



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 386.333 - AP (2017/0015310-9)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO AMAPÁ
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO AMAPÁ
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAPÁ
PACIENTE : JORGE EVALDO EDINHO DUARTE PINHEIRO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. DISPENSA ILEGAL DE LICITAÇÃO. PECULATO. NULIDADE DO PROCESSO POR INCOMPETÊNCIA. INEXISTÊNCIA. PRERROGATIVA DE FORO. DEPUTADO ESTADUAL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. DESCRIÇÃO INDIVIDUALIZADA DOS FATOS. EXAME APROFUNDADO DAS PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. CULPABILIDADE ACENTUADA. PERSONALIDADE DO AGENTE. AÇÕES PENAIS EM CURSO. SÚMULA 444, DO STJ. PROIBIÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. *BIS IN IDEM*. VEDAÇÃO. CONSEQUÊNCIAS. VALORAÇÃO DO PREJUÍZO AO ERÁRIO. POSSIBILIDADE. AGRAVANTE GENÉRICA. INCIDÊNCIA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte - HC 535.063, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 - e o Supremo Tribunal Federal - AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgRg no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 -, pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Assim, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e dos critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, por exigirem revolvimento probatório.

3. A despeito da subjetividade, a valoração negativa da culpabilidade, baseada no uso de mandato eletivo para a prática de crimes, não corresponde a flagrante ilegalidade, por não se tratar de elemento inerente aos tipos penais de dispensa ilegal de licitação e peculato, os quais exigem no máximo a condição de servidor público genérica, além de poderem ser cometidos por particulares na situação dos arts. 29 e 30, do CP.

4. Ações penais em curso não podem ser consideradas prejudiciais aos agentes nem mesmo sob o ponto de vista da personalidade, diante da vedação estabelecida pela Súmula 444, do STJ.

5. A atuação em contrariedade ao ordenamento jurídico não pode ser considerada para valorar negativamente as circunstâncias do crime, por se tratar de condição inerente a todas as condutas criminosas, sem a qual a infração penal não teria



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

existido.

6. Embora seja igualmente subjetivo e aberto, a valoração negativa das consequências do crime, em face do montante do prejuízo causado ao erário público, não implica manifesta ilegalidade, não devendo ser afastada por meio do remédio heróico.

7. Não é manifestamente ilegal a decisão judicial que se fundamenta na condição de mentor do crime para agravar a pena, na 2ª fase de sua aplicação, com base no disposto no art. 62, I, do CP.

8. *Writ* não conhecido. Ordem concedida de ofício, a fim de reduzir as penas do paciente, fixando-as em 3 anos e 11 meses de detenção e multa equivalente a 3,75% do valor do contrato, bem como em 5 anos e 3 meses de reclusão e multa de 117 dias-multa, fixado cada um à razão $\frac{1}{2}$ salário mínimo vigente na data do fato.

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, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, João Otávio de Noronha e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de outubro de 2020 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 386.333 - AP (2017/0015310-9)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO AMAPÁ
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO AMAPÁ
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAPÁ
PACIENTE : JORGE EVALDO EDINHO DUARTE PINHEIRO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio impetrado em favor de **JORGE EVALDO EDINHO DUARTE PINHEIRO** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Amapá.

Consta dos autos que Jorge Eduardo foi condenado, originariamente na 2ª instância, por violação ao disposto no art. 89, *caput*, da Lei n. 8.666/1993 (dispensa ilegal de licitação) e no art. 312, do Código Penal (peculato), às penas, respectivamente, de 4 anos e 5 meses de detenção e multa de 5% do valor do contrato, e de 9 anos de reclusão e 200 dias-multa, a serem cumpridas inicialmente em regime fechado. Ele foi ainda absolvido do crime descrito no art. 288, do CP, bem como daquele previsto no art. 1º, I, da Lei n. 9.613/1998 (lavagem de dinheiro) (e-STJ, fls. 106 e 107).

O aresto restou assim ementado:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL. ORDENAÇÃO DE DESPESA NÃO AUTORIZADA. DISPENSA ILEGAL DE LICITAÇÃO. PECULATO DESVIO. LAVAGEM DE DINHEIRO. FALSIDADE IDEOLÓGICA. QUADRILHA. PARLAMENTAR ESTADUAL. PRELIMINARES. ILICITUDE DAS PROVAS. PODER INVESTIGATIVO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS. DOSIMETRIA. REGIME INICIAL. PERDA DE CARGO, FUNÇÃO PÚBLICA OU MANDATO ELETIVO. CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO A TÍTULO DE REPARAÇÃO POR DANOS CAUSADOS. AFASTAMENTO CAUTELAR.

1) O Supremo Tribunal Federal reconheceu, em sede de repercussão geral, a competência do Ministério Público para promover, por autoridade própria e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado (RE nº 593727).

2) Por ser prescindível a instauração de inquérito penal para a propositura de ação penal, o Ministério Público pode oferecer denúncia com base em elementos de informação obtidos em inquéritos civis, instaurados para a apuração de ilícitos civis e administrativos, no curso dos quais se vislumbre suposta prática de ilícitos penais. Precedentes STF.

3) O inquérito policial e o procedimento investigatório ultimado pelo Ministério Público, por conterem elementos meramente informativos, não se submetem ao crivo do contraditório e não garantem ao indiciado o exercício da ampla defesa.

4) A legalidade das provas obtidas na Operação Eclésia foi confirmada nos autos da Reclamação Constitucional nº 0000413-33.2015.8.03.0000,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inexistindo vício no cumprimento da medida cautelar de busca e apreensão, uma vez que foram devidamente preenchidos os respectivos autos de arrecadação.

5) O crime previsto no art. 359-D do Código Penal repele a despesa não autorizada previamente em lei ou em desacordo com a autorização legal, devendo a acusação especificar qual o dispositivo infringido. Precedentes STJ.

6) Nos termos do art. 383 do Código de Processo Penal poderá o juiz aplicar nova definição jurídica dos fatos para adequar a figura típica ao que foi narrado na inicial, sem trazer prejuízo ao réu, que se defende dos fatos a ele imputados.

7) Comprovado nos autos terem os agentes promovido a dispensa ilegal de licitação para contratação direta de empresa terceirizada, para prestação de serviço, configurado o crime tipificado no art. 89, caput e parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993.

8) No peculato-desvio o agente dá destinação diversa à coisa, valendo-se do cargo público que exerce, por estar dentro de sua esfera de atribuições, não havendo necessidade da obtenção do proveito visado, bastando que ocorra o desvio. Precedentes STF E STJ.

9) O crime de lavagem de capitais exige a execução de diversas etapas, tais como conversão, dissimulação e integração. Afasta-se do tipo o mero proveito econômico do produto do crime, pois o agente deve dar aparência de licitude aos valores provenientes de infrações penais ao tentar incorporá-los ao seu patrimônio ou de terceiros.

10) Aquele que omite, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele insere ou faz inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante pratica falsidade ideológica. Neste caso, o agente deve ter ciência da falsidade da declaração, sendo irrelevante que tenha obtido, ou não, a concretização posterior do fim buscado.

11) A configuração do revogado crime de quadrilha ou bando requer a comprovação da união de no mínimo quatro pessoas, de forma estável e duradoura, com vistas à prática de um número indeterminado de crimes.

12) O cálculo da pena deve obedecer ao método trifásico disposto no art. 68 do Código Penal, cabendo ao julgador examinar e valorar fundamentadamente os critérios dispostos no art. 59 do mesmo Diploma Legal e aplicar a reprimenda penal necessária e suficiente para a prevenção e reprovação do crime.

13) O regime inicial de cumprimento de pena deve ser fixado com base no resultado da soma ou da unificação das penas arbitradas, independentemente da espécie de pena privativa de liberdade, seja reclusão ou detenção, consoante inteligência do art. 111 da Lei de Execuções Penais. Precedentes STF e STJ.

14) Consoante disposto no art. art. 92, I, do Código Penal, pode ser decretada a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo, em face de condenação a pena privativa de liberdade superior a 1 (um) ano, por crime praticado com abuso de poder ou violação de dever funcional.

15) A condenação ao pagamento de indenização a título de reparação por danos causados deve ser precedida de pedido formal do Ministério Público ou do ofendido, para viabilizar o contraditório e a ampla defesa aos réus. Contudo, referido pedido não precisa compor a denúncia, podendo ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apresentado em qualquer momento no curso do processo.

16) Constante nos autos provas robustas da prática delitativa e do potencial ofensivo do réu, que utilizou o cargo de gestão para a prática dos crimes objetos da presente ação e de outros posteriores, justificada a imposição de medida cautelar de afastamento.

17) Ação Penal julgada em parte procedente, por maioria" (e-STJ fls. 59 e 60).

Neste *habeas corpus* o impetrante sustenta que (a) o paciente foi condenado em ação penal originária que tramitou perante o Tribunal de Justiça do Amapá, em razão da sua prerrogativa de foro, tendo sido determinada a execução provisória da sua pena; (b) a denúncia é inepta por ser lacônica, limitando-se a imputar responsabilidade pelo simples fato de ser o paciente primeiro secretário da mesa diretora da Assembleia Legislativa; (c) o tribunal de origem não admitiu o recurso especial, mas nulidades flagrantes podem ser acolhidas mesmo após o trânsito em julgado da condenação; (d) o paciente não detém foro por prerrogativa de função, de maneira que deveria ter sido processado perante o 1º grau, tendo havido supressão de instância; (e) a denúncia não indicou o dano específico de lesar o erário, em benefício próprio ou alheio, apenas afirmando que deveria haver condenação por sua função, além de deixar de individualizar as condutas dos acusados; (f) o Ministério Público não descreveu, indicou nem demonstrou onde houve conluio do paciente com os demais envolvidos; (g) o secretário da mesa diretora, função por ele exercida, não é autoridade competente para dispensa ilegal de licitação; (h) no que toca ao crime de peculato, de igual forma a denúncia não indicou conluio e nem demonstrou conduta sua tendente a beneficiar terceiros; (i) o Ministério Público se apoderou das provas decorrentes da busca e apreensão, agora afirmando que o processo não existiu; (j) as elementares do peculato não foram comprovadas, já que houve absolvição pelo antigo crime de quadrilha; (l) foi exacerbada a dosimetria da pena, tendo sido valorada negativamente, mas de forma indevida, a culpabilidade, os motivos e consequências do crime e a conduta social (e-STJ, fl. 9 a 36).

Ao final, requer a concessão da ordem, para que haja o trancamento da ação penal ou a fim de que seja reconhecida a ausência de prova da autoria, por não ter a denúncia demonstrado a intenção do paciente em causar prejuízo ao erário.

Não tendo havido pedido de liminar, foram prestadas informações pela autoridade indigitada coatora, a qual, depois de mencionar como aconteceu o andamento da ação penal correspondente, disse que o acórdão impugnado nesta ação foi objeto de Recurso Especial, o qual teve "seguimento negado" na origem, sendo interposto agravo e estando, naquela data, com o Ministério Público para manifestação (e-STJ, fls. 1430 a 1434).

Por último, Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus* (e-STJ, fls. 1463 a 1476). Disse que os Tribunais Superiores têm prestigiado a lógica do sistema recursal, devendo o *habeas corpus* ser utilizado somente para sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção, ressaltando-se, apenas, a possibilidade de concessão de ordem de ofício quando há flagrante ilegalidade, o que não seria o caso.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 386.333 - AP (2017/0015310-9)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO AMAPÁ
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO AMAPÁ
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAPÁ
PACIENTE : JORGE EVALDO EDINHO DUARTE PINHEIRO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. DISPENSA ILEGAL DE LICITAÇÃO. PECULATO. NULIDADE DO PROCESSO POR INCOMPETÊNCIA. INEXISTÊNCIA. PRERROGATIVA DE FORO. DEPUTADO ESTADUAL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. DESCRIÇÃO INDIVIDUALIZADA DOS FATOS. EXAME APROFUNDADO DAS PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. CULPABILIDADE ACENTUADA. PERSONALIDADE DO AGENTE. AÇÕES PENAIS EM CURSO. SÚMULA 444, DO STJ. PROIBIÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. *BIS IN IDEM*. VEDAÇÃO. CONSEQUÊNCIAS. VALORAÇÃO DO PREJUÍZO AO ERÁRIO. POSSIBILIDADE. AGRAVANTE GENÉRICA. INCIDÊNCIA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte - HC 535.063, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 - e o Supremo Tribunal Federal - AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgRg no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 -, pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Assim, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e dos critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, por exigirem revolvimento probatório.

3. A despeito da subjetividade, a valoração negativa da culpabilidade, baseada no uso de mandato eletivo para a prática de crimes, não corresponde a flagrante ilegalidade, por não se tratar de elemento inerente aos tipos penais de dispensa ilegal de licitação e peculato, os quais exigem no máximo a condição de servidor público genérica, além de poderem ser cometidos por particulares na situação dos arts. 29 e 30, do CP.

4. Ações penais em curso não podem ser consideradas prejudiciais aos agentes nem mesmo sob o ponto de vista da personalidade, diante da vedação estabelecida pela Súmula 444, do STJ.

5. A atuação em contrariedade ao ordenamento jurídico não pode ser considerada para valorar negativamente as circunstâncias do crime, por se tratar de condição inerente a todas as condutas criminosas, sem a qual a infração penal não teria existido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. Embora seja igualmente subjetivo e aberto, a valoração negativa das consequências do crime, em face do montante do prejuízo causado ao erário público, não implica manifesta ilegalidade, não devendo ser afastada por meio do remédio heróico.
7. Não é manifestamente ilegal a decisão judicial que se fundamenta na condição de mentor do crime para agravar a pena, na 2ª fase de sua aplicação, com base no disposto no art. 62, I, do CP.
8. *Writ* não conhecido. Ordem concedida de ofício, a fim de reduzir as penas do paciente, fixando-as em 3 anos e 11 meses de detenção e multa equivalente a 3,75% do valor do contrato, bem como em 5 anos e 3 meses de reclusão e multa de 117 dias-multa, fixado cada um à razão $\frac{1}{2}$ salário mínimo vigente na data do fato.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Esta Corte - HC 535.063, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 - e o Supremo Tribunal Federal - AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgRg no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 -, pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. Este é exatamente o caso, eis que o paciente já interpôs Recurso Especial e agravo contra a decisão do órgão de origem que não o admitiu, não podendo se valer do writ como sucedâneo recursal.

Porém, passo à análise das razões da impetração, de forma a verificar a ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus*, de ofício.

Da alegação de nulidade do processo por incompetência absoluta:

Uma primeira alegação do impetrante é no sentido de que o paciente deveria ter sido julgado na 1ª instância, não originariamente pelo Tribunal de Justiça do Amapá. Todavia, quando do oferecimento da denúncia o paciente era Deputado Estadual (e-STJ, fl. 39), possuindo a prerrogativa de foro nos Tribunais de Justiça, salvo no caso de crime federal, em que a competência seria de um dos cinco Tribunais Regionais Federais, mas que não é o caso.

É verdade que na época da prolação do acórdão, em 24/2/2017, ele não ocupava mais o cargo (e-STJ, fl. 62). Porém, ainda que fosse o caso, não haveria como incidir o mesmo raciocínio que o STF aplicou ao julgar a Questão de Ordem na Ação Penal 937/RJ, limitando a prerrogativa de foro, porque o seu julgamento aconteceu posteriormente, em 3/5/2018. Ademais, na trilha acima apresentada, em sede de *habeas corpus* não seria possível reexaminar todas as provas para tentar identificar o momento processual exato no qual o mandato foi encerrado, tendo os crimes sido supostamente cometidos no exercício do cargo e em razão dele. E mais: mesmo no momento da decisão um dos corréus ainda era Deputado Estadual, de maneira que a decisão sobre eventual separação de processos caberia, de qualquer modo, ao próprio Tribunal de origem. A propósito, é importante o entendimento fixado por esta Corte em data bem próxima à do acórdão impugnado:

AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. CORRÉU PREFEITO MUNICIPAL. PRERROGATIVA DE FORO. FORÇA ATRATIVA DO JUÍZO DE MAIOR GRADUAÇÃO. CPP, ART. 78, III. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DAS GARANTIAS DO JUIZ NATURAL, DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. SÚMULA. 704/STF. PRECEDENTES DESTES SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ALEGAÇÃO DE FRAGILIDADE PROBATÓRIA QUANTO À AUTORIA DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME NA VIA ESCOLHIDA.

(...)

4. Constitui faculdade do Juízo processante determinar o desmembramento de processos, competindo-lhe avaliar a conveniência da separação nas hipóteses em que aplicável a regra prevista no art. 80 do Código de Processo Penal. Assim, a decisão sobre o desmembramento do feito



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

competete ao Tribunal constitucionalmente investido para julgar a autoridade com foro por prerrogativa de função. Precedentes do STF e do STJ.
(...)

6. Habeas corpus conhecido em parte e, nessa extensão, denegado.
(HC 317.299/AM, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 1/12/2016, DJe 14/12/2016)

Assim, não se pode falar em flagrante nulidade por incompetência absoluta.

Da alegação de nulidade do processo por inépcia da denúncia:

O impetrante também sustenta que a denúncia é inepta, por não ter indicado o dolo do agente de lesar o erário público, por não individualizar a sua conduta e a dos demais réus, como também por ter pretendido a sua condenação apenas em razão da função que desempenhava no momento das condutas.

Para a verificação da manifesta ilegalidade afirmada pela defesa, vejamos, no que importa, o conteúdo da exordial acusatória:

"Em março de 2011, os três primeiros Denunciados (MOISÉS SOUZA, EDINHO DUARTE e EDMUNDO TORK) ordenaram, irregularmente, em nome da Assembleia Legislativa do Estado do Amapá (ALEAP) o pagamento de 2 (dois) cheques, no valor total de R\$ 397.430,00 (trezentos e noventa e sete mil quatrocentos e trinta reais), em proveito dos dois últimos Denunciados (MARCEL e MANUELA BITENCOURT), **praticando, assim, o DESVIO DE VERBAS PÚBLICAS**, de forma intencional e criminosa.

Estes, por sua vez, de posse dos referidos cheques, **sacaram o valor, integralmente, na "boca do caixa", conferindo destinação desconhecida** / não comprovada ao montante, completando, assim, o ciclo da LAVAGEM DE DINHEIRO.

Apurou-se, ainda, por meio do Procedimento administrativo 018/2011, que os **Denunciados deram causa a uma DISPENSA ILEGAL DE LICITAÇÃO e, em seguida, realizaram uma CONTRATAÇÃO SIMULADA** com a empresa MARCEL S. BITENCOURT - ME (pertencente ao 4º Denunciado e representada pela 5ª Denunciada).

Então, como os serviços supostamente contratados não foram prestados efetivamente, e com a finalidade de revestir a empresa criminosa com alguma aparência de legalidade, o 4º Acusado (MARCEL) realizou a emissão de 2 (duas) notas fiscais fictícias, praticando, assim, o crime de FALSIDADE IDEOLÓGICA" (e-STJ, fl. 40, grifou-se).

Uma leitura dos trechos da denúncia acima transcritos permite a verificação de ter a acusação individualizado a conduta de cada agente, inclusive a do paciente, indicando os motivos pelos quais ele seria responsável por peculato-desvio e por dispensa ilegal de licitação, não só com a intenção de causar prejuízo ao erário público, mas efetivamente o causando, em benefício alheio (de Marcel e Manuela Bitencourt), de onde se vê o conluio alegado entre eles. Em seguida, a peça proemial ainda especificou dados da contratação supostamente simulada,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mentionando que os serviços contratados não foram executados, posteriormente detalhando mais os fatos, relatando os eventos, indicando provas da contratação simulada, mencionando a ausência de contrato físico e a inexistência de registros contábeis, etc. E, não fosse o bastante, narrou a indigitada participação dos agentes em cada crime separadamente (e-STJ, fls. 41 a 51). Assim, ela não se restringiu a acusar o paciente por ser ele o primeiro secretário da mesa diretora da Assembleia Legislativa na época dos fatos. Por conseguinte, os precedentes invocados não possuem aplicação a esta causa, já que eles partem de pressuposto fático diferente.

Dos argumentos relativos ao mérito da ação penal correspondente:

Impugnando a solução de mérito apresentada pelo acórdão do Tribunal de Justiça do Amapá, o impetrante alega que no exercício da sua função de Secretário da Mesa Diretora ele não era a autoridade competente para dispensa ilegal de licitação. Entretanto, ainda que não tivesse a referida atribuição, isso não seria suficiente para reconhecer flagrante ilegalidade da decisão *a quo*, porque, como demonstrado acima, a denúncia alega vários fatos outros que teriam sido cometidos pelo paciente, fatos esses que não deixariam de configurar crime em caso de ausência de atribuição para sua prática. Assim, para saber da sua efetiva responsabilidade, haveria necessidade de aprofundar o exame de fatos e provas, o que não é cabível na via estreita do remédio heroico. Eis o entendimento desta Casa:

"HABEAS CORPUS (...). AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO MATERIAL FÁTICO DOS AUTOS. INVIABILIDADE (...). WRIT NÃO CONHECIDO.
(...)

4. Não há como se examinar, na via exígua do *writ*, a alegação da defesa acerca de ausência de provas de autoria/materialidade delitiva, notadamente quando o Tribunal de origem concluiu de forma diversa, pois no habeas corpus não se permite o exame aprofundado de fatos e provas"
(HC 501.737/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/06/2019, DJe 27/06/2019).

Na mesma situação se encaixa a afirmação de que o Ministério Público teria se apoderado dos elementos colhidos na cautelar de busca e apreensão, porque para confirmar a propriedade da alegação seria imprescindível adentrar no exame das provas. Além disso, no plano fático o acórdão do Tribunal de Justiça afirmou que aconteceu exatamente o contrário, senão vejamos:

"Apesar dos argumentos suscitados, o Ministério Público do Estado do Amapá juntou, às fls. 2.726/2.747, cópia dos autos circunstanciados de busca e arrecadação da Polícia Civil, referentes à decisão proferida na ação cautelar de busca e apreensão nº 0019541-41.2012.8.03.0001 (Operação Eclésia). Depreende-se, pela leitura dos referidos documentos, que foram devidamente discriminados todos os itens apreendidos no cumprimento da medida cautelar, estando, ainda, devidamente assinados pelas autoridades policiais responsáveis e por duas testemunhas. Outrossim, **constam também às fls. 2.689/2.725 os Termos de Entrega do Ministério Público, com os respectivos róis de documentos e objetos apreendidos, aos procuradores das empresas envolvidas e ao Procurador Geral da**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assembleia Legislativa do Amapá, estando os demais documentos a instruir as ações penais em trâmite neste Eg. Tribunal" (Grifou-se).

Finalmente, não há como acolher o argumento de não ter havido peculato em razão da absolvição do paciente pelo antigo crime de quadrilha (art. 288, do CP), porque se tratam de condutas independentes, não dependendo a prática de um crime, nem em tese, do necessário cometimento do outro.

Resta-nos, então, a apreciação dos argumentos relativos à dosimetria da pena, os quais passamos a analisar em item separado a seguir:

Da aplicação da pena:

O Tribunal *a quo* valorou quatro circunstâncias judiciais negativamente, além de aplicar uma agravante genérica, na 2ª fase, asseverando o seguinte:

Circunstâncias Judiciais:

a) culpabilidade: desfavorável. A culpabilidade mostrou-se exacerbada. O réu era ocupante de mandato eletivo, com o qual deveria representar e defender os interesses da coletividade, por meio da edição de leis de amplo alcance, bem como Primeiro Secretário do respectivo Poder, responsável pela administração financeira e orçamentária junto com o Presidente, o que sobreleva sua responsabilidade na gestão pública e efetivação dos princípios constitucionais norteadores da Administração Pública. Contudo, desvirtuou-se de suas verdadeiras funções e optou por praticar crimes no exercício da função pública, visando satisfazer seus intentos egoísticos.

(...)

d) personalidade: desfavorável. Conforme explicitado por Guilherme de Souza Nucci, é imprescindível à valoração da personalidade uma "análise do meio e das condições onde o agente se formou e vive, pois o bem-nascido que tende ao crime deve ser mais severamente apenado do que o miserável que tenha praticado uma infração penal para garantir a sobrevivência" (Manual de direito penal: parte geral: parte especial. 7. Ed. Ver. atual. e ampl. São Paulo: Revistas Tribunais, 2011). No presente caso, o réu declarou ser jornalista e servidor público, tendo sido eleito para o cargo de Deputado Estadual, onde percebia remuneração suficiente para usufruir vida confortável, a qual ainda era complementada por sua renda privada. Assim, não teria o réu fundamento para se valer de sua condição como representante do povo para, no exercício do cargo, aumentar de forma ilícita seu patrimônio pessoal. Este fato revela sua personalidade perigosa, mormente quando analisados os inúmeros crimes a ele atribuídos em tese, objetos de diversas ações penais em trâmite neste Eg. Tribunal, e o valor final desviado dos cofres públicos em um tempo exíguo. Foge à normalidade o agente detentor de expressivo prestígio social que o marginaliza para, em conduta contrária àquele que pregou para se eleger, praticar crimes, demonstrando assim personalidade manipuladora e dissimulada.

(...)

f) circunstâncias: desfavoráveis. Pelo *modus operandi* dos delitos, vê-se que o réu burlou diversas regras que pautam a conduta do agente público para consumir os crimes em tela, em completo desprezo ao ordenamento jurídico e à instituição da Justiça, diante da certeza de que seus crimes não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

seriam descobertos e punidos, uma vez que se valeu de sua posição para praticar atos para impedir sua responsabilização penal. Resta evidente a sua ousadia e, ao mesmo tempo, sua indiferença com a higidez do interesse público.

f) consequências: desfavoráveis. O valor do contrato se mostra exorbitante, bem como foi desviado em um curto espaço de tempo, realizado em apenas dois pagamentos, gerando expressivo dano ao erário, mormente se considerada a condição de miserabilidade, falência e sucateamento da Administração Pública Estadual.

(...)

À vista de tais circunstâncias examinadas, impõe-se uma resposta penal compatível com a necessidade e suficiência para a reprovação e prevenção dos crimes, conforme a seguir:

2.2 Cálculo da pena: será utilizado o critério intervalar para fixar o valor a ser atribuído a cada circunstância judicial desfavorável. Consiste na subtração da pena máxima pela pena mínima, devendo a diferença ser dividida por 8 (oito), quantidade de circunstâncias judiciais, de modo que o quociente corresponderá a cada uma delas.

a) Dispensa indevida de licitações: prevê pena de detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa. Consoante critério intervalar, majoro em 3 (três) meses cada circunstância judicial desfavorável, de modo que em face das 4 (quatro) circunstâncias judiciais desfavoráveis, fixo a pena base em 4 (quatro) anos de detenção e pagamento de multa de 4% (quatro por cento) do valor do contrato celebrado. Na segunda fase, reconheço a agravante prevista no art. 62, I, do Código Penal, uma vez que o réu, em conjunto com Moisés e Edmundo, figuraram como mentores dos crimes, valendo-se da condição de ordenadores de despesas, indicaram dotação orçamentária e autorizaram o pagamento sem a comprovação da prestação do serviço contratado, razão pela qual majoro em 5 (cinco) meses a pena e em 1% (um por cento) a multa. Inexistirem circunstâncias atenuantes. Na terceira fase, torno definitiva a pena, à míngua de causas de aumento e diminuição, em 4 (quatro) anos e 5 (cinco) meses de detenção e o pagamento de multa de 5% (cinco por cento) do valor do contrato celebrado, o que corresponde a R\$ 19.871,50 (dezenove mil, oitocentos e setenta e um reais e cinquenta centavos).

b) Peculato desvio: prevê pena de reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. Consoante critério intervalar, majoro em 1 (um) ano e 3 (três) meses cada circunstância judicial desfavorável, de modo que em face das 4 (quatro) circunstâncias judiciais desfavoráveis, fixo a pena base em 7 (sete) anos de reclusão. Ademais, atento aos ditames do art. 49 do CP, e levando-se em consideração a quantidade da pena corporal aplicada, a gravidade do crime exteriorizada pela quebra da confiança e da lealdade para com a Administração e, sobretudo, para com o povo que o elegeu, que dele esperava atuação honesta, correta e justa, fixo-lhe o pagamento de 180 (cento e oitenta) dias-multa, à base de $\frac{1}{2}$ (meio) salário mínimo vigente à época dos fatos, que a situação econômica é capaz de suportar, considerando ter declarado ser jornalista e servidor público e, sabe-se, que exerceu o cargo de deputado estadual, por vários mandatos. Até porque



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

uma das finalidades da pena é a prevenção. E, sanções brandas, para crimes contra a Administração Pública, acabam estimulando a reiteração deles, banalizando, assim, o Princípio da Moralidade, o que, de modo geral, é extremamente reprovável pela coletividade. Na segunda fase, reconheço a agravante prevista no art. 62, I, do Código Penal, uma vez que o réu, em conjunto com Moisés e Edmundo, figuraram como mentores dos crimes, valendo-se da condição de ordenadores de despesas, indicaram dotação orçamentária e autorizaram o pagamento sem a comprovação da prestação do serviço contratado, razão pela qual majoro a pena em 2 (dois) anos e 20 (vinte) dias-multa. Na terceira fase, torno definitiva a pena, à míngua de causas de aumento e diminuição, em 9 (nove) anos de reclusão e pagamento de 200 (duzentos) dias-multa, à base de $\frac{1}{2}$ (meio) salário mínimo vigente à época do fato, o que corresponde a R\$ 19.871,50 (dezenove mil oitocentos e setenta e um reais e cinquenta centavos) (e-STJ fls. 116 a 118, grifou-se).

A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Assim, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e dos critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, por exigirem revolvimento probatório. Na situação em exame, as alegações foram meramente genéricas, sem refutar especificamente os argumentos apresentados pelo acórdão. Mesmo assim, nada impede a leitura da decisão para aferição de eventual ilegalidade manifesta, apta à concessão da ordem de ofício.

Pois bem. Analisada a decisão, verifica-se que a pena-base foi exasperada em razão da culpabilidade, personalidade, circunstâncias e consequências do crime, insurgindo-se a defesa quanto a isso. Por sua vez, a leitura do conteúdo da exposição relativa a cada circunstância judicial indica a flagrante ilegalidade no tocante ao *quantum* de aumento realizado na primeira fase da dosimetria, embora parcialmente.

A culpabilidade, para fins do disposto no art. 59, do CP, não é a mesma coisa que a culpabilidade integrante do conceito analítico tripartite de crime (fato típico, antijurídico e culpável). Trata-se de homônimos perfeitos, que possuem a mesma grafia e o mesmo som, mas significados diversos. Como a culpabilidade necessariamente tem que estar presente para que exista crime e haja condenação, se a expressão for sinônima da circunstância judicial de dosimetria da pena, esta sempre será valorada negativamente, impedindo a fixação de pena no mínimo cominado em qualquer situação, o que evidentemente não foi intenção do legislador. Considerando que a potencial consciência da ilicitude é um dos elementos da culpabilidade, integrando o conceito de crime, ela não pode ser prejudicial aos acusados no cálculo da pena. Assim, a despeito da subjetividade, corresponde a um maior grau de reprovabilidade ou censurabilidade da conduta, quando comparada a outras relativas a crimes da mesma espécie, sendo imprescindível que, nesta valoração, se observe o *ne bis in idem* (ninguém pode ser sancionado duas vezes pelo mesmo fato).

No caso, o acórdão do Tribunal *a quo* considerou a culpabilidade negativa, resumidamente, sob o argumento de que o paciente era exercente de mandato eletivo, invertendo aquilo que deveria fazer no exercício da sua função pública. A questão é bastante subjetiva, mas ficando no livre arbítrio do julgador de origem. Ainda que a condição de servidor público seja elementar dos tipos penais de dispensa de licitação e peculato, outras pessoas podem igualmente cometê-los, em face das normas de extensão previstas nos arts. 29 e 30, do CP. Ademais, embora servidor público, o acórdão mencionou uma condição específica dele, de Deputado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Estadual, o que tornaria seu crime mais reprovável que outras infrações penais da mesma espécie. Ainda que o argumento seja questionável, não chega ao ponto da flagrante ilegalidade, razão pela qual a análise deve ser mantida.

Quanto à personalidade, o acórdão indicou mais uma vez o cargo público para o qual o paciente havia sido eleito, situação, todavia, que demonstra dupla punição. Demais disso, também considerou contra ele a existência de diversas ações penais em trâmite, o que, porém, vai de encontro ao conteúdo da súmula 444, do STJ, *verbis*:

"Súmula 444 - É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base" (Súmula 444, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/4/2010, DJe 13/5/2010).

Note-se que a Súmula oriunda desta Corte não limita a proibição de agravamento da pena, decorrente da existência inquéritos ou ações penais em curso, aos maus antecedentes. Pelo contrário, é mais ampla, vedando a utilização de tal argumento para valoração negativa de quaisquer circunstâncias judiciais, dentre elas também a personalidade.

O acórdão considerou, ainda, para valorar a personalidade negativamente, o valor final desviado dos cofres públicos. Entretanto, como adiante será visto, este fato já foi avaliado para a análise das consequências do crime, local em que melhor se encaixa, o que impede a repetição neste momento. Logo, a valoração da personalidade deve ser positiva.

Quanto às circunstâncias do crime, boa parte da doutrina as relaciona ao *modus operandi* utilizado para a prática do crime, mas sem que este seja o único critério, nelas igualmente incluídos todos elementos acidentais, não participantes da estrutura do tipo, a despeito de girarem em torno do delito. *In casu*, além de o acórdão ter mais uma vez se utilizado do argumento da posição de relevo do paciente, acrescentou que ele agiu desprezando o ordenamento jurídico, o que, contudo, também é inerente ao delito. Se as pessoas não agirem contra o ordenamento jurídico elas não cometerão crimes, de maneira que a valoração, tal como efetuada na decisão impugnada, impediria a fixação das penas no mínimo legal em todas as situações. Por isso, esta circunstância judicial também deve ser valorada positivamente.

Por fim, o acórdão considerou prejudiciais ao paciente as consequências do crime, mencionando o valor exorbitante do contrato, com consequente dano expressivo ao erário. Neste ponto, em primeiro lugar não é possível efetuarmos um aprofundado exame das provas para verificar o efetivo montante do prejuízo causado. A decisão judicial, ainda na sua primeira parte, menciona um contrato de R\$ 397.430,00 (e-STJ, fl. 94), o qual não teria sido executado. Em acréscimo, ela também faz referência a uma quantia total aproximada de R\$ 56.000.000,00 (cinquenta e seis milhões de reais), objeto de várias ações judiciais decorrentes da chamada Operação Eclésia (e-STJ, fl. 79). Assim, a despeito da subjetividade da questão, certa ou errada a afirmação, a análise efetuada na origem fica na margem de discricionariedade do julgador, por não corresponder a *bis in idem*, como também por não violar nenhum precedente deste Tribunal ou do STF.

Em suma, apenas duas circunstâncias judiciais permanecem desfavoráveis ao paciente: a culpabilidade e as consequências do crime.

De seu turno, o acórdão também aplicou, na 2ª fase da dosimetria da pena, a agravante genérica do art. 62, I, do CP, cuja redação é a seguinte:

Art. 62 - "A pena será ainda agravada em relação ao agente que:

I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Para os julgadores de origem, o paciente era um dos mentores dos crimes, valendo-se da sua condição de ordenador de despesa, aspecto fático, cujo exame aprofundado não pode ser feito na via do *habeas corpus*, é importante repetir. Encaixando-se a figura do mentor do crime na descrição da agravante acima transcrita, não há como considerar a sua aplicação manifestamente ilegal, valendo lembrar, outrossim, que tal condição não foi utilizada para valorar negativamente nenhuma circunstância judicial. A condição de mentor de um crime não é necessariamente igual ao fato de a conduta ter sido cometida em razão do cargo de Deputado Estadual, o que afasta o *bis in idem*.

Nesse passo, evidenciada flagrante ilegalidade em relação à dosimetria, passa-se à nova análise da pena imposta ao paciente para cada um dos crimes.

I. Dispensa indevida de licitações:

A sanção cominada em abstrato para o crime de dispensa indevida de licitação varia de 3 a 5 anos e multa. Reconhecida como desfavoráveis apenas duas circunstâncias judiciais, deve a pena-base ser readequada, reduzida de 4 anos e 5 meses para **3 anos e 6 meses de detenção**.

A majoração da pena-base, em razão da agravante genérica, fixada em 5 meses na origem para esta infração penal se encontra dentro da razoabilidade, sendo inclusive um pouco inferior a 1/6 da pena-base. Assim, chego à pena definitiva para este crime em **3 anos e 11 meses de detenção**.

Quanto à pena de multa, calculada pela regra especial estabelecida no art. 99, da Lei n. 8.666/1993, com base nas mesmas circunstâncias judiciais deve ser reduzida de 4% para 2,75%, acrescida de 1% decorrente da agravante genérica, o que leva ao valor final de **3,75% do contrato** licitado.

II. Peculato:

A pena abstratamente cominada para o peculato, por sua vez, varia de 2 a 12 anos e multa. Levando em conta duas circunstâncias judiciais negativas, a pena-base deve ser proporcionalmente reduzida de 7 anos para **4 anos e 6 meses de reclusão**.

Para este crime o Tribunal de origem fixou o montante da agravante genérica em 2 anos, o que aconteceu de forma excessiva, muito superior a 1/6 da pena-base. Assim, o agravamento deve ser diminuído, proporcionalmente, para 9 meses, gerando a pena de **5 anos e 3 meses de reclusão**.

O número de dias-multa, por sua vez, deve ser diminuído de 180 para 97, sobre o qual incidem mais 20 dias-multa oriundos da agravante, nos levando o valor final de **117 dias-multa**, mantido o valor de cada um fixado no acórdão.

III. Concurso material e regime inicial de cumprimento de pena:

Diante do concurso material reconhecido no acórdão, fica vedada a substituição da pena, ante o disposto no art. 69, § 1º, do CP. Por sua vez, considerando que as sanções se referem a penas de detenção e reclusão, esta deve ser executada primeiramente, depois aquela, na forma da parte final do *caput*, do mesmo dispositivo legal.

Ante o exposto, **não conheço** do writ, mas **concedo habeas corpus**, de ofício, a fim de reduzir as penas do paciente, fixando-as em 3 anos e 11 meses de detenção e multa equivalente a 3,75% do valor do contrato, bem como em 5 anos e 3 meses de reclusão e multa de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

117 dias-multa, fixado cada um à razão $\frac{1}{2}$ salário mínimo vigente na data do fato.
É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0015310-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 386.333 / AP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00008016720148030000 00009339520128030000 00453982620118030001
453982620118030001 8016720148030000 9339520128030000

EM MESA

JULGADO: 20/10/2020

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ROBERTO DOS SANTOS FERREIRA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO AMAPÁ
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO AMAPÁ
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAPÁ
PACIENTE	: JORGE EVALDO EDINHO DUARTE PINHEIRO
CORRÉU	: MOISES REÁTEGUI DE SOUZA
CORRÉU	: EDMUNDO RIBEIRO TORK FILHO
CORRÉU	: MARCEL SOUZA BITENCOURT
CORRÉU	: MANUELA DE ALBUQUERQUE BITENCOURT

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de "Lavagem" ou Ocultação de Bens, Direitos ou Valores

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, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, João Otávio de Noronha e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.