

HABEAS CORPUS 134.327 ESPÍRITO SANTO

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI
PACTE.(S) : JOSÉ CARLOS GRATZ
IMPTE.(S) : LUIZ ALFREDO DE SOUZA E MELLO E
OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DECISÃO:

Vistos.

Habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado em favor de José Carlos Gratz, apontando como autoridade coatora a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que negou provimento ao agravo regimental no EAREsp nº 417.817/ES, Relatora a Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**.

Sustentam os impetrantes, em síntese, o constrangimento ilegal imposto ao paciente em razão de:

i) flagrante ilegalidade na dosimetria da pena, haja vista que, reconhecida a continuidade delitiva entre os dois crimes de peculato a ele imputados, aplicou-se a causa de aumento de pena prevista no art. 71 do Código Penal no patamar de 1/3 (um terço), sem motivação idônea, ao invés do mínimo legal de 1/6 (um sexto);

ii) determinação de execução provisória da pena, pela Vice-Presidência do Superior Tribunal de Justiça, em afronta ao art. 5º, LVII, da Constituição Federal e ao art. 283 do Código de Processo Penal;

iii) não reconhecimento da detração do período em que o paciente permaneceu preso preventivamente (um ano e seis meses), *“o que lhe permitiria, nas piores das hipóteses, a progressão do regime inicialmente imposto, passando a cumprir de pena NO REGIME ABERTO”*;

iv) atipicidade dos fatos imputados ao paciente, uma vez que as verbas supostamente desviadas foram empregadas em benefício da própria administração pública, sem prejuízo ao erário;

v) cerceamento de defesa, em razão de irregular **emendatio libelli** violadora da Súmula nº 453 do Supremo Tribunal Federal, uma vez que a denúncia imputava ao paciente o peculato-furto, e o tribunal local reconheceu, ao prover recurso da acusação, o peculato-desvio; e

vi) violação do princípio do **ne bis in idem**, uma vez que o paciente pelo mesmo fato, foi condenado pela Justiça Eleitoral por infração ao art. 299 do Código Eleitoral.

Ante o exposto, requerem, liminarmente, a concessão da ordem para a imediata suspensão dos efeitos da decisão que ordenou a execução provisória da condenação.

No mérito, pugnam pela concessão do **writ** para que: **i)** o Superior Tribunal de Justiça venha “a conhecer e discutir a matéria da exasperação irregular da pena no EREsp 417.817 ES, nos termos dos votos vencidos”, redimensionando-se a pena para 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 370 (trezentos e setenta) dias-multa; **ii)** seja reconhecida a atipicidade das condutas imputadas ao paciente; **iii)** os autos sejam remetidos ao juízo de piso para emendar a inicial, nos termos do art. 384 do Código de Processo Penal e **iv)** seja trancada a ação penal, em razão de **bis in idem**.

Examinados os autos, decido.

Transcrevo a ementa do acórdão ora hostilizado:

“PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INTERPOSIÇÃO PELA ALÍNEA "A". AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE DISPOSITIVO LEGAL VIOLADO. APELO ESPECIAL COM FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A ausência de indicação do dispositivo ofendido enseja a aplicação do enunciado nº 284 da Súmula do Pretório Excelso, pois caracteriza deficiência na fundamentação, o que dificulta a compreensão da controvérsia.

2. Agravo regimental a que se nega provimento”.

Contra esse julgado, foram opostos embargos de declaração, que foram rejeitados em acórdão de seguinte ementa:

“PENAL E PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO

EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE NO ACÓRDÃO EMBARGADO. EFEITO INFRINGENTE. INVIABILIDADE. EMBARGOS REJEITADOS.

1. O cabimento dos embargos de declaração em matéria criminal está disciplinado no artigo 619 do Código de Processo Penal, sendo que a inexistência dos vícios ali consagrados importam no desacolhimento da pretensão aclaratória.

2. Inviável a concessão do excepcional efeito modificativo quando, sob o pretexto de ocorrência de omissão na decisão embargada, é nítida a pretensão de rediscutir matéria já suficientemente apreciada e decidida.

3. Embargos de declaração rejeitados”.

Essa é a razão pela qual se insurgem os impetrantes neste **writ**.

Existem óbices processuais ao conhecimento de parte da impetração.

As questões referentes à atipicidade dos fatos imputados ao paciente, ao cerceamento de defesa e à violação do princípio do **ne bis in idem** não foram examinadas nos julgados ora impugnados.

Como não houve pronunciamento específico da instância antecedente sobre essas alegadas ilegalidades, a sua apreciação, de forma originária, pelo Supremo Tribunal Federal, configuraria verdadeira supressão de instância, o que é inadmissível.

Não pode esta Suprema Corte, em exame **per saltum**, apreciar questão não debatida ou analisada pelo Superior Tribunal de Justiça (HC nº 111.171/DF, Primeira Turma, de **minha relatoria**, DJe de 9/4/12).

Perfilhando esse entendimento, destaco os precedentes seguintes: Ag. Reg. no HC nº 121.512/SP, Primeira Turma, DJe de 4/6/14, e HC nº 113.172/SP, Primeira Turma, DJe de 17/4/13, ambos de **minha relatoria**; HC nº 118.836/PA-AgR, Segunda Turma, Relatora a Ministra **Cármem Lúcia**, DJe de 8/10/13; HC nº 116.857/ES-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro **Teori Zavascki**, DJe de 21/5/13; HC nº 114.583/MS, Segunda Turma, Relator o Ministro **Cezar Peluso**, DJe de 27/8/12; HC nº 92.264/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro **Menezes Direito**, DJ de 14/12/07; e

HC nº 90.654/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro **Sepúlveda Pertence**, DJ de 25/5/07, entre outros.

Analogamente, a execução provisória da pena, contra a qual se insurgem os impetrantes, foi determinada, monocraticamente, pela Vice-Presidência do Superior Tribunal de Justiça.

Como esse ato impugnado não foi submetido ao crivo do colegiado competente por intermédio de agravo regimental, não houve o exaurimento da instância antecedente.

A Segunda Turma desta Corte,

“(...) já se posicionou no sentido de não conhecer dos recursos ordinários e dos *writs* impetrados contra decisão monocrática dos tribunais superiores (HC 119.115/MG, rel. ministro Ricardo Lewandowski, sessão de 6.11.2013), com fundamento na carência de exaurimento da jurisdição e por inobservância ao princípio da colegialidade, insculpido no art. 102, inciso II, *a*, da Constituição Federal” (RHC nº 122.465-AgR/SP, Relator o Ministro **Gilmar Mendes**, DJe de 30/9/14).

No mesmo sentido, RHC nº 122.961/SP, Segunda Turma, Relatora a Ministra **Cármem Lúcia**, DJe de 17/10/14.

Ainda que assim não fosse, a decisão em questão se harmoniza com recente julgado do Plenário do Supremo Tribunal Federal que, revendo seu posicionamento anterior, passou a admitir a execução provisória da pena. Transcrevo sua ementa:

CONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS* . PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo

5º, inciso LVII da Constituição Federal.

2. *Habeas corpus* denegado (HC nº 126.292/SP, Relator o Ministro **Teori Zavascki**, j. 17/2/16).

Quanto à pretendida detração do tempo de custódia provisória do paciente, o art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal determina que “o tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade”.

Admissível, portanto, a detração na execução provisória da pena, com a fixação do regime prisional condizente com o tempo restante de pena a cumprir.

Ocorre que essa questão também não foi submetida ao Superior Tribunal de Justiça ou mesmo ao juízo de origem, e não existe nenhum óbice a que o seja.

Quanto à apontada ilegalidade na dosimetria da pena, melhor sorte assiste aos impetrantes.

Preliminarmente, observo que, como já decidido pelo Supremo Tribunal Federal,

“[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 e às Cortes Superiores, em grau recursal, o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, bem como a correção de eventuais discrepâncias, se gritantes ou arbitrárias” (HC nº 120.095/MS, Primeira Turma, Relatora a Ministra **Rosa Weber**, DJe de 20/5/14).

Ocorre que, como consignado no julgamento da AP nº 470/DF-EDj-décimos sétimos, Relator o Ministro **Joaquim Barbosa**, DJe de 10/10/13, o critério de majoração da pena no crime continuado

“foi estabelecido, de maneira cristalina, em voto longamente fundamentado do Ministro Celso de Mello (fls. 58.548/58.550; 58.667) e **acolhido pela maioria do Plenário, no julgamento do mérito desta ação penal** .

Assim se pronunciou o Ministro Celso de Mello, no voto acompanhado pela maioria:

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:
Proponho, Senhor Presidente, consideradas as divergências registradas a propósito do art. 71 do CP, que dispõe sobre a regra pertinente ao crime continuado, a adoção, por esta Corte, de critério objetivo que tem sido utilizado pelos Tribunais em geral, além de legitimado por autores eminentes. Esse critério objetivo, que se ajusta ao próprio espírito da regra legal em questão e que se mostra compatível com a finalidade benigna subjacente ao instituto do delito continuado, que representa abrandamento do rigor decorrente da cláusula do cúmulo material, apoia-se na relação entre o número de infrações delituosas e as correspondentes frações de acréscimo penal, como abaixo indicado:

NÚMERO DE INFRAÇÕES/FRAÇÃO DE ACRÉSCIMO

02: um sexto (1/6)

03: um quinto (1/5)

04: um quarto (1/4)

05: um terço (1/3)

06: metade (1/2)

Mais de 06: dois terços (2/3)

(...)

Como se pode perceber, a causa de aumento consubstanciada na **continuidade delitiva** é balizada pela quantidade de crimes praticados, segundo o entendimento pacífico da doutrina.”.

Na espécie, o Tribunal de Justiça do Espírito Santo reconheceu a

continuidade delitiva entre as duas condutas imputadas paciente e, com fundamento no art. 71 do Código Penal, impôs “o acréscimo de um terço numa das penas idênticas calculadas para o mesmo em 4 (quatro) anos e 320 dias multa, totalizando assim 5 anos e 4 meses de reclusão e 426 dias multa” (vide anexo 5).

Dessa feita, apesar de tratar de apenas duas infrações, **não houve fundamentação alguma** para a majoração em patamar superior ao mínimo legal de 1/6 (um sexto).

Registro que, a despeito de o voto condutor do acórdão impugnado não ter se pronunciado sobre essa questão, a matéria efetivamente foi debatida na instância antecedente.

Como bem consignado no voto vencido proferido pelo Ministro **Sebastião dos Reis Júnior**,

“Há, todavia, ilegalidade flagrante quanto à dosimetria da pena.

Isso porque a Corte de origem, nos termos do voto da Desembargadora vogal (fl. 2.289), com posterior reformulação do voto do Desembargador relator (fl. 2.290), afastou o concurso material em relação aos **dois delitos** praticados pelo recorrente e reconheceu a hipótese de continuidade delitiva, impondo o aumento de 1/3 da pena.

Ocorre que esta Corte Superior de Justiça pacificou entendimento segundo o qual o aumento da pena pela continuidade delitiva, dentro do intervalo de 1/6 a 2/3, previsto no art. 71 do CPB, deve adotar o critério da quantidade de infrações praticadas. Assim, aplica-se o 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 (AgRg no REsp n. 1.169.484/RS, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 16/11/2012).

Em igual sentido: AgRg no Ag no REsp n. 1.367.472/SC, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 29/8/2014.

Dessa forma, uma vez reduzida para 1/6 a fração de

aumento em decorrência da continuidade entre os dois delitos praticados, resulta uma pena definitiva de **4 anos e 8 meses** de reclusão.

A pena pecuniária também deve sofrer alteração, impondo-se a sua redução para **370 dias-multa**, mantido o valor unitário fixado no acórdão recorrido”.

Considerando-se que a pena-base do paciente foi fixada pelas instâncias ordinárias em 4 (quatro) anos de reclusão e em 320 (trezentos e vinte) dias-multa, a incidência do percentual mínimo de 1/6 (um sexto) importará nas penas de (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 373 (trezentos e setenta e três) dias-multa - *e não 370 (trezentos e setenta) dias-multa, como equivocadamente constou do apontado voto vencido.*

Ante o exposto, conheço em parte da impetração e, na parte conhecida, nos termos do art. 192, *caput*, do Regimento Interno da Corte, **concedo** a ordem de *habeas corpus* para o fim de, aplicada a causa de aumento de pena do art. 71 do Código Penal no mínimo legal de 1/6 (um sexto), redimensionar as penas impostas ao paciente para 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 373 (trezentos e setenta e três) dias-multa.

Publique-se.

Brasília, 11 de maio de 2016.

Ministro **DIAS TOFFOLI**

Relator

Documento assinado digitalmente