

## HABEAS CORPUS 149.439 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. ALEXANDRE DE MORAES  
PACTE.(S) : JOSE CARLOS GRATZ  
IMPTE.(S) : CARLOS GUILHERME MACEDO PAGIOLA  
CORDEIRO  
IMPTE.(S) : RITA DE CASSIA AVILA GRATZ  
IMPTE.(S) : LUIZ ALFREDO DE SOUZA E MELLO  
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### DECISÃO

Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido de medida liminar, impetrado contra decisão proferida pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no julgamento da Ação Penal 300/ES, da relatoria do Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES.

Consta dos autos que o paciente foi denunciado como incurso nos arts. 288 (crime de quadrilha) e 312, § 1º (peculato-furto), do Código Penal, c/c art. 1º, V, da Lei 9.613/98 (lavagem de dinheiro) c/c arts. 71 e 29, também do Código Penal, por conduta assim resumida na exordial acusatória (Doc. 4 – fls. 34-35):

Valci José Ferreira de Souza na qualidade de ex-presidente do Instituto de Previdência dos Deputados do Espírito Santo, firmou contrato de seguro lesivo aos cofres públicos com a finalidade de amealhar recursos para si e para outrem. O contrato de seguro tinha como cláusula lesiva aos cofres públicos, um percentual de corretagem exorbitante, três vezes o valor do prêmio, que quando pago era repartido entre os componentes do esquema. (...)

O esquema acima descrito funcionou com os integrantes citados de modo ininterruptivo até 1997/2002, quando a este foram agregados o ex-Presidente da Assembléia Legislativa do Estado do Espírito Santo e o seu Diretor-Geral, respectivamente, José Carlos Gratz e André Luiz Cruz Nogueira, que além de manterem expressamente o contrato de

## HC 149439 / DF

seguro, ainda repassaram diretamente recursos para o esquema, demonstrando pleno conhecimento deste e seu assentimento com a fraude.

A Corte Especial do STJ recebeu a denúncia em relação ao ora paciente, nos termos do voto do Relator, à época o Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI (APn 300/ES, CORTE ESPECIAL, julgado em 18/4/2007, DJ 6/8/2007, p. 443) (Doc. 5).

Julgada a ação parcialmente procedente, já sob a relatoria do Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, a Corte Especial do STJ, no tocante a JOSÉ CARLOS GRATZ, reconheceu a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do crime de formação de quadrilha, o absolveu quanto ao crime de lavagem de dinheiro previsto na lei 9.613/98 e o condenou ao cumprimento de pena de 5 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pelo crime de peculato, conforme a ementa seguinte (Doc. 15):

ACÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. CONSELHEIRO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESPÍRITO SANTO E OUTROS. PRELIMINARES REJEITADAS. EMENDATIO LIBELLI. POSSIBILIDADE. MÉRITO. PECULATO-DESVIO. LAVAGEM DE DINHEIRO. DESVIO DE RECURSOS PÚBLICOS ORIUNDOS DE OBRAS SUPERFATURADAS E DE CONTRATO FIRMADO PELA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA PARA A CONTRATAÇÃO DE SEGURO DE VIDA POR MEIO DE CORRETORAS. DISSIMULAÇÃO DA ORIGEM ILÍCITA DA VANTAGEM. ESTRUTURAÇÃO DE EMPREENDIMENTO PARA FINS DE LAVAGEM DE DINHEIRO. CONFIGURAÇÃO DOS CRIMES PREVISTOS NOS ARTS. 312 DO CÓDIGO PENAL E 1º, V, DA LEI Nº 9.613/98. QUADRILHA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA RETROATIVA. ACÇÃO PENAL JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE.

### 1. DAS PRELIMINARES

(...)

1.10 - **Renovação do interrogatório**: interrogatório do réu

realizado em momento anterior à entrada em vigor da Lei 11.719/2008. Desnecessidade de renovação do ato, em observância do princípio *tempus regit actum*. Precedentes do STF e do STJ.

## 2. DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE QUANTO AO CRIME DE QUADRILHA

2.1 - Os réus **Valci José Ferreira de Souza, José Carlos Gratz, Francisco Carlos Perrout, Luiz Carlos Mateus e João de Sá Netto** foram denunciados pela suposta prática do tipo penal descrito no art. 288, do Código Penal.

2.1 - No caso dos autos, o recebimento da denúncia, ocorrido em 18/4/07, foi o último marco interruptivo do prazo prescricional. Ultrapassado o prazo de 8 anos previsto no referido art. 109, IV, do Código Penal, deve ser declarada a extinção da punibilidade. Portanto, especificamente em relação ao crime de quadrilha, com base no art. 107, IV, do Código Penal, foi declarada extinta a punibilidade em relação aos réus.

## 3. DOS CRIMES IMPUTADOS AOS RÉUS

3.1 - Excluído o crime de quadrilha, nos três conjuntos de fatos denunciados, foram imputados aos réus os crimes de peculato-furto (descrito no art. 312, § 1º, do Código Penal), bem como de lavagem de dinheiro (tipificado no art. 1º, V, da Lei nº 9.613/98).

3.2 - No entanto, a denúncia descreveu que os réus teriam desviado recursos públicos empregados na construção de centros de educação física em escolas estaduais no Espírito Santo e no pagamento do seguro de vida contratado pela Assembleia Legislativa, em benefício próprio ou de terceiro. Assim, os fatos se enquadram no tipo penal do peculato-desvio, previsto na segunda parte do 312, do Código Penal.

3.3 - Sem qualquer acréscimo ou alteração dos fatos narrados, é necessária a alteração da capitulação do crime descrito na denúncia a partir dos fatos descritos na denúncia. Trata-se, assim, de *emendatio libelli*, prevista no art. 383, do Código de Processo Penal. Essa Corte Especial já aplicou o instituto em ação penal originária em trâmite nessa instância de

juízo. Precedente: APn 472/ES, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, DJe 08/09/11.

3.4 - Por fim, quanto ao crime de lavagem de dinheiro, com redação à época dos fatos dada pelo art. 1º, V, da Lei nº 9.613/98, ainda que mantenha relação de acessoriedade com o crime antecedente (no caso dos autos, peculato-desvio), deve-se ressaltar que o crime de lavagem de dinheiro é consumado, mesmo quando desconhecido ou isento de pena o autor do crime antecedente, desde que presentes indícios suficientes da existência deste delito.

#### MÉRITO

##### 4.1 DO CASO TERVAP PITANGA

(...)

##### 4.2 CASO SEGURO DA ASSEMBLEIA

4.2.1 - Entre 1991 e 2003, a Assembleia Legislativa do Espírito Santo firmou duas apólices de seguro de vida dos deputados com a AGF Brasil Seguros S.A. A primeira teve vigência até 1º de janeiro de 1997 e foi firmada por **Valci José Ferreira de Souza**, quando ocupava o cargo de Presidente da Assembleia Legislativa do Espírito Santo. A segunda apólice do seguro de vida foi firmada por **José Carlos Gratz**, que, à época, ocupava o cargo de Presidente da Assembleia

4.2.2 - A negociação junto à AGF Seguros foi intermediada pela corretora Roma Administradora e Corretora de Seguros Ltda., que, por sua vez, era representada pelos réus **João de Sá Netto, Francisco Carlos Perrou e Luiz Carlos Mateus**. As corretoras Colibri, Fortec e MPS também atuaram, embora de fachada, intermediação do seguro de vida. No quadro social de todas essas pessoas jurídicas também estavam presentes os réus **Luiz Carlos Mateus, Francisco Carlos Perrou e João de Sá Netto**.

4.2.3 - A contratação do seguro era extremamente vantajosa para os representantes das corretoras de seguro, tendo em vista que recebiam o correspondente a 30% sobre o valor do prêmio pago. Especificamente em relação à corretora Roma, esse percentual chegou a ser majorado para 70%. O valor

pago à corretora Roma implicou no superfaturamento do preço e indica a proporção dos recursos públicos que foram desviados em prejuízo do erário.

4.2.4 - Entre janeiro de 2001 e abril de 2004, o réu **José Carlos Gratz** ordenou o pagamento na quantia total de R\$ 5.315.407,98 (cinco milhões, trezentos e quinze mil, quatrocentos e sete reais e noventa e oito centavos) para a AGF Brasil, sendo o pagamento intermediado por corretoras de seguro de propriedade dos réus **Francisco Carlos Perrout, Luiz Carlos Mateus e João de Sá Netto**.

4.2.5 - Em maio de 2000, o réu **Valci José Ferreira de Souza** foi destinatário direto do cheque emitido pela AGF Brasil Seguros S.A., no valor de R\$ 29.333,33 (fl. 3871). A referida prova foi considerada, no acórdão que recebeu a denúncia, como indicadora da autoria da participação do réu no desvio de recursos relacionados ao caso do Seguro da Assembleia.

4.2.6 - O fato de a referida quantia ter sido declarada junto à Receita Federal não permite afastar, de plano, o caráter ilícito do recebimento da referida quantia. Isso porque, em primeiro lugar, o direito tributário brasileiro adota a cláusula "*pecunia non olet*" ou "*non olet*", razão pela qual admite-se a tributação de valores recebidos pelo contribuinte, ainda que de forma ilegal.

4.2.7 - A Receita Federal detectou que, a partir de 1998, época em que o réu **José Carlos Gratz** era Presidente da Assembleia Legislativa, foi detectada vultosa entrada de quantia na conta bancária de **Valci José Ferreira**, sendo que R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais).

4.2.8 - O réu **Valci**, por sua vez, justificou os ganhos, alegando que eram oriundos de contrato de parceria e meação que ele firmou em 10/12/1998 com os réus **Luiz Carlos Mateus e Francisco Carlos Perrout**. O referido contrato, na realidade, representou um mecanismo de ocultação e de dissimulação da origem ilícita dos recursos públicos recebidos por **Valci José Ferreira de Souza**.

4.2.9 - Isso porque, em primeiro lugar, o contrato de meação apenas previa a entrada de recursos na conta do réu

**Valci José Ferreira**, desobrigando-o de qualquer contribuição para o bom andamento do negócio. Por outro lado, a cláusula nº 5 informa que ele teria direito a cinquenta por cento dos resultados apurados, quando houver.

#### 4.3 CONSTITUIÇÃO DO FRIGORÍFICO BEIJA-FLOR

4.3.1 - Embora em períodos distintos, o quadro social do Frigorífico Beija-Flor - CNPJ 00.846.888/0001-88 - era formado pelos réus **Francisco Carlos Perrout, João de Sá Netto e Luiz Carlos Mateus** (fls. 4498/4500).

4.3.2 - O Frigorífico Beija-Flor serviu como estratégia para dissimular a origem ilícita dos recursos desviados do caso Seguro da Assembleia. O depoimento prestado perante a Polícia Federal por José Carlos Rocon mostrou que o empreendimento não teve vida longa, tendo funcionado somente por aproximadamente três anos, mesmo com ampla demanda por mercadorias. Embora os réus **Francisco Carlos Perrout e Luiz Carlos Mateus** tenham contratado empréstimo de novecentos mil reais junto ao BANDES, nenhum investimento foi efetivamente realizado no empreendimento.

4.3.3 - A duração do empreendimento coincide justamente com a gestão de **José Carlos Gratz** junto à presidência da Assembleia Legislativa do Espírito Santo. O vínculo entre os réus **Valci José Ferreira, José Carlos Gratz, Francisco Carlos Perrout, Luiz Carlos Mateus e João de Sá Netto** foi confirmado em escutas telefônicas feitas pela Polícia Federal com autorização judicial no âmbito da operação arrastão conduzida pela Polícia Federal nos autos do Inquérito nº 32/2003 DRF/ES. A autorização para o empréstimo da prova à presente ação penal foi dada pelo Juiz de Direito da 4ª Vara Criminal da Comarca de Cariacica/ES, a pedido de delegado da Polícia Federal.

4.3.4 - Os trechos colhidos nas escutas contêm evidências de que foram realizadas operações de retirada de dinheiro do Frigorífico Beija-Flor em quantias variáveis de aproximadamente R\$ 50.000,00 (cinquenta mil) e R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais). Conforme descrito na denúncia, tal fato

evidencia a injeção periódica de recursos ilícitos na empresa e sua posterior distribuição aos integrantes do esquema ilícito, dentre os quais, destaca-se, o réu **Valci Ferreira**.

4.3.5 - Em 2001, o então Presidente da Assembleia, **José Carlos Gratz** emitiu, como normalmente era feito, cheques para o pagamento do boleto de seguro. Ocorre que, dois destes cheques, embora nominais a AGF Seguros, foram endossados ao Frigorífico Beija-Flor. As referidas ordens de pagamento foram juntadas às fls. 81/82, tendo sido emitidos nos dias 13/9/01 e 14/11/01, no valor unitário de R\$ 197.184,48.

#### **5. ABSOLVIÇÕES:**

(...)

#### **6. CONDENAÇÕES**

Por maioria de votos, a Corte Especial cominou:

(...)

6.2 - Ao réu **José Carlos Gratz** a pena total de 5 (cinco) anos 6 (seis) meses de reclusão e 132 (cento e trinta e dois) dias-multa, estabelecidos à razão unitária de 1 (um) salário-mínimo, a ser cumprida em regime inicial fechado.

(...)

#### **7.EFEITOS SECUNDÁRIOS DA CONDENAÇÃO**

7.1 - A Corte Especial determinou aos réus condenados, com base no art. 91 do Código Penal, a perda, em favor da União, dos bens, direitos e valores objeto do crime, bem como do produto ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido por cada um dos condenados com a prática do fato criminoso.

8. Ação penal julgada parcialmente procedente.

(APn 300/ES, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/9/2016, DJe 7/10/2016 – destaques constantes do original)

Opostos simultâneos Embargos de Declaração pelo Ministério Público Federal e por alguns dos corréus, foram julgados em acórdão cuja ementa registra, no que diz respeito ao ora paciente (Doc. 8):

PENAL. PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. AUSÊNCIA DOS VÍCIOS PREVISTOS NO ART. 619, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INCONFORMISMO COM O ACÓRDÃO RECORRIDO. ACLARATÓRIOS REJEITADOS, COM CORREÇÃO DE ERRO MATERIAL.

1. Nos termos do art. 619, do Código de Processo Penal, "aos acórdãos proferidos pelos Tribunais de Apelação, câmaras ou turmas, poderão ser opostos embargos de declaração, no prazo de dois dias contados da sua publicação, quando houver na sentença ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão".

(...)

3. Dos aclaratórios opostos por José Carlos Gratz

3.1 - Não houve nulidade do julgamento da ação penal em sessão pública da Corte Especial. O caso em tela não se enquadra nas hipóteses de exceção à publicidade previstas nem pela Constituição Federal, nem pelo Regimento Interno desse Superior Tribunal de Justiça.

3.2. - Há interesse público no julgamento público da ação penal em epígrafe, sublinhado pela evidente gravidade dos fatos apurados. O interesse da coletividade sobrepõe-se aos interesses particulares do ora Embargante, que visa tão somente se resguardar de eventuais danos à imagem ou à intimidade. Durante o trâmite da ação penal, o ora Embargante não deduziu nenhuma alegação a esse respeito, nem mesmo pediu que o julgamento fosse restrito às partes. Por fim, o julgamento do mérito da ação penal já ocorreu, razão pela qual perdeu o objeto a alegação sub examine.

3.3 - Quanto à necessidade de juntada das notas taquigráficas, apenas cumpre ressaltar que não houve divergência quanto à condenação do Embargante pelo crime de peculato nos casos "Seguro da Assembleia" e "Frigorífico Beija Flor".

3.4 - O momento de consumação do crime de peculato foi explicitado pelo acórdão recorrido de forma clara e coerente,



não havendo falar em quaisquer dos vícios que pudessem vir a macular o acórdão nesse tocante.

3.5 - Não houve nenhuma das omissões suscitadas pelo ora Embargante quanto à dosimetria da pena, tendo havido, inclusive, manifestação específica quanto a não ocorrência de *bis in idem* no caso em concreto. Além do mais, todas as fases de fixação da pena foram devidamente seguidas, de forma clara, coerente, sem haver qualquer omissão, obscuridade, contradição ou dúvida.

(...)

5 - Dos aclaratórios opostos por JOÃO DE SÁ NETTO

5.1 - Deve-se reconhecer a existência de erro material no item 4.2.4 da ementa, fazendo constar que "entre janeiro de 2001 e abril de 2003, o réu José Carlos Gratz ordenou o pagamento na quantia total de R\$ 5.315.407,98 (cinco milhões, trezentos e quinze mil, quatrocentos e sete reais e noventa e oito centavos) para a AGF Brasil, sendo o pagamento intermediado por corretoras de seguro de propriedade dos réus Francisco Carlos Perrout, Luiz Carlos Mateus e João de Sá Netto".

(...)

7. Conclusões

7.1 - Rejeitados os embargos de declaração opostos por Valci José Ferreira de Souza, José Carlos Gratz, Francisco Carlos Perrout, Luis Carlos Mateus e pelo Ministério Público Federal.

7.2 -. Acolhidos os embargos de declaração opostos por João de Sá Netto apenas e tão somente para reconhecer a existência de erro material no item 4.2.4 da ementa, fazendo constar que "entre janeiro de 2001 e **abril de 2003**, o réu José Carlos Gratz ordenou o pagamento na quantia total de R\$ 5.315.407,98 (cinco milhões, trezentos e quinze mil, quatrocentos e sete reais e noventa e oito centavos) para a AGF Brasil, sendo o pagamento intermediado por corretoras de seguro de propriedade dos réus Francisco Carlos Perrout, Luiz Carlos Mateus e João de Sá Netto".

(EDcl na APn 300/ES, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, CORTE ESPECIAL, julgado em 17/5/2017, DJe

1º/6/2017 – destaques constantes do original)

Apresentados novos Embargos de Declaração, um pelo ora paciente e outro pelo corréu Valci José Ferreira de Souza, foram apreciados conjuntamente com o pedido de execução antecipada da pena formulado pelo Ministério Público Federal. Leia-se a ementa do julgado (Doc. 13):

PENAL. PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. AUSÊNCIA DOS VÍCIOS PREVISTOS NO ART. 619, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INCONFORMISMO COM O ACÓRDÃO RECORRIDO. ACLARATÓRIOS REJEITADOS. EXAURIMENTO DA COGNIÇÃO DE MATÉRIA FÁTICA. POSSIBILIDADE DE EXPEDIÇÃO IMEDIATA DE MANDADO DE PRISÃO EM FACE DOS RÉUS CONDENADOS A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE.

1. Nos termos do art. 619, do Código de Processo Penal, "aos acórdãos proferidos pelos Tribunais de Apelação, câmaras ou turmas, poderão ser opostos embargos de declaração, no prazo de dois dias contados da sua publicação, quando houver na sentença ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão".

2. DOS ACLARATÓRIOS OPOSTOS POR JOSÉ CARLOS GRATZ

2.1 - Cerceamento de defesa: ausência de disponibilização das notas taquigráficas: A alegada nulidade já foi afastada no julgamento dos aclaratórios anteriores. A jurisprudência pacífica da Corte Especial orienta no sentido de que "a juntada das notas taquigráficas [...] faz-se necessária apenas quando indispensáveis à compreensão do exato sentido e alcance do acórdão, vale dizer, apenas se verificado possível equívoco ou discrepância entre os pronunciamentos orais e a certidão de julgamento e/ou o acórdão [...]". (EDcl na APn 675/GO, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 02/03/2016, DJe 26/04/2016).

2.2 - Incompetência desse Ministro Relator para processar os aclaratórios: a permanência da Relatoria se deu em conformidade com o que dispõe o art. 52, II, do Regimento Interno do STJ. Embora tenha havido as divergências na sessão de julgamento ali expostas, maior parte do voto proferido por esse Relator foi mantida pelo Plenário da Corte Especial, razão pela qual não há falar em incompetência para a apreciação dos embargos de declaração anteriormente opostos.

2.3 - Omissão quanto à dosimetria da pena: a alegação já foi devidamente analisada tanto no julgamento do mérito da ação penal, quanto nos aclaratórios anteriormente opostos. Constatou-se no acórdão ora embargado que houve "manifestação específica quanto a não ocorrência de *bis in idem* no caso em concreto. Além do mais, todas as fases de fixação da pena foram devidamente seguidas, de forma clara, coerente, sem haver qualquer omissão, obscuridade, contradição ou dúvida".

2.4 - Embargos de declaração opostos por José Carlos Gratz rejeitados.

### 3. DOS ACLARATÓRIOS OPOSTOS POR VALCI JOSÉ FERREIRA DE SOUZA

(...)

3.8 - Embargos de declaração rejeitados

### 4. DO PEDIDO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL DE EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA

4.1 - O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 126.292/SP, passou a adotar o entendimento de que não viola a presunção constitucional de não culpabilidade a execução provisória da pena quando pendente recurso sem efeito suspensivo, como são os recursos extraordinários e especial, nos quais não há mais possibilidade de discussão acerca da matéria de fato.

4.2 A tese foi reafirmada pela Corte Constitucional em sede de repercussão geral no âmbito do Agravo em Recurso Extraordinário nº 964246/SP nos seguintes termos: "fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal

condenatório proferido em grau recursal, 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. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria" (ARE 964246 RG, Rel.: Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 10/11/2016, DJe 25/11/2016).

4.3 - Recentemente, esta Corte Especial também admitiu a execução provisória da pena no âmbito de ação penal originária nº 675/GO ao fundamento de que "é possível iniciar-se o cumprimento da pena, pendente o trânsito em julgado, porque eventual recurso de natureza extraordinária não é dotado de efeito suspensivo". (QO na APn 675/GO, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 06/04/2016, DJe 26/04/2016).

4.4 - O caso em concreto admite seja deferido o pedido do Ministério Público Federal de imediata expedição de mandado de prisão em face dos réus em relação aos quais a ação penal foi julgada procedente.

4.5 - Após prolatado o acórdão penal condenatório, houve a oposição de dois embargos de declaração, os quais não foram acolhidos com efeito modificativo. Não houve ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, porquanto houve a possibilidade de rediscussão dos fundamentos fáticos do acórdão recorrido.

4.6 - Com a rejeição dos presentes aclaratórios, foram esgotadas as possibilidades de interposição de recurso perante esse Superior Tribunal de Justiça, razão pela qual resta aos réus tão somente a interposição de eventual recurso extraordinário, sem efeito suspensivo e restrito a matérias essencialmente de direito. Assim, exaurida a instância desse Superior Tribunal de Justiça, está encerrada etapa processual voltada para o exame de provas e fatos relacionados ao mérito da ação penal.

4.7 - Deferido o pedido do Ministério Público Federal e determinada a imediata expedição de carta de sentença e de

## HC 149439 / DF

mandado de prisão em face de Valci José Ferreira de Souza, José Carlos Gratz, Francisco Carlos Perroux, Luiz Carlos Mateus, João de Sá Netto, bem como a remessa de cópia dos autos originais à Seção Judiciária de Vitória/ES para fins do início da execução das penas cominadas aos réus.

(EDcl nos EDcl na APn 300/ES, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, CORTE ESPECIAL, julgado em 18/10/2017, DJe 23/10/2017 – destaques constantes do original)

Nesta ação, os impetrantes alegam, em síntese, que: (a) a determinação de execução provisória da pena fere o art. 5º, XXXVI, da CF, tendo em vista que se trata de ação penal originária e o STF apenas cuidou, em repercussão geral, de acórdão de segundo grau confirmatório da condenação; (b) não houve fundamentação idônea para o decreto de início da execução provisória da pena; (c) o paciente tem direito ao interrogatório ao final do processo, pois a regra processual insculpida no art. 400 do CPP, por ser mais benéfica, deve ter aplicação aos feitos que tramitam sob a égide da Lei 8.038/90; (d) a ausência da juntada das notas taquigráficas, que prevalecem até mesmo sobre o teor do acórdão, gerou cerceamento ao direito de defesa; (e) a exasperação da pena se deu de modo irregular, com indevido *bis in idem*, pois o crime é de mão própria (contratos firmados pela assembleia só podem ser ajustados/assinados por deputados) e a circunstância de ser Deputado Estadual (que já faz parte da elementar do crime) foi considerada desfavorável ao réu; (f) constou do voto vencedor não haver nos autos elementos acerca dos antecedentes do paciente, contudo, ele é primário, ostenta bons antecedentes, não se dedica a atividades criminosas e não pertence a organização, não tendo o autor provado o contrário, de modo que faz jus ao regime inicial semiaberto; (g) o momento da consumação do peculato foi no ajuste de 1991, sendo as questões referentes à manutenção do contrato e seu pagamento, únicos atos praticados pelo paciente, meros exaurimentos do tipo, razão pela qual deve ser absolvido; (h) cabe aplicação da detração penal, com a consequente progressão para o regime aberto, porque em autos diversos (REsp 1.018.464/ES), no qual o paciente

## HC 149439 / DF

ficou preso preventivamente por 1 ano e 2 meses, o STJ declarou a prescrição da pretensão punitiva com a extinção da punibilidade; (i) o paciente, com 69 anos, está acometido de câncer de pele e necessita realizar tratamentos para restabelecimento de sua saúde.

Requerem os impetrantes, a título de cautela, o deferimento ao paciente de prisão domiciliar até o julgamento deste *writ* e a conclusão das detrações junto à Vara de Execução. Quanto ao mérito, pleiteiam (Doc. 1 – fls. 83-85):

1 - (...) O DEFERIMENTO DE ORDEM DE HABEAS CORPUS PARA DECLARAR A NULIDADE DA DECISÃO DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA, E DETERMINE QUE O RÉU-PACIENTE RESPONDA EM LIBERDADE ATÉ O TRANSITO EM JULGADO. (...)

2- Quanto ao SEGUNDO TOPICO, a ordem deve ser concedida aos autos por se tratar de verdadeiras abstenções judiciais de fundamentar, “de modo adequado e idôneo, a ordem de prisão, assim transgredindo o que prescreve (e impõe) o inciso IX do art. 93 da Constituição da República, que estabelece que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”

2 - Quanto ao TERCEIRO TOPICO, requer-se, assim, a nulidade da Ação Penal em comento, para que seja redesignado o interrogatório do paciente, e a nulidade dos atos que lhe sejam posteriores, inclusive o r. acórdão condenatório.

3 . Quanto ao QUARTO TÓPICO, Referente a falta de notas taquigráficas ao caso, Requer a Concessão da Ordem de Habeas Corpus e Nulidade da Publicação do Acórdão da Ação Penal Originária, vez que gerou cerceamento de defesa, nos termos acima delineados, sendo necessária a juntada das notas taquigráficas, para efeito de comprovação da ilegal violência e para permitir a impugnação legal do ponto específico, o que desde logo se requer, com a expressa declaração de nulidade dos atos posteriormente praticados, e a republicação dos r. acórdãos, com as devidas notas taquigráficas.

## HC 149439 / DF

4 Quanto ao QUINTO, SEXTO E SÉTIMO TÓPICOS, relacionados a exasperação da pena e regime prisional imposto, requer a concessão das ordens de habeas corpus nos termos acima propostos.

5 Quanto ao oitavo tópico, VIII- Peculato Crime Formal – Momento da Consumação, uma vez reconhecido o momento da consumação do tipo ora imputado, ou seja, no momento do ajuste de 70% da corretagem em 1991, requer que se reconheça que os atos praticados pelo RECORRENTE sejam tidos como mero exaurimento do tipo e por tanto, o mesmo absolvido da CONDUCTA ATÍPICA. Razão pela qual, REQUER a ordem de Habeas Corpus ao Caso.

6 Confirmação da Liminar no julgamento de mérito.

Os impetrantes informam, ainda, a interposição de Recurso Extraordinário no bojo da Ação Penal 300.

Em requerimento de emenda à inicial (Doc. 20), foram apresentados argumentos para rechaçar a ordem de prisão emitida pela Corte Especial do STJ, pelos motivos assim resumidos: (a) ausência de fundamentação idônea; (b) a medida foi deferida apesar da pendência de julgamento de embargos de declaração; (c) o recurso foi exclusivo da defesa; (d) não se trata de acórdão confirmatório de decisão de instâncias inferiores, mas de ação penal originária; (e) não foram implementadas a detração e adequação do regime inicial, com o abatimento do tempo da prisão preventiva.

Por meio de petição (Docs. 18, 30 e 33), o impetrante requer seja analisada alegação formulada no HC 149.395, consistente na prevenção do Ministro RICARDO LEWANDOWISK para julgamento desta ação, tendo em vista a relatoria do HC 92.893/ES (Doc. 47) e do HC 100.968/ES (Doc. 48) por Sua Excelência, ambos relacionados à Ação Penal 300, objeto desta impetração.

Indeferi o pedido de medida liminar (Doc. 38).

Inconformada, a defesa interpôs Agravo Regimental, no qual alega competir *“privativamente à Presidência dessa col. Corte decidir acerca da existência de prevenção da relatoria nas causas em trâmite sob sua jurisdição, em*

## HC 149439 / DF

*respeito às normas regimentais de organização interna e à legislação processual” (Doc. 39 – fl. 5) e aponta equívoco na fundamentação apontada pra afastar a prevenção do Ministro RICARDO LEWANDOWISK. Requer “a reconsideração da r. decisão agravada para (i) com a sua nulificação, seja procedido o imediato e consequente encaminhamento do feito à Presidência desse col. Supremo Tribunal Federal para que decida acerca da prevenção para julgamento suscitada, relativamente ao em. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, em virtude do julgamento dos Habeas Corpus n.ºs. 92.893/ES e 100.968/ES; e, uma vez dirimida a questão da relatoria, (ii) seja concedida a medida liminar vindicada no presente writ” (Doc. 39 – fls. 15-16).*

Instada a se manifestar, a Procuradoria-Geral da República apresentou parecer assim sumariado (Doc. 52):

*HABEAS CORPUS. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. CRIME DE PECULATO. ALEGAÇÕES DE NULIDADES PROCESSUAIS. PRESCINDIBILIDADE DAS NOTAS TAQUIGRÁFICAS. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. INTERROGATÓRIO ANTERIOR À NOVA REDAÇÃO DO ART. 400 DO CPP (LEI N.º 11.719/08) - TEMPUS REGIT ACTUM. IMPUGNAÇÃO À DOSIMETRIA E À EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. VALORAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO QUE NÃO SE DETÉM À MERA DESCRIÇÃO DE ELEMENTARES DO TIPO. INEXISTÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. RAZOABILIDADE NO QUANTUM DA PENA E JUSTIFICATIVA IDÔNEA NA FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL. PENDÊNCIA DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO E AUSÊNCIA DE EFEITO SUSPENSIVO. ENTENDIMENTO FIRMADO NO JULGAMENTO DO HC 126.292/SP (PLENO/STF). PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO WRIT.*

Por meio de novo petítório (Doc. 53), a defesa promove aditamento ao writ e apresenta o seguinte pedido (Doc. 53 – fl. 19):

- 1) requer a ordem de habeas corpus para aplicação do



## HC 149439 / DF

regime prisional adequado ao caso, por analogia ao (ARE) 1052700, julgado com repercussão geral;

2) Em razão do fundamento utilizado pelo VOTO VENCEDOR DA EXASPERAÇÃO, na circunstância do crime, DA MIN. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA CONTER JUSTIFICATIVAS INIDÔNEA PARA APLICAÇÃO DE TAL VETORIAL, JÁ QUE O PACIENTE FOI ABSOLVIDO DA LAVAGEM DE CAPITAIS, e não participou de quaisquer dissimulações com empresas para receber “hipotéticos valores desviados”; sendo essa fundamentação exclusiva e adstrita ao tipo da lavagem de capitais; REQUER A ORDEM DE HABEAS CORPUS para excluir tal circunstância da pena do PACIENTE e redimensionar para 04 anos e aplicação do regime adequado.

### **É o relatório. Decido.**

Conforme apontado no momento em que indeferi o pedido de medida liminar, não deve ser reconhecida a apontada prevenção do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI para o julgamento desta ação.

Em consulta aos respectivos andamentos processuais, observo que o acórdão plenário proferido no julgamento do HC 92.893/ES transitou em julgado em **28/1/2009** e o da Primeira Turma, referente à apreciação do HC 100.968/ES, teve trânsito em **14/6/2010**. A seu turno, este HC 149.439/ES apenas me foi distribuído em 23/10/2017.

Em caso análogo, há decisão da Presidência deste Tribunal no seguinte sentido:

Os fundamentos que recomendam a reunião dos processos são a economia processual e a possibilidade de julgamentos contraditórios sobre a mesma causa. Confira-se, nesse sentido, a decisão proferida no **HC-AgR nº 83.501** (Rel. Min. **CARLOS VELLOSO**, DJ de 26.9.2003):

o procedimento interno de distribuição disciplinado por normas processuais e pelos respectivos dispositivos regimentais, determina o ministro relator do processo que

em hipóteses específicas, **por conveniência da instrução ou até mesmo para que se evitem decisões contraditórias**, estará prevento para relatar, atraindo, em consequência, para si, **os demais feitos que de alguma forma estejam entre si relacionados** . (Grifei)

Afastada a possibilidade de decisões conflitantes em razão do trânsito em julgado da decisão proferida no **HC nº 80.031**, não se justifica a distribuição do feito por prevenção.

(HC 106.794 Ministro CEZAR PELUSO, Presidente, DJe 31/5/2011)

Portanto, considerando as matérias veiculadas nesta ação, aliado ao longo período do trânsito em julgado das decisões proferidas no HC 92.893/ES e no HC 100.968/ES, é certo que não mais existe a possibilidade de incongruência entre essas decisões pretéritas e a que vier a ser exarada nestes autos, de modo que não remanesce justificativa para se aplicar as regras de prevenção constantes do RISTF.

Quanto ao exame das alegações veiculadas na exordial, não se identifica manifesto constrangimento ilegal a ensejar a concessão da ordem, conforme se passa a expor:

#### **I - QUANTO À EXECUÇÃO PROVISÓRIA DAS PENAS**

Por se tratar de julgamento em instância única, requer a defesa que o paciente *“responda em liberdade até o trânsito em julgado”* (Doc. 1 – fl. 83). Tal pedido, contudo, vai de encontro à atual jurisprudência do STF.

Conforme manifestei-me na Primeira Turma, em voto proferido no julgamento do RE 696.533 (Rel. Min. LUIZ FUX, Rel. p/ Acórdão Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe de 5/3/2018), a *presunção de inocência* é uma *presunção juris tantum*, que exige, para ser afastada, a existência de um mínimo necessário de provas produzidas por meio de

## HC 149439 / DF

um devido processo legal e está prevista no art. 9º da Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada em 26/8/1789 (“*Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado*”).

A *presunção de inocência* condiciona toda condenação a uma atividade probatória produzida pela acusação e veda, taxativamente, a condenação, inexistindo as necessárias provas, devendo o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio.

Trata-se de um dos princípios basilares do Estado de Direito como garantia processual penal, visando à tutela da liberdade pessoal e possui quatro básicos aspectos: (a) limitação à atividade legislativa; (b) critério condicionador das interpretações das normas vigentes; (c) critério de tratamento extraprocessual como inocente em todos os seus aspectos; (d) obrigatoriedade de o ônus da prova da prática de um fato delituoso ser sempre do acusador.

No direito brasileiro, a *presunção de inocência* é consagrada constitucionalmente pelo art. 5º, LVII, ao estabelecer que “*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*”. Com razão o eminente Ministro CELSO DE MELLO, Decano desta CORTE, quando alerta ser “*mais intensa, portanto, no modelo constitucional brasileiro, a proteção à presunção de inocência*” (voto no HC 126.292), em face da redação constitucional que se refere ao “*trânsito em julgado*”.

A condicionante constitucional ao “*trânsito em julgado*”, portanto, exige a análise de sua razão de existência, finalidade e extensão, para que seja possível, no exercício de interpretação constitucional, realizar a delimitação do âmbito normativo do inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal em face dos demais princípios constitucionais penais e processuais penais, em especial os da efetividade da tutela judicial, do juízo natural, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, estabelecidos nos incisos LIII, LIV, LV, LVI e LXI do referido artigo 5º.

A interligação e complementariedade entre todos esses princípios no exercício da persecução penal são ínsitas ao Estado democrático de

## HC 149439 / DF

Direito, uma vez que somente por meio de uma sequência de atos processuais, realizados perante a autoridade judicial competente, poderão obter-se provas lícitas produzidas com a integral participação e controle da defesa pessoal e técnica do acusado, a fim de obter-se uma decisão condenatória, escrita e fundamentada, afastando-se, portanto, a presunção constitucional de inocência.

A interpretação constitucional deverá superar aparentes contradições entre os citados princípios por meio da adequação proporcional do âmbito de alcance de cada um deles, de maneira harmônica e de modo a prestigiar o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido pelo legislador constituinte originário, garantindo-lhes a maior eficácia e aplicabilidade possível, pois, como salienta CANOTILHO, o intérprete deve “considerar a Constituição na sua globalidade e procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar” (*Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 2. Ed. Coimbra: Almedina, 1998).

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL deverá, portanto, compatibilizar o texto da Constituição Federal a partir da interdependência e complementaridade dos citados princípios e regras, que não deverão, como nos lembra GARCIA DE ENTERRÍA, ser interpretados isoladamente, sob pena de desrespeito à vontade do legislador constituinte (*Reflexiones sobre la ley e los principios generales del derecho*. Madri: Civitas, 1996, p. 30), sendo impositivo e primordial guardar a coerência lógica dos dispositivos constitucionais, analisando-os com prudência, razoabilidade e coerência, de maneira a impedir que a eficácia de uns simplesmente anule a eficácia dos demais, negando-lhes efetividade.

A eficácia do *princípio do juiz natural* exigirá, sempre, que a decisão criminal condenatória tenha sido proferida em ambas as instâncias ordinárias por integrantes do Poder Judiciário, com todas as garantias institucionais e pessoais previstas na Constituição Federal, devendo ser interpretada em sua plenitude, de forma a não só proibir a criação de Tribunais ou juízos de exceção, como também exigir respeito absoluto às

## HC 149439 / DF

regras objetivas de determinação de competência, para que não seja afetada a independência e a imparcialidade do órgão julgador.

A eficácia do *princípio da tutela judicial efetiva* estará observada quando houver o estrito cumprimento pelos órgãos judiciários dos princípios processuais previstos no ordenamento jurídico, em especial o *devido processo legal*, o *contraditório* e a *ampla defesa*, incluído o direito a uma dupla instância de mérito em relação aos recursos existentes (“*direito de recorrer*”), visando a assegurar a justa e imparcial decisão final e sua eficácia, após duas análises diversas da matéria fática e jurídica.

A eficácia do *devido processo legal* estará configurada quando presente sua dupla proteção individual, tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, cuja supressão exige decisão judicial escrita e fundamentada da autoridade competente (CF, art. 5º, LXI), como no âmbito formal, ao assegurar ao réu paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa, visando a impedir o arbítrio do Estado.

O *devido processo legal* tem como corolários a *ampla defesa* e o *contraditório*, que deverão ser assegurados a todos os litigantes. A eficácia do *princípio da ampla defesa* estará presente quando ao réu forem garantidas as condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade (direito à defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, à produção ampla de provas, a ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos previstos em lei, à decisão imutável, à revisão criminal) ou mesmo de calar-se, se entender necessário, enquanto a eficácia do *princípio do contraditório*, enquanto exteriorização da ampla defesa será respeitada quando houver a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa de a ele se opor ou de dar a versão que lhe convenha, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor da ação penal.

Por sua vez, a eficácia do inciso LVII do artigo 5º do texto constitucional estará observada, em cada etapa processual, se as três exigências básicas decorrentes da razão da previsão constitucional da

## HC 149439 / DF

*presunção de inocência* tiverem sido observadas pelo Poder Judiciário: (1) o ônus da prova dos fatos constitutivos da pretensão penal pertencer com exclusividade à acusação, sem que se possa exigir a produção por parte da defesa de provas referentes a fatos negativos (*provas diabólicas*); (2) necessidade de colheita de provas ou de repetição de provas já obtidas, sempre perante o órgão judicial competente, mediante o devido processo legal, contraditório e ampla defesa; (3) absoluta independência funcional dos magistrados na valoração livre das provas, tanto em 1ª quanto em 2ª instância, por possuírem cognição plena.

Respeitadas essas três exigências básicas, haverá eficácia nas finalidades pretendidas pela previsão constitucional da *presunção de inocência* no tocante à análise de mérito da culpabilidade do acusado, permitindo-se, conseqüentemente, a plena eficácia aos já citados *princípios da tutela judicial efetiva e do juízo natural*, com a possibilidade de as condenações criminais de mérito proferidas pelos Tribunais de 2º grau, no exercício de suas competências jurisdicionais, serem respeitadas, sem o “congelamento de sua efetividade” pela existência de *competências recursais restritas e sem efeito suspensivo* do Superior Tribunal de Justiça e do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, cuja atuação não possibilita a realização de novas análises probatórias e de mérito da questão penal, respectivamente, nos recursos especial e extraordinário; mesmo porque essa competência jurisdicional foi constitucionalmente atribuída às instâncias ordinárias do Poder Judiciário, definidas como únicos juízos naturais com cognição fática e probatória ampla.

Ignorar a possibilidade de execução provisória de decisão condenatória final de segundo grau – esgotada sua jurisdição –, escrita e fundamentada mediante a observância do devido processo legal, ampla defesa e contraditório e com absoluto respeito às exigências básicas decorrentes do princípio da *presunção de inocência* perante o juízo natural de mérito do Poder Judiciário – que, repita-se, não é o Superior Tribunal de Justiça, tampouco o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL –, seria atribuir eficácia zero ao *princípio da efetiva tutela jurisdicional*, em virtude de uma aplicação desproporcional e absoluta do *princípio da*

## HC 149439 / DF

*presunção de inocência*, que não estaria levando em conta, na interpretação constitucional, o *método da justeza ou conformidade funcional*, que aponta, como ensina VITAL MOREIRA, a necessidade de os órgãos encarregados da interpretação da norma constitucional não poderem chegar a uma posição que subverta, altere ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido pelo legislador originário (*Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 134 e ss.).

O “*esquema organizatório-funcional*” estabelecido pelo legislador constituinte no tocante à persecução penal estatal garante aos juízes e tribunais de 2º grau a competência para analisar o conjunto probatório e decidir o mérito das causas penais, afastando a não culpabilidade do réu e impondo-lhe pena privativa de liberdade, pela presença do que o Ministro NÉRI DA SILVEIRA denominava de “*juízo de consistência*” (HC 72.366/SP).

Essa análise do conjunto probatório não pode ser revista pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, pois, em relação a essas Cortes, a competência constitucional é restrita, não permitindo nova análise da justiça ou injustiça da valoração probatória realizada pelos juízos ordinários competentes.

Esse mesmo “*esquema organizatório-funcional*” autoriza constitucionalmente a prisão por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, e reserva para eventuais abusos dos tribunais de segunda instância a possibilidade do ajuizamento de *Habeas Corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça com recurso ordinário constitucional ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Exigir o trânsito em julgado ou decisão final do Superior Tribunal de Justiça ou do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL para iniciar a execução da pena aplicada após o esgotamento da análise de mérito da dupla instância judicial constitucionalmente escolhida como juízo natural criminal seria subverter a lógica de harmonização dos diversos princípios constitucionais penais e processuais penais e negar eficácia aos diversos dispositivos já citados em favor da aplicação absoluta e desproporcional de um único inciso do artigo 5º, com patente prejuízo ao princípio da

## HC 149439 / DF

tutela judicial efetiva.

A *tutela judicial efetiva*, inclusive, exige o início da execução provisória da pena como marco interruptivo da prescrição penal, de maneira a impedir a inefetividade da jurisdição penal em face da ocorrência de grandes lapsos temporais entre a sentença ou acórdão condenatório e eventual início do cumprimento da pena após o trânsito em julgado, postergado pela demora nos julgamentos dos recursos especiais e extraordinários.

Em que pese a respeitável posição em contrário, em quase 30 (trinta) anos do texto constitucional, foi essa a posição majoritária do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL por aproximadamente 23 (vinte e três) anos. Da promulgação da Constituição em 5 de outubro de 1988 até a decisão de 5 de fevereiro de 2009 (HC 84.078/MG, Rel. Min. EROS GRAU) e, posteriormente, de 17 de fevereiro de 2016 (HC 126.292, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI) – com a confirmação em repercussão geral no ARE 964.246, em 10 de novembro de 2016 – até o presente momento.

Durante mais de duas décadas, interpretando o alcance do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição de 1988, a CORTE considerou que a *presunção de inocência* não impedia o início da execução provisória de pena após o esgotamento do julgamento da apelação em segunda instância – ou mesmo quando o julgamento pelo Tribunal fosse proferido em instância única, em razão de foro por prerrogativa de função.

Em 28 de junho de 1991, o primeiro julgamento nesse sentido foi unânime, ausentes, ocasionalmente, o Ministro SYDNEY SANCHES, Presidente, e os Ministros MARCO AURÉLIO e CELSO DE MELLO (HC 68726/DF, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA), tendo o PLENÁRIO DA CORTE definido:

*HABEAS CORPUS. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA EM SEGUNDO GRAU. MANDADO DE PRISÃO DO PACIENTE. INVOCAÇÃO DO ART. 5, INCISO LVII, DA CONSTITUIÇÃO. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 669. A ORDEM DE PRISÃO, EM DECORRÊNCIA DE DECRETO DE CUSTODIA PREVENTIVA, DE SENTENÇA DE*



PRONUNCIA OU DE DECISÃO DE ÓRGÃO JULGADOR DE SEGUNDO GRAU E DE NATUREZA PROCESSUAL E CONCERNE AOS INTERESSES DE GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL OU DE EXECUÇÃO DA PENA IMPOSTA, APÓS O DEVIDO PROCESSO LEGAL. NÃO CONFLITA COM O ART. 5, INCISO LVII, DA CONSTITUIÇÃO. DE ACORDO COM O PAR. 2 DO ART. 27. DA LEI N 8.038/1990, OS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL SÃO RECEBIDOS NO EFEITO DEVOLUTIVO. MANTIDA, POR UNANIMIDADE, A SENTENÇA CONDENATÓRIA, CONTRA A QUAL O RÉU APELARA EM LIBERDADE, EXAURIDAS ESTAO AS INSTANCIAS ORDINARIAS CRIMINAIS, NÃO SENDO, ASSIM, ILEGAL O MANDADO DE PRISÃO QUE ÓRGÃO JULGADOR DE SEGUNDO GRAU DETERMINA SE EXPECA CONTRA O RÉU. *HABEAS CORPUS* INDEFERIDO.

Posteriormente, em 18 de dezembro de 1992, o posicionamento do TRIBUNAL foi confirmado no HC 69.964, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, com apenas dois votos vencidos (Ministros MARCO AURÉLIO e SEPÚLVEDA PERTENCE):

*HABEAS CORPUS*. PACIENTE RECOLHIDO A PRISÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO CONDENATÓRIA. PRETENDIDO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. PEDIDO SUBSIDIARIO DE PROGRESSAO DE REGIME. Contra decisão condenatória, proferida em única instância, por Tribunal estadual, cabe apenas recurso de índole extraordinária, sem efeito suspensivo, que não impede o cumprimento do mandado de prisão. Precedentes do STF. De outra parte, não configura constrangimento ilegal a falta de progressão no regime de cumprimento da pena, se o paciente ainda se acha, a requerimento próprio, fora do sistema penitenciário, em prisão especial, onde se torna impossível, por absoluta falta de meios, a realização do exame criminológico que, no caso, constitui pressuposto necessário a concessão do

## HC 149439 / DF

benefício (art.112, paragrafo único, c/c art. 8, da LEP). Pedido indeferido”.

Inúmeros outros julgados afirmaram e reafirmaram a tese, dos quais menciono apenas alguns:

Contra decisão condenatória, proferida em única instância por Tribunal estadual cabe, apenas, recurso de índole extraordinária – especial ou extraordinário – sem efeito suspensivo, o que possibilita o cumprimento do mandado de prisão, mesmo antes do seu trânsito em julgado. (HC 67.968, Rel. Min. PAULO BROSSARD, j. 28.8.92).

O julgamento do recurso de apelação, com desfecho condenatório, sem que se tenha o trânsito em julgado da decisão, não impede a prisão do réu. O direito do condenado permanecer em liberdade termina com o julgamento dos recursos ordinários. Os recursos de natureza extraordinária não têm efeito suspensivo (art. 27, § 2º da Lei 8.038/90). A jurisprudência do STF não vê incompatibilidade entre o que diz a lei e o disposto no artigo 5º, LVII da Constituição Federal. Recurso improvido. (RHC 71.959-7/RS, 2ª. Turma, Rel. Min. FRANCISCO REZEK, j. 3.2.1995).

O inciso LVII do art. 5º da CF, segundo o qual ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória’, impede, apenas, que o nome do réu seja desde logo lançado no rol dos culpados, mas não é obstáculo à sua prisão imediata, conforme precedente do Plenário do STF. (HC 73.968, rel. Min. SYDNEY SANCHES, j. 14.5.96).

“Firmou-se o entendimento do Tribunal no sentido de que não ofende o disposto no artigo 5º, LVII da Constituição a prisão imediata do condenado por decisão sujeita apenas a recursos sem efeito suspensivo, como o extraordinário e o especial.” (HC 75.233-1, 1ª Turma, Rel. p/ o acórdão Min.

MOREIRA ALVES).

A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a pendência do recurso especial ou extraordinário não impede a execução imediata da pena, considerando que eles não têm efeito suspensivo, são excepcionais, sem que isso implique em ofensa ao princípio da presunção de inocência. *Habeas corpus indeferido*. (HC 90.645, Rel. Min. MENEZES DIREITO, j. 11.9.2007).

No voto proferido no RHC 71.959-7/RS, julgado em 3 de fevereiro de 1995, portanto, há exatos 23 anos, o Relator, Ministro FRANCISCO REZEK, fez considerações que permanecem atuais:

(...) exaurido o primeiro grau de jurisdição penal com uma sentença condenatória, e exaurido o segundo grau com a confirmação da mesma – cabendo ainda recursos, mas de natureza não ordinária; cabendo recursos tão-só pela superabundante generosidade do sistema processual brasileiro – pode ter início a execução da sentença condenatória com o recolhimento do réu à prisão. O que me pareceu, desde o início, é que uma interpretação radical do preceito atinente à presunção de inocência faria sentido se pudéssemos combiná-la, dentro de certa ordem jurídica, com alguma parcimônia, com alguma compostura legislativa na determinação das regras de processo. Isso faria sentido num país onde não fosse tão longa a trilha recursiva possível no processo comum; onde, esgotadas as instâncias ordinárias, o processo pudesse dar-se por findo, não se abrindo válvulas especiais ou extraordinárias de recurso. Pareceu à maioria, portanto, que a maneira sensata de interpretar a regra constitucional da presunção de inocência é aquela que compatibiliza, de algum modo, o sentido nobre da regra com o fato de que nossa sistemática processual é superabundante em matéria de recursos. Podemos, então, admitir o início de execução da sentença penal condenatória quando exauridas as instâncias ordinárias, não obstante a

pendência, como neste caso, de um recurso especial – de resto trancado na origem, e para cujo destrancamento se tenta a via estreita do agravo de instrumento.

A possibilidade de execução provisória da pena foi, inclusive, o pressuposto básico para a edição de duas Súmulas do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, editadas em sessão Plenária de 24/9/2003:

**SÚMULA 716:** Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

**SÚMULA 717:** Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.

Trata-se do mesmo entendimento verificado no direito comparado, que, no máximo, exige para iniciar o cumprimento da pena a efetivação do duplo grau de jurisdição, conforme detalhadamente destacado no brilhante voto do saudoso Ministro TEORI ZAVASCKI (HC 126.292).

Da mesma maneira, não há nenhuma exigência normativa, seja na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de *San Jose* da Costa Rica), seja na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que condicione o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Ambas – respectivamente artigo 8.2 e artigo 6º, 2 – consagram o *princípio da presunção de inocência* até o momento em que a culpabilidade do acusado venha a ser legalmente comprovada, respeitados os demais princípios e garantias penais e processuais penais já analisados.

Conforme apontam JOSÉ RIBAS VIEIRA e RANIERI LIMA RESENDE, em detalhado artigo denominado “*Execução provisória da pena: Causa para a Corte Interamericana de Direitos Humanos?*”, que analisa importantes precedentes relacionados à presente hipótese (casos *Herrera*

## HC 149439 / DF

*Ulloa vs. Costa Rica, 2004; Ricardo Canese vs. Paraguay, 2004; Rosendo Cantú y outra vs. México, 2011; Mohamed vs. Argentina, 2012*):

(...) identifica-se com clareza a validade convencional da decisão condenatória criminal, desde que atendidos os pressupostos do devido processo legal e disponibilizado ao condenado um recurso de natureza ordinária dirigido à instância que lhe seja superior. Entretanto, cumpre registrar que não se identificou na Convenção Americana sobre Direitos Humanos um dispositivo normativo específico que condicione o cumprimento da condenação penal ao trânsito em julgado da causa. Do mesmo modo, não se logrou êxito em localizar precedente do Tribunal Interamericano a defender tal linha interpretativa.

As exigências decorrentes da previsão constitucional do *princípio da presunção de inocência* não são desrespeitadas mediante a possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade, quando a decisão condenatória observar todos os demais princípios constitucionais interligados; ou seja, quando o juízo de culpabilidade do acusado tiver sido firmado com absoluta independência pelo juízo natural, a partir da valoração de provas obtidas mediante o devido processo legal, contraditório e ampla defesa em dupla instância e a condenação criminal tiver sido imposta, em decisão colegiada, devidamente motivada, de Tribunal de 2º grau.

Esse entendimento, conforme anteriormente mencionado, é aplicável integralmente a todas as hipóteses excepcionais de prerrogativa de foro, nas quais, constitucionalmente, o Tribunal competente (órgão colegiado) é o único órgão do Poder Judiciário com competência originária e exclusiva para a análise do mérito da ação penal, com ampla cognição probatória.

O esgotamento legal da jurisdição de segundo grau ou do Tribunal competente nas hipóteses de prerrogativa de foro encerra a possibilidade recursal de cognição plena e da análise fática, probatória e jurídica

## HC 149439 / DF

integral, permitindo a execução provisória da pena em respeito ao princípio da tutela penal efetiva.

Esse posicionamento não retira a eficácia da previsão constitucional do inciso LVII do artigo 5º do texto constitucional, que, sob sua importante perspectiva processual (voto da Min. ELLEN GRACIE no HC 84.078), manterá sua incidência em relação aos demais efeitos da condenação criminal que deverão aguardar os julgamentos dos recursos especiais e extraordinários, com respectivo trânsito em julgado: efeitos extrapenais (indenização do dano), perda do cargo ou função pública, perda da primariedade e possibilidade de reincidência e aumento do prazo prescricional no caso do cometimento de nova infração penal, por exemplo.

Portanto, o cumprimento de mandado de prisão contra o agravante, para fins de execução provisória da reprimenda, não enseja constrangimento ilegal.

### II - QUANTO À NECESSIDADE DE RENOVAÇÃO DO INTERROGATÓRIO

Neste particular, esclareceu o Superior Tribunal de Justiça que o interrogatório do réu foi realizado antes da vigência da Lei 11.719/2008, de modo que é desnecessária a renovação do ato, ante o princípio *tempus regit actum*. Esse entendimento se amolda à jurisprudência desta CORTE, de que são exemplos: HC 147.237-AgR, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe de 12/4/2018; HC 123.228, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJe de 28/9/2015; RHC 120.468, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 26/3/2014; RHC 116.171, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe de 27/9/2013; HC 104.555, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, DJe de 15/10/2010.

Por oportuno, destaque-se que, no julgamento da Ação Penal 528, embora o Plenário do STF tenha afirmado que “O art. 400 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 11.719/2008, (...) deve prevalecer nas ações penais originárias perante o Supremo Tribunal Federal, em detrimento

## HC 149439 / DF

do previsto no art. 7º da Lei 8.038/90 nesse aspecto”, excepcionou as “ações nas quais o interrogatório já se ultimou” (AP 528-AgR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, DJe de 8/6/2011).

### III - QUANTO AO PEDIDO DE JUNTADA DAS NOTAS TAQUIGRÁFICAS

A defesa alega que a juntada aos autos das notas taquigráficas do julgamento é indispensável “à compreensão do exato sentido e alcance do acórdão (STJ, EDcl na APn. 596/GO, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, DJe de 16/12/2011), uma vez que o voto do Relator foi amplamente divergido e vencido, tendo ‘perdido’ a relatoria para MIN MARIA THEREZA DE ASSIS, razão pela qual o FATO NOVO se refere ao fato de o MINISTRO MAURO TER APRECIADO OS EMBARGOS DAS PARTES, quando em verdade deveria ser a MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS” (Doc. 1 – fls. 50-51).

O STJ assim decidiu a questão no julgamento dos primeiros Embargos de Declaração (Doc. 8 – fls. 17-22):

Não merece prosperar a alegação *sub examine*.

Isso porque, conforme bem destacado pela Corte Especial em recente julgado, “a juntada das notas taquigráficas [...] faz-se necessária apenas quando indispensáveis à compreensão do exato sentido e alcance do acórdão, vale dizer, apenas se verificado possível equívoco ou discrepância entre os pronunciamentos orais e a certidão de julgamento e/ou o acórdão [...]”.(EDcl na APn 675/GO, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 02/03/2016, DJe 26/04/2016).

(...)

Além do mais, uma vez publicado o acórdão, com todos os votos proferidos, ementa e certidão de julgamento, não há mais dúvida sobre o conteúdo dos votos a subsidiar a oposição de aclaratórios.

(...)

No caso em concreto, observo que o ora Embargante não

apontou especificamente nenhum prejuízo ou mesmo divergência entre o que foi debatido e o que consta nos votos que compõem o presente acórdão. Ao contrário, limitou-se a afirmar, genericamente, que recairiam sobre a "dosimetria da pena (fixada em quase o dobro do mínimo legal), preliminares diversas não acolhidas e mesmo quanto à culpabilidade, uma vez que a documentação ora acostada demonstra ser inverossímel a versão quanto ao recebimento do cheque da AGF SEGUROS, tratando-se deveras de sinistro de automóvel particular, ao contrário do quanto consignado o r. acórdão condenatório".

(...)

Assim, reiterando-se que todas as divergências que ocorreram durante a sessão de julgamento foram fielmente retratadas nos votos que compõem o acórdão ora embargado, não prospera a alegação *sub examine*.

(...)

A alegação *sub examine* já foi afastada, conforme acima explanado. Apenas cumpre ressaltar que a condenação do Embargante pelo crime de peculato nos casos "Seguro da Assembleia" e "Frigorífico Beija Flor" foi unânime (...).

Quanto à relatoria do processo, explicou-se (Doc. 13 – fl. 13):

Ademais, a permanência da Relatoria com este Relator se deu em conformidade com o que dispõe o art. 52, II, do Regimento Interno do STJ. Isso porque, conforme certidão de julgamento da ação penal, embora tenha havido as divergências ali consignadas, maior parte do voto proferido por esse Relator foi mantido pelo Plenário da Corte Especial, razão pela qual não há falar em incompetência para a apreciação dos embargos de declaração anteriormente opostos.

Não se verifica qualquer tipo de ilegalidade ou teratologia na decisão impugnada, que justificou a contento a desnecessidade de juntada das notas taquigráficas aos autos, assim como a manutenção da



## HC 149439 / DF

relatoria com o eminente Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES. Ressalte-se, ainda, que, tal como fez perante o STJ, o impetrante novamente traz argumentação genérica, sem demonstrar em que consistiria a nulidade aventada; tampouco houve indicação de prejuízo efetivamente sofrido pelo paciente, nem demonstração de qualquer ato ou fato sobre o qual a defesa não teve possibilidade de se manifestar e que teria, em virtude disso, gerado prejuízo capaz de nulificar o julgado.

Além desses fundamentos, que bem revelam a ausência de ato contrário à legislação, não se pode ignorar a regra segundo a qual não haverá declaração de nulidade quando não demonstrado o efetivo prejuízo causado à parte (*pas de nullité sans grief*). Pertinentes, a propósito dessa temática, as lições de ADA, SCARANCE e MAGALHÃES: *Sem ofensa ao sentido teleológico da norma não haverá prejuízo e, por isso, o reconhecimento da nulidade nessa hipótese constituiria consagração de um formalismo exagerado e inútil, que sacrificaria o objetivo maior da atividade jurisdicional* (*As nulidades no processo penal*, p. 27, 12<sup>a</sup> ed., 2011, RT). Nessa mesma linha de raciocínio: HC 130.433, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Rel. p/ Acórdão Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe de 19/4/2018; HC 132.149-AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 16/6/2017; RE 971.305-AgR, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe de 13/3/2017; RHC 128.827, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 13/3/2017; RHC 129.663-AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe de 16/5/2017; HC 120.121-AgR, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 9/12/2016; HC 130.549-AgR, Rel. Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, DJe de 17/11/2016; RHC 134.182, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe de 8/8/2016; HC 132.814, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, DJe de 1º/8/2016; AP 481-EI-ED, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe de 12/8/2014, este último assim ementado:

(...) 3. Além da arguição *opportune tempore* da suposta nulidade, seja ela relativa ou absoluta, a demonstração de prejuízo concreto é igualmente essencial para o seu reconhecimento, de acordo com o princípio do *pas de nullité sans*

*grief*, presente no art. 563 do Código de Processo Penal. Precedentes. (...)

#### IV - QUANTO À DOSIMETRIA DAS PENAS E ALEGAÇÃO DE *BIS IN IDEM*

Sustentam os impetrantes que há “*claramente a aplicação do bis in idem, já que somente o DEPUTADO ESTADUAL poderia firmar aquele tipo de contrato, não tendo quaisquer possibilidades para quaisquer servidores subalternos firmarem o mesmo*” (Doc. 1 – fl. 56). Assim, entendem que a circunstância de ser Deputado Estadual não deve ser considerada desfavorável para o fim de exasperação da pena referente ao peculato. Aduzem que exsurge claramente dos autos que o réu é primário e ostenta bons antecedentes, de modo que deve ser a ele aplicada a redução de pena prevista em lei, bem como a fixação de regime semiaberto, caso mantida a pena fixada nos presentes autos.

Na espécie, para exasperar a pena-base e fixar o respectivo *quantum*, o STJ ponderou (Doc. 13 – fls. 13-14):

O réu considera que houve exasperação irregular da pena, tendo em vista a ocorrência de *bis in idem*, pois sendo peculato crime personalíssimo e de mão própria, não se poderia “considerar a culpabilidade desfavorável ao réu pelo fato de ser Deputado Estadual, razão pela qual tal circunstância não deve ser considerada desfavorável para exasperar a pena do agente” (fl. 10.171). Além disso, aduz que a pena deveria ter sido fixada no mínimo legal, tendo em vista ser primário e com bons antecedentes, razão pela qual considera que deve ser fixado o regime inicial aberto de cumprimento da pena.

Inicialmente, cumpre apontar a imprecisão do ora Embargante de que o peculato é crime de mão própria. Isso porque é pacífico que se trata de crime funcional próprio. Além disso, “a condição especial funcionário público, no entanto, como elementar do crime de peculato, comunica-se ao particular que eventualmente concorra, na condição de coautor

ou participe, para a prática do crime, nos termos da previsão do art. 30 do CP" (BITENCOURT, Cezar Roberto. Código penal comentado. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012).

Feito esse esclarecimento, cumpre destacar também que, quanto à fixação da pena do ora Embargante, restou vencedor nesse ponto o voto proferido pela Exma. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, que assim consignou:

Passo a dosar a pena do réu JOSÉ CARLOS GRATZ, que condeno pelo peculato no caso da Assembleia Legislativa do Espírito Santo. O delito de peculato (art. 312 do Código Penal) é punido com reclusão de 2 a 12 anos e multa.

Examinando as circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal, verifico não haver nos autos elementos acerca dos antecedentes do acusado, de sua conduta social nem de sua personalidade, de modo que tais circunstâncias não podem ser valoradas negativamente. É inaplicável ao delito em questão o "comportamento da vítima". Os motivos do crime são inerentes ao agente do delito de peculato. As circunstâncias são especialmente reprováveis, haja vista a utilização de mais de uma empresa para o recebimento dos valores desviados, de forma a dificultar a ciência do ilícito tanto pela Assembleia como pelos órgãos públicos de fiscalização. As consequências do delito também foram bastante graves, haja vista o elevado montante que foi objeto de desvios dos cofres da Assembleia Legislativa – de acordo com o Ministro Relator, o valor anual recebido pelas corretoras foi de aproximadamente R\$ 1.500.000,00. Também a vetorial da culpabilidade é desfavorável ao réu, que desvirtuou sua função de Deputado Estadual, o que torna sua culpabilidade, sem dúvida, mais reprovável do que a de um servidor público subalterno que age em falta funcional.

(...)

Diante dessas condições desfavoráveis, fixo a pena-base em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Não estão presentes circunstâncias agravantes ou atenuantes, nem causas de aumento ou diminuição.

Assim, fixo a pena definitiva em **5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão**.

O regime inicial de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2º, "a", do Código Penal, é o fechado, considerado o montante da pena e especialmente as circunstâncias negativas identificadas.

(destaques nossos)

A dosimetria da pena, como se sabe, está ligada ao mérito da ação penal, ao juízo que é realizado pelo magistrado sentenciante após a análise do acervo probatório amealhado ao longo da instrução criminal. Daí ser inviável, na via estreita do *Habeas Corpus*, reavaliar os elementos de convicção, a fim de se redimensionar a sanção. O que está autorizado, segundo reiterada jurisprudência desta CORTE, é apenas o controle da legalidade dos critérios invocados, com a correção de eventuais arbitrariedades (cf. HC 136.495, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Rel. p/ Acórdão Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe de 24/10/2017; HC 105.802, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 4/12/2012; HC 94.125, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, DJe de 6/2/2009; HC 102.966-AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe de 21/3/2012; HC 110.390, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe de 22/10/2012).

Na espécie, para exasperar as penas-base e fixar os respectivos montantes, o STJ destacou (a) as reprováveis **circunstâncias**, decorrentes sobretudo da utilização de várias empresas para o recebimento dos valores desviados, de forma a dificultar a ciência do ilícito tanto da Assembleia como pelos órgãos de fiscalização; (b) as graves **consequências**, reveladas pelo elevado montante que foi objeto de desvios dos cofres da Assembleia Legislativa; e (c) a **culpabilidade** desfavorável em razão do grau de responsabilidade do cargo exercido pelo agente, que desvirtuou sua função de Deputado Estadual.

De se ver, portanto, que as **particularidades do caso concreto**, invocadas para qualificar as circunstâncias judiciais, constituem fundamentação idônea para a exasperação da pena, notadamente no que

## HC 149439 / DF

diz respeito à **culpabilidade** do agente, pois “a quebra do dever legal de representar fielmente os anseios da população e de quem se esperaria uma conduta compatível com as funções por ele exercidas, ligadas, entre outros aspectos, ao controle e à repressão de atos contrários à administração e ao patrimônio públicos, distancia-se, em termos de culpabilidade, da regra geral de moralidade e probidade administrativa imposta a todos os funcionários públicos, cujo conceito está inserido no art. 327 do Código Penal, não se confunde com a qualidade funcional ativa exigida pelo tipo penal previsto no art. 312 do Código Penal” (RHC 125.478-AgR, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, DJe de 27/2/2015).

Por outro lado, a fixação do regime inicial de cumprimento da pena não está atrelada, de modo absoluto, ao *quantum* da sanção corporal aplicada, devendo-se considerar as especiais circunstâncias do caso concreto. Assim, desde que o faça em decisão motivada, o magistrado sentenciante está autorizado a impor ao condenado regime mais gravoso do que o recomendado nas alíneas do § 2º do art. 33 do Código Penal. Esse entendimento se amolda à jurisprudência cristalizada na Súmula 719 (*A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea*) e replicada em diversos julgados: RHC 134.494-AgR (Relator Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe 9/5/2017); RHC 128.827 (Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe 13/3/2017); RHC 122.620 (Relato Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe 13/8/2014); HC 118.733 (Relator Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe 17/12/2013).

Na espécie, o STJ estipulou o regime inicial fechado para cumprimento da reprimenda, “considerado o montante da pena e especialmente as circunstâncias negativas identificadas”. Essa fundamentação se mostra **apta** a justificar a imposição de regime mais severo, fechado, como medida necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Enfim, diversamente do alegado na **Petição 27.657**, de 9/5/2018 (Doc.

## HC 149439 / DF

53), o entendimento firmado no julgamento do ARE 1.052.700-RG (Rel. Min. EDSON FACHIN, REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO, DJe de 1º/2/2018), acerca da inconstitucionalidade da “fixação ex lege, com base no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, do regime inicial fechado, devendo o julgador, quando da condenação, ater-se aos parâmetros previstos no artigo 33 do Código Penal” não conflita com a compreensão ora exposta. Primeiro, porque na espécie não se invoca a Lei de Crime Hediondo e, segundo, porque a fixação do regime inicial de cumprimento da pena se deu justamente à luz do referido art. 33 do CP.

### V - QUANTO AO MOMENTO DA CONSUMAÇÃO DO PECULATO E À ATIPICIDADE DA CONDUCTA

Sobre o tema, assentou o STJ no julgamento dos primeiros embargos de declaração:

Aduz o réu que houve omissão quanto ao momento de consumação do crime de peculato, sustentando que a denúncia “somente descreve a atuação do réu no momento subsequente ao da prática do peculato: ou seja, no momento do exaurimento do crime”.

A esse respeito, consignou o acórdão recorrido:

A primeira apólice do seguro, assinada pelo réu Valci José Ferreira de Souza, teve vigência até 1ª de janeiro de 1997, quando a Assembleia Legislativa e a AGF Brasil Seguros S/A firmaram a apólice V.G. nº 24.93.0000022 e APC nº 24.82.0000002, que tratou de novo contrato de Seguro de Vida em grupo e/ou Acidentes Pessoais Coletivo (fls. 4.625/4.641). A nova apólice foi firmada pelo réu José Carlos Gratz. No entanto, o relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito aponta que, na data de sua assinatura, “o Presidente da Assembleia Legislativa era o Deputado Ricardo Ferraço, tendo o então deputado José Carlos Gratz vindo a assumir a Presidência da Casa

somente no dia 1º de Fevereiro de 1997. Logo, o referido contrato jamais poderia ter a assinatura do Deputado José Carlos Gratz " (fl. 8.636). A negociação foi intermediada pela corretora Roma Administradora e Corretora de Seguros Ltda., que, por sua vez, era representada pelo réu João de Sá Netto. A documentação juntada aos autos mostra que o réu José Carlos Gratz ordenou os seguintes pagamentos da Assembleia Legislativa à AGF Brasil Seguros S.A: [...] Por fim, em 2003, os pagamentos foram realizados em 29/1/03, 20/3/03 e o último em 9/4/03. Os dois primeiros foram no valor de R\$ 197.184,48 e o último na quantia de R\$ 188.611,50. Assim, em 2003, houve o desembolso no valor de R\$ 582.980,46. Assim, no período considerado, o réu José Carlos Gratz ordenou o pagamento na quantia total de R\$ 5.315.407,98 (cinco milhões, trezentos e quinze mil, quatrocentos e sete reais e noventa e oito centavos) para a AGF Brasil, sendo o pagamento intermediado por corretoras de seguro de propriedade dos réus Francisco Carlos Perrout, Luiz Carlos Mateus e João de Sá Netto (Grifos no original).

Na verdade, conforme consta no excerto acima transcrito, **ao contrário do que afirmou o ora Embargante, foi ele quem firmou a nova apólice do contrato de seguro da Assembleia, bem como ordenou o pagamento na quantia total de R\$ 5.315.407,98 (cinco milhões, trezentos e quinze mil, quatrocentos e sete reais e noventa e oito centavos) para a AGF Brasil**, sendo o pagamento intermediado por corretoras de seguro de propriedade dos réus Francisco Carlos Perrout, Luiz Carlos Mateus e João de Sá Netto.

(destaques nossos)

Delineado este quadro fático pela instância *a quo*, não há como acolher a alegação de que “o RÉU apenas realizou os pagamentos, não tendo participação na consumação do tipo” (Doc. 1 – fl. 77). Isso porque, para se chegar ao referido entendimento, seria indispensável a análise de provas,

## HC 149439 / DF

providência inadmissível nesta via processual.

Em suma, é inviável o *Habeas Corpus* quando ajuizado com o objetivo “(a) de promover a análise da prova penal; (b) de efetuar o reexame do conjunto probatório regularmente produzido; (c) de provocar a reapreciação da matéria de fato e (d) de proceder à revalorização dos elementos instrutórios coligidos no processo penal de conhecimento” (HC 118912 AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe de 13/2/2014). No mesmo sentido: HC 117252 AgR, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 24/9/2013; HC 115609, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 1/4/2013; HC 93368, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 25/8/2011).

### VI - QUANTO AOS PEDIDOS DE DETRAÇÃO E DE DEFERIMENTO DE PRISÃO DOMICILIAR

Registra-se, enfim, que o pedido de detração e as questões relacionadas ao estado de saúde do paciente não foram enfrentados pelo ato impugnado, de modo que não cabe a esta CORTE, por primeiro, examiná-los, sob pena de indevida supressão de instância e contrariedade à repartição constitucional de competências. Não há óbice à formulação das pretensões no Juízo responsável pela execução da pena.

Diante do exposto, com base no art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, INDEFIRO a ordem de *HABEAS CORPUS*. Prejudicada, em consequência, a análise do Agravo Regimental interposto.

Publique-se.

Brasília, 22 de agosto de 2018.

Ministro **ALEXANDRE DE MORAES**

Relator

*Documento assinado digitalmente*