



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 231.615 - SP (2012/0014308-7)

**RELATORA** : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA  
**IMPETRANTE** : JOSÉ IUNES SALMEN JÚNIOR  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : SEBASTIÃO LUIZ DE SOUZA

### EMENTA

DIREITO PENAL. *HABEAS CORPUS*. CRIME DA LEI 8.666/93. (1) VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. NÃO CONHECIMENTO. (2) DOSIMETRIA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. CONDIÇÃO DE PREFEITO. CONLUÍO COM OUTROS AGENTES. ASPECTOS LIGADOS À MAIS PROPÍCIA AFETAÇÃO DO BEM JURÍDICO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. (3) *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Mostra-se inadequado e descabido o manejo de *habeas corpus* em substituição ao recurso especial cabível. É imperiosa a necessidade de racionalização do *writ*, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal, devendo ser observada sua função constitucional, de sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção. Hipótese de clara substituição do recurso cabível por *habeas corpus*.

2. A fixação da pena-base deve ser lastreada em dados concretos, que se refiram a aspectos externos à descrição típica. Não se apura carência de motivação na exasperação da pena-base calcada na condição de prefeito municipal aliada ao conluio com outros agentes. Tal contexto autoriza apurar uma condição mais propícia à afetação do bem jurídico. (Precedente)

3. *Habeas corpus* não conhecido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu da ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Assusete Magalhães e Rogerio Schietti Cruz votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Og Fernandes e Sebastião Reis Júnior.

Brasília, 17 de setembro de 2013(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura  
Relatora



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 231.615 - SP (2012/0014308-7)

**RELATORA** : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA  
**IMPETRANTE** : JOSÉ IUNES SALMEN JÚNIOR  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : SEBASTIÃO LUIZ DE SOUZA

### RELATÓRIO

#### MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

Cuida-se de *habeas corpus*, sem pedido de medida liminar, impetrado em favor de SEBASTIÃO LUIZ DE SOUZA, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que, em sede de apelação, manteve a condenação do Paciente pela prática do delito previsto no art. 90, da Lei 8.666/93, à pena de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial aberto, além do pagamento de 11 (onze) dias-multa, substituída por restritivas de direitos (Apelação n. 0000805-74.2008.8.26.0453).

Aduz-se que a sentença condenatória promoveu, na fixação da pena-base, incremento de 1/6 (um sexto), em razão de o paciente ser, à época dos fatos, Prefeito Municipal.

Salienta-se que há vícios consistentes na utilização do cargo exercido pelo Paciente à época dos fatos para elevar a pena-base.

Sublinha-se que houve desproporção no acréscimo de 1/6 (um sexto).

Eis a dosimetria lançada na sentença:

(...) O comportamento de Sebastião se revestiu de maior reprovabilidade. Ele exercia, na época dos fatos, o elevado cargo de prefeito do município de Reginópolis, e em razão disso, era de se lhe exigir ainda maior lisura na gestão da coisa pública. Por isso, a pena-base, em relação a ele, será fixada em um sexto sobre o mínimo legal, ou seja, em dois anos e quatro meses de detenção, quantidade em que se torna definitiva, porque ausentes outras circunstâncias que possam ser aplicadas.

Porque primário e de bons antecedentes criminais, e também porque satisfeitos os requisitos do art. 44 do Código Penal, esse réu faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, pelo tempo da pena substituída, e em prestação pecuniária a entidade assistencial, no valor equivalentes a três salários mínimos. (...) (fl. 18).

Já o Tribunal *a quo* assentou, no que interessa:

(...) As penas foram bem fundamentadas pelo juiz sentenciante.

Correta a majoração de um sexto na pena de SEBASTIÃO. Seu comportamento revestiu-se de maior reprovabilidade em relação às condutas dos particulares, pois, sendo prefeito do município de Reginópolis, deveria ter agido com maior lisura no trato com a coisa



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pública em consonância com a moralidade administrativa.

Neste sentido, acórdão julgado por esta 15ª Câmara Criminal: (...) (fl. 41).

Requer-se, assim, diminuir o quantum da "pena-base ao mínimo legal (2 anos) e consequentemente que seja reconhecida a prescrição da pretensão punitiva" (fl. 7).

Sem pedido liminar, foram as informações prestadas às fls. 69/223.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, da lavra da Subprocuradora-Geral da República Aurea Maria Etelvina Nogueira Lustosa Pierre, opinando pela denegação da ordem.

Ressalte-se, ainda, que o Paciente foi julgado nesta Corte pelos mesmos fatos aqui alinhavados, no AResp n. 259.798/SP, de minha relatoria:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APELO NOBRE INTERPOSTO ANTES DA PUBLICAÇÃO DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS. AUSÊNCIA DE REITERAÇÃO DAS RAZÕES RECURSAIS. EXTEMPORANEIDADE. SUMULA 418/STJ. AFRONTA AOS ARTS. 59 E 68, AMBOS DO CP. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 211/STJ, 282 E 356/STF. DOSIMETRIA. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. ART. 255/RISTJ. INOBSERVÂNCIA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 231.615 - SP (2012/0014308-7)

### EMENTA

DIREITO PENAL. *HABEAS CORPUS*. CRIME DA LEI 8.666/93. (1) VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. NÃO CONHECIMENTO. (2) DOSIMETRIA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. CONDIÇÃO DE PREFEITO. CONLUÍO COM OUTROS AGENTES. ASPECTOS LIGADOS À MAIS PROPÍCIA AFETAÇÃO DO BEM JURÍDICO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. (3) *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Mostra-se inadequado e descabido o manejo de *habeas corpus* em substituição ao recurso especial cabível. É imperiosa a necessidade de racionalização do *writ*, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal, devendo ser observada sua função constitucional, de sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção. Hipótese de clara substituição do recurso cabível por *habeas corpus*.

2. A fixação da pena-base deve ser lastreada em dados concretos, que se refiram a aspectos externos à descrição típica. Não se apura carência de motivação na exasperação da pena-base calcada na condição de prefeito municipal aliada ao conluio com outros agentes. Tal contexto autoriza apurar uma condição mais propícia à afetação do bem jurídico. (Precedente)

3. *Habeas corpus* não conhecido.

### VOTO

#### MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

Preliminarmente, cumpre registrar a compreensão firmada nesta Corte, sintonizada com o entendimento do Pretório Excelso, de que se deve racionalizar o emprego do *habeas corpus*, valorizando a lógica do sistema recursal. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea a, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de *habeas corpus*, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*. PROCESSO-CRIME DILIGÊNCIAS INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las. (HC 109956, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 10-09-2012 PUBLIC 11-09-2012)

É inadmissível que se apresente como mera escolha a interposição de recurso ordinário, do recurso especial/agravo de inadmissão do Resp ou a impetração do *habeas corpus*. É imperioso promover-se a racionalização do emprego do *mandamus*, sob pena de



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sua hipertrofia representar verdadeiro índice de ineficácia da intervenção dos Tribunais Superiores. Inexistente clara ilegalidade, não é de se conhecer da impetração.

Passa-se, então, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

O objeto da impetração diz com a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

De proêmio, cumpre deixar assentado que se vem firmando na jurisprudência dos Tribunais Superiores a convicção de que o *habeas corpus* não seria a via apropriada para a discussão da dosimetria da pena, dada a necessidade de mergulho em dados fáticos. Nesse sentido:

### HC e Ponderação de Circunstâncias Judiciais - 1

O *habeas corpus* não se presta para ponderar, em concreto, a suficiência das circunstâncias judiciais invocadas pelas instâncias de mérito para a majoração da pena. Com base nesse entendimento, a Turma, por maioria, indeferiu *habeas corpus* em que se alegava a ausência de indicação de elementos concretos que justificassem a fixação, acima do mínimo legal, da pena imposta à paciente. Sustentava a impetração, também, equívoco no reconhecimento de circunstância elementar do tipo como agravante (CP, art. 61, II, g). No caso, a paciente fora condenada às penas do art. 171, *caput* (2 vezes), e § 3º, c/c os artigos 61, II, g e 71, *caput*, todos do CP, por haver, na condição de prestadora de serviços em estabelecimento bancário, subtraído vultosa importância em dinheiro. O juízo sentenciante reputara como motivo do crime a obtenção de lucro fácil em detrimento do patrimônio alheio e informara que as consequências do delito não seriam favoráveis à paciente, uma vez que os prejuízos não foram integralmente ressarcidos. Contra essa decisão, a defesa apelara, sendo seu recurso parcialmente provido para excluir a causa de aumento prevista no § 3º do art. 171 do CP, readequar a pena e fixar o regime prisional aberto. Na sequência, interpusera recurso especial, inadmitido, o que ensejara agravo de instrumento acolhido para reduzir o acréscimo aplicado ao crime continuado e, dessa forma, substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

(...)

Considerou-se, na espécie, que houvera a indicação de fatos concretos e, em tese, válidos para a majoração impugnada, especialmente pela culpabilidade da paciente em razão da reprovabilidade de sua conduta e das consequências do crime (CP, art. 59), não se mostrando juridicamente desproporcional a fixação da pena-base em 2 anos de reclusão. Ademais, ressaltou-se orientação da Turma no sentido de que as circunstâncias e consequências do crime permitem mensurar o grau de culpabilidade da conduta. Por fim, afirmou-se que, para a pena-base ser estabelecida no mínimo legal e ser afastada a circunstância agravante prevista no art. 61, II, g, do CP, nos termos dos pedidos formulados pela impetração, far-se-ia necessário profundo revolvimento de fatos e provas, incabível na sede eleita. Vencido o Min. Carlos Britto que deferia parcialmente a ordem para determinar que o juiz refizesse a pena-base, dela excluindo a motivação do ganho fácil.

HC 97677/PR, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.9.2009. (Informativo 561,



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7 de outubro de 2009)

Cumpre ressaltar que a viabilidade do exame da dosimetria da pena, por meio de *habeas corpus*, somente se faz possível caso evidenciado eventual desacerto na consideração de circunstância judicial ou errônea aplicação do método trifásico, se daí resultar flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu - o que não é a hipótese dos autos.

Eis a dosimetria lançada na sentença:

(...) O comportamento de Sebastião se revestiu de maior reprovabilidade. Ele exercia, na época dos fatos, o elevado cargo de prefeito do município de Reginópolis, e em razão disso, era de se lhe exigir ainda maior lisura na gestão da coisa pública. Por isso, a pena-base, em relação a ele, será fixada em um sexto sobre o mínimo legal, ou seja, em dois anos e quatro meses de detenção, quantidade em que se torna definitiva, porque ausentes outras circunstâncias que possam ser aplicadas.

Porque primário e de bons antecedentes criminais, e também porque satisfeitos os requisitos do art. 44 do Código Penal, esse réu faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, pelo tempo da pena substituída, e em prestação pecuniária a entidade assistencial, no valor equivalentes a três salários mínimos. (...) (fl. 18).

Já o Tribunal *a quo* assentou, no que interessa:

(...) As penas foram bem fundamentadas pelo juiz sentenciante.

Correta a majoração de um sexto na pena de SEBASTIÃO. Seu comportamento revestiu-se de maior reprovabilidade em relação às condutas dos particulares, pois, sendo prefeito do município de Reginópolis, deveria ter agido com maior lisura no trato com a coisa pública em consonância com a moralidade administrativa.

Neste sentido, acórdão julgado por esta 15ª Câmara Criminal: (...) (fl. 41).

O preceito secundário do tipo penal a que condenado o paciente - frustrar ou fraudar licitação - envolve o intervalo de 2 (dois) a 4 (quatro) anos de reclusão. A pena foi aumentada em 4 (quatro) meses, tendo sido alinhado como elemento para o acréscimo: o fato de o paciente ter ocupado o cargo de Prefeito Municipal à época dos fatos.

Com um espectro punitivo relativamente amplo, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, o acréscimo em 4 (quatro) meses, diante desse elemento não se mostra, penso, desarrazoado.

De mais a mais, trata-se de caso em que é difícil promover a análise das circunstâncias invocadas sem descer a vedado terreno de cognição.

Penso que o cargo de prefeito e o conluio com outros agentes, em síntese, identificam fundamento ligado a um maior poder de vulneração do bem jurídico: *o caráter competitivo do procedimento licitatório*.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O cargo de prefeito, conjugado com outros agentes e influentes comparsas tornam mais propício o sucesso delitivo.

Desta maneira, não vejo carência de motivação na exasperação da pena-base, porquanto foi indicada uma forma particularizada pela qual o delito logrou maior efetividade.

Nesse sentido:

DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. CONCUSSÃO. (1) DOSIMETRIA (A) FIXAÇÃO DA PENA-BASE. (i) MAUS ANTECEDENTES. PROCESSOS PENAIS EM CURSO. NÃO APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO DE ANTECEDENTES. DEFICIÊNCIA DA INSTRUÇÃO. COGNIÇÃO DO WRIT. IMPOSSIBILIDADE. (ii) CONDIÇÃO DE PREFEITO. CONLUÍO COM PRESIDENTE DE AUTARQUIA MUNICIPAL E EX-DIRETOR DE EMPRESA VÍTIMA. ASPECTOS LIGADOS À MAIS PROPÍCIA AFETAÇÃO DO BEM JURÍDICO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. (B) CONTINUIDADE DELITIVA. MAJORAÇÃO DA PENA. DOIS TERÇOS. ESQUEMA DE COBRANÇA MENSAL DE PROPINA. DURAÇÃO DE MAIS DE UM ANO. CONSTRANGIMENTO. AUSÊNCIA. (2) REGIME INICIAL FECHADO. PENA DE CINCO ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA.

1. A fixação da pena-base deve ser lastreada em dados concretos, que se refiram aspectos externos à descrição típica. A apreciação dos antecedentes depende da esmerada instrução do writ. Ausente a apresentação da certidão de antecedentes, tem-se por inviabilizado o exame respectivo. Não se apura carência de motivação na exasperação da pena-base calcada na condição de prefeito municipal aliada ao conluio com o presidente de autarquia municipal e com o ex-diretor da empresa vítima. Tal contexto autoriza apurar uma condição mais propícia à afetação do bem jurídico.

2. Na cristalização do aumento de pena na continuidade delitiva, o critério fundamental é o número de infrações praticadas, sendo adequado estabelecer-se no máximo a exasperação quando da prática mensal, por mais de um ano, da cobrança de propina, em esquema que teria rendido US\$ 2.320.000.

3. Não há irregularidade no estabelecimento do regime inicial fechado para pena superior a quatro e aquém de oito anos, desde que militem em desfavor do condenado circunstâncias negativas, como estatui o art. 33, § 3.º, do Código Penal.

4. Ordem denegada.

(HC 117514/SP, minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 22/11/2011, DJe 05/12/2011)

Portanto, verifica-se que não há flagrante ilegalidade a ser sanada por esta estreita via do *habeas corpus*.

Não é demais lembrar o entendimento desta Corte, no tocante à dosimetria, no sentido de que, em sede de *habeas corpus* não se afere o *quantum* aplicado, desde que



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

devidamente fundamentado, como ocorre na espécie, sob pena de revolvimento fático-probatório. Nesse sentido:

Eventual constrangimento ilegal na aplicação da pena, passível de ser sanado por meio de habeas corpus, depende, necessariamente, da demonstração inequívoca de ofensa aos critérios legais que regem a dosimetria da resposta penal, de ausência de fundamentação ou de flagrante injustiça. (HC 119.544/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 09/03/2010, DJe 05/04/2010)

Da minha relatoria, *mutatis mutandis*:

Somente se conhece de *habeas corpus*, visando a redução da pena-base, se demonstrada flagrante ilegalidade, ausente na espécie. (HC 95.118/PB, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/08/2010, DJe 06/09/2010)

Outro não é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, conforme se colhe da seguinte ementa:

DIREITO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ILEGALIDADE OU ARBITRARIEDADE. A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, bem como corrigir, eventualmente, discrepâncias gritantes e arbitrárias nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores. Tanto a concorrência de diversas vetoriais negativas como a existência de uma única vetorial negativa de especial gravidade autorizam pena base bem acima do mínimo legal. Não se presta o habeas corpus, enquanto não permite ampla avaliação e valoração das provas, como instrumento hábil ao reexame do conjunto fático-probatório que leva à fixação das penas. Recurso ordinário em habeas corpus não provido. (RHC 101576, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 26/06/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-159 DIVULG 13-08-2012 PUBLIC 14-08-2012)

Não há, portanto, flagrante ilegalidade, apta a relevar a impropriedade da via eleita.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.

É como voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0014308-7

PROCESSO ELETRÔNICO

**HC 231.615 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1982008 8057420088260453 990104262321

EM MESA

JULGADO: 17/09/2013

#### **Relatora**

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO FRANCISCO SOBRINHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

#### **AUTUAÇÃO**

|            |                                              |
|------------|----------------------------------------------|
| IMPETRANTE | : JOSÉ IUNES SALMEN JÚNIOR                   |
| IMPETRADO  | : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO |
| PACIENTE   | : SEBASTIÃO LUIZ DE SOUZA                    |
| CORRÉU     | : OSCAR NARDI                                |
| CORRÉU     | : ANTÔNIO VICENTE DE SOUZA                   |
| CORRÉU     | : PAULO SEIXAS                               |

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes da Lei de licitações

#### **CERTIDÃO**

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

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu da ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Assusete Magalhães e Rogerio Schietti Cruz votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Og Fernandes e Sebastião Reis Júnior.