



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 858300 - ES (2023/0356781-7)

RELATOR : MINISTRO MESSOD AZULAY NETO
AGRAVANTE : ATAIDES CANAL
ADVOGADO : SHEILA DALFIOR PEREIRA - ES027557
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. ART. 89 DA LEI N. 8.666/1993. DOSIMETRIA. PEDIDO DE DIMINUIÇÃO DA PENA-BASE. ELEMENTO IDÔNEO A JUSTIFICAR A EXASPERAÇÃO DA BASILAR. ALEGAÇÃO DE *ABOLITIO CRIMINIS*. INOVAÇÃO RECURSAL. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, DESPROVIDO.

I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

II - A pena-base para o crime previsto nos art. 89 da Lei n. 8.666/1993 foi fixada mediante fundamentação idônea com base nas peculiaridades do caso concreto. A culpabilidade foi considerada desfavorável em razão de o delito ter sido praticado por prefeito, o qual detinha a obrigação de se abster da prática de condutas ilícitas que tinha pleno conhecimento. Assim, dada a fundamentação concreta, com base em elementos que extrapolam o tipo penal indicado, não há falar em *bis in idem* ou ilegalidade na exasperação da pena-base. Precedentes.

III – Inovação recursal. A matéria aventada no presente regimental, qual seja, a ocorrência de *abolitio criminis*, haja vista a edição da nova Lei de Licitações – Lei n. 14.133/2023, não foi suscitada por ocasião da impetração do *habeas corpus*, bem como no ato coator. Na linha de orientação jurisprudencial desta Corte, mostra-se inadmissível a apreciação de teses não aventadas pela defesa na inicial do *writ*. Precedentes.

Agravo regimental parcialmente conhecido e, nesta extensão, desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 20/08/2024 a 26/08/2024, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso, mas lhe negar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Joel Ilan Paciornik e Daniela Teixeira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 26 de agosto de 2024.

Ministro Messod Azulay Neto
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 858300 - ES (2023/0356781-7)

RELATOR : MINISTRO MESSOD AZULAY NETO
AGRAVANTE : ATAIDES CANAL
ADVOGADO : SHEILA DALFIOR PEREIRA - ES027557
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. ART. 89 DA LEI N. 8.666/1993. DOSIMETRIA. PEDIDO DE DIMINUIÇÃO DA PENA-BASE. ELEMENTO IDÔNEO A JUSTIFICAR A EXASPERAÇÃO DA BASILAR. ALEGAÇÃO DE *ABOLITIO CRIMINIS*. INOVAÇÃO RECURSAL. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, DESPROVIDO.

I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

II - A pena-base para o crime previsto nos art. 89 da Lei n. 8.666/1993 foi fixada mediante fundamentação idônea com base nas peculiaridades do caso concreto. A culpabilidade foi considerada desfavorável em razão de o delito ter sido praticado por prefeito, o qual detinha a obrigação de se abster da prática de condutas ilícitas que tinha pleno conhecimento. Assim, dada a fundamentação concreta, com base em elementos que extrapolam o tipo penal indicado, não há falar em *bis in idem* ou ilegalidade na exasperação da pena-base. Precedentes.

III – Inovação recursal. A matéria aventada no presente regimental, qual seja, a ocorrência de *abolitio criminis*, haja vista a edição da nova Lei de Licitações – Lei n. 14.133/2023, não foi suscitada por ocasião da impetração do *habeas corpus*, bem como no ato coator. Na linha de orientação jurisprudencial desta Corte, mostra-se

inadmissível a apreciação de teses não aventadas pela defesa na inicial do *writ*. Precedentes.

Agravo regimental parcialmente conhecido e, nesta extensão, desprovido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por **ATAIDES CANAL** contra a decisão de fls. 260-266, que denegou a ordem de *habeas corpus*.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, às penas de 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, pela prática do delito descrito no artigo 89, da Lei n. 8.666/93 (fls. 14-23).

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o Tribunal de origem, que, por unanimidade, negou provimento ao apelo defensivo, consoante voto condutor do acórdão de fls. 35-53.

Ainda irresignada, a defesa impetrou o presente *writ*, no qual alegou, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal na análise negativa da circunstância judicial da culpabilidade, alegando ocorrência de *bis in idem* já que a ocupação do cargo de prefeito é elementar do próprio tipo penal, bem como na negativa de concessão da prisão domiciliar em favor do paciente.

Requeru, assim, a concessão da ordem para (fl. 8): *"[...] o imediato redimensionamento da pena ou a anulação da sentença, tendo em vista que foi ilegalmente valorada de forma negativa a culpabilidade do paciente na sentença de piso, ocorrendo bis in idem, já que a condição de agente público já é elementar do tipo penal a qual o Sr. Ataídes foi condenado, fixando a pena no mínimo legal, qual seja, 4 anos, a qual incorrerá no instituto da prescrição devendo ser imediatamente extinta, AO FINAL, sejam julgados procedente o pedido liminar tornando-o definitivo. Ainda, caso assim não entenda de início que seja suspenso o processo de origem, uma vez que o início do cumprimento da pena poderá trazer enormes prejuízos ao paciente, visto que há graves ilegalidades, bis in idem. Por fim, caso não sejam acolhidos os pedidos anteriores, requer seja concedido ao peticionário, a PRISÃO DOMICILIAR mediante monitoramento eletrônico integral, excepcionalmente, ainda que esteja o reeducando em regime semiaberto, uma vez que possui 72 (setenta e dois) anos de idade e doenças graves como hipertensão arterial, diabetes melitus, entre outras, levando em*

consideração o princípio da dignidade da pessoa humana e isonomia, nos termos do artigo 117, II da LEP."

O Ministério Público Federal, às fls. 245-254, manifestou-se pela denegação da ordem.

Em decisão monocrática (fls. 260-266), a ordem foi denegada.

Nas razões do presente inconformismo (fls. 270-277), a parte agravante alega a ocorrência de *bis in idem*, pois a condição de prefeito é elementar do tipo penal e não pode ser usada para majorar a basilar.

Defende a ocorrência de *abolitio criminis*, haja vista a edição da nova Lei de Licitações – Lei n. 14.133/2023.

Em suma, repisa os argumentos lançados na exordial.

Requer a reconsideração do *decisum* agravado ou o provimento da irresignação.

Por manter a decisão agravada, submeto o agravo regimental à apreciação da Quinta Turma.

É o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do agravo regimental.

É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

Assinalo, ainda, que a matéria examinada na decisão monocrática e não impugnada oportunamente, nas razões de agravo regimental, encontra-se acobertada pela preclusão consumativa.

Sobre o pleito defensivo relativo à ausência de fundamentação na análise desfavorável da circunstância judicial da culpabilidade, as instâncias ordinárias consignaram o seguinte:

"[SENTENÇA – fl. 22]

Ato contínuo, passo à análise das circunstâncias judiciais e dosimetria da pena, na forma do critério trifásico abraçado pelo

ordenamento.

Culpabilidade: considero-a intensa e grave, tendo em vista ocupar, ao tempo da conduta, o cargo de Prefeito Municipal, autoridade com pleno conhecimento da conduta ilícita e que seria responsável por uma gestão regular, impessoal, moral, visando a economicidade dos recursos financeiros obtidos pelo município. Antecedentes: segundo o que consta dos autos, é tecnicamente primário (súmula 444 do STJ).

Conduta social: do homem comum. Personalidade: do homem comum. Motivos: não há registro de qualquer motivo justificável.

Circunstâncias: não o favorecem. Consequências extrapenais: são próprias do tipo penal. Comportamento da vítima: deixo de proceder qualquer análise, considerando que o sujeito passivo do delito é o Estado.

Fixo a pena base em 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, que torno definitiva, por não haver atenuantes e/ou agravantes a serem consideradas, tampouco causas de diminuição ou de aumento de pena.

Fixo como regime inicial de cumprimento da pena o semiaberto.

Condene o sentenciado ao pagamento das custas processuais (art. 804, CPP)".

[ACÓRDÃO - fls. 51-52]

Noutra vertente, busca a defesa o redimensionamento da pena imposta.

Noto que a pena-base foi fixada em 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de detenção e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, *em decorrência da existência de duas circunstâncias judiciais desfavoráveis, devidamente valoradas e fundamentadas.*

Da própria leitura do artigo 59 do Código Penal, tem-se que a pena-base deve ser definida como aquela necessária e suficiente para a prevenção do crime, permanecendo, para tanto, dentro dos limites legalmente previstos.

A valoração de 01 (uma) circunstância judicial como negativa já é capaz de fixar a pena além do mínimo legal.

Insta salientar que a ponderação das circunstâncias do artigo 59, do Código Penal, não é uma operação aritmética, em que se dá pesos absolutos a cada uma delas, a serem extraídas de cálculo matemático. Em verdade, é um exercício de discricionariedade vinculada.

A referida discricionariedade do magistrado sentenciante deve se pautar em motivação idônea e, quando a pena-base tiver que ser exasperada do mínimo legal, não pode o juiz se furtar de demonstrar concretamente as razões que o levaram à adoção da medida.

Dessa forma, deverá ter sempre como parâmetro a necessidade ou não de maior reprovação da conduta do agente, assim

como restou evidenciado no presente caso.

Sobre o assunto, do seguinte modo se posiciona o Superior Tribunal de Justiça:

[...]

Desse modo, a majoração da pena não se torna medida exacerbada ante o caso concreto, haja vista ter a sentença se baseado no quantum de pena adequado, considerando ainda todas as peculiaridades que envolveram a situação.

Assim, tendo em vista que a fundamentação empregada não enseja quaisquer reparos, mantenho a pena-base tal como fixada na sentença de primeira instância.

Ausentes agravantes, atenuantes, causas de aumento e de diminuição, a pena restou definitivamente fixada nos parâmetros acima salientados.

Por fim, mantenho o regime inicial de cumprimento de pena como sendo semiaberto, diante do quantum de reprimenda imposto, em observância ao que dispõe o art. 33, §2º, “b” do CP.”

Esta Corte tem entendido que a dosimetria só pode ser reexaminada quando se verificar, de plano, a ocorrência de erro ou ilegalidade, o que não se constata na hipótese.

É certo que a dosimetria da pena deve ser feita seguindo o critério trifásico descrito no art. 68, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, cabendo ao Magistrado aumentar a pena de forma sempre fundamentada e apenas quando identificar dados que extrapolem as circunstâncias elementares do tipo penal básico.

Da análise dos trechos acima transcritos, constata-se que a pena-base para o crime previsto nos art. 89 da Lei n. 8.666/1993 foi fixada mediante fundamentação idônea com base nas peculiaridades do caso concreto, ante a valoração negativa da culpabilidade.

No presente caso, a culpabilidade foi considerada desfavorável em razão de o delito ter sido praticado por prefeito, o qual detinha a obrigação de se abster da prática de condutas ilícitas que tinha pleno conhecimento. Assim, dada a fundamentação concreta, com base em elementos que extrapolam o tipo penal indicado, não há falar em bis in idem ou ilegalidade na exasperação da pena-base.

No mesmo sentido:

*“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS.
ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. CRIME DE RESPONSABILIDADE.
FRAUDE E DISPENSA À LICITAÇÕES. DOSIMETRIA.*

EXASPERAÇÃO DE UM SEXTO DA PENA-BASE PARA CADA DELITO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ESPECIFICIDADES DO DELITO E CONDIÇÕES PESSOAIS DO AGENTE. [...]. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

II - A culpabilidade, para fins do art. 59 do CP, deve ser compreendida como juízo de reprovabilidade sobre a conduta, apontando maior ou menor censurabilidade do comportamento do réu. Nesse compasso, para a sua adequada valoração devem ser levadas em consideração as especificidades fáticas do delito, bem como as condições pessoais do agente no contexto em que praticado o crime.

III - Na hipótese, a Corte de origem apreciou concretamente a intensidade da reprovabilidade das condutas, assentando as circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente, tendo em vista "as circunstâncias em que os delitos foram praticados, aproveitando-se o réu do exercício do cargo de prefeito municipal", bem como, "em razão dos valores desviados e do dano causado ao erário, bem como dos interesses da população então atingidos, vistos que os certames objetivaram, outrossim, a compra de alimentos, inclusive provenientes do Programa Nacional de Alimentação Escolar - PNAE e do Programa Nacional de Alimentação Escolar para Creche - PNAC", fatores que apontam maior censura nas condutas e justificam a exasperação da pena-base em 1/6 (um sexto) acima do mínimo, para cada delito, pois excedem os limites dos tipos penais violados, em atendimento aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena.

[...]” (AgRg no HC n. 745.734/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), DJe de 23/8/2022).

“[...]

3. As penas-bases para os crimes previstos nos arts. 89 e 90, ambos da Lei n. 8.666/93 foram fixadas mediante fundamentação idônea com base nas peculiaridades do caso concreto, ante a valoração negativa da culpabilidade, em relação a ambos os delitos, e das consequências do crime, em relação ao delito tipificado no art. 90 da Lei de Licitações então vigente, indicando elementos que extrapolam o tipo penal. No caso, a culpabilidade foi considerada desfavorável em razão de o delito ter sido praticado por prefeito, o qual detinha a obrigação de se abster da prática dos atos ilícitos, bem como em razão de ter sido previamente constituída uma empresa destinada à prática dos crimes licitatórios. Destacou-se, ainda, em relação ao crime tipificado no art. 90, da Lei n. 8.666/93, a valoração negativa das consequências do crime, ressaltando que os agentes conseguiram obter a vantagem ilícita perseguida. Assim, dada a fundamentação concreta, com base em elementos que extrapolam os tipos penais indicados, não

há falar em ilegalidade na exasperação da pena-base.

[...]” (AgRg no AREsp n. 2.283.199/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 12/12/2023).

Por fim, verifico que a matéria aventada no presente regimental, qual seja, a ocorrência de abolitio criminis, haja vista a edição da nova Lei de Licitações – Lei n. 14.133/2023, não foi suscitada por ocasião da impetração do *habeas corpus*, bem como no ato coator, tratando-se de inovação recursal.

Na linha de orientação jurisprudencial desta Corte, mostra-se inadmissível a apreciação de teses não aventadas pela defesa na inicial do *writ*, consoante os seguintes precedentes deste Superior Tribunal de Justiça.

Confira-se:

“[...]

5. O alegado excesso de prazo na formação da culpa não foi arguido na inicial do presente habeas corpus. Vedada a inovação recursal, não deve ser conhecido o agravo regimental nesse ponto.

[...]” (AgRg no HC n. 844.954/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 20/12/2023).

Nessa linha: AgRg no HC n. 842.358/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 14/2/2024; e AgRg no HC n. 867.444/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 20/12/2023.

Ante o exposto, conheço parcialmente do agravo regimental e, nesta extensão, **nego-lhe provimento.**

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

AgRg no HC 858.300 / ES
PROCESSO ELETRÔNICO
MATÉRIA CRIMINAL

Número Registro: 2023/0356781-7

Número de Origem:

00004082920068080051 051060004085 4082920068080051 51060004085

Sessão Virtual de 20/08/2024 a 26/08/2024

Relator do AgRg

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : SHEILA DALFIOR PEREIRA
ADVOGADO : SHEILA DALFIOR PEREIRA - ES027557
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : ATAIDES CANAL
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

ASSUNTO : DIREITO PENAL - CRIMES PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO
EXTRAVAGANTE - CRIMES DA LEI DE LICITAÇÕES

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : ATAIDES CANAL
ADVOGADO : SHEILA DALFIOR PEREIRA - ES027557
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

TERMO

A QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de

20/08/2024 a 26/08/2024, por unanimidade, conheceu parcialmente do recurso, mas lhe negou provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Joel Ilan Paciornik e Daniela Teixeira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 26 de agosto de 2024