HABEAS CORPUS Nº 120.454 - RJ (2008/0249917-0)

IMPETRANTE : MARCOS LOPES DE ARAÚJO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : NAZARENO KLEBER MATTOS VARGAS (PRESO)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de NAZARENO KLEBER MATTOS VARGAS, em face de acórdão proferido pela 3.ª Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Consta dos autos que o Paciente, preso em flagrante em 03/02/1997, foi denunciado perante o MM. Juízo de Direito da 1.ª Vara Criminal da Comarca de São Gonçalo/RJ, como incurso nos arts. 159, § 1.º; 158, § 1.º; e 288, na forma do art. 69, todos do Código Penal (fls. 21/22).

Sobreveio sentença que o condenou à pena de 20 (vinte) anos de reclusão, em regime fechado, sendo 12 (doze) anos pelo crime de extorsão mediante sequestro, 06 (seis) anos pelo delito de extorsão qualificada e 02 (dois) anos pelo de quadrilha (fls. 56/77).

Contra essa decisão, foi interposta a apelação n.º 2019/1997, perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que negou provimento ao apelo, ocorrendo o trânsito em julgado em 18/05/2004 (fls. 97/106).

As informações prestadas pela Corte de origem dão conta que a Defesa, nos autos executórios n.º 2004/08585-8, requereu a aplicação da causa de diminuição da pena, prevista no art. 14 da Lei n.º 9.807/99 (delação premiada). Todavia, o Juízo das Execuções, em 09/04/2008, declarou-se incompetente para apreciar o pedido (fl. 119).

Contra essa decisão, a Defesa impetrou o HC n.º 4.425/2008 perante a Corte de origem, sustentando que o Paciente sofria constrangimento ilegal em decorrência de o Juízo da Vara de Execuções Penais ter deixado de analisar o pedido de aplicação do art. 14 da Lei n.º 9.807/99, bem como incidência da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva no tocante ao delito de quadrilha, porquanto entre a data da sentença e a publicação do acórdão transcorreu o lapso prescricional.

A 3.ª Câmara Criminal do Tribunal *a quo*, em 29/07/2008, concedeu parcialmente a ordem, apenas, para declarar extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva estatal, em relação ao crime de quadrilha armada (fls. 164/165). Indeferiu, ainda, o pleito de

aplicação do benefício da delação premiada, sob o fundamento de que a referida lei já estava em vigor à época do julgamento da apelação, motivo pelo qual "*a pretensão somente poderia ser enfrentada na via da revisão criminal*" (fl. 165).

Por fim, as informações prestadas pelo Tribunal de Justiça do Estado dão conta que o Juízo das Execuções, em 14/11/2008, determinou fossem colhidos o parecer do Conselho Penitenciário acerca da comutação e os documentos necessários à apreciação do pleito de livramento condicional, o que resultou, em 29/12/2009, na concessão do benefício do livramento condicional, conforme informação disponibilizada pelo Diário da Justiça eletrônico, publicação oficial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Irresignada, a Defesa impetrou o presente *mandamus*, pleiteando o seguinte:

a) o reconhecimento da causa de redução de pena prevista no art. 14 da Lei n° 9.807/99, uma vez que o Paciente contribuiu com a investigação policial, confessando o crime e delatando todos os corréus;

b) o afastamento da causa de aumento prevista no § 1.° do art. 158 do Código Penal, por ter sido condenado também pelo crime de quadrilha, o que caracterizaria o *bis in idem;*

c) alternativamente, a diminuição na aplicação da causa de aumento prevista no § 1.° do art. 158 do Código Penal, ante a ausência de fundamentação;

d) a declaração de nulidade da condenação em decorrência da ausência de defesa, nos termos da Súmula n.º 523/STF, uma vez que a advogada constituída pelo Paciente não ofereceu a defesa técnica nos autos da apelação criminal, seja pedindo o reconhecimento da extinção da punibilidade pela prescrição, seja requerendo a aplicação de norma posterior mais benéfica.

Indeferida a liminar, foram solicitadas as informações do Tribunal *a quo*, prestadas às fls. 118/120.

Após, foi dada vista dos autos ao Ministério Público Federal, que opinou pela concessão parcial da ordem, tão-somente, para que a causa de aumento prevista no § 1.º do art. 158 do Código Penal seja aplicado no seu patamar mínimo (1/3), ante a falta de fundamentação para amparar o aumento empregado, bem como para que a pena do Paciente para o crime de extorsão seja fixada definitivamente em 5 (cinco) e 4 (quatro) meses de reclusão, mantendo, no mais, o acórdão vergastado. Eis a ementa:

> "HABEAS CORPUS. *SEQUESTRO, EXTORSÃO E QUADRILHA. PRETENSÃO DE QUE SEJA RECONHECIDA A DELAÇÃO PREMIADA,*

COM A CONSEQUENTE APLICAÇÃO DA CAUSA DE REDUÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 14 DA LEI N° 9.807/99. IMPOSSIBILIDADE. RÉU QUE SE RETRATOU EM JUÍZO DAS CONFISSÕES FEITAS EM SEDE POLICIAL. ALEGAÇÃO DE BIS IN IDEM ANTE A CONDENAÇÃO CONCOMITANTE NO PARÁGRAFO 1° DO ART. 158 DO CP E O CRIME DE QUADRILHA. AUTONOMIA DOS CRIMES. LEGALIDADE DA CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. CAUSA DE AUMENTO FIXADA NO MÁXIMO PREVISTO. AUSÊNCIA DE RAZÕES CONCRETAS PARA O AUMENTO. FIXAÇÃO NO PATAMAR MÍNIMO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. ILEGALIDADE NÃO-DEMONSTRADA. PARECER PELA CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM." (fl. 170)

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 120.454 - RJ (2008/0249917-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS. EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. EXTORSÃO CIRCUNSTANCIADA. QUADRILHA. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 14 DA LEI N.º 9.807/99. IMPOSSIBILIDADE. POSTERIOR RETRATAÇÃO EM JUÍZO. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE QUADRILHA OU BANDO. PRÁTICA CONCOMITANTE DO CRIME DE SEQUESTRO MAJORADO PELO CONCURSO DE AGENTES. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE. POSSIBILIDADE. *BIS IN IDEM* NÃO CARACTERIZADO. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO STF. EXTORSÃO CIRCUNSTANCIADA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA FIXADA NO MÁXIMO. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA. PACIENTE ASSISTIDO NA INSTRUÇÃO CRIMINAL POR ADVOGADO, QUE FORMULOU AS RAZÕES DA APELAÇÃO. NÃO-DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO.

1. Não obstante tenha havido inicial colaboração perante a autoridade policial, as informações prestadas pelo Paciente perdem relevância, na medida em que não contribuíram, de fato, para a responsabilização dos agentes criminosos. O magistrado singular não pôde sequer delas se utilizar para fundamentar a condenação, uma vez que o Paciente se retratou em juízo. Sua pretensa colaboração, afinal, não logrou alcançar a utilidade que se pretende com o instituto da delação premiada, a ponto de justificar a incidência da causa de diminuição de pena.

2. É perfeitamente possível a coexistência entre o crime de formação de quadrilha ou bando e o de extorsão mediante sequestro pelo concurso de agentes, porquanto os bens jurídicos tutelados são distintos e os crimes, autônomos. Precedentes do STF.

3. Não há falar em *bis in idem* no caso porque, enquanto a formação de quadrilha ou bando, tipificado, aliás, em sua forma simples, constitui crime de perigo abstrato, o delito de roubo qualificado pelo uso de arma e pelo concurso de pessoas configura perigo concreto.

4. Após a fixação da pena-base no mínimo legal (quatro anos e 10 dias-multa, nos termos do art. 158, do Código Penal), foi a reprimenda aumentada em 50% (cinqüenta por cento), em função da aplicação da causa especial de aumento prevista no § 1º (concurso de pessoas e emprego de arma), com desprezo à escala crescente de proporcionalidade que deve haver entre a pena-base e os motivos de aumento e/ou diminuição. Foi adotado, de pronto, o quantitativo máximo, sem fundamentação adequada. Assim, é o caso de, a partir da pena-base fixada na sentença ratificada pelo acórdão impugnado, majorar a pena em 1/3, com base no art. 158, § 1.º do Código Penal, o que resulta em 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa, no mínimo.

5. Quanto à alegação de violação ao princípio constitucional da ampla defesa, verifica-se que o Paciente foi satisfatoriamente assistido na instrução criminal por advogado, que formulou as razões da apelação (fls. 78/84). Desse

modo, não se cogita sequer de deficiência na defesa do Paciente, sobretudo, diante da não-demonstração, de forma concreta e efetiva, de qualquer prejuízo.

6. Ordem parcialmente concedida apenas para, mantendo a condenação e reformando a sentença e o acórdão, fixar a pena do Paciente, pelo crime de extorsão circunstanciada, em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (Relatora):

Em síntese, a impetração pede o seguinte:

a) o reconhecimento da causa de redução de pena prevista no art. 14 da Lei n° 9.807/99, uma vez que o Paciente contribuiu com a investigação policial, confessnado o crime e delatando os corréus;

b) o afastamento da causa de aumento prevista no § 1.° do art. 158 do Código Penal (concurso de pessoas), por ter sido condenado também pelo crime de quadrilha, o que caracterizaria o *bis in idem*;

c) alternativamente, a diminuição na aplicação da referida causa de aumento, ante a ausência de fundamentação;

d) a declaração de nulidade da condenação em decorrência da ausência de defesa, nos termos da Súmula n.º 523/STF, uma vez que a advogada constituída pelo Paciente não ofereceu a defesa técnica nos autos da apelação criminal, seja pedindo o reconhecimento da extinção da punibilidade pela prescrição, seja requerendo a aplicação de norma posterior mais benéfica.

Quanto ao pedido de reconhecimento da delação premiada, o caso em análise trata da aplicação dos benefícios previstos na Lei n.º 9.807/99, que dispõe o que segue:

> *"Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:*
>
> *I - a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa;*
>
> *II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada;*
>
> *III - a recuperação total ou parcial do produto do crime.*
>
> *Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.*
>
> *Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente*

> *com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.*"

ADALBERTO JOSÉ ARANHA leciona no sentido de que o instituto da delação premiada consiste: "[...] *na afirmativa feita por um acusado, ao ser interrogado em juízo ou ouvido na polícia, e pela qual, além de confessar a autoria de um fato criminoso, igualmente atribuiu a um terceiro a participação como seu comparsa*" (Da prova no Processo Penal, 4.ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996, p. 110).

GUILHERME DE SOUZA NUCCI entende que a delação premiada se dá "*quando se realiza o interrogatório de um co-réu e este, além de admitir a prática do fato criminoso do qual está sendo acusado, vai além e envolve outra pessoa, atribuindo-lhe algum tipo de conduta criminosa, referente à mesma imputação*" (O valor da confissão como meio de prova, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 208).

VANISE RÕHRIG MONTE ensina que "n*a delação premiada o agente vai além de informar a sua participação, dando detalhes do crime e da participação dos demais co-autores, tratando-se, desta forma, de uma confissão ampla*" (A necessária interpretação do instituto da delação premiada, previsto na Lei 9.807/99, à luz dos princípios constitucionais; Revista da AJURIS, ano XXVI, n.º 82, tomo I, 2001, p. 243).

Conclui-se, portanto, que, para que haja o reconhecimento da causa de redução da pena, é obrigatório que o Acusado tenha colaborado voluntariamente na identificação dos demais coautores ou participes do crime, dando detalhes da ação delituosa que levem à "*localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços*" (no mesmo sentido: (HC 123.380/DF, 5.ª Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, 5.ª Turma, DJe de 20/04/2009).

Todavia, no caso dos autos, não obstante a colaboração do Paciente com a investigação durante o inquérito policial, sua retratação em juízo (fl. 58) obsta a aplicação da causa de redução prevista no art. 14, da Lei n.º 9.807/99.

Com efeito, embora tenha havido inicial colaboração perante a autoridade policial, as informações prestadas pelo Paciente perdem relevância, na medida em que não contribuíram, de fato, para a responsabilização dos agentes criminosos. O magistrado singular não pôde sequer delas se utilizar para fundamentar a condenação, uma vez que o Paciente se retratou em juízo. Sua pretensa colaboração, afinal, não logrou alcançar a utilidade que se pretende com o instituto

da delação premiada, a ponto de justificar a incidência da causa de diminuição de pena.

Quanto à pretensão de afastar a causa de aumento prevista no § 1.º do art. 158, do Código Penal, o Supremo Tribunal Federal, depois de dissonantes pronunciamentos, pacificou o entendimento no sentido da possibilidade de coexistência entre os crimes de quadrilha ou bando e o de roubo qualificado pelo concurso de agentes, porquanto os bens jurídicos tutelados são distintos e autônomos os delitos.

Confiram-se, a propósito, os seguintes precedentes:

> "[...] *A qualificadora do concurso de agentes prescinde da presença física dos co-autores na fase executória do roubo, desde que tenham cumprido missões específicas, visando a tornar coberta de êxito a empreitada criminosa. É lícito o reconhecimento dessa qualificadora, a par da acusação pela prática do delito de bando ou quadrilha, dada sua diversa objetividade jurídica.*
>
> *Ordem conhecida, mas denegada*." (HC 70.395/RJ, 2.ª Turma, Rel. Min. PAULO BROSSARD, DJ de 06/05/1994.)

> "*Quadrilha (ou quadrilha armada) e roubo com majoração de pena pelo emprego de armas e pela prática em concurso de agentes: compatibilidade ou não: análise das variações da jurisprudência do STF: opção pela validade da cumulação da condenação por quadrilha armada, sem prejuízo do aumento da pena do roubo por ambas as causas especiais.*
>
> *A condenação por quadrilha armada não absorve nenhuma das duas cláusulas especiais de aumento da pena de roubo previstas no art. 157, § 2º, I e II, do C. Penal: tanto os membros de uma quadrilha armada podem cometer o roubo sem emprego de armas, quanto cada um deles pode praticá-lo em concurso com terceiros, todos estranhos ao bando.*" (HC 76.213/GO, 1.ª Turma, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 22/05/1998.)

Pela notável percuciência do voto condutor deste último julgado, transcrevo-o em sua inteireza:

> "*O tema do* habeas corpus *ainda divide a jurisprudência do país (cf. Silva Franco* et alii*, C. Penal, ed. RTJ, 2/3329 ss.) e tem sofrido variações na do Supremo Tribunal.*
>
> *Acórdão da lavra autorizadíssima de Nélson Hungria, 34.088, de 13.06.56, reproduzido nos seus Comentários ao Código Penal (Forense, 1959, IX/180, nota 6), afirmou a compatibilidade da condenação em cúmulo material por quadrilha e outro crime qualificado pela prática em concurso de agentes:*
>
> > 'A quadrilha ou bando é crime *per sè stant*. consistente no associarem-se mais de três pessoas, não acidentalmente, para a prática de um crime determinado mas estável ou permanentemente para a. prática de crimes não previamente determinados ou individuados. Tanto não.identifica com a participação criminosa que, enquanto por ele respondem todos os associados, já pelo crime efetivamente praticado,

> dentro no plano genérico da associação, respondem tão-somente os respectivos agentes. Se, para a prática do crime que atende ao programa da associação, não é necessário o concurso de todos os associados, podendo mesmo ser praticado por um só deles, claro que a reunião de todos ou de alguns para esse crime individuado é circunstância que não se identifica com anterior associação para delinqüir. Reconhecendo-se portanto, concurso material entre o crime ou bando. quadrilha e o subseqüente crime qualificado pela.pluralidade de agentes, não há o bis in idem alegado pelo. impetrante. O crime qualificado pelo concurso de agentes não absorve ou exclui o crime de quadrilha ou bando, pela singela razão de que não é necessária a precedência deste para a prática de determinado crime, não dependendo esta última ação, necessariamente, da primeira.'

O raciocínio do saudoso mestre parece conduzir, mutatis mutandis, *a também negar o* bis in idem *entre a quadrilha armada e causa especial de aumento da pena de ser o roubo cometido com emprego de arma.*

A orientação contrária, no entanto, prevaleceu em diversas decisões da antiga primeira Turma, na primeira metade dos anos 80.

Começa essa jurisprudência com o HC 58.928, 5.6.81, saudoso Ministro Clovis Ramalhete (RTJ 99/1.097), onde se afirma constituir bis in idem *a condenação por quadrilha e a exacerbação da pena do furto pelo concurso de agentes.*

Seguem-se diversos julgados, a respeito do concurso entre quadrilha armada (C. Pen. art. 288, parág.único) e o roubo, todos no sentido da inadmissibilidade de agravar- se a pena deste tanto pela pluralidade de agentes quanto pelo emprego de armas (C. art. 157, § 2°, I e II): cf. HC 61.859, 19.8.84, Muñoz, RTJ 110/1067; HC 61.858, 31.8.84, Néri, RTJ 120/1.042; HC 62.56. 9.4.85, Néri, DJ 28.6.85; HC 62.570, 1°.3.85, Oscar, DJ 29.3.85.

A virada parcial vem com a decisão plenária do HC 64.77: 1.4.87 (RTJ 128/1162), da lavra do em. Ministro Octavio Gallotti que, fundado em brilhante parecer do então Subprocurador-Geral Assis Toledo, mantém a tese da incompatibilidade entre a quadrilha e majorante do concurso de agentes no roubo, mas não entre a quadrilha armada e a agravante especial do emprego de armas; o entendimento foi reiterado, nesta Turma, no RE 107.773, 3.3.89, vencido o em. Ministro Néri da Silveira, relator originário, redator do acórdão Ministro Gallotti.

De minha parte - vencendo embora minha animosidade em relação às penas exageradas - a convicção me leva a tomar, problema a posição mais severa, a rigor, jamais adotada nos acórdãos ora pesquisados, mas que parece implícita na do grande Hungria, estou em que a condenação por quadrilha armada não afasta nenhuma das duas causas especiais discutidas de aumento da pena do roubo.

Quanto à do emprego de armas, no parecer acolhido no 64.772, é irrespondível, data venia, *a demonstração do douto Ministro Assis Toledo (RTJ 128/1165 ss.). Depois de mostrar, como é do consenso doutrinário, possibilidade do concurso material entre a participação na quadrilha e qualquer outro crime praticado por um ou mais dos membros bando,*

prosseguiu o ilustre penalista (RTJ 128/1167):

> *'Fixadas essas premissas, parece-nos perfeitamente possível ocorrer, entre outras, estas duas situações:*
>
> *a) configuração de quadrilha armada e roubo praticado por seus membros, sem emprego de arma (p. ex,: assalto a uma pessoa idosa para o qual se julgou suficiente o emprego de força muscular),*
>
> *b) configuração de quadrilha arma c e roubo praticado por seus membros, com emprego de arma (p, ex,: caso dos autos) .*
>
> *Na hipótese sob '*a' *teremos uma quadrilha armada em concurso material com roubo simples (não houve efetivo emprego de arma). Na hipótese sob '*b', *o concurso será quadrilha armada com roubo qualificado pelo emprego de arma. O porte de arma que qualifica a quadrilha (peri!; abstrato) não é equivalente ao emprego efetivo de arma que. qualifica o roubo (perigo concreto).'*

Claro, assim, ao contrário do que asseveram os julgados afirmativos do bis in idem, *que essa agravante especial do roubo não integra o fato típico constitutivo da quadrilha qualificada.*

O mesmo raciocínio me leva, contudo, animado pela autoridade de Hungria, a discordar do parecer de Assis Toledo e do acórdão de Gallotti, no ponto em que divisam bis in idem *na imputação simultânea da quadrilha, armada ou não, e do roubo agravado pelo concurso de agentes.*

Argumenta Toledo (id. ib.):

> '...exigindo a quadrilha o número mínimo de quatro pessoas, é impensável um crime cometido pela quadrilha sem a participação de, no mínimo, duas pessoas. Embora seja admissível, em tese, como se viu, responsabilização de parte dos membros do bando nos crime planejados e cometidos, é impossível que isso ocorra com envolvimento de apenas um deles (menos de dois). É que se um dos quadrilheiros executa crime planejado pela quadrilha, haverá, no mínimo, dois: um o autor intelectual, a ligação com a quadrilha, outro o autor material. Se apenas um dos partícipes do bando planeja executa sozinho, por conta própria, determinado crime, sem o conhecimento, sem a anuência ou sem o auxílio de demais, hipóteses de crime sem concurso de agentes, fica muito difícil, nesse caso, atribuir-se o fato a própria quadrilha, exsurgindo a responsabilidade pessoal, isolada do único agente. Não se há de cogitar de concurso material. Isso significa, a nosso ver, que o concurso d agentes ocorrerá sempre no roubo cometido por quadrilha (armada ou não), diferentemente do que ocorre com emprego de arma ...'

O vício do raciocínio está, data venia, *em emprestar entidade jurídica própria ao 'crime cometido pela quadrilha' que, a meu ver, não existe.*

O que pode existir é o crime cometido exclusivamente por membros da quadrilha, caso em que todos os participes responderão em cúmulo material, pelo crime praticado em co-autoria e também pela associação para

delinqüir.

São, no entanto, a quadrilha e o outro delito cometido por seus membros - e o próprio Toledo o recordara, no início do seu belo parecer - crimes reciprocamente independentes, consumados em momentos distintos e com diversa objetividade jurídica: por isso, óbvio, para a punição da quadrilha é de todo indiferente que os participes do crime a ser punido em concurso material sejam ou não todos eles, integrantes do bando.

Vale-dizer. Assim como um estranho pode ser partícipe d um crime cometido por membros de uma quadrilha - caso em que por este não responderá -, assim também é possível que, na comissão de determinado crime material, um só dos membros da quadrilha coopera com estranhos ao bando, caso em que o primeiro - e somente ele - no mesmo processo, poderá responder pelo concurso material de delitos.

Indefiro, pois, o habeas corpus*: é o meu voto.*"

Destarte, em consonância com o entendimento acima transcrito, já consagrado, não há falar em *bis in idem*.

Quanto à pretensão de diminuir o patamar aplicado para a causa de aumento prevista no art. 158, § 1.º, do Código Penal, assiste razão à impetração.

O dispositivo em questão tem a seguinte redação:

"*Art. 158 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar fazer alguma coisa:*

Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa.

§ 1º - Se o crime é cometido por duas ou mais pessoas, ou com emprego de arma, aumenta-se a pena de um terço até metade."

A pena-base, em face das circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal, foi fixada no mínimo legal de 04 (quatro) anos e 10 dias-multa (art. 158, do Código Penal). Em decorrência, no entanto, da causa especial de aumento prevista no § 1º (concurso de pessoas e emprego de arma) foi a reprimenda aumentada em 50% (cinqüenta por cento), ou seja, dois anos, com desprezo à escala crescente de proporcionalidade que deve haver entre a pena-base e os motivos de aumento e/ou diminuição. Foi adotado, de pronto, o quantitativo máximo, sem fundamentação adequada (fl. 74).

O Supremo Tribunal Federal, em acórdão colacionado por ALBERTO SILVA FRANCO, em voto da lavra do Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, assevera:

"*Quando, em razão de causa especial de aumento, a lei autoriza a exasperação da pena dentro de determinados limites percentuais, a opção pelo máximo de agravação permitida há de ser fundamentada, com base em dados concretos.*" (julgado citado *in* Código Penal e sua interpretação jurisprudencial, vol. I, 7.ª ed., 2001, pág. 1.259)

Do mesmo modo, no mesmo repertório, ainda o Supremo Tribunal Federal, Relator o Min. CARLOS VELLOSO:

> "*A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que, prevendo o tipo penal os índices para o agravamento da pena, em decorrência de causa especial de aumento, não pode a sentença adotar o índice máximo sem fundamentação específica*." (RT 737/549)

No mesmo sentido, o parecer ministerial, *litteris*:

> "*Destarte, ante a ausência de fundamentação com o propósito de evidenciar a necessidade de aumento da pena acima do mínimo legal, fica evidente que o paciente sofre constrangimento ilegal, merecendo, pois, prosperar a irresignação para que o aumento previsto no § 1° do art. 158 do Código Penal seja aplicado no seu patamar mínimo (1/3), visto que a pena-base também foi aplicada no mínimo legal, reduzindo a pena final do crime de extorsão para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses.*" (fl. 176)

Nesta Corte Superior, ilustrativamente:

> "*RESP. CRIMINAL. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA FIXADA NO MÁXIMO. ESCALA DE PROPORCIONALIDADE. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO.*
>
> *1. A pena-base, em face das circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal, foi fixada no mínimo legal de 04 (quatro) anos (art. 158, do Código Penal). No entanto, a causa especial de aumento, prevista no § 1º (concurso de pessoas e emprego de arma) teve o condão de aumentar a reprimenda em 50% (cinqüenta por cento), ou seja, dois anos, com desprezo à escala crescente de proporcionalidade que deve haver entre a pena-base e os motivos de aumento e/ou diminuição. De qualquer modo, a opção pelo máximo reclama decisão fundamentada, providência não adotada pelo acórdão.*
>
> *2. Recurso especial conhecido em parte para anular o julgado no tocante à fixação da causa especial de aumento de pena, devendo outro ser lavrado.*" (REsp 316.021/SC, 6.ª Turma, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, DJ de 04/03/2002.)

Assim, é o caso de, a partir da pena-base fixada na sentença ratificada pelo acórdão impugnado (4 anos e 10 dias-multa, no piso), majorar a pena em 1/3, com base no art. 158, § 1.º do Código Penal, o que resulta em 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa, no mínimo.

Por fim, sobre a violação ao princípio constitucional da ampla defesa, os documentos de fls. 107/109 demonstram, apenas, que o Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/RJ, ao examinar os documentos constantes de representação contra advogada contratada pelo Paciente para acompanhar diversos casos, "*dentre estes o procedimento criminal que o*

1.º representante respondia por flagrante de crime de sequestro e processo de divórcio na Vara de Família de Itaboraí" (fl. 108), concluiu que, "*relativamente aos serviços, não se desincumbiu a representada de demonstrá-los de forma razoável e que justificassem os pagamentos combinados*" (fl. 109).

Ademais, verifica-se que o Paciente foi satisfatoriamente assistido na instrução criminal por advogado, Dr. MARCELLO RODRIGUES DA PASCOA, que formulou as razões da apelação (fls. 78/84). Desse modo, não se cogita sequer de deficiência na defesa do Paciente, sobretudo, diante da não-demonstração, de forma concreta e efetiva, de qualquer prejuízo. Ilustrativamente:

> "Habeas corpus. *Processual penal. Improcedência da alegação de deficiência técnica da defesa prévia apresentada pelo defensor dativo. Prejuízo não demonstrado pelos impetrantes. Incidência da Súmula nº 523 do STF. Precedentes da Corte.*
>
> *1. A alegação de deficiência técnica da defesa prévia apresentada pelo defensor dativo não encontra respaldo nos autos, uma vez que os impetrantes não lograram demonstrar eventual prejuízo causado ao paciente de modo a justificar a concessão da ordem.*
>
> *2. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a nulidade por deficiência na defesa do réu só deverá ser declarada se comprovado o efetivo prejuízo. Esse entendimento está, ainda, preconizado na Súmula nº 523/STF, que assim dispõe: "No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu".*
>
> *3.* Habeas corpus *denegado.*" (HC 97413, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, 1.ª Turma, DJe de 18-12-2009.)

Ante o exposto, CONCEDO PARCIALMENTE a ordem apenas para, mantendo a condenação e reformando a sentença e o acórdão, fixar a pena do Paciente, pelo crime de extorsão circunstanciada, em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 13 dias-multa, no mínimo.

É o voto.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora