os acusados João Bento dos Santos Filho e Antônio Alberto Alves em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 17 (dezesete) dias multa para um dos crimes de concussão.

A teor da jurisprudência deste Superior Tribunal, a pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, em observância ao princípio do livre convencimento fundamentado, não podendo a pena ser estabelecida acima do mínimo legal com supedâneo em integrantes do próprio tipo penal.

No caso, a sentença condenatória, ao proceder à exacerbação da pena-base dos réus, o fez com esteio na gravidade das condutas e repercussão negativa dos delitos para o Estado. O Tribunal **a quo** ratificou o **decisum**, o que não se coaduna com o entendimento desta Corte. Máxime no caso vertente, em que se apura delito de concussão, que figura no rol de crimes contra a Administração Pública, os quais trazem como sujeito passivo direto o próprio Estado.

De igual modo, merece guarida a insurgência quanto à inaplicabilidade da agravante prevista no artigo 61, II, "g" do Código Penal. Em que pese a ausência do necessário prequestionamento, uma vez que não submetida a questão à análise do Tribunal **a quo**, a medida comporta concessão de **habeas corpus** de ofício, ante o reconhecimento de inegável constrangimento ilegal.

Com efeito, a circunstância de os recorrentes terem agido com abuso de poder ou violação de dever inerente ao seu cargo é integrante do tipo penal pelo qual foram condenados. Tratando-se de crime no qual o funcionário público se vale da sua função para constranger o particular e assim exigir direta ou indiretamente, para si ou para outrem, vantagem indevida, entende-se que a vítima cede à tal exigência em consequência do abuso de poder e violação de dever exercido pelo agente na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condição de funcionário público.

Nesse sentido, ensina Júlio Fabbrini Mirabete:

*A conduta típica é exigir, impor como obrigação, ordenar, reclamar vantagem indevida, aproveitando-se o agente do 'metus publicae potestatis', ou seja, do temor de represálias a que fica constrangida a vítima. Não é necessário que se faça a promessa de um mal determinado; basta o temor genérico que a autoridade inspira, que influa na manifestação volitiva do sujeito passivo. Há um constrangimento pelo abuso de autoridade por parte do agente. MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código penal interpretado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 1.709.*

Colha-se, a propósito, julgado deste Superior Tribunal:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS . PECULATO. ART. 514 DO CPP. NULIDADE RELATIVA. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. OBSERVÂNCIA RIGOROSA DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. AGRAVANTE. CIRCUNSTÂNCIA ELEMENTAR DO TIPO PENAL. BIS IN IDEM. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA NÃO RECONHECIDA. PERDA DE CARGO PÚBLICO. MATÉRIA CUJA ANÁLISE NÃO COMPORTA A VIA ELEITA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, CONCEDIDA EM PARTE.

.....
2. Quanto à fixação da pena-base, não obstante tenha o magistrado singular feito menção à gravidade em abstrato dessa espécie delitiva – crimes contra a administração pública –, trouxe elementos concretos que justificam a exacerbação da pena-base, tais como a culpabilidade intensa, as circunstâncias em que foi cometido o delito (modus operandi), bem como as suas consequências, ressaltando o volume dos recursos apropriados indevidamente pelo paciente, bem como o elevado espaço de tempo em que cometido o delito.

3. **Há bis in idem na hipótese em comento, uma vez que o juiz sentenciante considerou como circunstância agravante o fato de o crime ter sido praticado com "violação de dever inerente a cargo" (art. 61, inciso II, alínea g, segunda parte, do Código Penal), o que configura elementar do tipo previsto no art. 312 do Código Penal.**

.....
6. Impetração conhecida em parte e, nessa extensão, parcialmente concedida tão-somente para redimensionar a pena do paciente em 4 (quatro) anos de reclusão, no regime aberto, e a 120 (cento e vinte)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dias-multa. (HC 57473/PI, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJ 12/03/2007)

Assim, de rigor a extirpação da majorante do art. 61, II, "g" do Código Penal do cômputo da pena dos recorrentes, em atenção ao princípio do **non bis in idem**.

Ressalte-se que o reconhecimento do vício na individualização da pena aponta tão-somente para a nulidade parcial da sentença, não havendo falar em nulidade do juízo condenatório quanto à sua validade e eficácia, como aduz o recorrente. Dito isso, passo a redimensionar as penas:

Para o recorrente **HANNA GHARIB**:

Decotado o aumento da pena-base como operado em Primeiro Grau pela ausência de fundamentação, fixo a pena inicial em 1 (um) ano de reclusão pelo crimes de formação de quadrilha e 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, para cada crime de concussão. Inexistentes atenuantes, decisão contra a qual não se insurge o recorrente e afastada a agravante prevista no art. 61, II, "g" do Código Penal, bem como ausentes causas especiais de aumento e diminuição de pena, ficam as reprimendas estabelecidas nesse patamar.

Em face do concurso material dos crimes, fica a reprimenda definitiva em 11 (onze) anos de reclusão e 50 (cinquenta) dias-multa, em regime inicial fechado, mantidas as demais cominações da sentença.

Ante a redução da reprimenda e descontado o aumento decorrente do concurso de crimes, há de se reconhecer, de ofício, a ocorrência da extinção da punibilidade pela prescrição.

Considerando a publicação da sentença condenatória (25/05/2004) como o último marco interruptivo da contagem do prazo prescricional, e tendo transcorrido, desde então, lapso temporal superior a 04 (quatro) anos, fulminada está a pretensão punitiva estatal, **ex vi** dos arts. 107, inciso IV, e 109, inciso V, ambos do Código Penal.

Ressalte-se que a alteração promovida pela Lei 11.596/07, de 29 de novembro de 2007, que deu nova redação ao inciso IV do citado art. 117 do Código Penal, não se aplica a fatos pretéritos, sob pena de violação ao art. 5º, XL, da Constituição da República.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Para o recorrente **JOÃO BENTO DOS SANTOS FILHO**:

Afastado o aumento da pena-base como operado em Primeiro Grau pela ausência de fundamentação, fixo a pena inicial pelo crime de concussão no mínimo legal, 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa para cada crime de concussão. Inexistentes atenuantes, decisão contra a qual não se insurge o recorrente e afastada a agravante prevista no art. 61, II, "g" do Código Penal, bem como ausentes causas especiais de aumento e diminuição de pena, ficam as reprimendas estabelecidas nesse patamar.

Diante do concurso material dos crimes fica a reprimenda definitiva em 10 anos de reclusão e 50 dias-multa, em regime inicial fechado, mantidas as demais cominações da sentença.

Ante a redução da reprimenda, e descontado o aumento decorrente do concurso de crimes, há de se reconhecer de ofício, a ocorrência da extinção da punibilidade pela prescrição.

Considerando a publicação da sentença condenatória (25/05/2004) como o último marco interruptivo da contagem do prazo prescricional, e tendo transcorrido, desde então, lapso temporal superior a 04 (quatro) anos, resta fulminada a pretensão punitiva estatal **ex vi** dos arts. 107, inciso IV e 109, inciso V, ambos do Código Penal.

Diante do exposto, dou parcial provimento aos recursos especiais para, reconhecendo a nulidade da sentença no ponto em que exacerbou a pena-base dos recorrentes sem fundamentação e afastada a agravante do art. 61, II, "g", do Código Penal, fixar, definitivamente, a pena dos recorrentes HANNA GHARIB e JOÃO BENTO DOS SANTOS FILHO, respectivamente, em 11 (onze) anos de reclusão e 50 (cinquenta) dias-multa e 10 (dez) anos de reclusão e 50 (cinquenta) dias-multa, mantidas as demais cominações da sentença.

Ante a redução da reprimenda e descontado o aumento decorrente do concurso de crimes, reconheço de ofício, a ocorrência da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, nos termos do art. 109, V, c/c os arts. 110, § 1º, e 119, todos do Código Penal.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2008/0155474-1

REsp 1073085 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10602000 50990948419 9566013

PAUTA: 22/09/2009

JULGADO: 22/09/2009

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NILSON NAVES**

Subprocurador-Geral da República
(AUSENTE)

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : HANNA GHARIB
ADVOGADO : EUGÊNIO CARLO BALLIANO MALAVASI
RECORRENTE : JOÃO BENTO DOS SANTOS FILHO
ADVOGADO : ANTÔNIO GERALDO DE CASTRO E SILVA E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Praticados por Funcionários Públicos Contra a Administração em
Ge - Concussão

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). **EUGÊNIO CARLO BALLIANO MALAVASI**, pela parte RECORRENTE: **HANNA GHARIB**

Dr(a). **MAURÍCIO HEITOR ROSSI DE CASTRO E SILVA**, pela parte RECORRENTE: **JOÃO BENTO DOS SANTOS FILHO**

CERTIDÃO

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

"Em questão de ordem, decidi a Turma pela prevenção do atual Relator. Após o voto do Sr. Ministro Relator, de um lado, dando provimento em parte a ambos os recursos especiais, e, de outro, extinguindo a punibilidade dos fatos pela prescrição da pretensão punitiva, pediu vista antecipadamente a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Aguardam os Srs. Ministros Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) e Nilson Naves."

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 22 de setembro de 2009

ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA
Secretário



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.073.085 - SP (2008/0155474-1)

RELATOR : MINISTRO OG FERNANDES
RECORRENTE : HANNA GHARIB
ADVOGADO : EUGÊNIO CARLO BALLIANO MALAVASI
RECORRENTE : JOÃO BENTO DOS SANTOS FILHO
ADVOGADO : ANTÔNIO GERALDO DE CASTRO E SILVA E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO-VISTA

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Na sessão de 22 de setembro próximo passado, pedi vista dos autos para analisar questões relativas à violação do art. 59 e 61, II, g (agravante do abuso de poder), do Código Penal.

Na oportunidade, o eminente relator considerou violada a norma em questão, notadamente porque não restou fundamentada a sentença condenatória no ponto atinente ao aumento da pena-base acima do mínimo legal e, quanto à aplicação da agravante do art. 61, II, g, do CP, consignou tratar-se de *bis in idem*.

Para o fim de consulta, veja-se o teor da manifestação de Sua Excelência:

“Entretanto, quanto à sustentada ofensa ao art. 59 do Código Penal, acerca da ausência de fundamentação para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, entendo assistir razão aos recorrentes. Colhe-se da sentença condenatória de fls. 7.940, verbis:

Analisando os elementos norteadores previstos nos artigos 59 e 60, ambos do Código Penal, em especial a gravidade das condutas e repercussão negativa para a imagem do Estado em relação ao cidadão pagador de tributos, fixam-se as penas básicas 1/2 acima do patamar mínimo legal, ou seja:

Para os acusados Hanna Gharib e Antônio Libânio de Melo em 2(dois) anos de reclusão pelo crime de quadrilha e 3 (três) anos de reclusão e 15 dias (quinze) dias multa para cada um dos crimes de concussão;

Para os acusados João Bento dos Santos Filho e Antônio Alberto Alves em 3 (três) anos de reclusão e 15(quinze) dias multa para cada um dos crimes de concussão.

Por força da agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea "g", do Código Penal, aumentam-se as penas básicas em 1/6, as quais passam a ser de:

Para os acusados Hanna Gharib e Antônio Libânio de Melo em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão pelo crime de quadrilha e 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 17 (dezesete) dias multa para cada um dos crimes de concussão;

Para os acusados João Bento dos Santos Filho e Antônio Alberto Alves em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 17 (dezesete) dias multa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para um dos crimes de concussão.

A teor da jurisprudência deste Superior Tribunal, a pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, em observância ao princípio do livre convencimento fundamentado, não podendo a pena ser estabelecida acima do mínimo legal com supedâneo em integrantes do próprio tipo penal.

No caso, a sentença condenatória, ao proceder à exacerbação da pena-base dos réus, o fez com esteio na gravidade das condutas e repercussão negativa dos delitos para o Estado. O Tribunal **a quo** ratificou o **decisum**, o que não se coaduna com o entendimento desta Corte. Máxime no caso vertente, em que se apura delito de concussão, que figura no rol de crimes contra a Administração Pública, os quais trazem como sujeito passivo direto o próprio Estado.

De igual modo, merece guarida a insurgência quanto à inaplicabilidade da agravante prevista no artigo 61, II, "g" do Código Penal. Em que pese a ausência do necessário prequestionamento, uma vez que não submetida a questão à análise do Tribunal **a quo**, a medida comporta concessão de **habeas corpus** de ofício, ante o reconhecimento de inegável constrangimento ilegal.

Com efeito, a circunstância de os recorrentes terem agido com abuso de poder ou violação de dever inerente ao seu cargo é integrante do tipo penal pelo qual foram condenados. Tratando-se de crime no qual o funcionário público se vale da sua função para constranger o particular e assim exigir direta ou indiretamente, para si ou para outrem, vantagem indevida, entende-se que a vítima cede à tal exigência em consequência do abuso de poder e violação de dever exercido pelo agente na condição de funcionário público.

Nesse sentido, ensina Júlio Fabbrini Mirabete:

A conduta típica é exigir, impor como obrigação, ordenar, reclamar vantagem indevida, aproveitando-se o agente do 'metus publicae potestatis', ou seja, do temor de represálias a que fica constrangida a vítima. Não é necessário que se faça a promessa de um mal determinado; basta o temor genérico que a autoridade inspira, que influa na manifestação volitiva do sujeito passivo. Há um constrangimento pelo abuso de autoridade por parte do agente. MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código penal interpretado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 1.709.

Colha-se, a propósito, julgado deste Superior Tribunal:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS . PECULATO. ART. 514 DO CPP. NULIDADE RELATIVA. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. OBSERVÂNCIA RIGOROSA DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. AGRAVANTE. CIRCUNSTÂNCIA ELEMENTAR DO TIPO PENAL. BIS IN IDEM. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA NÃO RECONHECIDA. PERDA DE CARGO PÚBLICO. MATÉRIA CUJA ANÁLISE NÃO COMPORTA A VIA ELEITA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EXTENSÃO, CONCEDIDA EM PARTE.

.....
.....
2. Quanto à fixação da pena-base, não obstante tenha o magistrado singular feito menção à gravidade em abstrato dessa espécie delitiva – crimes contra a administração pública –, trouxe elementos concretos que justificam a exacerbação da pena-base, tais como a culpabilidade intensa, as circunstâncias em que foi cometido o delito (modus operandi), bem como as suas conseqüências, ressaltando o volume dos recursos apropriados indevidamente pelo paciente, bem como o elevado espaço de tempo em que cometido o delito.

3. **Há bis in idem na hipótese em comento, uma vez que o juiz sentenciante considerou como circunstância agravante o fato de o crime ter sido praticado com "violação de dever inerente a cargo" (art. 61, inciso II, alínea g, segunda parte, do Código Penal), o que configura elementar do tipo previsto no art. 312 do Código Penal.**

.....
6. Impetração conhecida em parte e, nessa extensão, parcialmente concedida tão-somente para redimensionar a pena do paciente em 4 (quatro) anos de reclusão, no regime aberto, e a 120 (cento e vinte) dias-multa. (HC 57473/PI, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJ 12/03/2007)

Assim, de rigor a extirpação da majorante do art. 61, II, "g" do Código Penal do cômputo da pena dos recorrentes, em atenção ao princípio do **non bis in idem**.

Ressalte-se que o reconhecimento do vício na individualização da pena aponta tão-somente para a nulidade parcial da sentença, não havendo falar em nulidade do juízo condenatório quanto à sua validade e eficácia, como aduz o recorrente. Dito isso, passo a redimensionar as penas:

Para o recorrente **HANNA GHARIB**:

Decotado o aumento da pena-base como operado em Primeiro Grau pela ausência de fundamentação, fixo a pena inicial em 1 ano de reclusão pelo crimes de formação de quadrilha e 2 anos de reclusão e 10 dias-multa, para cada crime de concussão. Inexistentes atenuantes, decisão contra a qual não se insurge o recorrente e afastada a agravante prevista no art. 61, II, "g" do Código Penal, bem como ausentes causas especiais de aumento e diminuição de pena, ficam as reprimendas estabelecidas nesse patamar.

Em face do concurso material dos crimes, fica a reprimenda definitiva em 11 anos de reclusão e 50 dias-multa, em regime inicial fechado, mantidas as demais cominações da sentença.

Ante a redução da reprimenda e descontado o aumento decorrente do concurso de crimes, há de se reconhecer, de ofício, a ocorrência da extinção da punibilidade pela prescrição.

Considerando a publicação da sentença condenatória (25/05/2004) como o último marco interruptivo da contagem do prazo prescricional, e tendo transcorrido, desde então, lapso temporal superior a 04 (quatro) anos, fulminada está a pretensão punitiva estatal, **ex vi** dos arts. 107, inciso IV e 109, inciso V, ambos do Código Penal.

Ressalte-se que a alteração promovida pela Lei 11.596/07, de 29 de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

novembro de 2007, que deu nova redação ao inciso IV do citado artigo 117 do Código Penal, não se aplica a fatos pretéritos, sob pena de violação ao artigo 5º, XL, da Constituição da República.

Para o recorrente **JOÃO BENTO DOS SANTOS FILHO**:

Afastado o aumento da pena-base como operado em Primeiro Grau pela ausência de fundamentação, fixo a pena inicial pelo crime de concussão no mínimo legal, 2 anos de reclusão e 10 dias-multa para cada crime de concussão. Inexistentes atenuantes, decisão contra a qual não se insurge o recorrente e afastada a agravante prevista no art. 61, II, "g" do Código Penal, bem como ausentes causas especiais de aumento e diminuição de pena, ficam as reprimendas estabelecidas nesse patamar.

Diante do concurso material dos crimes fica a reprimenda definitiva em 10 anos de reclusão e 50 dias-multa, em regime inicial fechado, mantidas as demais cominações da sentença.

Ante a redução da reprimenda, e descontado o aumento decorrente do concurso de crimes, há de se reconhecer de ofício, a ocorrência da extinção da punibilidade pela prescrição.

Considerando a publicação da sentença condenatória (25/05/2004) como o último marco interruptivo da contagem do prazo prescricional, e tendo transcorrido, desde então, lapso temporal superior a 04 (quatro) anos, resta fulminada a pretensão punitiva estatal **ex vi** dos arts. 107, inciso IV e 109, inciso V, ambos do Código Penal.

Diante do exposto, dou parcial provimento aos recursos especiais para, reconhecendo a nulidade da sentença no ponto em que exacerbou a pena-base dos recorrentes sem fundamentação e afastada a agravante do art. 61, II, "g" do Código Penal, fixar, definitivamente, a pena dos recorrentes HANNA GHARIB e JOÃO BENTO DOS SANTOS FILHO, respectivamente, em 11 anos de reclusão e 50 dias-multa e 10 anos de reclusão e 50 dias-multa, mantidas as demais cominações da sentença.

Ante a redução da reprimenda e descontado o aumento decorrente do concurso de crimes, reconheço de ofício, a ocorrência da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, nos termos do art. 109, V, c/c os arts. 110, § 1º, e 119, todos do Código Penal."

Analisando o contexto do recurso e da decisão ora analisada, com a devida vênia do Ilustre Relator, penso que a questão deva compreender, nos pontos aludidos, a outra ordem de conclusão.

Primeiro, divirjo do eminente Relator no que diz respeito à aplicação da pena base acima do mínimo legal.

Sem dúvida, a fundamentação do Juízo Singular não pode ser considerada um primor de prestação jurisdicional. Porém, conquanto sucinta, tenho-na justificada nas peculiaridades do caso concreto, que, de fato, envolve trama delituosa excessiva, contundente e especialmente grave, notadamente no tocante à reiteração de condutas e intimidação de pessoas em várias localidades de comércio, e porque não dizer, principais locais de comércio popular de São Paulo (Rua Santa Efigênia, 25 de Março e outros); visando a vantagem indevida.

A propósito, o voto do Ilustre Relator, em temas que não ouse divergir,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

destacou do acórdão e da sentença:

“A denúncia narrou e ficou demonstrado no curso do processo crime que havia um modo de operação engendrado e com participação dos apelantes para recebimento de vantagens pecuniárias ou materiais, que incluía omissão de agentes do funcionalismo público e de pessoa estranha ao quadro, mas que colaborando com o modo de agir, tinha influência no sucesso da empreitada.

Desse modo se desenvolveram apurações em várias esferas, que estão representadas nos documentos que compõe os volumes do nº1 até o nº 32, aproximadamente, sem prejuízo de juntadas posteriores. (fl. 8346)

(...)”

“Analisando-se os crimes descritos na denúncia, verificam-se a prática comprovada de concussão em relação aos ambulantes da Rua Santa Ifigênia, em relação aos ambulantes da Rua 25 de Março, em relação aos membros da Associação dos Camelôs Independentes de São Paulo (Viaduto Santa Ifigênia), em relação aos comerciantes regulares do Brás e em relação aos acusado de nome Nelson Augustaitis, ou seja, de cinco locais diversos, envolvendo vítimas diferentes em cada um dos locais. Porém, embora haja a informação de que, em cada um dos locais, a exigência era contínua e semanal, ao longo de anos, não existe a fixação, com precisão, de quantas vezes foram exigidas, ao longo dos anos, as vantagens pecuniárias indevidas, razão pela qual será considerada apenas a prática de um crime contra cada um dos grupos de vítimas diferentes, por ser a medida de interpretação mais coerente e benéfica para os acusados.

Ao contrário do que pretende o Ministério Público, a descrição dos crimes de concussão não representa continuação delitiva, mas sim reiteração criminosa, mostrando um estilo de vida e, com isso, configurando-se o concurso material de crimes e não a continuação delitiva, incompatível com a conduta apurada e com a reprovação criminal, razão pela qual é aplicado o disposto no artigo 383, do Código de Processo Penal para ser reconhecido o concurso material. (fl. 7939”)

Dentro dessa realidade, tenho que a referência da fundamentação no apenamento base tem por substrato considerações do caso concreto que são naturalmente do contexto da condenação.

Então, quando o Juiz sentenciante noticia “*a gravidade das condutas e a repercussão negativa para a imagem do Estado*”, tais circunstâncias devem compor o campo semântico da construção, porque não é possível ler o presente caderno processual (*quod est in actis*), sem concluir por exigência de reprovação em maior escala.

Esta me parece ser a justificativa da sentença: não se trata de mero crime de concussão, mas de conduta grave, envolvendo vários setores e intensa trama delituosa.

Sendo assim, a apenação acima do mínimo, repita-se, a despeito de talhar motivação objetiva, compreendeu a justa repreensão ao delito cometido, não sendo o caso de rever a decisão condenatória, senão em sede de cognição probatória.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sobre questão semelhante já decidiu esta Sexta Turma:

“PENAL. HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. DOSIMETRIA DE PENA.

FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. QUANTUM RAZOÁVEL PARA AS CIRCUNSTÂNCIAS EM QUE FOI PRATICADO O CRIME. DECISÃO MANTIDA. ORDEM DENEGADA.

Inexiste ilegalidade, a ensejar a concessão do writ, no acórdão confirmatório de sentença que, fundamentadamente, e tendo em vista as circunstâncias judiciais elencadas no art. 59, do Código Penal, serem desfavoráveis, mantém, em patamar razoável, acima do mínimo legal, a pena-base para o delito praticado.

A intensidade do dolo é circunstância a ser valorada na fixação da pena-base, porquanto diz com o juízo de reprovação ou censura da conduta, que deve ser graduada no momento da individualização da reprimenda.

Habeas Corpus DENEGADO.” (HC 42.301/RJ, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, julgado em 30/05/2006, DJ 01/08/2006 p. 550)

De igual modo, a Quinta Turma:

“PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTE E ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL.

AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS LEGAIS QUE REGEM A MATÉRIA. ORDEM DENEGADA.

1. Eventual constrangimento ilegal na aplicação da pena, passível de ser sanado por meio de habeas corpus, depende, necessariamente, da demonstração inequívoca de ofensa aos critérios legais que regem a dosimetria da resposta penal, de ausência de fundamentação ou de flagrante injustiça.

2. Malgrado haja certa discricionariedade na fixação da pena-base, a sua exasperação acima do mínimo deve ser devidamente fundamentada, sob pena de nulidade (art. 93, X, CF).

3. No caso, observa-se que a sentença encontra-se adequadamente fundamentada no dado concreto de que o paciente praticou o delito na condição de agente público, detentor de cargo de policial civil, mostrando-se altamente reprovável a conduta praticada.

4. Não há falar, portanto, em ausência de fundamentação idônea a respaldar o aumento da pena-base. Destarte, sua fixação acima do mínimo legal mostra-se proporcional à necessária reprovação e prevenção do crime.

5. Ordem denegada.” (HC 83.478/MG, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 11/11/2008, DJe 01/12/2008)

Dessa maneira, não entendo que a motivação do MM. Juiz de primeiro grau violou a previsão do art. 59 do CP, na medida em que não há a utilização de elementos do tipo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para agravar a pena base.

O que se afirma e é comprovado no processo é que, no caso concreto, o crime demanda maior reprovação porque especialmente grave.

Sendo assim, é de ser mantida a pena acima do mínimo legal, com uma correção no tocante ao *quantum* de aumento pelo crime de quadrilha.

Segundo o transcrito trecho da sentença, o magistrado singular erigiu como parâmetro de majoração $\frac{1}{2}$ do mínimo legal, o que levaria ao aumento de 1 ano no crime de concussão (mínimo legal de 2 anos) e a 6 meses no crime de quadrilha (mínimo legal de 1 ano).

Ocorre que, em relação à pena deste último, o aumento resultou em patamar fixo de 1 (um) ano, devendo obter, no caso, em razão da flagrante desproporcionalidade, a devida redução para metade do mínimo legal: 6 meses de reclusão.

Concluindo este tópico, ficam mantidas as penas bases, em relação a todos os réus, nos crimes de concussão, em 3 anos de reclusão, enquanto que, em relação ao crime de quadrilha, a pena base deve ser fixada em 1 ano e 6 meses de reclusão.

Já com relação ao outro item de exame no pedido de vista, também ousou divergir em parte do relator.

Disse Sua Excelência, que a agravante do abuso de poder (art. 61, II, “g”, do CP) não prevalece, sob pena de *bis in idem*, quando o tipo penal pressupõe a violação do dever funcional, na vertente do abuso.

Quanto a isso não tenho dúvida. O tipo penal do crime de concussão traz em seu contexto a conduta praticada com abuso de poder ou violação de dever próprio à função, sendo que tal circunstância não poderia ser levada em conta para majorar a pena pela presença de eventual agravante.

Por sinal, o voto do eminente relator elucida a controvérsia com julgado desta Corte, no qual foi a discussão solvida sob o manto do princípio do *non bis in idem*.

O ponto de discordância do voto, no entanto, está no afastamento da agravante no caso do crime de quadrilha.

Nesta quadratura, penso que a agravante permanece, porquanto o abuso ou o exercício da função não são elementos integrantes do tipo, que prescreve: “*Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes*”.

Portanto, com relação ao crime de concussão, relativamente a todos os Recorrentes, a saber, HANNA GHARIB, ANTÔNIO LIBÂNIO DE MELO, JOÃO BENTO DOS SANTOS FILHO e ANTÔNIO ALBERTO ALVES, a pena definitiva, por cada crime, deve ser fixada em 3 (três) anos de reclusão, afastada que foi a agravante do abuso de poder. Como são 5 as condutas, a pena somada será de 15 anos de reclusão.

No que diz com o crime de quadrilha, atinente aos Recorrentes HANNA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

GHARIB, ANTÔNIO LIBÂNIO DE MELO, deve-se acrescentar 1/6, conforme exposto na sentença, à pena base de 1 ano e 6 meses, o que leva a um *quantum* final de 1 ano e 9 meses.

Com esse entendimento, entendo com o relator de que a pena do crime de quadrilha restou alcançada pela prescrição.

Ante o exposto, conheço em parte do recurso e nessa parte dou-lhe parcial provimento, apenas para afastar a agravante o art. 61, II, g, do CP, da dosimetria do crime de concussão e redimensionar a pena do crime de quadrilha. De ofício, declaro a extinção da punibilidade do crime de quadrilha, conforme delineado pelo Ilustre relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2008/0155474-1

REsp 1073085 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10602000 50990948419 9566013

PAUTA: 22/09/2009

JULGADO: 11/12/2009

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Relatora para Acórdão

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NILSON NAVES**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MOACIR MENDES SOUZA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: HANNA GHARIB
ADVOGADO	: EUGÊNIO CARLO BALLIANO MALAVASI
RECORRENTE	: JOÃO BENTO DOS SANTOS FILHO
ADVOGADO	: ANTÔNIO GERALDO DE CASTRO E SILVA E OUTRO(S)
RECORRIDO	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Praticados por Funcionários Públicos Contra a Administração em Ge - Concussão

CERTIDÃO

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

"Prosseguindo no julgamento após o voto-vista da Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura conhecendo em parte dos recursos e dando-lhes parcial provimento, sendo acompanhado pelos Srs. Ministros Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE), do voto do Sr. Ministro Nilson Naves acompanhando o Sr. Ministro Relator, a Turma, por maioria, conheceu dos recursos especiais e deu-lhes parcial provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, que lavrará acórdão. Vencidos em parte os Srs. Ministros Relator e Nilson Naves, que lhes davam provimento em maior extensão."

Votaram com a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura os Srs. Ministros Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 11 de dezembro de 2009

ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA
Secretário