



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 297.940 - MS (2014/0156829-4)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DARCI CRISTIANO DE OLIVEIRA E OUTRO
ADVOGADO : DARCI CRISTIANO DE OLIVEIRA E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : JOÃO CAVALCANTE COSTA

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS**. CRIME DE RESPONSABILIDADE. ART. 1º, II, E §1º, PRIMEIRA PARTE, DO DECRETO-LEI 201/67. VERBA REPASSADA PELA UNIÃO SUJEITA A CONTROLE PELO TCU. ENUNCIADO 208 DA SÚMULA DO STJ. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL. PROVA PERICIAL. INDEFERIMENTO. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. CULPABILIDADE, MOTIVOS, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS. ELEMENTOS DO PRÓPRIO TIPO PENAL. CONDENAÇÕES DEFINITIVAS POR FATO ANTERIOR, MAS COM TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR. CONSIDERAÇÃO COMO MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A verba repassada pela União Federal ao Município, mediante convênio, sujeita à fiscalização pelo Ministério da Integração Regional e controle do Tribunal de Contas da União, atrai a competência da Justiça Federal para processar e julgar Prefeito acusado de utilização indevida de tais verbas. (**Precedentes**).

II - "*Compete a Justiça Federal processar e julgar Prefeito Municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal*" (enunciado 208 da Súmula STJ).

III - O pleito de produção de prova pericial não enseja, por si só e obrigatoriamente, o seu acatamento, podendo o magistrado deferir ou indeferir o pedido de acordo com o seu livre convencimento motivado.

IV - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP, e art. 93, inciso IX, segunda parte, da **Lex Maxima**). Ela não pode ser estabelecida acima do mínimo legal com supedâneo em referências vagas ou dados integrantes da própria conduta tipificada. (**Precedentes**).

V - **In casu**, a r. sentença condenatória, confirmada pelo eg. Tribunal **a quo**, apresenta em sua fundamentação incerteza denotativa ou vagueza, carecendo, na fixação da resposta penal, de fundamentação objetiva imprescindível, porquanto reconheceu como desfavoráveis a culpabilidade, os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime com supedâneo em elementos do próprio tipo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VI - A r. sentença penal condenatória anterior não prevalece para efeito da reincidência (art. 64, inciso I, do CP), subsistindo, no entanto, para efeito de maus antecedentes. (Precedentes desta Corte).

Habeas corpus concedido **tão somente** para reduzir a pena-base para 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mantendo-se incólume os demais fundamentos adotados pelo v. acórdão vergastado.

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 a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC) e Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 03 de março de 2015 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 297.940 - MS (2014/0156829-4)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** com pedido de liminar impetrado em benefício de JOÃO CAVALCANTE COSTA, ex-Prefeito Municipal de Sonora (MS), contra ato do eg. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado como incurso nas penas do art. 1º, inciso II, e §1º, proêmio, do Decreto-Lei nº 201/67, à pena de 3 (três) anos de reclusão, a ser cumprida no regime aberto (fls. 840-853).

Irresignado, interpôs recurso de apelação ao eg. Tribunal **a quo**, cujo aresto negou provimento ao apelo, em ementa a seguir consignada:

"PENAL. PROCESSO PENAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE. COMPETÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. ARTIGO 1º, INCISO II, DO DECRETO-LEI Nº 201/67. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE RENDAS PÚBLICAS FEDERAIS. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA DA PENA.

1. Compete à Justiça Federal o julgamento de demanda instaurada contra ex-prefeito para apurar possível desvio de verbas públicas federais, sujeitas à prestação de contas perante órgão federal. (Sumula nº 208 do STJ).

2. Prerrogativa de foro afastada para ex-ocupantes de cargos públicos ou mandatos eletivos pelo Supremo Tribunal Federal que declarou a inconstitucionalidade dos parágrafos 1º e 2º do artigo 84 do Código de Processo Penal (ADIn's nºs 2.797 e 2.806/DF). Competência da Turma para julgamento do recurso.

3. Questão preclusa. Aplicação do artigo 571, inciso II, do CPP. A alegação de cerceamento de defesa em razão de indeferimento de perícia deve ser arguida na fase das alegações finais.

4. As diligências requeridas na fase do artigo 499 do CPP inserem-se no poder discricionário do juiz que, de forma motivada, pode indeferi-las quando julgar dispensáveis à busca da verdade real.

5. materialidade e autoria comprovadas.

6. Improcedência do pedido de desclassificação do delito para o crime previsto no artigo 1º, inciso III ou inciso IV, do Decreto-lei nº 201/67.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Demonstrado que a verba pública federal foi repassada para a empresa contratada para a realização do objeto do convênio.

7. Condenação mantida. Conduta tipificada no artigo 1º, inciso II e §1º, primeira parte, do Decreto-lei nº 201/67.

8. A fixação do valor da prestação pecuniária deve guardar proporcionalidade com a situação econômica do réu e o dano causado.

9. De ofício, aplicação do §2º do artigo 45 do Código Penal afastada, em razão da vítima ser a União Federal e a pena alternativa ser prestação pecuniária e, ainda, por se tratar de receita pública que por sua natureza é indisponível.

10. Matéria preliminar rejeitada. Apelação improvida" (fl. 966).

Alega o impetrante, inicialmente, a incompetência absoluta da Justiça Federal para processar e julgar o feito ao argumento de *"que as verbas oriundas do convênio firmado com a União foram incorporadas ao patrimônio do município de Sonora (MS) [...]"*. Aduz, outrossim, nulidade em razão do indeferimento da realização de prova pericial, posto haver pedido expresso nesse sentido, o que se caracterizaria cerceamento de defesa, *"uma vez que não lhe foi proporcionado valer-se de todos os meios probatórios para demonstrar sua inocência"* (fl. 12). Por fim, postula pela ausência de fundamentação para a exasperação da pena-base, bem como a desproporcionalidade na fixação da prestação pecuniária (fls. 6-20).

Liminar pleiteada foi indeferida à fl. 1289.

Informações prestadas às fls. 1308-1321.

A douta Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento da ordem e, subsidiariamente, pela sua denegação (fls. 1326-1333).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 297.940 - MS (2014/0156829-4)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS**. CRIME DE RESPONSABILIDADE. ART. 1º, II, E §1º, PRIMEIRA PARTE, DO DECRETO-LEI 201/67. VERBA REPASSADA PELA UNIÃO SUJEITA A CONTROLE PELO TCU. ENUNCIADO 208 DA SÚMULA DO STJ. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL. PROVA PERICIAL. INDEFERIMENTO. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. CULPABILIDADE, MOTIVOS, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS. ELEMENTOS DO PRÓPRIO TIPO PENAL. CONDENAÇÕES DEFINITIVAS POR FATO ANTERIOR, MAS COM TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR. CONSIDERAÇÃO COMO MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A verba repassada pela União Federal ao Município, mediante convênio, sujeita à fiscalização pelo Ministério da Integração Regional e controle do Tribunal de Contas da União, atrai a competência da Justiça Federal para processar e julgar Prefeito acusado de utilização indevida de tais verbas. (**Precedentes**).

II - *"Compete a Justiça Federal processar e julgar Prefeito Municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal"* (enunciado 208 da Súmula STJ).

III - O pleito de produção de prova pericial não enseja, por si só e obrigatoriamente, o seu acatamento, podendo o magistrado deferir ou indeferir o pedido de acordo com o seu livre convencimento motivado.

IV - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP, e art. 93, inciso IX, segunda parte, da **Lex Maxima**). Ela não pode ser estabelecida acima do mínimo legal com supedâneo em referências vagas ou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dados integrantes da própria conduta tipificada. **(Precedentes)**.

V - **In casu**, a r. sentença condenatória, confirmada pelo eg. Tribunal **a quo**, apresenta em sua fundamentação incerteza denotativa ou vagueza, carecendo, na fixação da resposta penal, de fundamentação objetiva imprescindível, porquanto reconheceu como desfavoráveis a culpabilidade, os motivos, as circunstâncias e as conseqüências do crime com supedâneo em elementos do próprio tipo.

VI - A r. sentença penal condenatória anterior não prevalece para efeito da reincidência (art. 64, inciso I, do CP), subsistindo, no entanto, para efeito de maus antecedentes (Precedentes desta Corte).

Habeas corpus concedido **tão somente** para reduzir a pena-base para 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mantendo-se incólume os demais fundamentos adotados pelo v. acórdão vergastado.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (**v.g.**: HC 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014).

As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (**v.g.**: HC 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Inicialmente, quanto às alegações de incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o feito, bem como quanto ao argumento de cerceamento de defesa, transcrevo excerto do v. acórdão reprochado, **verbis**:

"Inicialmente, analiso a competência desta Turma para julgamento do recurso.

Nos termos da Súmula nº 208 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, compete à Justiça Federal o julgamento de demanda instaurada contra ex-prefeito para apurar possível desvio de verbas públicas federais, sujeitas à prestação de contas perante órgão federal.

E, ainda, o Plenário do Colendo Supremo Tribunal Federal, em sessão realizada em 15.09.2005, por ocasião do julgamento das ADINs nºs 2.797 e 2.806/DF, declarou a inconstitucionalidade dos parágrafos 1º e 2º do artigo 84 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 10.628/02, restando afastada a prerrogativa de foro para ex-ocupantes de cargos públicos ou mandatos eletivos.

Na situação em apreço, o crime de desvio de rendas públicas federais foi imputado ao réu, ex-Prefeito, que, atualmente, não exerce qualquer mandato eletivo que lhe assegure a prerrogativa de foro e, assim, de rigor reconhecer a competência da Justiça Federal, para julgamento do recurso e desta Turma.

Assim, passo ao exame do recurso.

Inicialmente, afasto a preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa. Na situação em apreço, o apelante requereu a realização de perícia no local da obra, por ocasião da defesa prévia (fl. 644) e na fase do artigo 499 do Código de Processo Penal (fls. 728/729), pedido que foi indeferido pelo magistrado a quo (fls. 673 e 737), sob o fundamento de que o ofício, datado de 30.10.2006 e expedido pelo Prefeito Municipal de Sonora - MS, sucessor do apelante, é suficiente para demonstrar que as pendências relativas ao Convênio nº 24/99 não foram solucionadas (fl. 656).

Por primeiro, a questão está preclusa, nos termos do artigo 571, inciso II, do Código de Processo Penal, porquanto a alegação de cerceamento de defesa deveria ter sido argüida na fase das alegações finais.

[...]

Ademais, as diligências requeridas na fase do artigo 499 do Código de Processo Penal inserem-se no poder discricionário do juiz que, de forma motivada, pode indeferi-las quando julgar dispensáveis à busca da verdade real, hipótese dos autos [...]" (fls. 961-962).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Conforme fundamentação utilizada pelo v. acórdão objurgado, o caso vertente atrai a incidência do enunciado 208 da súmula desta eg. Corte, o qual preceitua que "*compete à Justiça Federal processar e julgar Prefeito Municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal*". **In casu**, verifica-se, tanto pelo excerto acima colacionado quanto pela fundamentação utilizada pelo magistrado sentenciante, que a prestação de contas perante o Tribunal de Contas da União referir-se-ia ao Convênio nº 24/99, firmado entre o município (Sonora/MS) - do qual o paciente figurava como prefeito na gestão 1997/2000 -, e a União, por meio do Ministério da Integração Regional (fl. 842).

Nesse sentido é a jurisprudência desta eg. Corte de Justiça:

[...]

CRIME DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITO (ARTIGO 1º, INCISO I, DO DECRETO-LEI 201/1967). DESVIO DE VERBAS REPASSADAS PELO MINISTÉRIO DA SAÚDE. ALEGADA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. NUMERÁRIO QUE TERIA SE INCORPORADO AO PATRIMÔNIO MUNICIPAL. REPASSE DE VALORES SUJEITO À PRESTAÇÃO DE CONTAS À UNIÃO. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO 208 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. *De acordo com o enunciado 208 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, "compete à Justiça Federal processar e julgar Prefeito Municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal".*

2. *No caso dos autos, as verbas destinadas ao Município de Ubaíra/BA pela União estavam sujeitos à fiscalização do Ministério da Saúde, motivo pelo qual mostra-se corretamente fixada a competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito.*

2. *Ademais, a confirmar a incompetência da Justiça Estadual para examinar a ação penal em tela, tem-se que foi instaurado perante o Tribunal de Contas da União o Processo n. 033.506/2011-6, no qual se está analisando a regularidade do cumprimento do acordo em questão, o que reforça o interesse da União no deslinde da controvérsia versada nos autos em apreço.*

[...]

2. *Habeas corpus não conhecido" (HC 276396/BA, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 26/2/2014).*

Em relação ao argumento de ocorrência de cerceamento de defesa, este não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

deve prosperar. Primeiramente, o simples fato de haver requerimento pela defesa de produção de prova pericial não induz necessariamente o deferimento do pleito e, conseqüentemente, o cerceamento de defesa, sendo facultado ao juiz deferi-las ou não, desde que fundamentadamente, em obediência ao princípio do livre convencimento motivado. Ademais, é cediço que no ordenamento pátrio vige, como regra, o princípio **pas de nullité sans grief**, segundo o qual não há falar em nulidade sem a efetiva ocorrência de prejuízo. Depreende-se dos autos que a questão não foi suscitada no momento oportuno (fl. 961), com a devida demonstração de prejuízo, o que afasta a alegação de nulidade.

Ilustrativamente:

"PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ATO CITATÓRIO REALIZADO NO DIA DO INTERROGATÓRIO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. DEFENSORIA PÚBLICA. INTIMAÇÃO PESSOAL DA DATA DO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. AUSÊNCIA DE ALEGAÇÃO OPORTUNA. PRECLUSÃO. ARMA DE FOGO. QUALIFICADORA. PROVA TESTEMUNHAL. SUFICIÊNCIA.

[...]

4. Evolução da interpretação para considerar que tal nulidade é passível de preclusão, nas hipóteses em que não é arguida na primeira oportunidade da defesa de se manifestar nos autos, com a necessária demonstração de prejuízo.

5. No presente caso, verifica-se que a defesa ficou-se inerte até o trânsito em julgado (ocorrido em 15/8/00, enquanto a arguição do vício na intimação para a sessão de julgamento apenas se deu com o ajuizamento da revisão criminal, em 2003), não havendo, pois, tempestivamente, a indispensável impugnação.

[...]

7. Habeas corpus não conhecido" (HC 142994/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe de 26/9/2014).

Quanto à dosimetria da pena, a irresignação merece algumas considerações.

A pena, mantida pelo eg. Tribunal **a quo**, foi individualizada da seguinte forma pelo magistrado sentenciante, **verbis**:

"Passando à análise da dosimetria da pena, consoante o art. 59, caput, do Código Penal, verifico que:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a) *Culpabilidade: não resta dúvida de que a ação do réu foi reprovável, pois, especificamente, **inobservou, na aplicação de renda pública, a utilização devida, enquanto Administrador Público (Prefeito de Sonora/MS - 1997-2000);***

b) *Antecedentes: é desabonador, consoante folhas e certidões de antecedentes acostadas às fls. 613/614, 617/619, 622, 623, 710/711, 714/717, 719/720, 733/735 e 746/747, onde consta condenação no mesmo tipo penal imputado nestes autos, sem do, posteriormente, declarada extinta a punibilidade, com trânsito em julgado em 13/05/2005, mas não o suficiente para caracterizar reincidência, tendo em vista o fato, materializado na exordial, ter sido realizado antes do trânsito em julgado;*

c) *Personalidade do agente: nada de desabonador consta;*

d) *Motivos determinantes: deve-se reconhecer a imoralidade na ação do réu, pois **denotou indiferença com uma das proposições básicas, que alicerça toda ciência da Administração Pública, que é a observação do princípio da legalidade (CF, arts. 37, caput e 5o, II), pois, na medida em que se utilizou, indevidamente, de rendas públicas, não o amparava o legislador;***

e) *Circunstâncias objetivas: a infração penal perpetrada pelo réu, **deu-se no Município de Sonora/MS, enquanto aquele Administrador Público (Prefeito),** quando da execução do objeto do Convênio nº 24/99 (implantação de sistema de drenagem pluvial urbana), firmado com a União, por meio do Ministério da Integração Regional;*

f) *Conseqüências: **a infração penal perpetrada pelo réu ofendeu a Administração Pública, levando-se em conta o interesse patrimonial violado da pessoa jurídica de direito público (União), no montante, à época, de R\$ 18.159,21 (dezoito mil e cento e cinquenta e nove reais e vinte e um centavos);***

g) *Comportamento da vítima: não se pode atribuir o comportamento da vítima na infração penal reconhecida e imputada ao réu, pois vítima é a União diretamente, e a coletividade, indiretamente.*

*Com isso, fixo a pena-base, pela prática do crime, do art. 1º, II e §1º, primeira parte todos do Decreto-Lei nº 201/67, **em 3 três anos de reclusão**" (fls. 849-850 - grifei).*

Inicialmente, impende asseverar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e se se tratar de flagrante ilegalidade. Vale dizer, "*a dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de habeas corpus*" (STF: HC 97677/PR, 1.ª Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, 29.9.2009 - Informativo 561, 7 de outubro de 2009).

De uma leitura do trecho acima transcrito, entendo que houve violação ao **art.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

59 do Código Penal uma vez que a pena, para ser fixada acima do mínimo legal, exige fundamentação **concreta** e **vinculada**. Considerações genéricas, abstrações **ou dados** integrantes da própria conduta tipificada não podem supedanear a elevação da **reprimenda**. O **princípio do livre convencimento fundamentado** ou da **persuasão racional** não o permite (art. 157, 381, 387 e 617 do CPP, e art. 93, inciso IX, 2ª parte, da **Lex Maxima**). Assim, a ausência de fundamentação indica **error in procedendo**.

Da análise dos autos, verifica-se que a r. sentença prolatada pelo magistrado sentenciante e mantida pelo eg. Tribunal **a quo** apresenta, em sua fundamentação, incerteza denotativa ou vagueza, carecendo, na fixação da resposta penal, de fundamentação objetiva imprescindível, porquanto reconheceu como desfavoráveis a culpabilidade, os motivos, circunstâncias e conseqüências da conduta delitiva com supedâneo em elementos do próprio tipo.

Nesse sentido é a jurisprudência desta eg. Corte de Justiça:

"HABEAS CORPUS. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. PREFEITO. CONDENAÇÃO POR INFRAÇÃO AO ART. 1º, II, DO DECRETO-LEI N. 201/67. OFENSA A AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. NULIDADES. PREJUDICIALIDADE. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE, MOTIVOS E CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. ELEMENTOS ÍNSITOS NO PRÓPRIO TIPO PENAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. REDUÇÃO AO MÍNIMO LEGAL - 2 (DOIS) ANOS. PRESCRIÇÃO.

1. Agir livre e conscientemente na prática delitiva, embora pudesse comportar de forma diversa, não denota culpabilidade acima da ínsita no próprio tipo penal.

2. Motivos do crime condenáveis, egoísticos, por ter o paciente buscado beneficiar-se de dinheiro público, não autoriza a exacerbação da pena-base.

3. A utilização de bens, rendas ou serviços públicos, traindo a confiança do eleitor, não se destaca do comum da ação a justificar penalidade exacerbada.

[...]

*6. CONCESSÃO DA ORDEM, PARA REDUZIR A PENA DO PACIENTE AO MÍNIMO LEGAL - 2 (DOIS) ANOS DE RECLUSÃO - DECLARANDO, EM CONSEQUÊNCIA, EXTINTA A PUNIBILIDADE, PREJUDICADO O EXAME DAS PRELIMINARES" (HC 292794/PB, Quinta Turma, Rel. Min. **Walter de Almeida Guilherme** (Desembargador*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Convocado do TJ/SP), DJe de 3/11/2014).

"HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. CRIME DE RESPONSABILIDADE COMETIDO POR PREFEITO MUNICIPAL. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE, MOTIVOS E CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. CONSIDERAÇÃO DE ELEMENTOS PRÓPRIOS DO TIPO. INVIABILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SANÇÃO RECLUSIVA REDIMENSIONADA. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. OCORRÊNCIA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. INABILITAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DE CARGO OU FUNÇÃO PÚBLICA. CARÁTER ACESSÓRIO DA PENALIDADE. PRESCRIÇÃO IGUALMENTE VERIFICADA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO AGENTE. DECLARAÇÃO DE OFÍCIO.

1. Mostra-se inviável a consideração de elementos inerentes ao tipo penal violado para avaliar negativamente quaisquer das circunstâncias judiciais e justificar a imposição de pena-base acima do mínimo legal.

[...]

*5. Ordem concedida para reduzir a pena-base do paciente para o mínimo legalmente previsto, tornando a sua sanção definitiva em 2 (dois) anos de reclusão, declarando-se, de ofício, extinta a sua punibilidade, tanto em relação à pena principal quanto à acessória, pela prescrição da pretensão punitiva do Estado, na forma retroativa" (HC 260249/PR, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 30/10/2013).*

Já em relação aos antecedentes, trago excerto da dosimetria da pena, no particular:

"[...]

b) Antecedentes: é desabonador, consoante folhas e certidões de antecedentes acostadas às fls. 613/614, 617/619, 622, 623, 710/711, 714/717, 719/720, 733/735 e 746/747, onde consta condenação no mesmo tipo penal imputado nestes autos, sem do, posteriormente, declarada extinta a punibilidade, com trânsito em julgado em 13/05/2005, mas não o suficiente para caracterizar reincidência, tendo em vista o fato, materializado na exordial, ter sido realizado antes do trânsito em julgado;

[...]"

Saliente-se, por oportuno, que condenações por fatos anteriores ao apurado na ação penal em destaque, ainda que com trânsito em julgado posterior, não servem, à toda evidência, para caracterizar a agravante da reincidência, podendo, contudo, fundamentar a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exasperação da pena-base como maus antecedentes.

Na linha de precedentes desta eg. Corte Superior, colaciono o seguinte julgado,

verbis:

"HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. WRIT SUBSTITUTIVO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DA PERSONALIDADE DO AGENTE COM FUNDAMENTO EM AÇÕES PENAIS EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA. NECESSIDADE DE TRÂNSITO EM JULGADO EM DATA ANTERIOR AO CRIME EM ANÁLISE. ILEGALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. É pacífico nesta Corte o entendimento de que inquéritos e ações penais em curso não podem evidenciar a personalidade desfavorável do agente, sob pena de malferimento ao princípio da não culpabilidade.

2. A condenação definitiva por fato anterior ao crime descrito na denúncia, mas com trânsito em julgado posterior, diz respeito ao histórico do acusado e pode caracterizar maus antecedentes.

[...]

5. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para reduzir a pena-base, afastar a reincidência e redimensionar a pena final da paciente para 5 anos e 4 meses de reclusão, além de 13 dias-multa" (HC 145443/DF, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 10/11/2014).

Assim, entendo que há fundamentação concreta para elevar a pena acima do mínimo legal em relação tão somente aos maus antecedentes. Fixo, portanto, a pena-base em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

Ante o exposto, concedo a ordem de ofício **tão somente** para reduzir a pena-base para 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mantendo-se incólume os demais fundamentos adotados pelo v. acórdão vergastado.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0156829-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 297.940 / MS

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00007054320134036007 00036169320064036000 121000000009200639 200660000036160
36169320064036000 7054320134036007

EM MESA

JULGADO: 03/03/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DARCI CRISTIANO DE OLIVEIRA E OUTRO
ADVOGADO : DARCI CRISTIANO DE OLIVEIRA E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : JOÃO CAVALCANTE COSTA

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Execução Penal

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

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC) e Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) votaram com o Sr. Ministro Relator.