



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 139.149 - RS (2009/0113713-2)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
IMPETRANTE : **LUÍS MAXIMILIANO LEAL TELESKA MOTA E OUTRO**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**
PACIENTE : **LUIZ ANTÔNIO GRECHI GHELLER**

EMENTA

HABEAS CORPUS. CRIME DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITO. **1.** ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE DOLO. NÃO OCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO DAS NORMAS MUNICIPAIS E DO INTERESSE PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME APROFUNDADO NA VIA ELEITA. **2.** PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. AUSÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO. SÚMULA 444 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **3.** CRIME CONTINUADO. AUMENTO NO PATAMAR DE 2/3 (DOIS TERÇOS). SEXTENTA E CINCO INFRAÇÕES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. **4.** ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. A redação do inciso II do art. 1º do Decreto-Lei n.º 201/1967, obriga o exegeta a perscrutar no Direito Administrativo a licitude da conduta imputada ao Prefeito Municipal para que, a partir de então, concluindo pela sua inadequação à norma, aperfeiçoe a subsunção do fato ao tipo penal. Será a partir desse processo de verificação da adequação típica, que poderá o hermeneuta avaliar a ofensa aos valores tutelados pela norma penal, trazendo do Direito Administrativo os conceitos de legalidade e moralidade administrativa.

2. No caso, descrevendo o acórdão impugnado que houve desvio no objeto da norma local, pois não atendidos todos os requisitos exigidos pela legislação para a cessão a particulares de bens, serviços e atividades municipais, nos limites do **habeas corpus**, não é possível afastar as conclusões expendidas pela Corte Estadual.

3. A aplicação da pena é o momento em que o juiz realiza, no caso concreto, a força do Direito, impondo, após o édito condenatório, a sanção jurídica ao condenado. Trata-se de limitada carga de discricionariedade conferida ao magistrado pela Constituição Federal e pela Lei - Código Penal. Mas, muito embora discricionário, não é um poder arbitrário, na medida em que ao juiz cabe aplicar a pena justa ao caso, com a necessária motivação e fundamentação, à luz do método trifásico.

4. Na espécie, a despeito de utilizar a expressão "dolo intenso", o Tribunal de Justiça, em seguida da referida expressão, descreveu as circunstâncias da conduta, que evidenciam a intensa reprovabilidade do agir do paciente, especialmente em razão da motivação eleitoral e da forma desrespeitosa com que tratou os munícipes, elementos que autorizam a exasperação da pena acima do mínimo legal. Precedentes.

5. Configura constrangimento ilegal considerar como maus antecedentes a existência de ações penais em curso com o fim de exasperar a pena-base. Incidência da Súmula n.º 444 do STJ.

6. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no crime continuado, o critério utilizado para determinar o **quantum** de aumento guarda relação com o número de infrações praticadas. Precedentes.

7. Habeas corpus concedido em parte a fim de reduzir a pena do crime descrito no art. 1º, inciso II, do Decreto-Lei n.º 201/67, para 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, mantido, no mais, o acórdão impugnado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Votou parcialmente vencido o Sr. Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), que concedia a ordem.

Brasília (DF), 19 de junho de 2012 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 139.149 - RS (2009/0113713-2)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Luiz Antônio Grechi Gheller, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Depreende-se dos autos que o paciente - ex-Prefeito do Município de Serafina Corrêa e Francisco Carlos Calza - ex-Secretário de Obras do Município -, foram denunciados pela prática da conduta descrita no art. 1º, incisos I e II, do Decreto-Lei n.º 201/1967, por sessenta e cinco vezes, c/c o art. 71, **caput**, do Código Penal.

Conforme delineado pelo Procurador de Justiça, durante os meses de outubro, novembro e dezembro do ano de 1992, o paciente, em comunhão de vontades com o Secretário de Obras do Município e prevalecendo-se do cargo público, desviou, em proveito alheio, materiais de construção pertencentes à Prefeitura Municipal. Sobre o tópico, revelou o denunciante que, o Secretário de Obras, com a autorização e o expresso conhecimento do Prefeito Municipal, ordenou a entrega dos mencionados materiais em várias propriedades particulares, sem a existência de lei que permitisse tais liberalidades.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, à unanimidade de votos, julgou parcialmente procedente o pedido formulado na denúncia para absolver os réus da conduta descrita no art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei n.º 201/67, bem assim para condená-los, como incursos nas sanções do art. 1º, inciso II, do Decreto-Lei n.º 201/67, por sessenta e cinco vezes, c/c o art. 71 do Código Penal.

Ao paciente foi aplicada a pena de 5 (cinco) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime semiaberto. Francisco Carlos Calza foi condenado à pena de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos. Nos termos do art. 1º, § 2º, do Decreto-Lei n.º 201/67, ficaram os réus inabilitados para o provimento de quaisquer cargos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ou funções públicas, pelo prazo de 5 (cinco) anos.

No Superior Tribunal de Justiça, sustenta o impetrante que a conduta imputada ao paciente é atípica, visto que, ao contrário do que exposto na inicial acusatória, fora praticada de acordo com a legislação vigente à época dos fatos. Sublinha, no pormenor, que o transporte de material de construção por veículo da Prefeitura Municipal não é ilegal, pois expressamente permitido pela Lei Orgânica do Município de Serafina Corrêa.

Ressalta que a Corte de Contas Estadual "manifestou-se no sentido de que o uso de máquinas e serviços públicos, por particulares, é perfeitamente cabível e encontra respaldo nos artigos da Lei Orgânica Municipal" (fl. 6). Entende, dessa forma, "que não pode o paciente ser condenado por uma conduta lícita, praticada com respaldo em lei local. Não é plausível que uma conduta admitida administrativamente seja objeto de sanção penal" (fl. 6).

Subsidiariamente, aponta a ilegalidade, ante a falta de fundamentação idônea, da decisão que fixou a pena-base acima do mínimo legal. Destaca que o acórdão impugnado, quando da análise dos antecedentes do paciente, é genérico, pois não especificou quais foram as condenações que serviram para a valoração negativa da circunstância judicial.

Pondera que, de acordo com a jurisprudência dos Tribunais Superiores, não é possível se levar em consideração a intensidade do dolo como elemento diretamente vinculado à aplicação da pena, visto que após a Reforma do Código Penal de 1984, o dolo passou a ser integrante do fato típico, não podendo ser utilizado para aumentar a pena na primeira fase da dosimetria.

Assere que, de acordo com os documentos juntados aos autos, "a conduta social do paciente é irrepreensível, sendo bem visto na comunidade de Serafina Corrêa. Não é a toa que já exerceu por mais de uma vez cargo eletivo no Município, além de ser gerente, há quase vinte anos, da agência local da Caixa Econômica Federal" (fl. 21).

Relativamente ao aumento no patamar de 2/3 (dois terços), nos termos do art. 71 do Código Penal, argumenta que não há no acórdão "fundamentação alguma acerca da comprovação da continuidade, apenas repetindo o número de crimes mencionado pelo Ministério Público Estadual na peça acusatória" (fl. 25).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Diante disso, busca seja afastada a condenação pela prática da conduta descrita no art. 1º, inciso II, do Decreto-Lei n.º 201/67. Caso o entendimento seja pela manutenção da condenação, pede a fixação da pena-base no mínimo legal, bem como a exclusão do aumento pela continuidade delitiva e a modificação do regime inicial.

Prestadas as informações às fls. 221/273, foram os autos ao Ministério Público Federal, que se manifestou pela denegação da ordem (fls. 275/282).

Informações complementares às fls. 302/338, esclareceram que a ação penal transitou em julgado em 16 de setembro de 2011.

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 139.149 - RS (2009/0113713-2)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

Como vimos no relatório, pretende-se neste **habeas corpus**, a extinção da ação penal sob o fundamento de atipicidade da conduta. No pormenor, sustenta o impetrante que a conduta do paciente foi praticada de acordo com a legislação municipal vigente à época dos fatos, o que afasta o elemento subjetivo necessário a configuração do crime descrito no art. 1º, inciso II, do Decreto-Lei n.º 201/1967.

Como cediço, o inciso II do artigo acima mencionado pune a utilização, em proveito próprio ou alheio, de bens, rendas ou serviços públicos, **in verbis**:

Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:

I - apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio;

II - utilizar-se, indevidamente, em proveito próprio ou alheio, de bens, rendas ou serviços públicos;

Com a utilização do advérbio "indevidamente", como elemento normativo do tipo, trouxe o legislador, para integrar a própria estrutura do tipo penal, uma parcela de antijuridicidade, exigindo-se do intérprete a formação de um juízo de valor acerca da ilicitude do fato, a fim de que possa inferir a própria tipicidade da conduta.

Impende rememorar, neste ponto, o magistério de Fernando de Almeida Pedroso (Direito Penal. Parte Geral. Estrutura do Crime – Livraria e Editora Universitária de Direito – São Paulo, p. 189):

Desta sorte, nos tipos que contêm elementos desse jaez, a antijuridicidade, concreta (e não somente a formal ou abstrata – cf. n.º 49) precede à verificação da própria tipicidade, encontrando-se fundida no modelo legal descritivo. De tal arte, se houver em prol do agente qualquer causa de justificação o fato não deixa apenas de ser antijurídico, pois ela elidirá a própria tipicidade.

Dessa forma, no mencionado advérbio - indevidamente - está o cerne da conduta, vez que a utilização de bens, rendas ou serviços públicos, em proveito próprio ou alheio, em situações autorizadas pela lei, implicará em inadequação típica, sendo então desnecessário partir-se para a análise da incidência de discriminantes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Noutras palavras: a redação do inciso II do art. 1º do Decreto-Lei n.º 201/67, obriga o exegeta a perscrutar no Direito Administrativo a licitude da conduta imputada ao Prefeito Municipal para que, a partir de então, concluindo pela sua inadequação à norma, aperfeiçoe a subsunção do fato ao tipo penal. Será a partir desse processo de verificação da adequação típica, que poderá o hermenauta avaliar a ofensa aos valores tutelados pela norma penal, trazendo do Direito Administrativo os conceitos de legalidade e moralidade administrativa.

De fato, algumas leis municipais têm fixado critérios genéricos para permitir a particulares o uso transitório de serviços e bens do Município, mediante condições, entre as quais o pagamento do preço respectivo, o prévio pedido formal à Administração, a assinatura de termo de responsabilidade pela conservação e devolução dos bens recebidos, entre outras. Nesses casos, a utilização do bem ou serviço público não será indevida, visto que obedecidos os requisitos legais. Municípios há, em diversos Estados, que legislaram nesse sentido, com a finalidade precípua e louvável de ajudar o particular na abertura e conservação de estradas na zona rural, ou mesmo para a limpeza e conservação de terrenos na zona urbana, assim como para qualquer outro tipo de serviço com o qual a administração possa auxiliar o particular, desde que devidamente retribuída a ajuda, nas condições fixadas na norma. No entanto, não me parece ser esse o caso dos autos.

Isso porque, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao analisar a alegação de atipicidade do comportamento do paciente, porquanto teria sido praticado de acordo com a Lei Orgânica do Município de Serafina Corrêa, destacou que a conduta extrapolou os limites previstos na legislação, bem assim que o Decreto mencionado pelo Prefeito em sua defesa não autorizava a utilização de máquinas ou serviços públicos tal como ocorrera, mas apenas fixava o valor dos serviços públicos, ressaltando, no pormenor, a ausência de demonstração pela defesa do pagamento realizado pelos beneficiários a fim de retribuir a cessão dos bens municipais (fl. 51).

Avanço para anotar que, diferente do que previsto da legislação local, os deslocamentos dos materiais de construção "não se restringiram ao território de Serafina Corrêa, mas alcançaram, dentre outros, os municípios de Parai, Encantado, Lajeado e Estrela, em manifesta afronta à Lei Orgânica do Município" (fl. 50).

Nessa contextura, apontou o acórdão condenatório que "em nenhum



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

momento os réus acenaram com a existência de um cadastro de pessoas necessitadas que justificasse a dispensa do pagamento dos serviços, nem a edição de lei que contemplasse tal fato" (fl. 51).

Lembremo-nos que, enquanto para o particular a lei funciona como uma limitação de sua liberdade individual, em prol da convivência social, sendo-lhe permitido tudo quanto a norma não proíba, para o agente público impera a absoluta adstrição ao ordenamento jurídico, sendo-lhe permitido agir apenas nos estritos limites do expressamente autorizado por lei.

Dessa forma, descrevendo o acórdão impugnado que houve desvio no objeto da norma local, pois não atendidos todos os requisitos exigidos pela legislação para a cessão a particulares de bens, serviços e atividades municipais, nos limites do **habeas corpus**, não me parece possível afastar as conclusões expendidas pela Corte Estadual. É que para se declarar a atipicidade da conduta, providência pretendida pelo impetrante, seria necessário reexaminar a legislação local de regência, bem como a adequação dos transportes realizados com essas leis, o que não é viável no âmbito excepcional, de rito célere e cognição sumária.

Por outra volta, entendo que a análise da legitimidade do ato administrativo passa por um decisivo componente ético. Sabemos todos que o administrador não deve cingir-se apenas à legalidade ou ilegalidade, justiça ou injustiça e à conveniência e oportunidade do ato. Deverá também ajustar sua conduta aos parâmetros da moralidade administrativa.

Essa mesma percepção foi registrada por Marino Pazzaglini Filho (Crime de Responsabilidade de Prefeitos, Atlas, p. 122), cujo autorizado magistério assim apreciou a questão:

A moralidade significa a ética da conduta administrativa; a pauta de valores morais a que a Administração Pública, segundo o corpo social, deve submeter-se para a consecução do interesse coletivo. Nessa pauta de valores insere-se o ideário vigente no grupo social sobre, v. g., honestidade, boa conduta, bons costumes, equidade e justiça. Em outras palavras, a decisão do agente público deve atender àquilo que a sociedade, em determinado momento, considera eticamente adequado, moralmente aceito.

É certo que o art. 37 da Constituição Federal não transforma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

automaticamente em ilícitos penais práticas que eventualmente ofendam o cumprimento de deveres simplesmente administrativos. Por essa razão a incidência da norma penal referida pelo Ministério Público depende da demonstração do elemento subjetivo do tipo - vontade livre e consciente (dolo) de lesar o interesse público. Ora, é dessa forma que se garante a distinção, a meu sentir necessária, entre atos próprios do cotidiano administrativo e atos que revelam a prática de ilícitos penais, não sendo possível se transferir para a esfera penal a resolução de questões que envolvam a ineficiência, a incompetência gerencial e a responsabilidade administrativa.

Neste feito, ao menos à luz dos dados que instruem a impetração, parece-me difícil sustentar que a conduta atribuída ao acusado não extrapolou o campo da mera irregularidade administrativa para incursionar pela esfera da ilicitude penal. O acusado deliberadamente lançou mão de bens e serviços públicos para beneficiar "gratuita e indevidamente quem bem entendia, cobrar alguns serviços de alguns munícipes pobres, com critérios próprios e não revelados e de beneficiar alguns em detrimentos de outros" (fl. 259). Além disso, depreende-se do acórdão impugnado que os beneficiários da "generosidade do réu pertenciam ou eram simpatizantes do partido político do mesmo" (fl. 260).

Partindo-se assim do princípio que os atos administrativos só podem ter por objeto o interesse público, e demonstrada que a utilização dos bens e serviços municipais extrapolou os limites do legal, moral e razoável, a meu ver, não há como fugirmos das conclusões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no sentido da plena adequação da conduta do acusado ao tipo penal, tendo ficado evidenciada, de forma inequívoca, a caracterização do elemento normativo do tipo.

Externando de outra forma a idéia: numa simplória verificação do caso concreto, parece-me que o desvio de materiais de propriedade da Prefeitura para propriedades particulares - de correligionários partidários -, ofende aos princípios da legalidade e moralidade administrativa. Dessa forma, entendo não ser possível enxergar boa fé na conduta do administrador de utilizar, em benefício próprio e de terceiros, bens públicos em desacordo com a legislação. A indisponibilidade destes, a não ser em casos excepcionais, mediante competente autorização das Casas Legislativas, é princípio rudimentar que a nenhum administrador é lícito ignorar.

É verdade, não se nega, que o Tribunal de Contas Estadual entendeu ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

legal a cessão dos bens municipais à particulares, na modalidade locação. Mas não é menos verdade que esse parecer destacou a necessidade de o uso dos "equipamentos e operadores não interferir no normal desenvolvimento dos trabalhos que lhe são afetos e de uso generalizado no Município", exigindo, ainda, "o pagamento prévio do valor correspondente aos serviços e assinatura do respectivo termo de responsabilidade pela conservação e devolução dos bens" (fl. 136). Daí por que não há como extrair da referida manifestação técnica nenhum indício de que as autoridades municipais foram induzidas a erro e, portanto, viram-se autorizadas à cessão dos materiais na forma descrita na denúncia. Isso porque, como vimos linhas acima, o Tribunal de Justiça, após exame detalhado do vasto conjunto probatório dos autos, concluiu que as exigências da legislação local não foram satisfeitas, notadamente no que se refere ao pagamento pelos bens e serviços públicos, não afastando o parecer da Corte de Contas, desse modo, o dolo do paciente.

Já me encaminhando para o desfecho deste tópico, averbo que razão não assiste ao impetrante relativamente à alegação de que, "em caso análogo ao presente, onde eram discutidos os mesmos fatos, o próprio Ministério Público Estadual já havia pedido o arquivamento do Inquérito Policial n.º 694066960, que tramitou perante a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por reconhecer a legalidade do transporte de materiais feito pelo Município" (fl. 6).

Observem que naquele Inquérito Policial investigou-se a realização de três viagens de caminhão, nos meses de março e abril de 1990, de Sombrio até Serafina Correa. Na ocasião, houve o efetivo pagamento aos cofres públicos de todas as despesas referentes às viagens, realizadas mediante a utilização de motorista e de caminhão da Prefeitura (fls. 144/146).

Na espécie, os deslocamentos, repita-se, não se restringiram ao Município de Serafina Correa, mas alcançaram, dentre outros, os Municípios de Parai, Encantado, Lajeado e Estrela. Destacou o Tribunal de Justiça, outrossim, que a defesa do paciente não demonstrou a existência de pagamento pela utilização dos serviços prestados pelo Município. E mais: ressaltou que o paciente "contemplou um único licitante com material, terreno, e tudo o mais que foi necessário à edificação do único hotel da cidade, inclusive com transporte de material, hotel esse que faz limite com loteamento de sua propriedade,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que 'casualmente' restou valorizado" (fl. 53).

Diante dessas considerações, entendo que se trata de acontecimentos distintos - embora o crime investigado nas duas ocasiões tenha sido o mesmo -, e a distinção me parece relevante para fins de análise da tipicidade da conduta. A despeito de um ou outro detalhe semelhante, há muita diferença entre as situações em confronto. É que o mencionado pedido de arquivamento foi formulado pelo Ministério Público, tendo em vista que todas as exigências da legislação local foram observadas durante o transporte de bens municipais, o que, vimos das transcrições acima, não ocorreu na espécie. Dessa forma, a distinção entre as situações se impõe.

Passo, pois, a análise da segunda alegação: ausência de fundamentação da decisão que fixou a pena-base acima do mínimo legal.

Sempre nos lembrou Pontes de Miranda a importância do **habeas corpus**, isso em decorrência de toda matéria a que o instituto se refere, isto é, a liberdade de ir, ficar e vir. O só ajuizamento da ação penal condenatória já é suficiente para atingir o estado de dignidade do acusado, de modo a provocar graves transtornos para aqueles que se envolvem no cenário criminal. Dessa forma, tem-se utilizado, não sem razão, do **writ** a fim de se garantir a efetividade do direito fundamental à liberdade e combater todo tipo de coação ou ameaça oriunda de ilegalidade ou abuso de poder.

Ocorre que o meio recursal ordinariamente previsto no ordenamento jurídico para que esta Corte analise eventual ofensa à legislação federal relativa à dosimetria da pena é o recurso especial, não podendo tal matéria ser submetida à apreciação deste Sodalício pela via excepcional do **habeas corpus**, que se encontra atrelada, tão somente, às hipóteses em que se tenha presente verdadeira violência, coação, ilegalidade ou abuso direto e imediato à liberdade de locomoção.

O **habeas corpus** presta-se ao controle e revisão de decisões no plano objetivo, ou seja, de pronunciamentos que violem direito líquido e certo do paciente, diretamente relacionados à liberdade, vale dizer, daquelas decisões que contemplem nulidade e ilegalidade passíveis de reconhecimento de forma objetiva, sem ingresso no plano de subjetivismo próprio da atividade jurisdicional ordinária.

Contudo, em homenagem à garantia constitucional constante do art. 5º, LXVIII, conheço do pedido e passo à análise dos argumentos expostos na inicial.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Para melhor exame da questão, faz-se necessário transcrever o cálculo da pena elaborado pela instância ordinária.

Colhe-se do acórdão (fls. 28/55):

Passo à dosimetria da pena:

Luiz respondeu diversos processos, registra anterior condenação e sofreu recente condenação, esta última a uma pena de pouco mais de dois anos de reclusão. Praticou os delitos com dolo intenso. Apresentou conduta extremamente reprovável: aos pobres que tiveram suas residências danificadas por obras da Prefeitura, 'doou' e entregou telhas quebradas, ou mandou que um homem de mais de sessenta anos transportasse o cimento necessário; de alguns pobres moradores de casas populares, cobrou os serviços; dos correligionários e simpatizantes políticos contemplou com todos os serviços pedidos. Aliás, não por acaso é atualmente candidato no próximo pleito; Vaidosamente contemplou um único licitante com material, terreno, e tudo o mais que foi necessário à edificação do único hotel da cidade, inclusive transporte do material, hotel este que faz 'limite' com loteamento de sua propriedade, que 'casualmente' restou valorizado. Praticou o delito movido pela vaidade, pelo prazer de dar benesses a seus simpatizantes e com vistas a perpetuar-se em cargos públicos às custas do erário, além de buscar locupletamento ilícito com a valorização do seu loteamento. Às consequências foram certamente graves: no mínimo por sessenta e cinco vezes o povo pagou para que funcionários da Prefeitura, em pleno horário de trabalho e às custas do erário, contemplasse com benesses os eleitos pelos réus como merecedores da graça. Não houve concorrência da vítima. Tudo isso me leva a fixar a pena base em três anos de reclusão, pena esta que elevo de dois terços considerando o número de delitos perpetrados pois conseguiu praticar o delito sessenta e cinco vezes num dos - e ele próprio reconhece tal fato - menores municípios do Estado, e que fixo definitivamente em sessenta meses ou cinco anos de reclusão a ser cumprido inicialmente em regime semi-aberto, pena esta que torno definitiva na ausência de outras majorantes e/ou minorantes.

Ao ensejo da leitura das referidas passagens, tem-se que o acórdão condenatório considerou, dentre as oito circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, quatro delas desfavoráveis, a saber: culpabilidade, antecedentes, motivos e consequências do crime.

Diante disso, entendeu a instância de origem que a pena-base deveria ser fixada em 3 (três) anos de reclusão, quando a mínima, nesse caso, é de 2 (dois) e a máxima é de 12 (doze) anos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sabemos todos que a aplicação da pena é o momento em que o juiz realiza, em cada caso concreto, a força do Direito, impondo, após o édito condenatório, a sanção jurídica ao condenado. Trata-se de poder com limitada carga de discricionariedade conferida ao magistrado pela Constituição Federal e pela Lei - Código Penal. Mas, muito embora discricionário, não é um poder arbitrário, na medida em que ao juiz cabe aplicar a pena justa ao caso, com a necessária motivação e fundamentação, à luz do método trifásico.

A culpabilidade aparece no Direito Penal brasileiro como limitador à responsabilização criminal. Somente será censurado o indivíduo que praticar um injusto penal, possuindo a capacidade – ainda que genérica – de querer e de entender e a possibilidade de, nas circunstâncias do momento, agir de outra forma (lícita). Mais do que isso: a pena a ele aplicada ficará limitada ao grau de sua culpabilidade.

Assim, em um primeiro momento, depara-se o magistrado criminal com a verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade, para concluir se houve ou não prática delitiva. Após, quando da dosimetria da pena, necessita, mais uma vez, recorrer ao exame da culpabilidade, agora, como circunstância judicial. Nessa oportunidade, a análise da culpabilidade exige maior esforço do julgador: não se trata mais de um estudo de constatação - haja vista já ter ficado evidente a sua presença - e, sim, de um exame de valoração, de graduação.

Portanto, deve o juiz, nessa oportunidade, dimensionar a culpabilidade pelo grau de intensidade da reprovação penal, expondo sempre os fundamentos que lhe formaram o convencimento.

Ademais, o magistrado, na valoração da culpabilidade, deve dispensar especial atenção à verificação do maior ou menor grau de exigibilidade de outra conduta, considerando, neste tocante, as características pessoais do agente dentro do exato contexto de circunstâncias fáticas em que o crime ocorreu. Este é, dúvidas não há, o melhor critério de exame da intensidade de reprovação do crime. Quanto mais exigível a conduta diversa, maior é a reprovação do agir do sentenciado.

De fato, a expressão "dolo intenso" (fl. 53) não mais condiz com a doutrina penal adotada pelo Código Substantivo, vez que nele não se encontra a primazia que, noutros tempos, era privilégio da chamada teoria causalista do crime. Atualmente o Código



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Penal Brasileiro repousa seus cânones na teoria finalista, que deslocou o dolo para a conduta do agente, como seu elemento subjetivo, deixando este, portanto, de ser elemento integrante da culpabilidade.

No entanto, na espécie, a despeito de utilizar a expressão "dolo intenso", o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul não o fez do modo acima mencionado, pois, em seguida do emprego da referida expressão, descreveu as circunstâncias da conduta, que evidenciam a intensa reprovabilidade do agir do paciente, especialmente em razão da motivação eleitoral e da forma desrespeitosa com que tratou os munícipes - entregou às pessoas que tiveram suas residências danificadas por obras da Prefeitura "telhas quebradas, mandou que um homem de mais de sessenta anos transportasse o cimento necessário; de alguns pobres, moradores de casas populares, cobrou os serviços", sendo que "os correligionários e simpatizantes políticos foram contemplados com todos os serviços pedidos" (fl. 53) -, elementos que autorizam a exasperação da pena acima do mínimo legal. Dessa forma, a meu sentir, a análise da culpabilidade está suficientemente fundamentada, inexistindo flagrante ilegalidade ou teratologia a ser sanada na via excepcional do **habeas corpus** (HC 108.268/MS, Relator o Ministro Luiz Fux, DJ de 20/9/2011).

Avanço no raciocínio para dizer também que foi devidamente fundamentada a circunstância judicial relativa aos motivos - "praticou o delito movido pela vaidade, pelo prazer de dar benesses a seus simpatizantes e com vistas a perpetuar-se no cargo público, além de buscar o locupletamento ilícito com a valorização do seu loteamento", não havendo, do mesmo modo, constrangimento ilegal a ser reparado na angusta via do **writ**.

Parece-me desproporcional, no entanto, o aumento realizado relativamente às circunstâncias judiciais das consequências e dos dos antecedentes, tendo em vista que fundamentado em alegações genéricas, inerentes ao próprio tipo penal, bem assim em ações penais em curso, argumentos que contrariam a jurisprudência desta Corte e o disposto no enunciado n.º 444 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, devendo ser, desde já, excluído.

Nesse sentido:

A - HABEAS CORPUS. 1. FURTO TENTADO. PENA DE MULTA. 2. APELAÇÃO. EXISTÊNCIA DE OUTRA DENÚNCIA CONTRA O PACIENTE. APLICAÇÃO DE PENA MAIS GRAVE. PENA-BASE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACIMA DO MÍNIMO LEGAL SUBSTITUÍDA POR PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. ILEGALIDADE. SÚMULA 444/STJ. ART. 5º, LVII, DA CF. 3. ORDEM CONCEDIDA.

1. Configura constrangimento ilegal a utilização de denúncia por outro crime a fim de configurar maus antecedentes, para agravar a pena imposta pela sentença condenatória.

2. Nos termos da Súmula 444 do STJ, 'é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base'.

3. Habeas corpus concedido para restabelecer a sentença penal condenatória.

(HC n.º 170.907/RS, de minha relatoria, DJe de 18/4/2012.)

B - HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE DOS PREFEITOS E VEREADORES. DECRETO-LEI N.º 201/67. ART. 1.º, INCISO I. APROPRIAÇÃO OU DESVIO DE BENS OU RENDAS PÚBLICAS, EM PROVEITO PRÓPRIO OU ALHEIO (PECULATO-DESVIO). CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA APTA A JUSTIFICAR, NA HIPÓTESE, AS CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS REFERENTES À PERSONALIDADE DELITIVA, À CONDUTA SOCIAL E AOS MOTIVOS DO DELITO. ILEGALIDADE. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. SENTENÇA QUE APONTA ELEMENTOS CONCRETOS QUE EXTRAPOLAM AQUELES NORMAIS À ESPÉCIE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime.

2. Não pode o julgador, em desatendimento ao critério trifásico, de forma desordenada e em fases aleatórias, majorar a pena-base fundando-se nos elementos constitutivos do crime e em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a exasperação.

3. Na hipótese, foram indevidamente consideradas, como desfavoráveis aos réus, as circunstâncias judiciais referentes aos motivos, às consequências do crime e à conduta social, com base em questões inerentes ao tipo penal.

4. A conduta de apropriar-se ou desviar bens ou rendas públicas, em proveito próprio ou alheio, por óbvio visa ao lucro fácil, em razão da ganância do agente. Tal motivação, por não ser alheia ao tipo, não pode ser considerada circunstância judicial desfavorável.

5. Esta Corte tem posicionamento no sentido de que a personalidade do criminoso não pode ser valorada negativamente se não existirem, nos autos, elementos suficientes para sua efetiva e segura aferição pelo julgador.

6. Inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prestam a majorar a pena-base, seja a título de maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade. Incidência do enunciado n.º 444 da Súmula desta Corte.

[...]

8. Ordem parcialmente concedida para, mantida a condenação e a pena-base acima do mínimo legal, reduzir a reprimenda imposta ao Paciente para 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime semiaberto.

(HC n.º 122.996/RS, Relatora a Ministra LAURITA VAZ, DJe de 27/10/2011.)

Quanto ao aumento previsto no art. 71 do Código Penal - crime continuado -, demonstrou o Tribunal de Justiça, por meio do exame de dois interrogatórios e de sessenta e oito depoimentos de testemunhas, que o agente, mediante mais de uma ação, praticou sessenta e cinco crimes da mesma espécie que, pelas condições de tempo, lugar e maneira de execução, deveriam os subseqüentes ser havidos como continuação do primeiro. Observem que o acórdão condenatório baseou-se, também, em minuciosa tabela elaborada pelo Ministério Público Estadual, discriminando a quantidade de materiais de construção destinada a cada beneficiário, o local de entrega destes, bem assim os motoristas responsáveis pelo carregamento e transporte dos bens municipais (fls. 86/95). Ora, para se chegar a conclusão diversa quanto à ficção jurídica do crime continuado seria necessário o reexame dos elementos fático-probatórios dos autos, o que é vedado em sede de **habeas corpus**.

A propósito, confirmam-se:

A - HABEAS CORPUS. FALSIFICAÇÃO E USO DE PAPEIS PÚBLICOS. PENA-BASE. APLICAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGALMENTE PREVISTO E FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO. QUESTÕES DEDUZIDAS EM REMÉDIO CONSTITUCIONAL ANTERIOR. REITERAÇÃO DE PEDIDO. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

DOSIMETRIA. FALSIFICAÇÃO DE PAPEIS PÚBLICOS. CONTINUIDADE DELITIVA. MANUTENÇÃO PELO TRIBUNAL ORIGINÁRIO. ACERTO. TESE DE OCORRÊNCIA DE CRIME ÚNICO. IMPROPRIEDADE DO MEIO ELEITO.

1. Acertada a decisão colegiada que reconheceu a continuidade delitiva no cometimento de quarenta e oito falsificações de bilhetes de metrô pelo acusado, dado o preenchimento dos requisitos de ordem objetiva - mesmas condições de tempo, lugar e forma de execução - e subjetiva - unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos (art. 71 do CP).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. A via estreita do habeas corpus é inadequada para um maior aprofundamento na apreciação dos fatos e provas constantes no processo de conhecimento para a verificação da ocorrência de delito único, tese defendida pelo impetrante.

3. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nesse ponto, denegado.

(HC n.º 112.650/SP, Relator o Ministro **JORGE MUSSI**, DJe de 29/3/2010.)

B - HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CRIME PRATICADO CONTRA MENOR DE 14 ANOS. I - DOCUMENTO COMPROBATÓRIO DA IDADE. NECESSIDADE DE AUTENTICAÇÃO. MATÉRIA NÃO SUSCITADA NO MOMENTO OPORTUNO. PROVA INCONTESTADA.

[...]

IV - CONTINUIDADE DELITIVA. TESE DO CRIME ÚNICO. ELEMENTOS DO CRIME CONTINUADO. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DA PROVA.

Se a sentença, baseando-se na prova dos autos, consagrou a conexão temporal e a conexão espacial dos crimes praticados contra uma mesma vítima, afigura-se inviável discutir-se a validade do seu contexto na via estreita do writ, porquanto, em tese, o crime continuado restou enquadrado na moldura fática e, portanto, haveria necessidade do exame da cognição probatória.

[...]

VI - Ordem prejudicada quanto à progressão e denegada quanto ao mais.

(HC n.º 66.579/SP, Relatora a Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**, DJe de 8/6/2009.)

Relativamente ao aumento de 2/3 (dois terços) pelo crime continuado, reparem o que se escreveu: "considerando o número de delitos perpetrados, pois conseguiu praticar o delito sessenta e cinco vezes num dos menores municípios do Estado, fixo definitivamente em sessenta meses ou cinco anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime semiaberto, pena que torno definitiva na ausência de outras majorantes ou minorantes" (fl. 54). É caso de fundamentação suficiente, caso em que se admite o aumento pelo máximo.

O número de infrações constitui, dúvidas não há, o critério fundamental para efeito de determinação do aumento punitivo. Desse modo, em princípio, a existência de duas infrações, em continuidade delitiva, significa o menor aumento - 1/6 (um sexto) -, e a existência de sessenta e cinco crimes, como na espécie, justifica o aumento de 2/3 (dois terços). Assim, parece-me acertada a aplicação da causa de aumento de pena no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

patamar máximo cominado.

Nesse sentido:

A - HABEAS CORPUS. CRIME CONTINUADO. PRETENSÃO DE REDUÇÃO DO PERCENTUAL OPERADO. PRÁTICA DELITIVA QUE PERDUROU DURANTE VÁRIOS ANOS. DESCABIMENTO.

[...]

3. No crime continuado, o critério utilizado para determinação da quantidade de exasperação devida, entre os patamares de 1/6 (um sexto) e 2/3 (dois terços), guarda estreita relação ao número de infrações cometidas.

4. Pela leitura dos autos, constata-se que as condutas delituosas foram praticadas quase que diariamente, ao longo de vários anos. Com base nessas informações, não há razões para modificar o percentual de 2/3 (dois terços).

[...]

6. Ordem denegada.

(HC n.º 158.968/RJ, Relator o Ministro **OG FERNANDES**, DJe de 15/6/2011.)

B - HABEAS CORPUS. LEI Nº 8.137/90. DOSIMETRIA DA PENA. VALOR DO DIA-MULTA. REGIME PRISIONAL. IMPETRAÇÃO PARCIALMENTE CONHECIDA. ORDEM DENEGADA.

[...]

c) A exasperação da pena em dois terços, pela continuidade delitiva, está correta, considerado o elevado número de crimes cometidos pelo paciente. Da mesma forma a fixação do valor do dia-multa em dois salários mínimos não caracteriza constrangimento ilegal.

[...]

(HC 116.437/SP, Relator o Ministro **CELSO LIMONGI** - Desembargador Convocado do TJ/SP, DJe de 19/4/2010.)

Entendo razoável, portanto, tomando por correspondência o cálculo realizado na origem, que, uma vez afastadas duas circunstâncias judiciais - antecedentes e consequências -, a pena-base seja fixada em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Mantido o aumento de 2/3 (dois terços), nos termos do art. 71 do Código Penal, torno a pena definitiva em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, na ausência de outras causas de aumento ou de diminuição.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, concedo em parte a ordem a fim de reduzir a pena do crime descrito no art. 1º, inciso II, do Decreto-Lei n.º 201/67, para 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, mantido, no mais, o acórdão impugnado.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 139.149 - RS (2009/0113713-2)

RELATOR : MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE
IMPETRANTE : LUÍS MAXIMILIANO LEAL TELESCA MOTA E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO
SUL
PACIENTE : LUIZ ANTÔNIO GRECHI GHELLER

VOTO-VENCIDO (EM PARTE)

O EXMO. SR. MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ): Sr. Presidente, ao votar, não posso ignorar a realidade rural deste País.

Há municípios do interior, especialmente os da zona rural, com certas peculiaridades. Como é sabido, estamos muito ligados aos costumes e não, apenas, ao texto expresso da lei. Por exemplo, a Constituição prevê no art. 22: "Compete privativamente à União legislar sobre direito penal."

Este é o critério para ser estabelecida a reprimenda no direito penal. Contudo, o art. 30 da Lei Maior, ao tratar da competência dos municípios, reza: "Compete aos municípios legislar sobre assuntos de interesse local."

Quer dizer, em mais de 80% dos municípios rurais deste País, é costume a administração municipal ajudar as pessoas a abrir estradas, a transportar mourões para a construção de cercas e construir valas para escoar água. E tudo isso no interesse do município, porque é uma das formas de fixar o indivíduo no campo. Tanto assim, que temos uma política para os chamados "sem terra", que recebem verbas e não têm que prestar contas ao governo, exatamente por tratar-se de uma questão de políticas fundiária e agrária.

Foram eleitos alguns governadores nesses estados da região central, como, por exemplo, o do Mato Grosso do Sul, que compraram dezenas de máquinas para ajudar, na abertura de estradas, pessoas humildes e pequenos proprietários rurais. É uma questão difícil para o julgador, como acentuou o eminente Ministro Relator. Mas sabemos, e S. Exa., além de não ignorar, destacou o fato, que no interior é comum esse tipo de ajuda para os que não têm caminhonete, trator ou animal de carga que leve ou puxe um mourão ou acha para fazer uma cerca.

Podemos dizer, então, que quarenta, cinquenta ou sessenta e cinco



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

peessoas que foram ajudadas, configuram um igual número de crimes? Crimes continuados?

Aí entra o princípio constitucional, Sr. Presidente, da razoabilidade. Os pequenos proprietários não têm reserva para adquirir máquinas pesadas. A conduta do paciente constitui uma praxe, o que levaria, num município do interior, à atipicidade.. Há municípios que compram máquinas retroescavadeiras só para ajudar os proprietários rurais. No Estado do Rio de Janeiro são mais de setenta municípios rurais em que essa prática é diuturna. Um exemplo é o projeto de irrigação feito perto de Macaé, no município de Quissamã, que não é tão interior assim, cujas máquinas utilizadas para a abertura de canais foram adquiridas pela Prefeitura municipal.

Como é que um pequeno proprietário vai ter condição de comprar uma retroescavadeira que custa quatrocentos ou quinhentos mil reais? O município adquiriu o maquinário e construiu os canais em todas as propriedades. É possível que tenha havido um privilégio para alguns correligionários ou outros, embora isso não seja uma campanha eleitoral, mas sim um ato de fomento, de desenvolvimento e incentivo ao produtor rural do município.

Assim, tendo destacado essa questão, vou analisar a matéria dentro da realidade brasileira. No presente caso, desconheço o nome do município que, presumo, deve ser pequeno, mas o Sr. Ministro Gilson Dipp, que é do Sul, tem mais informações sobre os municípios da região.

Sim, no caso concreto, felizmente, o município é próspero, mas, no meu entendimento, isso não excluiria a ajuda do ente público ao pequeno proprietário.

Portanto, Sr. Presidente, compreendo que a lei prevê assim, mas também entendo que há o art. 30 da Constituição, que dispõe: "compete ao município legislar sobre assunto de interesse local", em relação às peculiaridades de cada município, que podem ser industriais ou dedicados à atividade rural.

Ressalto que ampliaria a interpretação do caso em exame utilizando critérios de razoabilidade e necessidade, não o analisando como um crime a ser equiparado ao do agente que assalta, mata e subtrai, vez que as referidas condutas não estavam revestidas de dolo, nem tinham como objetivo trazer prejuízo ao município mas, sim, propiciar uma integração de pequenos proprietários. É possível, com certeza, dar essa ou outra interpretação, mas entendo, com a devida vênia, que, *in casu*, existe atipicidade da conduta.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por tais motivos, concedo a ordem de *habeas corpus* por ausência da tipicidade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0113713-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 139.149 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 693088866

EM MESA

JULGADO: 19/06/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. .

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL (em substituição)

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LUÍS MAXIMILIANO LEAL TELESCA MOTA E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : LUIZ ANTÔNIO GRECHI GHELLER

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Responsabilidade

SUSTENTAÇÃO ORAL

SUSTENTOU ORALMENTE: DR. LUIS MAXIMILIANO TELESCA (P/PACTE)

CERTIDÃO

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

"A Turma, por maioria, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Votou parcialmente vencido o Sr. Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), que concedia a ordem.