



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 377.653 - SP (2016/0291016-4)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEMETRIOS KOVELIS E OUTRO
ADVOGADO : DEMETRIOS KOVELIS E OUTRO(S) - SP347713
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MOACIR TOMAZELA
PACIENTE : GERALDO TOMAZELA FILHO
PACIENTE : JACINTA DE FATIMA DA SILVA BATISTA
PACIENTE : PAULO ALBINO THEOPHILO JÚNIOR
PACIENTE : PATRÍCIA DA CONCEIÇÃO SOARES

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS**. PECULATO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA, CONTUDO, NA HIPÓTESE, DE EXAURIMENTO DA JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM. PENDÊNCIA DE JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ARTIGO 44, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL.

I - O **Supremo Tribunal Federal**, evoluindo em seu entendimento, consignou, por ocasião do julgamento do HC n. 126.292/SP, que "*A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal*" (HC n. 126.292/SP, **Tribunal Pleno**, Rel. Min. **Teori Zavascki**, DJe de 17/5/2016). Tal entendimento, cumpre asseverar, restou confirmado quando do indeferimento das medidas cautelares requeridas nas ADCs n. 43/44.

II - Dessarte, em outras palavras, está autorizada a execução provisória da pena após o julgamento em segunda instância, ressalvadas hipóteses em que seja possível a superação de tal entendimento pela existência de flagrante ilegalidade.

III - **No caso, contudo**, não se verifica o encerramento da jurisdição do eg. Tribunal de origem, porquanto pendente de julgamento o recurso de embargos de declaração, razão pela qual, **na hipótese e por ora**, não se pode permitir o início da execução das penas, ainda que provisoriamente.

IV - Tendo sido as penas-base fixadas acima do mínimo legal em razão de várias circunstâncias judiciais desfavoráveis, inviável a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos, tendo em vista o não preenchimento do requisito previsto no art. 44, III, do CP.

Habeas corpus parcialmente concedido, para permitir aos pacientes aguardarem em liberdade o exaurimento da jurisdição perante o eg. Tribunal de origem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de fevereiro de 2017 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 377.653 - SP (2016/0291016-4)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado em favor de MOACIR TOMAZELA, GERALDO TOMAZELA FILHO, JACINTA DE FATIMA DA SILVA BATISTA, PAULO ALBINO THEOPHILO JÚNIOR e PATRÍCIA DA CONCEIÇÃO SOARES, em face de v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que os pacientes foram condenados como incursores nas sanções dos artigos 288 e 312, c/c o artigo 29, todos do Código Penal; sendo MOACIR TOMAZELA condenado à pena de 10 (dez) anos, 7 (sete) meses e 16 (dezesesseis) dias de reclusão, em regime inicialmente fechado; enquanto GERALDO TOMAZELA FILHO, JACINTA DE FATIMA DA SILVA BATISTA, PAULO ALBINO THEOPHILO JÚNIOR e PATRÍCIA DA CONCEIÇÃO SOARES, foram condenados às penas de 6 (seis) anos de reclusão, em regime inicialmente semiaberto.

No julgamento da apelação, o eg. Tribunal de origem rejeitou integralmente o recurso de MOACIR TOMAZELA e, de ofício, declarou extinta a punibilidade de GERALDO TOMAZELA FILHO, JACINTA DE FATIMA DA SILVA BATISTA, PAULO ALBINO THEOPHILO JÚNIOR e PATRÍCIA DA CONCEIÇÃO SOARES, quanto ao crime previsto no artigo 288 do Código Penal, redimensionando suas reprimendas para 4 (quatro) anos de reclusão, em regime inicialmente semiaberto. Eis a ementa:

"Associação criminosa e peculato - Nulidade por cerceamento de defesa - Alegada a falta de acesso a documentos apreendidos e não disponibilizados à defesa - Documentos que não compõem o processo, ao qual foram trazidas cópias integrais de todos os papéis coletados pela Comissão Especial de Inquérito - CEI que apurou os fatos no âmbito do Poder Legislativo do Município de Pereiras - Ausência de demonstração quanto à existência e relevância dos documentos reclamados, bem como do prejuízo supostamente causado às investigações - Matéria superada pelo advento de decisão condenatória que se baseia nos elementos de prova disponíveis nos autos, sobre cujo conteúdo as partes tiveram ampla de oportunidade de manifestação e crítica -



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Preliminar afastada - Pleito defensivo de absolvição por insuficiência probatória e, subsidiariamente, de redução das penas impostas - Inviabilidade do pleito absolutório ante a farta quantidade de provas orais, materiais e documentais acerca dos fatos que compõem a acusação - Penas que foram impostas mediante correta aplicação dos critérios da lei em vigor, não comportando mitigação. Reconhecida a prescrição com relação a determinadas infrações, conforme explicitado - Negado provimento aos recursos" (fl. 20).

Daí o presente **writ**, no qual aduz o impetrante, em breve síntese, que "*clara a generalidade na fundamentação utilizada para a não conversão das penas, levando assim ao constrangimento ilegal de todos os pacientes*" (fl. 10).

Sustenta, ademais, que "*a decisão proferida pelo E. Tribunal de origem apenas indica os precedentes do Supremo Tribunal Federal, sem, contudo, fundamentar o seu entendimento a respeito da necessidade da antecipação do cumprimento das penas*" (fl. 16).

Requer, ao final, "*o direito dos pacientes permanecerem em liberdade até o trânsito em julgado de eventual decisão condenatória, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos*" (fl. 18).

A liminar foi indeferida às fls. 125-127.

O pedido de reconsideração foi indeferido às fls. 141-142.

As informações foram prestadas às fls. 150-183.

O d. representante do Ministério Público Federal, às fls. 187-198, manifestou-se pelo **não conhecimento da ordem**.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 377.653 - SP (2016/0291016-4)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS**. PECULATO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA, CONTUDO, NA HIPÓTESE, DE EXAURIMENTO DA JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM. PENDÊNCIA DE JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ARTIGO 44, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL.

I - O **Supremo Tribunal Federal**, evoluindo em seu entendimento, consignou, por ocasião do julgamento do HC n. 126.292/SP, que "*A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal*" (HC n. 126.292/SP, **Tribunal Pleno**, Rel. Min. **Teori Zavascki**, DJe de 17/5/2016). Tal entendimento, cumpre asseverar, restou confirmado quando do indeferimento das medidas cautelares requeridas nas ADCs n. 43/44.

II - Dessarte, em outras palavras, está autorizada a execução provisória da pena após o julgamento em segunda instância, ressalvadas hipóteses em que seja possível a superação de tal entendimento pela existência de flagrante ilegalidade.

III - **No caso, contudo**, não se verifica o encerramento da jurisdição do eg. Tribunal de origem, porquanto pendente de julgamento o recurso de embargos de declaração, razão pela qual, **na hipótese e por ora**, não se pode permitir o início da execução das penas, ainda que provisoriamente.

IV - Tendo sido as penas-base fixadas acima do mínimo legal em razão de várias circunstâncias judiciais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desfavoráveis, inviável a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos, tendo em vista o não preenchimento do requisito previsto no art. 44, III, do CP.

Habeas corpus parcialmente concedido, para permitir aos pacientes aguardarem em liberdade o exaurimento da jurisdição perante o eg. Tribunal de origem.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: **Inicialmente**, cumpre ressaltar que o art. 283 do CPP, com a nova redação, busca afastar expressamente a execução provisória da condenação criminal, permitindo tão somente a prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória quando se puder comprovar quaisquer das razões que autorizem a prisão preventiva ou a prisão temporária.

Este era o entendimento que vinha sendo aplicado nesta Corte até recentemente, uma vez que o Plenário do col. **Pretório Excelso**, no julgamento do **HC n. 84.078/MG**, concluíra pela ofensa ao princípio da não-culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do CPP.

No entanto, o próprio **Supremo Tribunal Federal** evoluiu em seu entendimento e, por maioria de votos, indeferiu o pedido formulado no **HC n. 126.292/SP**, de relatoria do em. Min. **Teori Zavascki**, decidindo pela possibilidade do início do cumprimento da pena após o julgamento da apelação.

Eis a ementa do julgado:

"CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado" (HC n. 126.292/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 17/5/2016).

Tal entendimento, cumpre frisar, **já vem sendo adotado por esta Corte, consoante demonstram os seguintes precedentes:**

"PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. OMISSÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. EMBARGOS ACOLHIDOS.

1. Em recente julgado (HC 126.292/SP), o Supremo Tribunal Federal decidiu que o esgotamento das instâncias ordinárias permite o início do cumprimento da pena, imposta ou confirmada pelo Tribunal de segundo grau, antes do trânsito em julgado da condenação, sem se falar em ofensa ao princípio da presunção de inocência.

2. Embargos de declaração acolhidos para determinar a remessa de cópia dos autos ao Tribunal de origem/Juízo das execuções a fim de que adote as providências cabíveis no que se refere ao início da execução provisória da pena imposta ao embargado" (EDcl no HC n. 348.612/ES, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 16/6/2016).

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA DO TRIBUNAL A QUO. REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO. PREJUDICADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. NOVA ORIENTAÇÃO ADOTADA PELO STF NO HC 126.292/SP. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. A aplicação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 constitui direito subjetivo do condenado por tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos necessários à sua aplicação, a saber, tratar-se de agente primário e de bons antecedentes, não se dedique



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a atividades criminosas nem integre organização criminosa. Precedentes.

3. Embora o paciente não tenha sido condenado à pena privativa de liberdade superior a 8 (oito) anos, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis perfaz fundamento idôneo à fixação do regime inicial mais gravoso (fechado), em observância ao disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, ambos do Código Penal.

4. A Sexta Turma, ao apreciar os EDcl no REsp 1.484.413/DF e no REsp 1.484.415/DF, na sessão de 3/3/2016, adotou recente orientação, fixada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal (HC 126.292/SP, de 17/2/2016), de que a execução provisória da condenação penal, na ausência de recursos com efeito suspensivo, não viola ao constitucional princípio da presunção de inocência.

5. Habeas corpus não conhecido" (HC n. 349.051/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 17/6/2016).

Insta destacar, sobre o tema, **que a possibilidade de execução provisória da pena foi recentemente confirmada pelo eg. Supremo Tribunal Federal**, quando do julgamento das medidas cautelares nas ADCs 43 e 44.

Em outras palavras, portanto, está autorizada a execução provisória da pena após o julgamento em segunda instância, ressalvadas as hipóteses em que seja possível a superação do entendimento pela existência de flagrante ilegalidade, seja por meio da concessão de habeas corpus ou atribuindo-se efeito suspensivo a eventual recurso especial ou extraordinário.

Contudo, no presente writ, verifico, conforme consulta ao sítio eletrônico do eg. Tribunal de origem, que muito embora o recurso de apelação tenha sido julgado em 21/10/2016, ainda não se encerrou a jurisdição promovida em segunda instância, haja vista a interposição do recurso de embargos de declaração pela defesa, **ainda pendentes de julgamento.**

Não se mostra possível, portanto, no caso, a execução provisória da pena, tal como já consignado pelo col. Supremo Tribunal Federal.

Cito, ainda, neste sentido, os seguintes precedentes desta Corte, que corroboram tal posicionamento:

"HABEAS CORPUS. DUPLICATA SIMULADA. ART. 172, C/C O ART. 71 DO CP. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DETERMINAÇÃO DE EXPEDIÇÃO IMEDIATA DE MANDADO DE PRISÃO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. POSSIBILIDADE. PENDÊNCIA DE APRECIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA ORIGEM.

1. Nos termos do disposto no art. 105, I, c, da Constituição Federal, compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar habeas corpus contra atos de Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais.

2. No caso, muito embora o Juiz tenha garantido ao réu o direito de recorrer em liberdade até o trânsito em julgado da condenação e apesar de o Ministério Público não ter recorrido nem apresentado pedido de prisão, a Câmara julgadora, ao negar provimento à apelação, determinou a imediata expedição de mandado de prisão contra o apelante.

3. Nem o recurso especial, nem o recurso extraordinário, desprovidos de efeito suspensivo, obstam o início da execução provisória da pena, uma vez que os julgamentos realizados pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal não se vocacionam a permear a discussão acerca da culpa, e, por isso, apenas excepcionalmente teriam, sob o aspecto fático, aptidão para modificar a situação do sentenciado.

4. Quanto a eventuais equívocos nos juízos condenatórios proferidos pelas instâncias ordinárias, sempre haverá outros mecanismos aptos a inibir consequências danosas para o condenado, suspendendo, se necessário, a execução provisória da pena.

5. Para que seja ajuizada medida cautelar ou impetrado habeas corpus em tais circunstâncias, há de haver plausibilidade jurídica nas teses apresentadas no recurso.

6. Na espécie, não há verossimilhança das alegações deduzidas, não sendo perceptível, a propósito dos pontos suscitados, contrariedade do acórdão com a jurisprudência consolidada desta Corte, seja pela ausência de flagrante ilegalidade, seja pela inviabilidade do reexame aprofundado das provas.

7. Ordem concedida apenas para garantir a liberdade do paciente até que os embargos de declaração opostos ao julgamento da apelação sejam julgados na Corte estadual" (HC n. 349.749/PR, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 13/6/2016).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO. MÉRITO. ANÁLISE DE OFÍCIO. DENÚNCIA: TRÁFICO DE DROGAS. CONDUTA DESCLASSIFICADA, PELO JUÍZO PROCESSANTE, PARA A DESCRIÇÃO TÍPICA DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. RECURSO DA ACUSAÇÃO. CONDENAÇÃO, POR TRÁFICO DE DROGAS, EM SEGUNDA INSTÂNCIA. PRISÃO DECRETADA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. GRAVIDADE ABSTRATA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ESGOTAMENTO RECURSAL NAS INSTÂNCIAS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ORDINÁRIAS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PENDENTES DE JULGAMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

2. No particular, a paciente respondia ao processo em liberdade e, em primeira instância, sua conduta foi desclassificada para a adequação típica do art. 28 da Lei n. 11.343/2006. Em recurso da acusação, entretanto, ela foi condenada, por tráfico de drogas, à pena privativa de liberdade de 6 (seis) anos de reclusão, no regime inicial fechado. O Tribunal de origem determinou, ainda, a imediata expedição de mandado de prisão.

3. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a medida deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em motivação concreta, vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.

3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, entendeu que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência (HC n. 126292, julgado no dia 17 de fevereiro de 2016).

4. No caso, o acórdão impetrado não apontou dados concretos, à luz do art. 312 do Código de Processo Penal, a respaldar a segregação cautelar; somente faz referência à gravidade abstrata do delito e a artigos de lei, não ressaltando qualquer aspecto relevante que demonstre o efetivo risco à ordem pública, caso a paciente seja mantida em liberdade. Referências aos termos da lei processual e uma análise teórica, com termos genéricos, sem apontar dados objetivos da suposta conduta perpetrada pela paciente não são hábeis para justificar a prisão cautelar.

5. Ademais, e por outro lado, não é possível dar início à execução provisória da pena porque a segunda instância não encerrou o julgamento da ação penal originária. Pende de julgamento embargos de declaração (com efeitos infringentes) opostos pela defesa. O Ministério



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Público noticiou, ainda, a oposição de embargos infringentes. Por fim, o regime inicial fechado foi fixado pelo Tribunal em virtude da gravidade abstrata e da hediondez do crime. Constrangimento ilegal configurado.

6. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que a paciente aguarde em liberdade, pelo menos, o exaurimento da jurisdição do Tribunal de origem, salvo se por outro motivo estiver presa" (HC n. 343.302/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 13/6/2016).

Vislumbro, portanto, ilegalidade passível de ser sanada pela concessão da ordem, já que verificada, na hipótese, **a inexistência de encerramento da jurisdição do eg. Tribunal de origem.**

Por outro lado, quanto a possibilidade de substituição das penas privativas de liberdade por restritiva de direitos, em relação aos pacientes GERALDO TOMAZELA FILHO, JACINTA DE FATIMA DA SILVA BATISTA, PAULO ALBINO THEOPHILO JÚNIOR e PATRÍCIA DA CONCEIÇÃO SOARES, tenho que melhor sorte não socorre o impetrante.

Para melhor delimitar a **quaestio**, colaciono o seguinte excerto da r. sentença condenatória, **in verbis**:

*"[...] Com referência ao peculato, na primeira etapa, atento às diretrizes do art. 59 do CP, verifico que **existem algumas circunstâncias a considerar**. Os fatos tratados são gravíssimos, demandando punição severa, ainda que os réus sejam primários. Realmente, é acentuada a reprovabilidade das condutas, assim como suas conseqüências. **Os denunciados procederam de maneira absolutamente inadequada no trato dos assuntos públicos, atuando para viabilizar a obtenção, por eles e outras pessoas, de vantagens materiais significativas. Os expedientes fraudulentos adotados ocasionaram malversação de consideráveis recursos municipais, lesando seriamente o erário.** As ações verificadas foram movidas pelo propósito de enriquecer, com a obtenção pessoal de injustificados ganhos patrimoniais, ou propiciar o locupletamento de terceiros. Isso desde logo mostra uma deturpação de personalidade dos processados. Todos, ademais, mostraram ser pessoas suficientemente esclarecidas, possuindo bom grau de escolaridade e desenvolvendo atividades profissionais relevantes, o que toma ainda mais injustificáveis as posturas. **Os procedimentos adotados ocasionaram benefício ilícito a várias pessoas, em detrimento da população. Empreenderam-se medidas inadequadas, com nociva repercussão para a Administração local, em clara afronta ao interesse coletivo.** São nefastas as implicações do crime para a sociedade, levando em conta a mensagem imprópria que transmitem com relação na lida dos negócios estatais. Geram, na verdade, descrédito nas instituições. No que toca ao réu*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MOACIR, em especial, é preciso sopesar a maior responsabilidade pelos ilícitos, em vista da ação preponderante. O acusado participou da criação de todas as entidades privadas (idealizando, por exemplo, a Kakulé) e envolveu-se diretamente em todos os atos de desencaminhamento de ativos públicos. Ele recebeu, pessoalmente, numerário da companhia pública que presidia, bem assim remeteu quantias a sua empresa privada. Seu comportamento, portanto, foi mais censurável. **Levando em conta todos esses fatores, fixo as penas-base em: quatro anos de reclusão e 20 dias-multa, para MOACIR, e três anos de reclusão e 15 dias-multa, para JACINTA, PATRÍCIA, PAULO, PEDRO e GERALDO.**

Na segunda fase, incide, quanto a MOACIR, a agravante do art. 62, I, do CP, já que exerceu função de liderança nos esquemas fraudulentos, comandando os corrêus nos vários expedientes ilegais. Portanto, majoro suas sanções em 1/6, o que resulta quatro anos e oito meses de reclusão e 17 dias-multa.

No terceiro estágio, aplica-se a causa de aumento do art. 71, do CP, uma vez que houve diversos atos no mesmo contexto, caracterizando a continuidade delitiva. Com efeito, os acusados promoveram múltiplos desvios de ativos municipais, na mesma época. Foram incontestáveis atos irregulares, incluindo pagamentos de quantias variadas a particulares, custeio indevido de serviços e produtos em benefício de entidades privadas e utilização imprópria de bens públicos. Adotou-se um único modo de ação, e os resultados lesivos deram-se em similares condições de tempo e lugar, o que enseja a aplicação de uma única sanção, majorada, nos termos do regramento próprio.

[...]

Dessarte, tomando em conta o elevado número de ações praticadas, os montantes envolvidos e o grau de reprovação das condutas, elevo em 1/3 as penas, que atingem: seis anos, dois meses e vinte dias de reclusão, mais vinte e dois dias-multa para MOACIR; e quatro anos de reclusão, mais vinte dias-multa, para os demais" (fls. 90-91).

O v. acórdão reprochado, por sua vez, estabeleceu:

"[...] No tocante às reprimendas, observo que foram estabelecidas mediante correta - e bem fundamentada - aplicação dos critérios da lei em vigor, inclusive no tocante ao escalonamento da sua dosagem nas três fases aludidas no artigo 68 do Código Penal.

[...]

Uma vez prescritas as penas relativas aos delitos acima, permanecem os sentenciados GERALDO, JACINTA, PEDRO, PAULO e PATRÍCIA com penas a cumprir de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto (conforme decisão, fl. 2214), pela prática do delito do artigo 312 do Código Penal.

Em que pese enquadrar-se essa quantidade de pena no parâmetro quantitativo máximo estabelecido no inciso I do artigo 44 do Código Penal, bem como enquadrar-se o tipo penal do peculato nos parâmetros qualitativos estabelecidos na mesma norma legal, é forçoso concluir que os sentenciados não fazem jus ao benefício da substituição das suas penas corporais por restritivas de direitos por ausência dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

requisitos do inciso III desse artigo 44.

Afinal, o i. Julgador de Primeiro Grau, ao apreciar o grau de culpabilidade desses sentenciados, assim como os motivos e circunstâncias dos delitos que praticaram (com vistas a justificar a exasperação de suas reprimendas com base no artigo 71 do Código Penal - fls. 2211/2212), asseverou que "os acusados promoveram múltiplos desvios de ativos municipais, na mesma época. Foram incontáveis atos irregulares, incluindo pagamentos de quantias variadas a particulares, custeio indevido de serviços e produtos em benefício de entidades privadas e utilização imprópria de bens públicos... tomando em conta o elevado número de ações praticadas, os montantes envolvidos e o grau de reprovação das condutas, elevo em 1/3 as penas..." (fl. 2212).

Claro está, portanto, que GERALDO, JACINTA, PEDRO, PAULO e PATRÍCIA não fazem jus aos benefícios do artigo 44 do Código Penal" (fls. 41-44).

Cumpre registrar que para a concessão do referido benefício, faz-se mister o preenchimento dos requisitos previstos no art. 44, do CP. Eis a letra da lei:

"Art. 44. as penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I- aplicada pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II - o réu não for reincidente em crime doloso;

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como as circunstâncias indicarem que essa substituição seja eficiente".

Na presente hipótese, os pacientes não atendem ao disposto no inciso III, tanto é que as penas-base foram fixadas fundamentadamente acima do mínimo legal. Logo, não há o que reparar neste ponto.

Ademais, não se verifica a existência de qualquer ilegalidade na dosimetria das penas, uma vez que foram fixadas dentro do critério da discricionariedade jurídica vinculada.

Neste sentido:

"PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. CULPABILIDADE. PROPORCIONALIDADE.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. Esta Corte Superior tem firmado o entendimento de que ***inexiste constrangimento ilegal a ser sanado na via estreita do mandamus quando a pena-base é fixada de forma fundamentada em elementos idôneos, preservando-se o livre convencimento motivado e a discricionariedade vinculada do julgador.***

3. No caso, a pena-base foi exacerbada em 1/8, com amparo em elementos concretos que revelam a culpabilidade exacerbada do paciente, que, valendo-se da qualidade de parente da vítima, adentrou na residência e, enquanto ela dormia, desferiu golpes de tijolo em sua cabeça com o objetivo de facilitar a prática do roubo, o que demonstra a razoabilidade da exasperação da pena-base em 6 meses.

4. Habeas corpus não conhecido" (HC n. 339.382/MS, Quinta Turma, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe de 17/12/2015, grifei).

"HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. EXASPERAÇÃO EM 1/2, ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL A SER SANADO NA VIA ESTREITA DO WRIT. AUSÊNCIA. DISCRICIONARIEDADE REGRADA DO JULGADOR. PRESERVAÇÃO. NECESSIDADE.

1. A imposição da fração de 1/2 para o aumento da pena-base não se mostra exacerbada quando existe nos autos fundamentação apta a justificá-la.

2. É inviável mensurar matematicamente o aumento da pena-base, de forma a se atribuir igual acréscimo de pena para cada circunstância judicial considerada negativa. A lei confere ao julgador certo grau de discricionariedade na análise das circunstâncias judiciais, sendo assim, o que deve ser avaliado é se a fundamentação exposta é proporcional e autoriza a fixação da pena-base no patamar escolhido.

3. Esta Corte tem firmado o entendimento de que ***inexiste constrangimento ilegal a ser sanado na via estreita do habeas corpus quando a pena-base é fixada de forma fundamentada em elementos idôneos, preservando-se o livre convencimento motivado e a discricionariedade vinculada do julgador.***

4. Ordem denegada" (HC n. 163.073/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 2/4/2012, grifei).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, **concedo parcialmente a ordem** para que os pacientes aguardem em liberdade o exaurimento da jurisdição perante o eg. Tribunal de origem, permitindo-se, ao término do pronunciamento das instâncias ordinárias, a execução provisória das penas, tal como já consignado pelo Supremo Tribunal Federal.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0291016-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 377.653 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00022229132005826014 20160000794640 22229132005826014

EM MESA

JULGADO: 16/02/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FELIX FISCHER

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEMETRIOS KOVELIS E OUTRO
ADVOGADO	: DEMETRIOS KOVELIS E OUTRO(S) - SP347713
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: MOACIR TOMAZELA
PACIENTE	: GERALDO TOMAZELA FILHO
PACIENTE	: JACINTA DE FATIMA DA SILVA BATISTA
PACIENTE	: PAULO ALBINO THEOPHILO JÚNIOR
PACIENTE	: PATRÍCIA DA CONCEIÇÃO SOARES
CORRÉU	: MIGUEL TOMAZELA
CORRÉU	: PEDRO ALVES SILVEIRA JUNIOR
CORRÉU	: VALTER GOMES

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Praticados por Funcionários Públicos Contra a Administração em Geral - Peculato

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 unanimidade, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.