

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 981.177 - BA (2016/0239423-2)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE : EDNALDO DOS SANTOS BARROS
ADVOGADOS : LUIZ GABRIEL BATISTA NEVES - BA032879
HERMES HILARIÃO TEIXEIRA NETO - BA032883
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

DECISÃO

Trata-se de agravo contra decisão que não admitiu o recurso especial, interposto com fulcro no art. 105, III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal.

Consta dos autos que, em ação penal originária, o agravante (prefeito) foi condenado pela prática do delito tipificado no art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/67, à pena de 4 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, com afastamento cautelar do cargo, perda do cargo público e inelegibilidade (fls. 1297/1304). O acórdão ficou assim ementado:

AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SENTO SÉ. VIOLAÇÃO AO INCISO I DO ARTIGO 1º DO DECRETO-LEI Nº 201/67. APROPRIAÇÃO DE RENDAS PÚBLICAS. PRELIMINAR DE OFENSA AO ART. 5º, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRELIMINAR DE REUNIÃO DOS PROCESSOS PELO RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. REJEITADA. DEMONSTRAÇÃO EFETIVA DA AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS. PROCEDÊNCIA DA DENÚNCIA. FIXAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIALMENTE SEMIABERTO, DECRETANDO-SE, AINDA, A PERDA DO CARGO PÚBLICO, ASSOCIADA À INELEGIBILIDADE PELO PERÍODO DE 8 (OITO) ANOS, NOS TERMOS DA LEI COMPLEMENTAR nº 64/2010. NECESSIDADE DO AFASTAMENTO CAUTELAR DO CONDENADO, COM FUNDAMENTO NO ART. 2º, INCISO II, DO DECRETO-LEI Nº 201/1967.

I. Trata-se de Ação Penal Originária, movida pelo Ministério Público Estadual, em que acusa o Prefeito do Município de Sento Sé, de ter violado o conteúdo do artigo 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67, por ter, no exercício financeiro de 1998, na qualidade de Prefeito de Sento Sé, se apropriado indevidamente da quantia de R\$ 48.079,50 (quarenta e oito mil, setenta e nove reais e cinquenta centavos), pertencente ao referido Município, mediante a simulação de gasto com a aquisição de mobiliário escolar com notas fiscais falsas.

II. Preliminares de ofensa ao art. 5º, caput, da Constituição Federal rechaçada, uma vez que o Tribunal de Justiça da Bahia

Superior Tribunal de Justiça

conferiu às suas Câmaras Criminais competência para processar e julgar prefeitos, no uso de suas atribuições constitucionais, não havendo que se falar em inconstitucionalidade; reunião das ações penais em curso ante este e. Tribunal de Justiça pelo reconhecimento da continuidade delitiva, rejeitada em razão da não comprovação da unidade de desígnios (Súmula 04 do TJ/BA).

III. Autoria e materialidade delitivas comprovadas por meio do relatório de investigação n° 01/99 (fls. 28/33), da Coordenação de Inteligência Fiscal - CINFI, Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, conclusivo de que as notas fiscais sobre a compra de mobiliário escolar eram "inidôneas"; notas de empenho de fls. 07 e 10 e notas de liquidação de empenho de fls. 08 e 11, ambas assinadas pelo réu, autorizando a despesa e o respectivo pagamento; declarações prestadas pela empresa Cristal Móveis Comércio de Eletrodomésticos Ltda., fl. 45; depoimentos das testemunhas arroladas pela acusação às fls. 173/174; declarações prestadas à fl. 124, pela proprietária da empresa referida. Com relação às testemunhas arroladas pela defesa às fls. 244/245, 332, 651, 695 e 785/786, que afirmaram desconhecimento do fato descrito na denúncia. Por outro lado, o réu, quando interrogado às fls. 297/298, afirmou que o mobiliário escolar, objeto da demanda, foi adquirido da empresa Cristal Móveis Comércio de Eletrodomésticos, no ano de 1998, pela Prefeitura do Município de Sento Sé.

IV. Ex positis, julgo integralmente procedente a denúncia, para condenar o réu Ednaldo dos Santos Barros pelo cometimento do delito previsto no art. 1º, I, do Decreto-Lei n° 201/1967, fixando a pena privativa de liberdade em 05 (cinco) anos de reclusão, no regime inicialmente semiaberto, decretando, ainda, a perda do cargo público, associada à inelegibilidade pelo período de 08 (oito) anos, nos termos da Lei Complementar n° 64/2010. Por fim, com fundamento no art. 2º, inciso II, do Decreto-Lei n° 201/1967, determino o afastamento cautelar do condenado (fls. 1274/1275).

Embargos de declaração opostos pela defesa foram acolhidos em parte tão somente para sanar erro material (fls. 1366/1375). O acórdão ficou assim ementado:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONTRADIÇÃO, OMISSÃO OU OBSCURIDADE. CORREÇÃO DE ERRO MATERIAL. JUNTADA DE NOTAS TAQUIGRÁFICAS. CONHECIMENTO E ACOLHIMENTO PARCIAL DOS EMBARGOS.

1 - Trata-se da interposição de Embargos de Declaração (fls. 1029/1050), com o intuito de questionar a existência de contradição, omissão e obscuridade no âmbito do Acórdão prolatado por este Tribunal de Justiça (fls. 1004/1019 frente e verso), que condenou o Embargante Ednaldo dos Santos Barros nas penas do

Superior Tribunal de Justiça

artigo 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67.

II - Em suas razões rccursais (fls. 1029/1050), o embargante sustentou a existência de omissão no que toca à ausência de intimação pessoal do acusado para sessão de julgamento. Afirmou que o acórdão estaria contraditório e omisso ao não aplicar a continuidade delitiva. Aduziu, ainda, a omissão do decisum no que se refere ao quorum da votação e com relação à identificação de quais Desembargadores teriam divergido do voto apresentado, além de não terem sido juntados os votos vencidos. Ressaltou a necessidade de correção de erro material existente no aresto, tendo em vista que o Órgão Julgador é a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, ao invés da Segunda Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal como constou da decisão. Alegou obscuridade do acórdão na medida em que teria apontado, como suposta prova de autoria delitiva, a prática de atos puramente formais, privativos e indelegáveis do Embargante. Aduziu contradição no acórdão no que tange à dosimetria da pena que valorou negativamente a culpabilidade e as conseqüências do delito. Afirmou que a decisão estaria obscura 110 que tange ao afastamento cautelar do Embargante, pois não teria indicado o fundamento legal para a adoção da medida. Por fim, requereu: 1) a anulação do acórdão por ausência de intimação pessoal do réu para comparecimento à Sessão de Julgamento; 2) que seja absolvido o réu, ou; 3) que seja abrandada a pena imposta ao Embargante; 4) a reconsideração e sustação da ordem de afastamento cautelar do Acusado; 4) a manifestação expressa sobre os dispositivos violados a fim de prequestionar a matéria; 5) que seja ordenada a juntada aos autos das notas taquigráficas contendo os votos vencidos; a correção do erro material apontado e a republicação do acórdão de maneira que o seu resumo retrate, de modo fidedigno, aquilo que efetivamente ocorreu na sessão de julgamento do dia 23/10/2014.

III- Na hipótese vertente, o que se percebe é a mera repetição substancial dos argumentos contidos nas alegações finais apresentadas pelo réu e já apreciadas e julgadas por este Tribunal, restando evidente se tratar de mera rediscussão da causa, o que encontra óbice na jurisprudência aplicável.

IV - Além de não merecer ser conhecida, por não se tratar de matéria afeta aos embargos, a alegação de omissão decorrente da suposta ausência de intimação pessoal do acusado não merece ser acolhida. Como se sabe, é desnecessária intimação pessoal do réu para tomar ciência da designação de sessão de julgamento, valendo para tanto a intimação do seu patrono, por meio do Diário Oficial, como ocorreu no caso em tela.

V - De outro giro, a alegada omissão do decisum no que se refere ao quorum da votação e à falta de identificação de quais Desembargadores divergiram do voto apresentado e o pleito de que seja ordenada a juntada aos autos das notas taquigráficas contendo os votos vencidos, em verdade, não existe. Primeiro, porque o acórdão menciona que a votação das matérias relativas à pena e ao

Superior Tribunal de Justiça

afastamento cautelar do embargante se deu por maioria. Segundo, em face de não haver imposição de juntada ao acórdão das notas taquigráficas da sessão de julgamento, o que se entende diante da necessidade da aplicação do princípio da celeridade processual, fato que só deverá ocorrer na hipótese de haver pedido das partes ou de algum dos desembargadores.

VI - Assiste razão ao Embargante ao afirmar que houve erro material no aresto no que se refere ao Órgão Julgador, devendo os aclaratórios ser acolhidos nesse ponto. Dessa forma, onde se lê "ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (...)", leia-se "ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia". Quanto ao pedido de republicação do acórdão de maneira que o seu resumo retrate, de modo fidedigno, aquilo que efetivamente ocorreu na sessão de julgamento do dia 23/10/2014, não merece ser acolhido, porquanto não houve modificação substancial no aresto que enseje a sua republicação.

VII - Ante o exposto, CONHEÇO E ACOLHO PARCIALMENTE OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO INTERPOSTOS, para o fim de determinar a correção do acórdão para ao invés de ler "integrantes da Segunda Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia", leia-se "ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia", e, determino à Secretaria da Segunda Câmara Criminal que junte aos autos as notas taquigráficas da Sessão de Julgamento realizada no dia 23.10.2014, na qual foi proferido o Acórdão de fls. 1004/1019 frente e verso, com a sua republicação e a reabertura do prazo para eventuais recursos (fls. 1366/1368).

Em sede de recurso especial, a defesa alegou violação ao art. 370 do Código de Processo Penal – CPP e ao art. 12, caput, da Lei n. 8.038/90, por ausência de intimação pessoal do agravante para sessão de julgamento realizada no dia 23/10/2014. Aduziu violação aos artigos 381, III, e 619, ambos do CPP, por omissão de questões veiculadas em embargos de declaração. Ainda, violação aos artigos 71 do Código Penal – CP e 71, 77, II, 83 e 156, todos do CPP, por não reconhecimento do crime continuado e reunião de ações penais. Sustentou, também, violação ao art. 18 do CP, por aplicação da teoria da responsabilidade penal objetiva. Invocou, inclusive, violação ao art. 59 do CP, por exasperação desproporcional da pena-base justificada em elementares do tipo penal, com dissídio jurisprudencial. Por fim, violação aos arts. 1º, § 2º, e 2º, II, ambos do Decreto-Lei n. 201/67, e ao art. 381, III, do CPP, porquanto a perda do cargo foi

Superior Tribunal de Justiça

determinada antes do trânsito em julgado.

Requeru anulação da condenação para novo julgamento e, subsidiariamente, anulação do acórdão para análise de questões não apreciadas; anulação do acórdão com reunião de todas ações criminais; absolvição; abrandamento da pena; e sustação do afastamento cautelar.

A r. decisão agravada não admitiu o recurso especial haja vista: a) os argumentos de ausência de fundamentação não ensejam recurso especial, pois indicados os motivos de fato e de direito em que se fundou a suficiência de provas para a condenação; b) o óbice do revolvimento fático-probatório, conforme Súmula 7/STJ, para o reconhecimento da continuidade delitiva e reunião de processos; c) o óbice do revolvimento fático-probatório, conforme Súmula 7/STJ, para a responsabilidade penal e dosimetria da pena, incluindo o dissídio jurisprudencial; e d) estar em consonância com o entendimento do STJ para a ausência de nulidade pela falta de intimação e para o afastamento cautelar do cargo de prefeito.

Em agravo em recurso especial, a defesa destaca: a) a jurisprudência do STJ tem como nula as decisões que não afastam relevante argumento suscitado; b) é desnecessário revolver fatos e provas para reconhecer a continuidade delitiva e reunir as ações penais; c) é desnecessário revolver fatos e provas para reconhecer a responsabilidade objetiva e a exasperação da pena-base em elementos inerentes ao tipo penal; e d) a orientação do STJ está em sentido contrário no que se refere à nulidade pela falta de intimação e ao afastamento cautelar do cargo de prefeito.

Contraminuta às fls. 1577/1584.

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do agravo em recurso especial (fls. 1619/1633).

É o relatório. Decido.

Atendidos os pressupostos de admissibilidade do agravo, passo ao exame do recurso especial.

Sobre a violação ao art. 370 do CPP e ao art. 12, *caput*, da Lei n. 8.038/90, combinado com o art. 295 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia – RITJBA, acarretando nulidade absoluta por ausência de intimação pessoal por carta de ordem do agravante para a sessão de julgamento da ação penal de competência originária, constou o seguinte do acórdão que julgou os embargos de declaração:

Superior Tribunal de Justiça

Além de não merecer ser conhecida, por não se tratar de matéria afeta aos embargos, a alegação de omissão decorrente da suposta ausência de intimação pessoal do acusado não merece ser acolhida, pelos fundamentos adiante expostos:

Como se sabe, é desnecessária intimação pessoal do réu para tomar ciência da designação de sessão de julgamento, valendo para tanto a intimação do seu patrono, por meio do Diário Oficial, como ocorreu no caso em tela.

Ora, o Art. 295, § 2º do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, ao contrário do que afirma a Defesa, não faz menção expressa sobre a necessidade de intimação pessoal do Réu, senão vejamos: "(...) a secretaria providenciará a intimação das partes (...)" (fl. 1372).

Acertada foi a manifestação do Tribunal de origem, porquanto a intimação pessoal do agravante para a sessão de julgamento não era obrigatória. No mesmo sentido, cito precedente:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 6º E 12, AMBOS DA LEI Nº 8.038/1990 E 252, I E II, DO CPP. FUNDAMENTOS, SUFICIENTES PARA MANTER O ACÓRDÃO, NÃO ATACADOS. SÚMULA 283/STF. OFENSA AOS ARTS. 16, 59, 71, 320 E 323, TODOS DO CP, 1º, I, DO DECRETO-LEI Nº 201/1967 E 383 DO CPP. PLEITOS DE ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE DA CONDUTA, DESCLASSIFICAÇÃO, AFASTAMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA, RECONHECIMENTO DO ARREPENDIMENTO POSTERIOR E ALTERAÇÃO DA PENA-BASE. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. MALFERIMENTO DO ARTS. 12 DA LEI Nº 8.038/1990 E DO ART. 71 DO CP. INTIMAÇÃO PESSOAL DO ACUSADO PARA O JULGAMENTO DA AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. DESNECESSIDADE. CRITÉRIO DE AUMENTO DA PENA EM FACE DA CONTINUIDADE DELITIVA. NÚMERO DE INFRAÇÕES. ACÓRDÃO RECORRIDO DE ACORDO COM O ENTENDIMENTO DO STJ. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

[...]

3. Esta Corte Superior de Justiça tem entendido que "inexiste a obrigatoriedade de intimação pessoal do acusado para a realização do julgamento da ação penal originária" (HC 261.630/RO, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/05/2013, DJe 22/05/2013).

Súmula 83/STJ.

[...]

5. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no AREsp 761.211/BA, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 25/11/2015).

Superior Tribunal de Justiça

Sobre a violação aos artigos 381, III, e 619, ambos do CPP, por omissão de questões veiculadas em embargos de declaração, o agravante não apontou quais foram as questões relevantes não analisadas, motivo pelo qual o recurso especial não deve ser conhecido neste ponto, conforme Súmula 284/STF. Cito precedente:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AGRAVO INTERNO QUE NÃO COMBATEU TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO 182 DA SÚMULA DO STJ. EXAURIMENTO DE VIAS RECURSAIS ORDINÁRIAS. INOCORRÊNCIA. NECESSIDADE DE OPOSIÇÃO DOS EMBARGOS INFRINGENTES. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO 207 DA SÚMULA DO STJ. VIOLAÇÃO AO ART. 619 DO CPP. FUNDAMENTAÇÃO RECURSAL DEFICIENTE. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO 284 DA SÚMULA DO STF. APRESENTAÇÃO TARDIA DOS PONTOS OMISSOS. IMPOSSIBILIDADE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. OFENSA AO ART. 1º, II, DO DECRETO-LEI 201/1967. NECESSIDADE DE EXAME DE LEGISLAÇÃO ESTADUAL. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO 280 DA SÚMULA DO EXCELSO PRETÓRIO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE DOLO. VERIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO 7 DA SÚMULA DO STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. INEXISTÊNCIA DO DEVIDO COTEJO ANALÍTICO. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO.

[...]

3. Quanto à alegação de violação ao art. 619 do CPP, o recorrente não apresentou os pontos sobre os quais o Tribunal de origem haveria se omitido, incidindo por consequência o enunciado 284 da Súmula do STF.

[...]

8. Agravo regimental parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido (AgRg no AREsp 939.916/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 28/10/2016).

Sobre a violação aos artigos 71 do CP e 71, 77, II, 83 e 156, todos do CPP, por falta de reunião de ações penais, não observância da prevenção e não reconhecimento do crime continuado, o Tribunal de origem assim manifestou no julgamento da ação penal originária:

B) REUNIÃO DAS AÇÕES PENAIS EM CURSO ANTE ESTE E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA PELO RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. Aduziu a defesa, em sede de sustentação

Superior Tribunal de Justiça

oral, que nas ações supramencionadas é possível identificar a existência de crime continuado, estando presentes todos os requisitos necessários para a sua configuração.

Afirmou que, em razão da existência de crime continuado e da conexão probatória entre os vários feitos criminais, é imperiosa a reunião dos processos, determinando-se, pela prevenção, a competência para processar e julgar as referidas ações.

Compulsando os autos e em consulta ao sistema e-SAJ, verifica-se que, embora haja semelhança entre as condutas apuradas nas diversas ações penais movidas contra o Réu, pode o Magistrado, facultativamente, nos termos previstos no art. 80 do CPP, promover a separação dos processos "quando as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes, ou, quando pelo excessivo número de acusados e para não lhes prolongar a prisão provisória, ou por outro motivo relevante, o juiz reputar conveniente a separação". (Grifo nosso).

In casu, embora o desmembramento dos fatos tenha ocorrido por iniciativa de membro do Ministério Público quando do oferecimento da denúncia, a reunião dos processos, neste momento, não se mostra conveniente, uma vez que a esperada celeridade ou razoável duração do processo já se encontra seriamente comprometida, pois, além de finalizada a instrução criminal, estando as ações penais em fase de julgamento, o Réu tem praticado condutas com o claro objetivo de impedir o regular andamento processual, com ações meramente procrastinatórias, a exemplo da renúncia do advogado Thiancle Araújo à fl. 860, que motivou a decisão de fls. 862 e verso, determinando a intimação do Réu para constituição de novo patrono e apresentação dos memoriais, por meio de expedição de Carta de Ordem para a Comarca de origem.

Nesse sentido o STJ:

[...]

Ademais, com relação a continuidade delitiva arguida pelo Agravante, não há imperativo de reunião dos processos nesse momento, uma vez que, no que diz respeito ao pressuposto das "mesmas condições de tempo", embora haja nos autos indicativo de que os fatos aconteceram nos exercícios de 1998 e 1999, não há notícias acerca do exato momento em que ocorreram, tampouco restou comprovada a unidade de desígnios entre as condutas, o que inviabiliza a análise dos requisitos necessários ao reconhecimento da ficção jurídica do crime continuado, consoante Enunciado da Súmula nº 4 do TJ/BA: "O reconhecimento da continuidade delitiva exige a presença tanto dos requisitos objetivos do artigo 71 do Código Penal, quanto do requisito subjetivo, configurado no necessário liame entre os crimes praticados com unidade de desígnios por parte do agente".

A única razão para a reunião das 06 (seis) ações penais supramencionadas em um único processo, é a possibilidade de uma instrução probatória mais eficiente. No presente caso, as diversas denúncias ofertadas em desfavor do Agravante dizem respeito a diferentes processos licitatórios instaurados, não havendo, portanto,

conexão probatória, pois as provas produzidas nas ações penais em trâmite contra o Agravante são autônomas.

Na hipótese, onde são apuradas condutas imputadas ao Agravante, referentes a contratos licitatórios efetivados em momentos diversos, para aquisição de produtos variados, cada uma das condutas pode ser alvo de uma ação penal distinta, a fim de evitar desordem e dificuldades no julgamento.

Assim, a continuidade delitiva pode se tornar viável somente para efeito de aplicação da reprimenda, podendo ser examinada pelo juízo da execução, se for o caso, levando à unificação das penas, nos termos do art. 66, III, "a", da LEP, não restando evidenciado ao Agravante, portanto, qualquer prejuízo em razão da não reunião das ações penais neste momento.

Nesse sentido a jurisprudência pátria:

[...]

Assim, a decisão recorrida deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos, porquanto persiste a validade dos argumentos que a sustentam, não trazendo o agravante elementos aptos a desconstituí-la (fls. 1284/1288).

Depreende-se do trecho acima que as ações penais em trâmite contra o agravante possuem provas autônomas, motivo pelo qual não ficou configurada a conexão. Ademais, o Tribunal de origem manifestou-se pela inconveniência da análise dos processos a serem reunidos, o que permitiria a sua separação. No mesmo sentido, cito precedente:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. FRAUDE EM LICITAÇÃO. COMPETÊNCIA. CONEXÃO. REUNIÃO DOS PROCESSOS. ADVOGADO QUE NÃO INSTRUIU O RECURSO COM CÓPIA DA DENÚNCIA OFERECIDA EM UM DOS DIVERSOS PROCESSOS QUE SE PRETENDE REUNIR. CORRETA INSTRUÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL DO HABEAS CORPUS: ÔNUS DA DEFESA, A QUEM COMPETE INSTRUIR A PETIÇÃO INICIAL COM TODA A DOCUMENTAÇÃO APTA A COMPROVAR A ILEGALIDADE ADUZIDA. INDEPENDÊNCIA DAS PROVAS A SEREM PRODUZIDAS. DIFERENTES CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. ART. 80 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. FACULDADE DO JUÍZO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDO.

[...]

2. Ocorre conexão quando duas ou mais infrações estiverem entrelaçadas por vínculo que aconselhe a junção dos processos. O instituto visa a propiciar ao julgador perfeita visão do quadro probatório, permitindo-lhe entregar a melhor prestação jurisdicional.

3. Hipótese em que as diversas denúncias ofertadas em desfavor do Recorrente dizem respeito a diferentes contratos

Superior Tribunal de Justiça

administrativos celebrados em caráter emergencial. Assim, não há conexão probatória, pois são independentes as provas a serem produzidas nas ações penais em trâmite contra o Acusado.

4. Mesmo que assim não fosse, constitui faculdade do magistrado a separação dos processos, cabendo a ele avaliar a conveniência da separação nas hipóteses em que, nos exatos termos do art. 80 do Código de Processo Penal. Segundo tal regra, se "[a]s infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes, ou, quando pelo excessivo número de acusados e para não lhes prolongar a prisão provisória, ou por outro motivo relevante, o juiz reputar conveniente a separação".

5. Recurso ordinário em habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido (RHC 34.655/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 19/12/2013).

Ainda, constou do referido trecho que não foram preenchidos os requisitos da continuidade delitiva, porquanto não demonstrado que os delitos foram cometidos na mesma condição de tempo e com unidade de desígnios. Para rever tal entendimento, seria inevitável o revolvimento fático-probatório, providência sabidamente vedada pela Súmula 7/STJ. No mesmo sentido, precedente:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO 71 DO CP. CONTINUIDADE DELITIVA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático probatório a fim de analisar se estariam presentes ou não os requisitos indispensáveis ao reconhecimento da continuidade delitiva, porquanto é vedado, na via eleita, o reexame de provas, conforme disciplina o enunciado 7 da Súmula desta Corte.

2. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no AREsp 1009338/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 15/12/2016).

Sobre a violação ao art. 18 do CP, por presunção de autoria em razão do agravante ter realizado atos formais do certame licitatório, o Tribunal de origem concluiu, com base na prova dos autos, pela autoria do delito, nos seguintes termos:

Demonstrada, portanto, neste processo, a responsabilidade do alcaide na aquisição fictícia do mobiliário escolar, causando um prejuízo ao erário no montante de R\$48.079,50 (quarenta e oito mil, setenta e nove reais e cinquenta centavos), restando comprovada a ilicitude no manejo de verbas públicas pelo réu, ao ordenar o pagamento de produtos não adquiridos pela Prefeitura Municipal de Sento Sé, com base em notas fiscais falsas.

Superior Tribunal de Justiça

O fato de ter o réu assinado, de forma voluntária e consciente, as notas de empenho e de liquidação e autorização de pagamento, evidencia a sua intenção em causar dano ao erário municipal, o que revela o dolo como elemento subjetivo do tipo.

[...]

Saliente-se, por oportuno, que a defesa do réu não foi capaz de desconstituir as alegações formuladas pelo Órgão Ministerial, não tendo logrado êxito em comprovar a existência de substrato normativo a embasar e legitimar a atuação do Prefeito Municipal, o que robustece a ilegalidade de sua atuação, restando rechaçada, assim, as alegações da defesa de ausência de provas quanto à autoria e materialidade delitivas, bem como de violação aos princípios do in dúbio pro reo e da responsabilidade penal subjetiva (art. 5º, XLV, da CF) (fls. 1295/1297).

Do mesmo modo, para se concluir de modo distinto, ou seja, pela inexistência do dolo, seria inevitável o revolvimento fático-probatório, providência sabidamente vedada pela Súmula 7/STJ. No mesmo sentido, precedente:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PECULATO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. VIOLAÇÃO DO ART. 29 DO CP. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL TIDO POR VIOLADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 284 DO STF. AGRAVO NÃO PROVIDO.

[...]

3. As instâncias ordinárias, após toda a análise do conjunto fático-probatório amealhado aos autos, concluíram pela existência de provas da sua participação no delito, bem como da presença do dolo de apropriar-se do dinheiro, de modo que, para a revisão deste entendimento seria necessário o revolvimento do suporte fático-probatório delineado nos autos, procedimento vedado em recurso especial, a teor do Enunciado Sumular n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.

[...]

5. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp 127.276/PE, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 23/11/2015).

Sobre a violação ao art. 59 do CP, por exasperação desproporcional da pena-base justificada em elementares do tipo penal, o Tribunal de origem procedeu a dosimetria da pena nos seguintes termos:

III - DOSIMETRIA DA PENA.

1ª FASE DA DOSIMETRIA. A legislação correlata comina a pena de dois a doze anos de reclusão para o delito mencionado. A análise dos requisitos previstos no artigo 59 do Código Penal revela as seguintes conclusões: a culpabilidade do réu, evidenciada pela forma de execução, mediante a simulação de um procedimento licitatório, utilizando-se de notas fiscais inidôneas para simular juridicidade à apropriação do dinheiro público referido, envolvendo pessoa jurídica totalmente alheia aos fatos narrados na denúncia, o que revela acentuada gravidade concreta, existindo, portanto, elementos para majorar a reprovação regular da conduta; os antecedentes do réu são positivos, malgrado responda a 05 (cinco) Ações Penais em curso neste Egrégio Tribunal de Justiça, tendo como objeto Dano ao Erário, circunstância que evidencia a sua habitualidade na prática de depredação do Erário de Sento Sé, não podendo, entretanto ser valorada de forma negativa, por obediência ao quanto disposto no enunciado da Súmula nº 444 do STJ, tratando-se, pois, de acusado tecnicamente primário; a conduta social não deve ser valorada negativamente, por força da Súmula nº 444 do STJ, embora haja uma série de processos em tramitação, perfazendo contexto negativo no âmbito da sua atuação enquanto Chefe do Poder Executivo local; não há elementos nos autos para valorar de modo negativo a personalidade do agente; os motivos do crime guardam relação com o desejo de malversação de recursos financeiros, de lastimável reprovabilidade social, porém não ultrapassam os limites do tipo penal; as circunstâncias do crime, embora mereçam reproche em virtude do ardil empregado na execução delitiva, não devem ser valoradas negativamente por integrar o tipo penal; as conseqüências do crime são extremamente negativas, não só pelo despreço à vontade popular, como também em razão do desvio de verbas públicas para emprego em funções diversas de sua finalidade original, sendo importante sublinhar, ainda, que não há nos autos notícia da recuperação da quantia subtraída pelo Prefeito denunciado, em prejuízo do Município de Sento Sé, de R\$ 48.079,50 (quarenta e oito mil, setenta e nove reais e cinquenta centavos); não há que se falar em comportamento da vítima, critério que não possui razão de ser na causa em exame.

Restando constatada a apreciação negativa de duas das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, impõe-se a fixação da pena-base no patamar de 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

2ª e 3ª FASES DA DOSIMETRIA. Inexistindo circunstâncias atenuantes ou agravantes, bem como causas de redução ou aumento de pena no caso em tela, torno a reprimenda definitiva em 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA.

Impõe-se, com fulcro no disposto no artigo 33, § 2º, alínea "b" do Código Penal, a fixação do regime semiaberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade fixada, tendo em vista

Superior Tribunal de Justiça

tratar-se de condenado não-reincidente, cumprindo pena superior ao cômputo de 4 (quatro) anos.

DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. Cabe examinar a viabilidade da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos na hipótese ora examinada.

Nota-se não restarem preenchidos os requisitos necessários para a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, sendo que o réu não é contemplado pela presença dos requisitos albergados pelo artigo 44 do Código Penal, uma vez que a pena privativa de liberdade aplicada é superior a 04 (quatro) anos (fls. 1298/1300).

Para ser idônea a exasperação da pena-base, as instâncias ordinárias devem justificá-la com elementos concretos, não inerentes ao tipo penal, que demonstrem a maior reprovabilidade da conduta. Cito precedente:

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. INTIMAÇÃO PESSOAL DO RÉU SOLTO. DESNECESSIDADE. FRAUDE CONTRA A RECEITA FEDERAL. DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME SEMIABERTO. PERDA DO CARGO PÚBLICO. FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. VALOR DO DIA-MULTA. CONDIÇÃO SOCIOECONÔMICA DO RÉU. REEXAME DE PROVA.

[...]

2. A fixação da pena-base deve contar com fundamentação concreta, idônea e individualizada, nos termos do artigo 59 do Código Penal e da norma constitucional expressa no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal, não bastando, para tanto, meras referências a termos genéricos como 'culpabilidade intensa' ou a 'exigibilidade de conduta diversa', 'lucro fácil', 'causando prejuízo à vítima', quando tais circunstâncias constituem elementares do próprio tipo penal.

[...]

6. Recurso parcialmente provido (REsp 1383921/RN, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 25/06/2015).

No caso dos autos, o tipo penal é o seguinte: "apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio" (Art. 1º, I, Decreto-lei n. 201/67). A exasperação da pena-base decorreu do desvalor da culpabilidade e das consequências do crime. Denota-se do trecho do acórdão que o desvalor de ambas as circunstâncias judiciais foi justificado.

A maior reprovação da culpabilidade decorreu do *modus operandi*

caracterizado pela simulação de um procedimento licitatório, conduta que certamente não é inerente ao tipo penal.

Por outro lado, a maior reprovação das consequências do crime decorreu do despreço à vontade popular com emprego da verba em função diversa, sem notícia de recuperação do prejuízo. Ora, todas as três justificativas são inerentes ao tipo penal. Destaco que o Tribunal de origem não justificou as consequências do delito na exorbitância do prejuízo, o que se admite, mas, na falta de recuperação, o que é inerente ao tipo penal. Cito precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITOS E VEREADORES. DOSIMETRIA. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. ELEMENTO INERENTE AO TIPO PENAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONTINUIDADE DELITIVA. UNIDADE DE DESÍGNIOS. PREMISSA FÁTICA INCONTROVERSA. DESNECESSIDADE DO REVOLVIMENTO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. POSSIBILIDADE DE ANÁLISE DOS TEMAS. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

1. As instâncias de origem consideraram que o fato da quantia desviada não ter sido restituída aos cofres públicos seria apta a valorar negativamente as consequências do delito, embora tal circunstância seja inerente ao próprio tipo penal pelo qual foram condenados os agravados, qual seja, a apropriação ou desvio de bens ou rendas públicas em proveito próprio ou alheio, previsto no artigo 1º, inciso I, do Decreto-lei n. 201/67.

2. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça não veda, de forma absoluta, o tratamento de aspectos atinentes à dosimetria da pena na via do recurso especial, sendo certo que considera possível a sua revisão, desde que o provimento jurisdicional não demande revolvimento do conjunto fático-probatório, ou seja, quando não se pretenda a alteração das premissas fáticas fixadas pelas instâncias de origem.

[...]

6. Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp 1307526/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 23/02/2016).

Forçoso, então, o refazimento da dosimetria. Cabe destacar que o Código Penal não estipulou critério para a exasperação da pena-base, sendo aceito o critério adotado pelo Tribunal de origem de acréscimo de 1/8 sobre a quantidade de pena abstratamente cominada resultante da pena máxima diminuída da pena mínima. Cito precedente:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS
SUBSTITUTIVO DE RECURSO. HOMICÍDIO. DOSIMETRIA.
DISCRICIONARIEDADE RELATIVA. PENA-BASE.
CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL ENQUADRADA COMO
QUALIFICADORA DE HOMICÍDIO. IMPOSSIBILIDADE DE
VALORAÇÃO PELO JUIZ PRESIDENTE. USURPAÇÃO DA
COMPETÊNCIA FUNCIONAL DO CONSELHO DE SENTENÇA E
VIOLAÇÃO AO PROCEDIMENTO DO TRIBUNAL DO JÚRI.
CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. MORTE DE PROVIDOR DE
ENTIDADE FAMILIAR. EXTRAPOLAÇÃO DOS EFEITOS
ORDINÁRIOS DO CRIME DE HOMICÍDIO. VALORAÇÃO DEVIDA.
REDIMENSIONAMENTO DA PENA-BASE. ATENUANTE DE
CONFISSÃO ESPONTÂNEA QUALIFICADA. EFETIVA UTILIZAÇÃO
COMO FUNDAMENTO PARA CONDENAÇÃO. APLICAÇÃO DE
RIGOR. INCIDÊNCIA SOBRE O INTERVALO DE PENA EM
ABSTRATO DO CRIME DE HOMICÍDIO. ADEQUAÇÃO DO REGIME
INICIAL FECHADO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA
DE OFÍCIO.

[...]

3. O Código Penal não estabelece critérios objetivos para a fixação da pena; confere ao juiz relativa discricionariedade. Não demonstrado o abuso no seu exercício, impor-se-á a denegação de habeas corpus se nele a parte objetivar a "mera substituição do juízo subjetivo externado em decisão fundamentada, dentro dos parâmetros cominados pela lei" (STJ, AgRg no HC 267.159/ES, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 24/09/2013). Precedentes.

[...]

8. Há, portanto, uma circunstância judicial a ser valorada na primeira fase da dosimetria. Estabelecido o consagrado parâmetro de aumento de 1/8 (um oitavo), fazendo-a incidir sobre o intervalo de pena em abstrato do preceito secundário do crime de homicídio (14 anos), resultaria no acréscimo de 1 (um) ano e 9 (nove) meses à pena mínima cominada pelo tipo penal, fixando-se, pois, a pena-base em 7 (anos) anos 9 (nove) meses de reclusão.

[...]

14. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar a fixação da pena intermediária em 6 (seis) anos de reclusão, ficando mantido o regime inicial fechado (HC 182.258/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 08/11/2016).

Na primeira fase, mantida uma circunstância judicial desfavorável, fixo a pena-base com exasperação de 1 ano e 3 meses para alcançar 3 anos e 3 meses de reclusão, pena que torno definitiva ante a inexistência de atenuantes, agravantes, causas de aumento e de diminuição.

Diante da alteração da pena para patamar inferior a 4 anos, mantenho o regime inicial semiaberto, diante da presença de circunstância judicial desfavorável. Cito precedente:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ART. 155 DO CPP. DISPOSITIVO DE LEI QUE NÃO AMPARA A PRETENSÃO RECURSAL. RECURSO ESPECIAL COM FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 59 E 68, AMBOS DO CP. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. VEDAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. CONTRARIEDADE AO ART. 1º, § 4º, I, DA LEI Nº 9.455/97. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. PERCENTUAL DE FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO. EXISTÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 33, § 2º, "C", DO CP. REGIME INICIAL. PENA INFERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FIXAÇÃO DO REGIME SEMI-ABERTO. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

[...]

4. Esta Corte tem assentado que "em observação aos ditames do artigo 33, §§ 2º e 3º e do art. 59, ambos do Código Penal, presentes circunstâncias judiciais desfavoráveis idôneas à elevação da pena-base acima do mínimo legal, adequado o regime prisional semiaberto para início de resgate da punição, ainda que o agente tenha sido condenado à pena inferior a quatro anos". (AgRg nos EDcl no AREsp 384.010/RJ, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 03/02/2015) Incidência do enunciado 83 da Súmula do STJ.

5. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no AREsp 994.834/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 13/02/2017).

Ainda, considerando que a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos por se tratar de pena superior a 4 anos, diante da pena de 3 anos e 3 meses de reclusão, determino que o ponto seja reavaliado quando da execução penal.

Por fim, sobre a violação aos arts. 1º, § 2º, e 2º, II, ambos do Decreto-Lei n. 201/67, decorrente do afastamento cautelar do prefeito determinado no ato do acórdão condenatório, quando ultrapassada a instrução criminal, verifico que o pedido está prejudicado, porquanto, conforme consulta ao sítio eletrônico da

Superior Tribunal de Justiça

Prefeitura de Sento Sé-BA, www.sentose.ba.gov.br, o agravante não mais exerce o cargo de prefeito.

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, inc. V, alínea “a”, do Código de Processo Civil c/c o art. 3.º do Código de Processo Penal, dou parcial provimento ao recurso especial para afastar o desvalor das consequências do crime, reduzir a pena-base e a definitiva ao patamar de 3 anos e 3 meses de reclusão, e determinar que o juízo da execução penal avalie a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 28 de março de 2017.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator