



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 779240 - SC (2022/0335819-0)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
AGRAVANTE : MARIO ANTONIO ROCHA FARIAS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DOS IMETRIA. CONCUSSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. AGRAVANTE. ABUSO OU VIOLAÇÃO DE DEVER INERENTE AO CARGO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. INOCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. As instâncias ordinárias consideram o maior grau de culpabilidade e a possibilidade de incidência da agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea g, do Código Penal – CP por motivos diversos, a saber: 1) o delito praticado pelo paciente e pelos corréus promovia exatamente o tipo de irregularidades que tinham o dever de coibir e 2) *"Os acusados não só exigiram quantias indevidas em razão da função (praticando assim o crime de concussão), mas também violaram deveres inerentes ao cargo ocupado, conquanto prescindível para as práticas criminosas, haja vista que interromperam construção (Mário) e viabilizaram a regularização de obras irregulares (Murilo e Querubim) ao arrepio do procedimento e legislação aplicáveis"*.

2. Desse modo, *"Inviável considerar-se ilegal a sentença condenatória e o acórdão confirmatório no ponto em que procederam ao aumento da pena-base em razão da culpabilidade, haja vista fundamentada concretamente na elevada reprovabilidade da conduta delituosa praticada, utilizando argumentos diversos para o reconhecimento da agravante prevista no art. 61, inciso II, "g", do CP, o que afasta a alegação defensiva de ocorrência de bis in idem"* (AgRg no AREsp n. 892.804/RJ, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 28/11/2017, DJe de 4/12/2017).

3. Agravo Regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 28/11/2023 a 04/12/2023, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Messod Azulay Neto e Daniela Teixeira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 04 de dezembro de 2023.

JOEL ILAN PACIORNIK
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 779240 - SC (2022/0335819-0)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
AGRAVANTE : MARIO ANTONIO ROCHA FARIAS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DOS IMETRIA. CONCUSSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. AGRAVANTE. ABUSO OU VIOLAÇÃO DE DEVER INERENTE AO CARGO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. INOCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. As instâncias ordinárias consideram o maior grau de culpabilidade e a possibilidade de incidência da agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea g, do Código Penal – CP por motivos diversos, a saber: 1) o delito praticado pelo paciente e pelos corréus promovia exatamente o tipo de irregularidades que tinham o dever de coibir e 2) *"Os acusados não só exigiram quantias indevidas em razão da função (praticando assim o crime de concussão), mas também violaram deveres inerentes ao cargo ocupado, conquanto prescindível para as práticas criminosas, haja vista que interromperam construção (Mário) e viabilizaram a regularização de obras irregulares (Murilo e Querubim) ao arrepio do procedimento e legislação aplicáveis"*.

2. Desse modo, *"Inviável considerar-se ilegal a sentença condenatória e o acórdão confirmatório no ponto em que procederam ao aumento da pena-base em razão da culpabilidade, haja vista fundamentada concretamente na elevada reprovabilidade da conduta delituosa praticada, utilizando argumentos diversos para o reconhecimento da agravante prevista no art. 61, inciso II, "g", do CP, o que afasta a alegação defensiva de ocorrência de bis in idem"* (AgRg no AREsp n. 892.804/RJ, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 28/11/2017, DJe de 4/12/2017).

3. Agravo Regimental desprovido.

RELATÓRIO

Cuida-se de Agravo Regimental interposto por MARIO ANTONIO ROCHA FARIAS em face de decisão de fls. 1636/1645 que não conheceu a impetração substitutiva de recurso próprio e deixou de conceder a ordem de ofício, uma vez que o Tribunal de origem não se manifestou sobre a suposta nulidade do reconhecimento pessoal e não foi verificada qualquer ilegalidade na dosimetria da pena.

No presente agravo, a defesa insiste na alegação de que a pena-base foi fixada sem fundamentação idônea e que o regime inicial deveria ter sido o aberto e que a incidência da agravante do art. 61, inciso II, alínea *g*, do Código Penal caracteriza *bis in idem*.

Requer o provimento do recurso e a concessão da ordem de *habeas corpus* nos termos da inicial.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo desprovimento do agravo regimental, conforme parecer de fls. 1.265/1.291.

É o breve relatório.

VOTO

A decisão impugnada deve ser mantida por seus próprios fundamentos. A propósito, confira-se o seu teor:

"Cuida-se de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em benefício de MARIO ANTONIO ROCHA FARIAS, contra acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA no julgamento da Apelação Criminal n. 0010407-37.2019.8.24.0008.

Extraí-se dos autos que o paciente, denunciado junto a outros agentes, foi condenado pelo Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Blumenau/SC (fls. 1.372/1.383) às penas de 3 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão, mais multa, em regime inicial semiaberto, pela prática do crime tipificado no artigo 316 do Código Penal (concussão).

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, o qual desproveu o recurso nos termos do acórdão que restou assim ementado:

"APELAÇÕES CRIMINAIS - CONCUSSÃO (CP, ART. 316, CAPUT) - SENTENÇA CONDENATÓRIA - RECURSOS DOS ACUSADOS.

PRELIMINARES.

INÉPCIA DA DENÚNCIA - QUESTÃO QUE SE ENCONTRA SUPERADA COM A PROLAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA - CONTRADITÓRIO EXERCIDO EM SUA PLENITUDE AO LONGO DA AÇÃO PENAL - VÍCIO RECHAÇADO.

Após a prolação de sentença criminal, não há maior sentido em sustentar a inépcia da denúncia se o exercício do contraditório foi realizado em sua plenitude durante a instrução criminal.

INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PARA PROCESSO E JULGAMENTO DE FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS - PREJUÍZO INEXISTENTE - AÇÃO INSTRUÍDA POR INQUÉRITO POLICIAL - INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N. 330/STJ - NULIDADE AFASTADA.

Na hipótese em que a ação penal é instruída por inquérito policial, inexistente nulidade a ser pronunciada em razão da falta de defesa preliminar, tal como prevê o art. 514 do CPP, sobretudo quando não demonstrado qualquer prejuízo ao acusado.

MÉRITO.

ALEGADA INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA AS CONDENAÇÕES - NÃO ACOLHIMENTO - PROVA TESTEMUNHAL QUE SE SOMA A GRAVAÇÕES AMBIENTAIS REALIZADAS PELAS VÍTIMAS - FISCAIS DE OBRAS E POSTURAS QUE EXIGEM VALORES PARA A REGULARIZAÇÃO OU NÃO INTERRUPTÃO DE CONSTRUÇÕES - EFETIVO RECEBIMENTO DE VANTAGEM INDEVIDA QUE SE MOSTRA IRRELEVANTE - CRIME DE NATUREZA FORMAL - CONDENAÇÕES CONFIRMADAS.

I - A exigência de vantagem patrimonial por fiscais de obras e posturas, seja para viabilizar obras irregulares, seja para não interromper construções sem o devido procedimento, uma vez bem provada nos autos, autoriza a condenação pela prática de concussão.

II - O delito de concussão é considerado de natureza formal, com a consumação ocorrendo independentemente do efetivo recebimento de vantagem indevida pelo agente criminoso.

DOSIMETRIA.

PENAS-BASE - INSURGÊNCIA CONTRA A VALORAÇÃO NEGATIVA A TÍTULO DE CULPABILIDADE E CIRCUNSTÂNCIAS DOS DELITOS - NÃO ACOLHIMENTO - AGENTES QUE, NA QUALIDADE DE FISCAIS DE OBRAS E POSTURAS, PROMOVEM, E NÃO COMBATEM, IRREGULARIDADES EM OBRAS NO MUNICÍPIO - REPROVABILIDADE ELEVADA - CRIMES COMETIDOS MEDIANTE SOFISTICADO ESQUEMA PARA INVIABILIZAR A APURAÇÃO DOS FATOS E RESPONSÁVEIS - CIRCUNSTÂNCIAS EXTREMAMENTE NEGATIVAS - CENSURAS CONFIRMADAS.

I - O indivíduo que, na qualidade de fiscal de obras e posturas, age exatamente ao contrário do que lhe era esperado, promovendo, e não combatendo, irregularidades em obras no município, exhibe conduta mais reprovável, passível de maior censura durante o processo de individualização da pena.

II - É possível o reconhecimento de circunstâncias negativas do crime de concussão, com o incremento da pena-base, quando a prática criminosa envolve deliberada utilização de mecanismos para inviabilizar a apuração dos fatos e dos seus responsáveis.

PENAS INTERMEDIÁRIAS - ALEGADO BIS IN IDEM NO AGRAVAMENTO DAS PENAS COM BASE NO ART. 61, II, 'G', DO CP - INOCORRÊNCIA - AGRAVANTE JUSTIFICADA POR CIRCUNSTÂNCIAS DIVERSAS DAQUELAS OBSERVADAS PARA A VERIFICAÇÃO DO CRIME DE CONCUSSÃO - RECRUDESCIMENTO DAS PENAS CONFIRMADO.

Admite-se o agravamento da pena, com fundamento no art. 61, II, 'g', do CP, para o funcionário público que, além de exigir vantagem indevida em razão da função, viola outros deveres inerentes ao cargo ocupado, praticando o crime de concussão sob circunstâncias prescindíveis para a configuração do delito.

ABRANDAMENTO DOS REGIMES PRISIONAIS FIXADOS E SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE - NÃO ACOLHIMENTO - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS E LEGAL NEGATIVAS QUE JUSTIFICAM O REGIME MAIS GRAVOSO E NÃO RECOMENDAM AS PENAS SUBSTITUTIVAS.

A presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis autoriza o cumprimento da pena em regime mais severo, ainda que a reprimenda concretizada esteja aquém do estabelecido no art. 33, § 2º, "c", do CP, além de impedir a substituição da sanção corporal por penas restritivas de direitos (art. 44, III, do CP).

IRRESIGNAÇÃO COM A PERDA DO CARGO PÚBLICO - INSUBSISTÊNCIA - PRESENÇA DE FUNDAMENTAÇÃO ESPECÍFICA NA SENTENÇA - RELAÇÃO IDENTIFICADA ENTRE OS CRIMES COMETIDOS E O CARGO ALVO DA PERDA - SENTENÇA CONFIRMADA NO PONTO.

Devidamente motivada na sentença a perda do cargo público, na hipótese do art. 92, I, 'a', do CP, e sendo possível identificar relação direta entre o delito cometido e o cargo perdido, não procede a irresignação do agente em relação à decisão no ponto.

RECURSOS DESPROVIDOS." (fls. 165/166).

No presente writ, a Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina alega que a autoria delitiva reconhecida

pelas instâncias ordinárias foi baseada, exclusivamente, em reconhecimento fotográfico realizado cinco anos após os fatos, sem observância dos parâmetros estabelecidos pelo artigo 226 do Código de Processo Penal.

Sustenta violação ao artigo 59 do Código Penal pela indevida valoração negativa da circunstância judicial da culpabilidade com fundamento no modus operandi empregado para a prática do delito.

Assevera a ocorrência de bis in idem na incidência da agravante do art. 61, II, 'g', do Código Penal por configurar elementar do tipo de concussão.

Aponta a necessidade de aplicação do regime inicial aberto de cumprimento de pena e da substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos e multa, afirmando a primariedade do paciente e a ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena, ao disposto no art. 33, §2º, do CP e aos enunciados de Súmulas n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

Requer, liminarmente, a suspensão dos efeitos da condenação até o julgamento definitivo do mandamus. No mérito, requer seja reconhecida ilegalidade no acórdão desafiado para fins de absolver o paciente ou, subsidiariamente, afastar a valoração negativa da culpabilidade, rechaçar a incidência da agravante do art. 61, II, g, do CP e redimensionar a pena aplicada, com o abrandamento do regime inicial e a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos e multa.

É o relatório.

Decido.

Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável o processamento do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Inicialmente, da atenta leitura do acórdão impugnado verifica-se que o Tribunal de origem não se manifestou expressamente sobre a suposta nulidade do reconhecimento pessoal.

Desse modo, resta afastada a competência desta Corte Superior para conhecimento da matéria, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. ESPECIAL GRAVIDADE DA CONDUTA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RÉU FORAGIDO. APLICAÇÃO DA LEI PENAL. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE CONTEMPORANEIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. TESE DE VÍCIO NO RECONHECIMENTO. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELA CORTE LOCAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A prisão preventiva foi devidamente justificada em razão da gravidade concreta do delito, evidenciada pelo modus operandi empregado: a conduta praticada envolveu a participação de 4 (quatro) indivíduos, que atraíram a Vítima, que é pessoa idosa, ao local do sequestro, sob o pretexto de prestar serviço de guincho. A Vítima foi mantida em cativeiro, acorrentada nos pés e nas mãos, sendo constantemente agredida com chutes e pauladas, "sem contar que, dos sete dias em que permaneceu confinado, recebeu água e comida só

até o segundo dia, o que lhe acarretou quadro grave de desidratação".

Tais circunstâncias demonstram a periculosidade do Acusado e revelam a necessidade da prisão para garantia da ordem pública.

2. As instâncias ordinárias consignaram, ainda, que o Agravante se encontra foragido, o que também justifica a segregação cautelar para aplicação da lei penal.

3. Quando a fuga constitui um dos fundamentos de cautelaridade, a alegação de ausência de contemporaneidade não tem o condão de revogar a segregação provisória.

4. O Tribunal local não se manifestou sobre o suposto vício no reconhecimento do Agravante, o que impede a manifestação desta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 685.324/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, DJe 06/10/2021).

Em relação à primeira fase da dosimetria, tem-se que a culpabilidade deve ser entendida como a "censurabilidade pessoal da conduta típica e ilícita" (PRADO, Luiz R. Tratado de Direito Penal Brasileiro: parte geral (arts. 1º a 120) – 4. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 764.), implicando em maior ou menor gradação na fixação da pena-base.

No ponto, o acórdão impugnado consignou o seguinte:

"4.1.1 Da culpabilidade

Ao valorar negativamente a culpabilidade na dosagem de todas as penas-base dos acusados, assim fundamentou a magistrada:

Murilo (Fato 1): Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, verifico que aculpabilidade extrapola a normalidade, uma vez que o réu combinou o recebimento da propina para que ocorresse dentro da Prefeitura de Blumenau, em completo menoscabo com a autoridade pública, demonstrando não possuir qualquer receio com a prática criminosa desempenhada.

Murilo (Fato 2): Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, verifico que aculpabilidade extrapola a normalidade, uma vez que o réu exigiu o pagamento de vultosa quantia (R\$ 10.000,00), fato que revela sua maior responsabilidade penal.

Querubim: Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, verifico que a culpabilidade extrapola a normalidade, uma vez que agiu em conluio com outro fiscal, o corréu MURILO, para praticar o crime, fato que denota maior reprovabilidade.

Mário: Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, verifico que a culpabilidade extrapola a normalidade, uma vez que o acusado embargou a obra executada pela "vítima" sem o devido procedimento administrativo, fato que a impediu de procurar os meios normais para sanar as irregularidades. Assim, a única alternativa para ver a construção prosseguir seria pagar a propina, o que se revela mais reprovável do que a simples exigência de vantagem indevida.

Como se percebe, a fixação das penas-base dos acusados foi balizada por elementos idôneos, verdadeiramente concretizando o princípio da individualização. Na qualidade de funcionários públicos responsáveis pela fiscalização de obras na comarca de origem, fizeram exatamente o contrário daquilo que lhes era esperado, promovendo, e não combatendo, irregularidades, o que revela condutas mais reprováveis (mudando o que precisa ser mudado: STJ, AgRg no AREsp n. 1.910.762/RJ, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. em 9.11.2021).

Além disso, por vezes agiam em conluio (Murilo e Querubim), o recebimento da vantagem indevida ocorria na própria prefeitura (Murilo), sem qualquer constrangimento, valores exorbitantes eram exigidos (Murilo) e obras acabavam "embargadas", como forma de intimidar as vítimas, sem o devido procedimento, sujeitando-as ao pagamento de valores (Mário). Tais circunstâncias por certo tornam as condutas mais reprováveis e autorizam a censura imposta" (fls.

Como visto, as instâncias ordinárias, desvaloraram a culpabilidade por entender que o delito praticado pelo paciente e pelos corréus promovia exatamente o tipo de irregularidades que tinham o dever de coibir. Destacou-se, ainda, que a forma de atuação do grupo impedia a vítima de sanar a ilegalidade e continuar com a execução de seu projeto, restando-lhe apenas pagar o valor exigido.

Desse modo, as instâncias ordinárias não divergiram da jurisprudência dominante nesta Corte Superior.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME DE CONCUSSÃO. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. REEXAME DA DOSIMETRIA. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PENA-BASE PROPORCIONAL. ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. IMPOSSIBILIDADE. ART. 33, § 3, DO CÓDIGO PENAL - CP. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A pretensão ministerial limitou-se à análise de matéria de direito, cujos fatos e provas foram devidamente delineados pelas instâncias ordinárias, estando o acórdão recorrido em dissonância com a jurisprudência desta Corte, o que afasta a aplicação da Súmula n. 7/STJ.

2. Ademais, admite-se o reexame da dosimetria da pena, em sede de recurso especial, quando configurada manifesta violação aos arts. 59 e 68, do CP, hipótese ocorrida nos autos.

3. Quanto à violação ao disposto no art. 59 do CP, o magistrado sentenciante utilizou fundamentação idônea para exasperar a pena-base em razão das vetoriais desabonadoras da culpabilidade e consequências do crime. De fato, a culpabilidade se revela acentuada, porquanto o cargo ocupado pelo recorrido exigia maior observância dos deveres e obrigações funcionais, além do recebimento da vantagem indevida ter ocorrido nas dependências do Fórum Estadual. Precedentes.

4. Da mesma forma, as consequências do crime se revelam desfavoráveis, em razão do exaurimento do delito pelo recebimento da vantagem indevida. Precedentes.

5. No caso dos autos, as instâncias ordinárias utilizaram o critério de um oitavo do intervalo das sanções mínima e máxima abstratamente prevista para o tipo penal. Dessa forma, o aumento da pena-base, por duas vetoriais desabonadoras (culpabilidade e consequências), revela-se proporcional e adequado.

6. "Cabível regime inicial mais gravoso diante da existência de circunstância judicial desfavorável, conforme art. 33, § 3º, do CP" (AgRg no AREsp 782.252/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 5/4/2018, DJe 18/4/2018).

7. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 1.815.230/PR, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 7/11/2019, DJe de 21/11/2019.)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONCUSSÃO. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. NÃO COMPARECIMENTO. REVELIA. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PRESENÇA DA DEFESA EM TODOS OS ATOS PROCESSUAIS. DOSIMETRIA DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Inexiste ilegalidade quando o juiz processante decreta a revelia do réu que, regularmente citado e intimado pessoalmente, não comparece, de forma injustificada, à audiência de instrução e julgamento.

2. Encontrando-se o acusado assistido em todos os atos processuais, não há falar em nulidade processual por alegada ausência de defesa técnica.

3. É legítima a exasperação da pena-base pela culpabilidade

em razão da modalidade de cargo público ocupado, não se confundindo com a elementar com funcionário público do tipo penal, por denotar maior reprovabilidade da conduta.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp n. 1.195.418/PR, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 22/10/2019, DJe de 29/10/2019.)

Em relação à agravante, o acórdão consignou o seguinte:

"4.2 Da circunstância legal negativamente valorada

Na dosagem das penas intermediárias, houve o reconhecimento da agravante prevista no art. 61, II, "g", do CP, uma vez que os crimes foram praticados com violação de dever inerente ao cargo de fiscal de obras e posturas ocupado. Nos recursos, alega-se que se trataria de circunstância inerente ao crime praticado.

Contudo, há de se atentar para as especificidades do caso.

Embora não se negue que a concussão se trata de crime próprio, praticado por funcionário público contra a Administração em geral, o reconhecimento da agravante em questão não representa bis in idem na hipótese específica dos autos. Os acusados não só exigiram quantias indevidas em razão da função (praticando assim o crime de concussão), mas também violaram deveres inerentes ao cargo ocupado, conquanto prescindível para as práticas criminosas, haja vista que interromperam construção (Mário) e viabilizaram a regularização de obras irregulares (Murilo e Querubim) ao arrepio do procedimento e legislação aplicáveis.

Assim, estando a agravante em destaque apoiada em circunstâncias diversas daquelas que serviram para verificar a prática do crime de concussão, merece ser confirmada a sentença também nesse tocante" (fl. 173).

Como visto, foram apresentadas circunstâncias que atraem a incidência da agravante em comento e que não se confundem com as elementares do tipo penal. No ponto, adoto como razão de decidir o parecer do Ministério Público Federal. Vejamos:

"A aludida agravante assim dispõe: "Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: (...) II- (...) g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão".

No caso em tela, além da exigência da vantagem indevida em razão da função pública – o que gerou o crime de concussão –, nota-se que os agentes agiram também com violação de dever inerente a cargo, uma vez que tolheram e protelaram construções lícitas em andamento e, por outro lado, facilitaram a indevida regularização de obras irregulares.

Nessa esteira de entendimento, mostra-se o seguinte precedente, in verbis: "Inviável considerar-se ilegal a sentença condenatória e o acórdão confirmatório no ponto em que procederam ao aumento da pena-base em razão da culpabilidade, haja vista fundamentada concretamente na elevada reprovabilidade da conduta delituosa praticada, utilizando argumentos diversos para o reconhecimento da agravante prevista no art. 61, inciso II, "g", do CP, o que afasta a alegação defensiva de ocorrência de bis in idem." (AgRg no AREsp n. 892.804/RJ, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 28/11/2017, DJe de 4/12/2017 – grifos acrescidos).

Desse modo, diferidas as circunstâncias do caso concreto dos moldes comuns ao tipo penal, não há que se falar em bis in idem, subsistindo fundamentação idônea para a exasperação da pena na segunda fase dosimétrica" (fls. 1632/1633).

Por fim, esta Corte Superior firmou jurisprudência no sentido de que atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º c/c o art. 59 do Código Penal – primariedade, condenação por um não período superior a 4 anos e circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, com a fixação da pena-base no mínimo legal –, deve o

sentenciado iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime prisional aberto. Tal entendimento encontra-se, inclusive, sumulado, conforme se depreende das Súmulas n. 718 e 719, do Supremo Tribunal Federal, e n. 440, do Superior Tribunal de Justiça.

Compulsando os autos, verifica-se que as instâncias ordinárias reconheceram a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis que justificaram, inclusive, a fixação da pena base acima do mínimo legal.

Desse modo, as instâncias ordinárias não divergiram da jurisprudência dominante nesta Corte Superior no sentido de que, ainda que se trate de paciente primário condenado a pena não superior a 4 anos, é correta a fixação do regime inicial semiaberto, quando as circunstâncias judiciais não forem totalmente favoráveis.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DE PENAS. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Nos termos dos arts. 33, § 3.º, e 44, inciso III, ambos do Código Penal, c.c. o art. 42 da Lei de Drogas, a fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade e a avaliação da possibilidade de sua substituição por penas restritivas de direitos deve levar em consideração as circunstâncias judiciais, em especial a quantidade e a natureza dos entorpecentes apreendidos no delito de tráfico de drogas.

2. Embora a pena final seja inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, a circunstância judicial negativa consistente na elevada quantidade de drogas apreendidas justifica tanto a fixação do regime inicial semiaberto quanto o indeferimento da substituição de penas.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 2.022.341/SC, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 4/10/2022, DJe de 10/10/2022.)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME SEMIABERTO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Embora a pena final tenha sido fixada em patamar inferior a 4 anos, a análise desfavorável das circunstâncias judiciais (expressiva quantidade de droga apreendida - 557,23 g de cocaína) justifica o regime inicial semiaberto, consoante autoriza o art. 33, § 2º, "b", e 3º, do CP, c.c. art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

2. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito mostra-se insuficiente, em razão da falta do atendimento do pressuposto subjetivo (art. 44, III, do CP).

3. Agravo não provido.

(AgRg no AREsp n. 2.077.143/RR, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 13/9/2022, DJe de 21/9/2022.)

Ausente, portanto, qualquer constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, com fundamento no art. 34, inciso XX, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, não conheço do presente habeas corpus.

Publique-se.

Intimem-se."

Como visto, as instâncias ordinárias consideram o maior grau de culpabilidade e

a possibilidade de incidência da agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea g, do Código Penal por motivos diversos, a saber: 1) o delito praticado pelo paciente e pelos corréus promovia exatamente o tipo de irregularidades que tinham o dever de coibir e 2) *"Os acusados não só exigiram quantias indevidas em razão da função (praticando assim o crime de concussão), mas também violaram deveres inerentes ao cargo ocupado, conquanto prescindível para as práticas criminosas, haja vista que interromperam construção (Mário) e viabilizaram a regularização de obras irregulares (Murilo e Querubim) ao arrepio do procedimento e legislação aplicáveis"*.

Desse modo, *"Inviável considerar-se ilegal a sentença condenatória e o acórdão confirmatório no ponto em que procederam ao aumento da pena-base em razão da culpabilidade, haja vista fundamentada concretamente na elevada reprovabilidade da conduta delituosa praticada, utilizando argumentos diversos para o reconhecimento da agravante prevista no art. 61, inciso II, "g", do CP, o que afasta a alegação defensiva de ocorrência de bis in idem"* (AgRg no AREsp n. 892.804/RJ, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 28/11/2017, DJe de 4/12/2017).

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento ao presente agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

AgRg no HC 779.240 / SC
PROCESSO ELETRÔNICO
MATÉRIA CRIMINAL

Número Registro: 2022/0335819-0

Número de Origem:

00086267720198240008 00104073720198240008 104073720198240008 50060040320208240008
86267720198240008

Sessão Virtual de 28/11/2023 a 04/12/2023

Relator do AgRg

Exmo. Sr. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

PACIENTE : MARIO ANTONIO ROCHA FARIAS

CORRÉU : MURILO ROGERIO CAMPOS

CORRÉU : QUERUBIM OLIVEIRA COSTA FILHO

INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

ASSUNTO : DIREITO PENAL - CRIMES PRATICADOS POR FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS
CONTRA A ADMINISTRAÇÃO EM GERAL - CONCUSSÃO

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MARIO ANTONIO ROCHA FARIAS

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

TERMO

A QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 28/11/2023 a 04/12/2023, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Messod Azulay Neto e Daniela Teixeira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 05 de dezembro de 2023