



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 667336 - PE (2021/0151452-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : MARIA EDUARDA SILVA DE SIQUEIRA CAMPOS E OUTROS
ADVOGADOS : JOÃO VIEIRA NETO - PE021741
BIANCA LAURENTINO SERRANO BARBOSA - PE020251
MARIA EDUARDA SILVA DE SIQUEIRA CAMPOS - PE042319
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5A REGIAO
PACIENTE : _____

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de _____, em que aponta como autoridade coatora o Tribunal Regional da 5ª Região.

Consta nos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, às penas de 10 anos, 1 mês e 15 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e à sanção de inabilitação para exercício de cargo ou função pública pelo prazo de 5 anos, tendo em vista a prática dos crimes previstos nos arts. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/1967 e 288, *caput*, do Código Penal.

O TRF deu parcial provimento à apelação defensiva para absolver o paciente do crime de associação criminosa (art. 288 do CP) e redimensionar a pena do crime de responsabilidade para 4 anos, 6 meses e 5 dias de reclusão, mantida a inabilitação para o exercício de cargo ou função pública, nos termos da seguinte ementa:

“APELAÇÃO CRIMINAL. PECULATO DE PREFEITO, NA MODALIDADE DESVIO. DL 201/67, ART. 1º, I. COAUTORIA. TERMO DE COOPERAÇÃO PARA GESTÃO* DA SAÚDE MUNICIPAL. OSCIP. DESVIRTUAMENTO DA FILOSOFIA DO ENTE DO TERCEIRO SETOR, COM DIGNIDADE PENAL. QUADRILHA NÃO (CARACTERIZADA. PENAS, REDUZIDAS PARA MAIS PRÓXIMO DO MÍNIMO LEGAL CONTINUIDADE DELITIVA RECONHECIDA.

- I- Celebração, por Prefeito Municipal, de Termos de Parceria com uma OSCIP para a gestão de todos os programas vinculados ao Sistema Único de Saúde do Município, mediante remuneração em percentual do valor da verba, a título de uma "taxa de administração" não admitida na Lei 9790/99, tampouco prevista, no instrumento do pacto.
- II- Despesas ditas de custeio da OSCIP cobertas pelo Município, mas sem suficiente comprovação ou adequada aplicação ao objeto da parceria.
- III- Caracterização do peculato-desvio, antevisto no art. 19,1, do DL 201/67.
- IV- Na linha do que opinado pela PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA, impõe-se o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva em relação a condenados a penas aos quais foi conferida condenação concreta em 3 (três) anos pelo crime do art. I, do DL 201/67 e 1 (um) ano e 6 (seis) meses pelo crime do art. 288 do Código Penal. Sem recurso pelo Parquet, são essas as penas usadas para o talhado da prescrição (CP, art. 110, § 1º).
- V- Igualmente ocorre em relação às condenações pelo delito do art. 288 do Código Penal: pena de um ano e seis meses de reclusão, prescrevendo ao cabo de quatro anos, quando foram decorridos além de cinco anos entre os fatos e a denúncia. Extinta a punibilidade (CP, art. 109, V).
- VII- Reconhecimento da materialidade e da autoria dos APELANTES remanescentes, com referência ao crime de peculato-desvio especial. Uso do Termo de

Cooperação como forma ilícita de carrear recursos públicos para a OSCIP e seus integrantes.

VIII- - Não caracterizado o crime de quadrilha (CP, art. 288), à míngua de elementos probantes de que a junção dos agentes tinha por específico objetivo praticar crimes, embora os tenham praticado.

IX- Redução das penas atribuídas aos praticantes do crime do art. 1º, do DL 201/67, com as penas básicas ficando mais próximas do mínimo legal, à luz do rol das considerações da própria sentença, no primeiro momento da dosimetria.

V - Pena final demarcada em três anos e seis meses de reclusão para o Ex-Prefeito e dois anos e onze meses de reclusão para o então Presidente da OSCIP, inclusive com o reconhecimento da continuidade delitiva.

VII- Mudança no capítulo sentenciado que trata do ressarcimento dos danos ao erário, para consignar que esses serão encontrados em conta na eventualidade de condenação dos APELANTES, pelo mesmo fato, em ação civil pública de improbidade administrativa ou outra qualquer ação de caráter ressarcitório. Princípio da amplitude (ou efetividade) recursal.” (e-STJ, fl. 219-221)

Opostos embargos de declaração, foram parcialmente acolhidos, com efeitos infringentes, para reduzir a reprimenda para 4 anos de reclusão, em regime aberto, com substituição por restritivas de direitos, nos seguintes termos:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO E ERRO MATERIAL. OCORRÊNCIA PONTUAL. PROVIMENTO PARCIAL, COM EFEITOS MODIFICATIVOS.” (e-STJ, fl. 255)

Neste *writ*, o impetrante alega que o paciente sofre constrangimento ilegal, em razão de ilegalidades na dosimetria da pena. Aduz que a culpabilidade negativamente valorada sem fundamentação concreta, com base em elementos inerentes ao tipo penal.

Impugna a fração de aumento de pena em 1/3, pelo reconhecimento da continuidade delitiva, rogando pela exasperação em 1/5.

Por fim, afirma que a pena de inabilitação para o exercício de cargo ou função pública não é efeito automático da condenação, exigindo-se motivação para a sua fixação, o que não ocorreu na espécie.

Requer a concessão da ordem para que seja reduzida a pena corporal imposta ao paciente e, ainda, o afastada da pena de inabilitação para o exercício de cargo ou função pública.

Não há requerimento de tutela provisória.

A Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela concessão da ordem para que seja redimensionada a reprimenda, bem como para que seja afastada a sanção de inabilitação para exercício de cargo ou função pública (e-STJ, fls. 324-328).

É o relatório.

Decido.

Esta Corte - HC 535.063/SP, 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; AgR 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.

Para permitir a análise dos critérios utilizados na dosimetria, faz-se necessário expor excerto do acórdão impugnado e da sentença condenatória:

“Não bastassem as próprias elementares do art. 1º, 1, do DL 201, mercê da firme atuação de JOÃO RIBEIRO para proporcionar a OSCIP e aos seus dirigentes a percepção de pagamentos indevidos, à luz da Lei 9.790/99 e do Decreto 3.100/99, o avultamento da sua culpabilidade ficou destacado no acórdão, por exemplo, na seguinte passagem:

O elemento - subjetivo (dolo) - flui da ciência que ambos tinham das irregularidades que estavam cometendo, pois sendo pessoas versadas na gestão de recursos públicos (o primeiro, médico e prefeito do sexto maior Município do Estado de Pernambuco) e o segundo, Presidente de uma OSCIP com atuação em muitos Municípios do Estado de Pernambuco, atuando em descompasso com os - Termos de Cooperação que ele próprio construiu e assinou, onde não havia permissão para a prática dos atos acima referidos.

[...]

Ficam mantidos o regime inicial semiaberto pela prática do crime de receptação e o regime inicial aberto pela prática do crime de falsa identidade, bem como a vedação da substituição da pena corporal por restritivas de direitos, ante a reincidência do acusado.” (e-STJ, fls. 249)

“Em relação ao ora condenado _____, com o trânsito em julgado, ficará ele inabilitado para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, pelo prazo de 05 (cinco) anos, sem prejuízo da reparação civil do dano causado ao patrimônio público ou particular, nos termos do § 2º, do art. 1º, do Decreto-lei 201/67.” (e-STJ, fl. 159)

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. Dessarte, 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*, pois exigiriam revolvimento probatório.

No que tange à pena-base, percebe-se que as instâncias inferiores consideraram como circunstância judicial desfavorável a culpabilidade.

A culpabilidade, para fins do art. 59 do CP, deve ser compreendida como juízo de reprovabilidade da conduta, apontando maior ou menor censura do comportamento do réu. Não se trata de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade, para que se possa concluir pela prática ou não de delito, mas, sim, do grau de reprovação penal da conduta do agente, mediante demonstração de elementos concretos do delito. No caso concreto, a fundamentação apresentada pelas instâncias ordinárias não autoriza a exasperação da pena-base, pois não ficou esclarecido o que concretamente teria gerado maior reprovabilidade da conduta, limitando-se a afirmar que o paciente seria um dos autores principais do delito, o que não extrapola os elementos integrantes do tipo penal. Por conseguinte, de rigor que seja esta circunstância expurgada da valoração da pena base, o que a leva ao mínimo legal.

Passo à análise do quantum da continuidade delitiva.

A exasperação da pena do crime de maior pena, realizado em continuidade delitiva, será determinada, basicamente, pelo número de infrações penais cometidas, parâmetro este que especificará no caso concreto a fração de aumento, dentro do intervalo legal de 1/6 a 2/3. Nesse diapasão, esta Corte Superior de Justiça possui o entendimento consolidado de que, em se tratando de aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplica-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4 para 4 infrações; 1/3 para 5 infrações; 1/2 para 6 infrações e 2/3 para 7 ou mais infrações.

A propósito:

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, INCISO I, DA LEI 8.137/1990. OFENSA AO ART. 71, DO CP. PRETENSÃO DE AFASTAMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA.

ALEGAÇÃO DE CRIME ÚNICO. ANÁLISE QUE DEMANDA REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. PLEITO QUE ESBARRA NA SÚMULA N. 7/STJ. INVIABILIDADE. FRAÇÃO DE AUMENTO APLICADA EM 2/3 (DOIS TERÇOS). CONDENAÇÃO POR 12 (DOZE) CRIMES EM CONTINUIDADE DELITIVA. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. No que diz respeito à apontada violação do art. 71, do Código Penal, as instâncias ordinárias verificaram a efetiva existência de pluralidade de condutas, asseverando que o recorrente praticou o delito de sonegação de tributos em 12 (doze) oportunidades distintas. Nesse contexto, desconstituir as conclusões alcançadas pelo Tribunal de origem, com fundamento em exame exauriente do conjunto fático-probatório constante dos autos, no intuito de abrigar a pretensão defensiva de reconhecimento de crime único, demandaria necessariamente aprofundado revolvimento do conjunto probatório, providência vedada em sede de recurso especial.

Incidência da Súmula n. 7/STJ.

2. **No tocante ao patamar de aumento aplicável em decorrência do reconhecimento da continuidade delitiva, prevalece nesta Corte Superior o entendimento de que deve ser aplicada a fração de aumento de 1/6 (um sexto) pela prática de 2 (duas) infrações; 1/5 (um quinto) para 3 (três) infrações; 1/4 (um quarto) para 4 (quatro) infrações; 1/3 (um terço) para 5 (cinco) infrações; 1/2 (metade) para 6 (seis) infrações e 2/3 (dois terços) para 7 (sete) ou mais infrações. Na espécie, a Corte a quo, ao manter a fração de 2/3 (dois terços) aplicada a título de aumento da pena pela prática continuada de 12 (doze) infrações, decidiu de acordo com o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça.**

3. Agravo regimental não provido"

(AgRg no AREsp 1719558/PE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2020, DJe 26/10/2020, destacou-se.).

No caso, considerando a prática de 3 condutas criminosas, além do fato de a pena-base ter sido estabelecida no piso legal, sem que se possa falar em análise desfavorável da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social e da personalidade do agente, bem como dos motivos e das circunstâncias do crime, impõe-se reduzir a elevação da pena a 1/3, com fundamento no art. 71, *caput*, do CP e na jurisprudência desta Corte.

Feitas tais considerações, passa-se à nova dosagem a pena.

Partindo da pena-base de 2 anos de reclusão, permanecendo inalterada na segunda fase da dosimetria e reconhecida a continuidade delitiva na fração de 1/3, chega-se à pena final de 1 ano e 4 meses de reclusão.

Passo à análise da pena acessória de perda de cargo e a inabilitação para o exercício de cargo ou função pública.

Conforme jurisprudência desta corte, as penas acessórias previstas no § 2º do art. 1º do Decreto-Lei n. 201/67 - perda de cargo e a inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação - não decorrem automaticamente da condenação, devendo o magistrado fundamentar a sua aplicação

HABEAS CORPUS. CRIME DE RESPONSABILIDADE. FALSIDADE IDEOLÓGICA. PREFEITO MUNICIPAL. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO TRIBUNAL DE ORIGEM. ENTENDIMENTO DO STF NA QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937. CRIME PRATICADO POR PREFEITO EM MANDATO ANTERIOR. REELEIÇÃO. ORDEM SEQUENCIAL E ININTERRUPTA DOS MANDATOS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO PARA A DECRETAÇÃO DAS SANÇÕES PREVISTAS NO ART. 1º, § 2º, DO DECRETO-LEI 201/67. EFEITO NÃO AUTOMÁTICO DA CONDENAÇÃO. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO. AUSÊNCIA DE DELIMITAÇÃO

DO TRÂNSITO EM JULGADO DA AÇÃO PARA EXECUÇÃO DAS SANÇÕES. PREJUDICIALIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. Conforme inteligência do Supremo Tribunal Federal, o foro por prerrogativa de função restringe-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas. (AP 937 QO, Rel. Ministro ROBERTO BARROSO, TRIBUNAL PLENO, julgado em 3/5/2018, DJe

10/12/2018).

2. Praticado o crime em um mandato e existindo reeleição ao mesmo cargo, verifica-se a prorrogação do foro por prerrogativa de função acaso os diferentes mandatos sejam exercidos em ordem sequencial e ininterrupta. (Inq 4.127, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 20/11/2018, DJe 23/11/2018).

3. Imputado ao paciente fatos delitivos no curso do mandato anterior (20122016) e sobrevindo a reeleição para o mesmo cargo (2017-2020), não há falar em quebra de continuidade na função e em incompetência do Tribunal de origem.

4. O § 2º do art. 1º do Decreto-Lei 201/67 prevê efeito específico e não automático da condenação definitiva, exigindo, portanto, fundamentação adequada para a aplicação das penas acessórias de perda de cargo e inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública. Precedentes do STF e do STJ.

5. Ordem concedida para afastar as sanções de perda do mandato e inabilitação para o exercício de cargo ou função pública pelo prazo de cinco anos. (HC 529.095/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/10/2020, DJe 24/11/2020)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. 1. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. EXACERBAÇÃO DA PENA-BASE SEM MOTIVAÇÃO SUFICIENTE. FUNDAMENTO EM AÇÕES PENAIS EM CURSO E MOTIVO DO CRIME PRÓPRIO DO TIPO PENAL. REDUÇÃO DA PENA, DIANTE DE ÚNICA CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL VÁLIDA. 2. CRIME DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITO MUNICIPAL. DECRETO-LEI 201/67. PERDA DO CARGO. IMPOSIÇÃO SEM MOTIVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CASO EM QUE ENCERRADO O MANDATO HÁ MAIS DE 13 ANOS. IRRAZOABILIDADE DE PERDA DO CARGO ATUALMENTE OCUPADO. 3. PACIENTE QUE À ÉPOCA DO OFERECIMENTO DA DENÚNCIA NÃO ERA MAIS PREFEITO. IRRELEVÂNCIA. FATO COMETIDO NO EXERCÍCIO DO CARGO. IMPUTAÇÃO DO ART. 1º DO DECRETO-LEI 201/67. SÚMULA 164 DO STJ. 4. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.

1. Não é fundamento idôneo para a exasperação da pena-base acima do mínimo legal a existência de ações penais em curso contra o paciente ou a motivação do crime própria do tipo penal.

2. A imposição de perda do cargo depende de adequada motivação, não podendo ser aplicada irrefletidamente, como efeito automático da condenação. No caso, irrazoável se mostra a aplicação da perda do cargo passados mais de 13 anos do término do mandato no qual ocorreram os fatos delituosos.

3. Súmula 164-STJ: "O prefeito municipal, após a extinção do mandato, continua sujeito a processo por crime previsto no art. 1º, do Decreto-Lei nº 201, de 27.2.67. 4. Ordem concedida em parte, para redimensionar pena do paciente para 2 anos e 4 meses de reclusão em regime aberto, excluindo, ainda, da condenação a perda do cargo e a inabilitação para o exercício da função pública pelo prazo de 5 anos impostas pelo acórdão recorrido.

(HC 88.588/PE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 24/06/2008, DJe 04/08/2008)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. CRIME DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITO (ART. 1º, III, DO DECRETO-LEI N.

201/67). AGRAVANTE DO ART. 61, II, "G", DO CÓDIGO PENAL - CP. BIS IN IDEM. APLICAÇÃO DAS SANÇÕES PREVISTAS NO ART. 1º, § 2º, DO DECRETO N. 201/67. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO. PRECEDENTES. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal - STF, esta Corte não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. A aplicação da agravante prevista no art. 61, II, g, do Código Penal - CP ter o agente cometido o crime com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão - ao delito previsto no art. 1º, III, do Decreto-Lei n. 201/67 - crime de responsabilidade de Prefeitos e Vereadores - configura indevido bis in idem. Precedentes.

3. As penas acessórias previstas no § 2º do art. 1º do Decreto-Lei n. 201/67 - perda de cargo e a inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação - não decorrem automaticamente da condenação, devendo o magistrado fundamentar a sua aplicação. Precedentes.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para afastar a agravante do art. 61, II, g, do CP e a incidência do § 2º do art. 1º do Decreto-Lei n. 201/67, bem como para declarar a prescrição da pretensão punitiva quanto os delitos referentes aos Decretos n. 3/2010, 4/2010, 7/2010, 9/2010, 10/2010, 12/2010 e 13/2010, redimensionando a pena do paciente, nos termos do voto.

(HC 481.010/BA, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 19/12/2018)

No que tange à aplicação das penas acessórias previstas no § 2º do art. 1º do Decreto-Lei n. 201/67 —, as quais foram aplicadas pelo Tribunal de origem por força, exclusivamente, da condenação, conforme se verificou no trecho colacionado, motivo pelo qual deve ser afastada a pena acessória por falta de fundamentação concreta

Ante o exposto, **não conheço** do *writ*, mas **concedo** a ordem, de ofício, a fim de reduzir a reprimenda para 1 ano e 4 meses de reclusão e afastar a pena acessória de inabilitação para o exercício de cargo ou função pública.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 04 de junho de 2021.

Ministro Ribeiro Dantas

Relator