



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 844618 - SP (2023/0279494-8)

RELATOR : **MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
IMPETRANTE : SIDNEY DURAN GONCALEZ
ADVOGADO : SIDNEY DURAN GONÇALEZ - SP295965
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : IVONE EDUARDO DE SOUZA
ADVOGADOS : PEDRO MACHADO DE ALMEIDA CASTRO - DF026544
 SIDNEY DURAN GONÇALEZ - SP295965
 OCTAVIO AUGUSTO DA SILVA ORZARI - DF032163
 VINÍCIUS ANDRÉ DE SOUSA - DF060285
 BRUNO HENRIQUE DE MOURA - DF064376
 THAINÁ RODRIGUES LEITE - DF067408
CORRÉU : VANESSA MARIA FERREIRA DA SILVA
CORRÉU : NORIVAL DOS SANTOS
CORRÉU : EDSON VANDER ARAGAO CUSTODIO DOS SANTOS
CORRÉU : ODAIR APARECIDO FERREIRA
CORRÉU : THIAGO HENRIQUE PICOLO FERREIRA
CORRÉU : RHAFANEL PICOLO FERREIRA
CORRÉU : ISIDORO EDUARDO DE SOUZA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

IVONE EDUARDO DE SOUZA alega sofrer coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pela Corte local.

Extrai-se dos autos que a paciente foi condenada a 6 anos e 17 dias de reclusão, pelo crime de peculato.

A defesa sustenta que "o Tribunal estadual ao manter a condenação pelo

artigo 312 do CP e aplicar a reprimenda, agrava a pena na segunda fase da dosimetria e aumenta novamente a pena aplicando a causa de aumento de pena prevista no artigo 327, § 2º, do Código Penal pelo mesmo motivo, ou seja, por ser a época do fato a Paciente presidente da Câmara Municipal de Taciba", concluindo que "a Decisão de aumento da pena duas vezes pela existência de uma mesmo elemento concreto é vedada por este Superior Tribunal de Justiça.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem:

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. MANEJO DO WRIT COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. INVIABILIDADE. PACIENTE CONDENADA PELA PRÁTICA DO CRIME CAPITULADO NO ART. 312, CAPUT, DO CP. APLICAÇÃO DA AGRAVANTE ESTATUÍDA NO ART.61, II, G, DO CP. OCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. PRECEDENTE DESSE STJ. PARECER PELA EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, MAS COM A CONCESSÃO DA ORDEM, EX OFFICIO, PARA QUE SEJA REFORMADA A DOSIMETRIA DA PENA. (fl. 426)

Decido.

Inicialmente, consigno que a defesa interpôs o AREsp n. 2.408.164/SP, ocasião em que esta relatoria não conheceu do agravo por incidência da Súmula n. 182 do STJ. Todavia, foi ajuizado este writ antes do exaurimento da instância especial, motivo pelo qual conheço deste habeas corpus como substitutivo de recurso especial.

A sentença trata do tema nos seguintes termos:

[...]

RÉ: IVONE EDUARDO DE SOUZA, no que tange aos crimes descritos nos artigos 312,caput,c.c. 327,capute §§1º e 2º, por 249 (duzentas e quarenta e nove) vezes; 299,capute parágrafo único, c/c 304, por 249 (duzentas e quarenta e nove)vezes; todos do Código Penal, todos na forma do artigo 69, do referido Diploma Penal; Imputa-se à ré a prática do crime por 249 (duzentas e quarenta e nove)vezes.

Assim, considerando que os delitos perduraram por anos, nunca ultrapassando grande lapso temporal entre as práticas, há que se utilizar como base a pena de um dos delitos e, na terceira fase da

dosimetria, proceder-se à aplicação de uma causa de aumento decorrente do crime continuado, conforme fundamentado anteriormente.

6.5 Do crime previsto no artigo 312, caput, c.c. artigo 327, caput e §§ 1º e 2º, por 249 (duzentas e quarenta e nove) vezes:

Na primeira fase da dosimetria penal, passo a analisar as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal: culpabilidade (nada a considerar); antecedentes (a ré é primária); conduta social e personalidade (nada a considerar); motivos, circunstâncias e consequências do crime (as circunstâncias em que cometido e as consequências da ação delituosa superam claramente a normalidade, haja vista o considerável prejuízo ao erário que até o presente não foi ressarcido); comportamento da vítima (nada a considerar).

Assim, em virtude das circunstâncias e consequências do crime, fixo a pena-base, majorando-a em 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal, totalizando 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, e 11 (onze) dias-multa.

Na segunda fase de aplicação de pena, ausentes circunstâncias atenuantes.

Cabível, porém, o reconhecimento da circunstância agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea g, do Código Penal, uma vez que IVONE cometeu o crime em tela com o abuso de poder e violação do dever inerente ao cargo, pois era a funcionária pública à época dos fatos formalmente investida da função de presidente da Câmara Municipal de Taciba, responsável pela autorização dos gastos, abusando do poder e violando o dever deste para o cometimento do crime ora analisado.

Assim, majoro a reprimenda à razão de 1/6 (um sexto), perfazendo-se em 02 (dois) anos, 08 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e 12 (doze) dias-multa.

Na terceira fase da dosimetria, ausentes causas de diminuição de pena.

Presente, contudo, a causa de aumento prevista no art. 71 do CP. Nos termos já mencionados, tendo em vista a ocorrência do delito por 249 (duzentas e quarenta e nove) vezes, majoro a reprimenda à razão de 2/3 (dois terços), totalizando 04 (quatro) anos, 06 (seis) meses e 13 (treze) dias de reclusão, e 20 (vinte) dias-multa.

Presente, por fim, a causa de aumento de pena prevista no artigo 327, §2º, do Código Penal, uma vez que IVONE era ao tempo do crime ocupante de cargo de direção na Câmara, porquanto presidente, de modo que majoro a reprimenda em 1/3 (um terço), o que totaliza a pena de 06 (seis) anos e 17 (dezessete) dias de reclusão, e 26 (vinte e seis) dias-multa, a qual torno definitiva. [...] (fls. 170-171)

No que tange à causa de aumento prevista no § 2º do art. 327 do CP, a Corte local, ao julgar os embargos de declaração, salientou o seguinte:

[...]

Constou no v. Acórdão em relação à reprimenda de I. E de S.:

“Pena-base fixada em 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal, totalizando 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e 11 (onze) dias-multa, considerando o grande prejuízo ao erário público.

Na segunda fase, “cabível, porém, o reconhecimento da circunstância agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea g, do Código Penal, uma vez que I. E de S. cometeu o crime em tela com o abuso de poder e violação do dever inerente ao cargo, pois era a funcionária pública à época dos fatos formalmente investida da função de presidente da Câmara Municipal de Taciba, responsável pela autorização dos gastos, abusando do poder e violando o dever deste para o cometimento do crime ora analisado”, a pena foi majorada em 1/6, alcançando 2 (dois) anos, 8 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e 12 (doze) dias-multa. Na terceira fase da dosimetria, presente a causa de aumento prevista no art. 71 do CP (249 vezes, a pena foi aumentada em 2/3, totalizando 4 (quatro) anos, 6 (seis) meses e 13 (treze) dias de reclusão, e 20 (vinte) dias-multa. Por fim, presente a causa de aumento de pena prevista no artigo 327, § 2º, do Código Penal, “uma vez que I. E de S. era ao tempo do crime ocupante de cargo de direção na Câmara, porquanto presidente, de modo que majoro a reprimenda em 1/3 (um terço), o que totaliza a pena de 6 (seis) anos e 17 dias de reclusão, e 26 (vinte e seis) dias-multa”.

A agravante e causa de aumento utilizadas na majoração das reprimendas foram reconhecidas em fases distintas e não constitui bis in idem a aplicação de ambas. O reconhecimento da agravante do artigo 61, inciso II, g, do C.P. deu-se porquanto o crime foi praticado com abuso de poder ou violação de dever (I. E de S. utilizou-se do seu cargo, o que facilitou a prática do delito) e a causa de aumento prevista no artigo 327, parágrafo único, do Código Penal foi reconhecida porquanto a autora era detentora de cargo eletivo à época dos fatos (Presidente da Câmara Municipal). Trata-se de causa de aumento que atua sobre a medida da culpabilidade, reprovabilidade da conduta de quem ocupa o cargo elencado. [...] (fls. 210-211)

Quanto à fixação da reprimenda básica, entendo que assiste razão à defesa.

A ré foi condenada por peculato com a causa de aumento prevista no § 2º

do art. 327 do CP (prática de ilícito por ocupante de cargo em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta), e o uso desse mesmo fundamento foi utilizado para exasperar a pena-base, o que configura indevido *bis in idem*.

Nessa perspectiva:

[...]

1. A consideração da mesma circunstância tanto na primeira etapa da dosimetria, para exasperar a pena-base, quanto na terceira fase, para justificar a aplicação da causa de aumento de pena prevista no art. 327, § 2º, do CP, configura inadmissível *bis in idem*.

2. Ausência de fundamentação suficiente para considerar de maior gravidade o fato de haver o agravado cometido o crime quando ocupava o cargo de gerente da ECT, de modo a extrapolar a causa de aumento de pena prevista no art. 327, § 2º, do CP.

3. Agravamento regimental não provido.

(AgRg no AREsp n. 397.464/GO, Rel. Ministro Rogério Schietti, 6ª T., DJe 20/4/2016)

Reconhecida a ilegalidade apontada, passo à readequação da pena.

Partindo dos critérios adotados pelas instâncias antecedentes, fixo a pena-base em 2 anos e 4 meses de reclusão, e 11 dias-multa.

Na segunda fase de aplicação de pena, afasto o reconhecimento da circunstância agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea g, do Código Penal.

Na terceira fase da dosimetria, presente a causa de aumento prevista no art. 71 do CP, tendo em vista a ocorrência do delito por 249 vezes, majoro a reprimenda à razão de 2/3, totalizando 3 anos e 11 meses de reclusão, e 17 dias-multa.

Presente, por fim, a causa de aumento de pena prevista no artigo 327, § 2º, do Código Penal, majoro a reprimenda em 1/3, o que totaliza a pena de 5 anos e 3 meses de reclusão, e 22 dias-multa.

À vista do exposto, concedo a ordem, a fim de reconhecer a ocorrência de *bis in idem* e, por conseguinte, redimensionar a reprimenda do crime p revisto

no art. 312 do CP para 5 anos e 3 meses de reclusão, e 22 dias-multa.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 09 de maio de 2024.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ
Relator