

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 431.283 - SP (2017/0334930-1)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : MARIA CLAUDIA DE SEIXAS E OUTRO
ADVOGADOS : MARIA CLAUDIA DE SEIXAS - SP088552
NAIARA DE SEIXAS CARNEIRO - SP267339
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ██████████

DECISÃO

Vistos, etc.

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido de liminar, impetrado em favor de ██████████, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

"Apelação da Justiça Pública Fraude à licitação Acusados que atuaram em conluio a fim de fraudarem o caráter competitivo do certame realizado pela Prefeitura do Município de Franca Provas suficientes à condenação Práticas de direcionamento de edital e apresentação de propostas de cobertura Instrumento convocatório redigido com especificações técnicas idênticas aos produtos ofertados pela empresa pertencente a um dos acusados As três empresas convidadas para participarem do certame eram representadas pelos acusados, os quais mantinham relação de proximidade Participação de companhias de fachada, com o intuito de manter a aparência competitiva do certame Penas impostas no mínimo legal para os réus ██████████ e ██████████ dos acusados ██████████ e ██████████ majoradas em 1/6 pelos maus antecedentes Circunstância agravante do artigo 61, inciso II, alínea g, aplicável à ré ██████████ do crime com violação de dever inerente ao cargo público Decorrido o prazo para eventual oposição d e Embargos de Declaração ou Embargos Infringentes, expeça-se mandado de prisão Recurso de apelação provido, com determinação.

Prescrição Reconhecimento de ofício quanto aos acusados ██████████ ██████████ Prazo prescricional de quatro anos Artigo 109, inciso V do CP Lapso ultrapassado entre a data de recebimento da denúncia e da publicação da decisão condenatória.

Apelação das Defesas Alteração dos fundamentos da absolvição Recursos prejudicados ante o provimento do apelo da acusação." (Fl. 37)

A Paciente, junto com outros denunciados, foi acusada de concorrer para a prática do crime de fraude a licitação, tipificado no art. 90 da Lei 8.666/93. O Juiz de primeiro grau julgou improcedente a ação e absolveu os réus com fundamentado no art. 386, inciso VII, do Código Processo Penal. Contudo, o acórdão impugnado julgou procedente o recurso acusatório e condenou a Paciente à pena de pena de 02 (dois) anos, 08 (oito) meses e 20 dias de detenção, fixando regime semiaberto para o cumprimento da reprimenda, com expedição de mandado de prisão.

Sustenta o Impetrante que a pena-base foi indevidamente fixada acima do

Superior Tribunal de Justiça

mínimo legal, com base em ações penais em curso, contrariando a Súmula n.º 444 desta Corte. Busca a concessão de liminar exclusivamente para sobrestar a execução provisória da pena, com expedição de contramandado de prisão.

É o relatório inicial.

Decido o pedido urgente.

Preliminarmente, vale referir que, a despeito do meu convencimento pessoal – em consonância, a propósito, com julgados do Supremo Tribunal Federal (RHC 119.149/RS, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 06/04/2015; RHC 118623/MS, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, 04/12/2013; HC 113.690, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 08/10/2012; v.g.) –, as Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça firmaram o entendimento de que é **inadequado** o manejo de *habeas corpus* contra ato decisório do Tribunal *a quo* impugnável pela via do recurso especial (HC 162.282/MG, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, DJe de 25/06/2015; HC 318.858/ES, Rel. Min. MARIA THEREZA, Sexta Turma, DJe de 18/06/2015; HC 314.011/SP, Rel. Min. GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, DJe de 23/06/2015; HC 313.786/PA, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe de 26/06/2015, v.g.).

Esse entendimento tem sido adotado sem prejuízo de, eventualmente, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade, como evidenciado no caso em apreço, pois da análise dos autos constata-se que o aumento da pena-base pelos maus antecedentes decorre da existência de ação penal em curso.

A propósito, consignou o acórdão impugnado:

"Nos termos das razões de recurso do representante do Ministério Público, fixo as penas-base dos acusados [REDACTED] e [REDACTED] no mínimo legal de 02 anos de detenção e multa equivalente a 2% do valor do contrato licitado a mingua de maus antecedentes, assim tornando-as definitivas ante a ausência de outras causas modificativas.

Já as penas-base dos acusados [REDACTED] e [REDACTED] devem ser fixadas em 1/6 acima do mínimo legal com fundamento em seus maus antecedentes, alcançando 02 anos e 04 meses de detenção, além de multa equivalente a 2,4% do valor do contrato licitado.

Em relação à acusada [REDACTED], deve ser reconhecida a circunstância agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea "g", do Código Penal, eis que a ré cometeu o delito em questão com clara violação de dever inerente ao cargo público que ocupava, de sorte que sua pena é alçada a 02 anos, 08 meses e 20 dias de detenção e multa equivalente a 2,8% do valor do contrato licitado, de forma definitiva.

Fixo o regime inicial semiaberto para o cumprimento de pena pelos acusados [REDACTED] e [REDACTED], eis que ambos contam com maus antecedentes, já tendo sido condenados pela prática de crime semelhante ao apurado nestes autos, a bem demonstrar o seu pouco apreço pelo patrimônio público.

Ademais, uma vez encerradas as vias recursais ordinárias e considerando que eventual inconformismo dirigido às Instâncias Superiores não é dotado de efeito suspensivo, parece necessária a expedição de mandado

Superior Tribunal de Justiça

de prisão, independentemente do trânsito em julgado, para que se dê cumprimento à decisão ora exarada.

Tal providência conta com respaldo na Súmula 267 do Superior Tribunal de Justiça, que assenta a inteligência de que “a interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão”.

Vale consignar o posicionamento adotado pela Suprema Corte, ao analisar as consequências da solução condenatória confirmada ou prolatada em segunda instância (HC nº 126.292/SP).

Em relação aos acusados [REDACTED] e [REDACTED], diante do provimento do recurso da apelação, é de rigor o reconhecimento da prescrição, pois a pena ora imposta tem prazo prescricional de quatro anos, nos termos do artigo 109, inciso V, do Código Penal.” (Fls. 49-50)

O julgado contraria a jurisprudência mansa e pacífica das Cortes Superiores é no sentido de que *“Inquéritos ou processos em andamento, que ainda não tenham transitado em julgado, não devem ser levados em consideração como maus antecedentes na dosimetria da pena.”* (HC 94620, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 24/06/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-236 DIVULG 23-11-2015 PUBLIC 24-11-2015).

No mesmo diapasão, o verbete sumular n.º 444 deste Superior Tribunal de Justiça: *“É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.”*

Além do evidente *fumus boni iuris*, também é incontestado o *periculum in mora*, uma vez que, confirmada a condenação em segundo grau, deverá a pena ser desde logo cumprida.

Assim, cabe a concessão da medida urgente para decotar o aumento indevido de 1/6 na pena-base, que volta ao patamar mínimo de 02 anos de reclusão.

Mantém-se o acréscimo de 1/6 pela agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea “g”, do Código Penal, alcançando a pena intermediária de 02 anos e 04 meses de detenção, tornada definitiva.

Embora não tenha sido objeto do pedido, fixada a pena-base no mínimo legal, porque reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis à ré primária e de bons antecedentes, o regime prisional deve ser o **inicial aberto**, considerando a teor do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, do Código Penal.

Do mesmo modo, nos termos do art. 44 do Código Penal, cabível a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos ao condenado à pena inferior a quatro anos, desde que a medida se mostre socialmente recomendável e suficiente.

Logo, redimensionada a sanção penal, deve o Juízo das Execuções competente analisar se a condenada preenche ou não os requisitos para a obtenção da benesse, à luz do art. 44 do Código Penal.

Superior Tribunal de Justiça

Nessa linha, como a Terceira Seção desta Corte, ao julgar o EREsp 1619087/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministro JORGE MUSSI, fixou entendimento de não ser possível a execução provisória de penas restritivas de direitos, conforme disposto no art. 147 da Lei de Execução Penal, cabível suspender da execução da pena da Paciente.

Ante o exposto, DEFIRO o pedido liminar para: a) fixar a pena-base no mínimo legal, estabelecendo a pena definitiva da Paciente em 02 anos e 04 meses de detenção, a ser cumprida no regime aberto, mediante condições que ficam à cargo do Juízo das Execuções Penais, e b) suspender a execução da pena até o Juízo das Execuções Penais analisar a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Oficie-se ao Juízo das Execuções e ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deverão prestar informações pormenorizadas.

Após, remetam-se os autos ao Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 22 de dezembro de 2017.

MINISTRA LAURITA VAZ
Presidente