

25/10/2011

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 108.858 SÃO PAULO

RELATOR	: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI
PACTE.(S)	: SERGIO LUIZ FANELLI DE LIMA
IMPTE.(S)	: SERGIO LUIZ FANELLI DE LIMA JUNIOR
COATOR(A/S)(ES)	: RELATOR DO HABEAS CORPUS 177408 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PENAL. PACIENTE CONDENADO PELO CRIME DE PECULATO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO ART. 1º, I, DO DECRETO-LEI 201/1967. FIXAÇÃO DA MESMA PENA PARA O PACIENTE E CORRÉU. OFENSA AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. INOCORRÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS COMUNS AOS CORRÉUS E RELATIVAS AO FATO CRIMINOSO EM SI. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA.

I – Esta Corte já assentou entendimento no sentido de que não viola o princípio da individualização da pena a fixação da mesma pena-base para corréus se as circunstâncias judiciais são comuns. Precedentes.

II – De acordo com a jurisprudência desta Corte, somente em situações excepcionais é que se admite o reexame dos fundamentos da dosimetria levada a efeito pelo juiz a partir do sistema trifásico, o que não se verifica no caso sob exame.

III – A reprimenda fixada, definitivamente, em três anos de reclusão em regime semiaberto não desbordou os lindes da proporcionalidade e da razoabilidade, não havendo, a meu ver, flagrante ilegalidade ou teratologia que justifiquem a concessão da ordem, sendo certo que não se pode utilizar “o habeas corpus para realizar novo juízo de reprovabilidade, ponderando, em concreto, qual seria a pena adequada ao fato pelo qual condenado o Paciente (HC 94.655/MT, Rel. Min. Cármen Lúcia).

IV – Ordem denegada.

HC 108.858 / SP

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Ayres Britto, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por decisão unânime, denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa.

Brasília, 25 de outubro de 2011.

RICARDO LEWANDOWSKI – RELATOR

25/10/2011

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 108.858 SÃO PAULO

RELATOR	: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI
PACTE.(S)	: SERGIO LUIZ FANELLI DE LIMA
IMPTE.(S)	: SERGIO LUIZ FANELLI DE LIMA JUNIOR
COATOR(A/S)(ES)	: RELATOR DO HABEAS CORPUS 177408 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO **RICARDO LEWANDOWSKI** (RELATOR): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de medida liminar, impetrado por Sergio Luiz Fanelli de Lima Junior em favor de SERGIO LUIZ FANELLI DE LIMA, contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem no HC 177.408/SP, Rel. Min. Laurita Vaz.

O impetrante narra, de início, que o paciente, Procurador Jurídico da Prefeitura de Águas de São Pedro/SP e o corréu Luiz Antônio de Mitry Filho, então Prefeito daquela municipalidade, foram condenados às penas de seis anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais noventa dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 312 do Código Penal (peculato).

Prossegue afirmando que, inconformado, o paciente interpôs apelação, alegando, basicamente, afronta ao princípio da individualização da pena, uma vez que ambos os corréus, apesar de ostentarem situações jurídicas diversas, receberam a mesma pena, não tendo o édito condenatório analisado as respectivas participações nos fatos, o que acarretaria sua nulidade.

Relata, em seguida, que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu provimento ao recurso para desclassificar o crime para o previsto no art. 1º, I, do Decreto-lei 201/1967 e reduzir a reprimenda imposta aos réus

HC 108.858 / SP

para três anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, e cancelar a pena de multa, o que ensejou a oposição de embargos de declaração.

Destaca, nesse passo, que, embora tenham sido recebidos os declaratórios, a suposta violação ao princípio da individualização da pena não foi reconhecida.

A defesa manejou, então, recursos especial e extraordinário, os quais não foram admitidos, o que deu ensejo ao ajuizamento dos competentes agravos de instrumento. Contra as decisões das Cortes Superiores, que não conheceram dos recursos, foram interpostos agravos regimentais, aos quais foi negado provimento.

Ainda irrequieta, a defesa impetrou *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, sendo a ordem denegada.

É contra essa decisão que se insurge o impetrante.

Alega, em suma, a nulidade da sentença condenatória, maculada pela afronta ao princípio constitucional da individualização da pena.

Argumenta, em seguida, que embora os atos atribuíveis a cada um dos réus sejam diversos, a pena imposta foi idêntica, sem a devida valoração da conduta de cada um.

Diz, em acréscimo, que o juízo de primeiro grau, ao prolatar a sentença condenatória, utilizou-se de fatos atribuídos ao corréu para agravar a pena do paciente, quais sejam, a alteração de notas fiscais e dispensa de licitação, atos inerentes ao cargo de prefeito.

Requer, ao final, o deferimento de medida liminar para suspender o cumprimento da pena restritiva de liberdade. No mérito, postula a

HC 108.858 / SP

concessão da ordem para declarar a nulidade absoluta da decisão condenatória, a fim de que outra seja proferida.

Em 14/6/2011, indeferi a medida liminar e, estando bem instruídos os autos, determinei fosse ouvido o Procurador-Geral da República.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Edson Oliveira de Almeida, opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

25/10/2011

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 108.858 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR): Bem examinados os autos, tenho que o caso é de denegação da ordem.

O acórdão ora questionado foi assim ementado:

“HABEAS CORPUS. PENAL. PECULATO. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. UTILIZAÇÃO DOS MESMOS FUNDAMENTOS PARA AGRAVAR AS PENAS-BASE DOS CORRÉUS. CIRCUNSTÂNCIAS IDÊNTICAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. ORDEM DENEGADA.

1. Não viola o princípio da individualização da pena a utilização dos mesmos fundamentos para fixar a reprimenda dos corréus quando todas as circunstâncias negativamente valoradas são comuns aos acusados, mormente quando relativas ao fato delituoso, como in casu.

2. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

3. Ordem denegada”.

Conforme relatado, o impetrante sustenta a nulidade da sentença condenatória por violação ao princípio da individualização da pena, ao argumento de que o magistrado sentenciante impôs idêntica reprimenda ao paciente e a corréu, deixando de analisar a conduta de cada um.

A irresignação, entretanto, não procede.

Inicialmente, rememoro a imputação feita ao paciente:

“Segundo a inicial, os réus receberam um cheque doado pelo Grande Hotel – Senac, preenchido naquele valor de R\$ 24.400,00 (vinte e quatro mil e quatrocentos reais). Com tal cheque adquiriram,

HC 108.858 / SP

sem licitação, um caminhão (Mercedes Benz, azul, ano 1985, placas GOT-1890), pertencentes a Orlando Baltieri. O cheque foi depositado na conta desse, o qual ficou com R\$ 23.000,00 (vinte e três mil reais), que era o preço ajustado, devolvendo o excedente, R\$ 1.400,00 (um mil e quatrocentos reais) nas mãos de Sérgio Luiz. A compra e venda não constou de qualquer documento dos arquivos do Município.

Ainda conforme a inicial, foi realizado um negócio simulado, 'adquirindo-se' aquele mesmo caminhão, sendo que a compra foi documentada por meio de nota fiscal falsificada (expedida em nome de José Bueno Alcântara – ME), tendo sido emitidos dois cheques, um no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) e outro no valor de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), depositados na conta de 'terceiros estranhos ao negócio' (Elizabeth Helena Hetesi e Renato Alcebiades Lopes).

Em síntese, são os termos da inicial".

Pois bem. Em que pese o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ter reformado o édito condenatório para desclassificar as condutas imputadas e diminuir a sanção imposta, a leitura da sentença de primeiro grau permite concluir que a fixação da mesma pena-base aos corréus decorreu da identidade das circunstâncias consideradas na primeira etapa da dosimetria da pena, em especial as atinentes ao fato criminoso em si ou dele decorrentes, conforme se verifica pelo trecho seguinte da sentença:

"(...)

1. Há sérios indícios de que os réus possuem personalidade voltada para a prática de crimes perpetrados contra Administração Pública.

Tal conclusão é possível a partir da análise dos documentos que instruem o apenso de antecedentes, os quais dão conta que os acusados ostentam outros processos envolvendo peculatos e ilícitos contra a administração pública.

As circunstâncias do crime também militam em detrimento dos réus, porquanto, na condição de Prefeito e Procurador do município, deveriam ser os acusados os primeiros a zelarem pelos interesses do erário municipal.

HC 108.858 / SP

Ao invés disso, os réus, fazendo uso indevido de seus cargos, apropriaram-se da quantia mencionada na inicial.

Por isso, sua conduta acaba tendo uma maior repercussão social negativa, servindo até mesmo de estímulo para que outros agentes públicos descumpram seus deveres.

O modo de operação também denota uma maior culpabilidade, bem acima da média verificada nessa espécie de delito.

Para a prática do crime houve dispensa ilegal de licitação, notadamente quanto ao caminhão adquirido de Orlando Baltieri.

Fora isso, também houve a adulteração de notas fiscais.
(...)

4. Consequências do crime. Os valores desviados da prefeitura, atualizados, chegam a quase R\$ 50.000,00, o que consiste numa soma bastante elevada, principalmente levando em conta o tamanho e a capacidade econômica, o qual, ressalto, tem menos de cinco mil habitantes.

Péssima conduta pessoal dos acusados, os quais assediaram testemunhas, dentre elas Paulo Zanatta e Mauro Miranda, prejudicando a marcha processual, sendo que a testemunha Mauro chegou a sofrer sérias represálias" (grifos meus).

O Tribunal bandeirante, por sua vez, ao dar parcial provimento ao recurso de apelação interposto pela defesa, desclassificou o delito para o previsto no art. 1º, I¹, do Decreto-lei 201/1967, tendo assentado, no tocante à pena-base, o que se segue:

1 “Art. 1º São crimes de responsabilidade do Prefeito Municipal, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:

I – apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio;
(...)

§ 1º Os crimes definidos neste artigo são de ação pública, punidos os dos itens I e II, com a pena de reclusão, de dois a doze anos, e os demais, com a pena de detenção, de três meses a três anos”.

HC 108.858 / SP

“(…)

Com relação à fixação da pena-base, merecem acolhida parcial os recursos dos réus, uma vez que a circunstância de os réus apresentarem a condição de servidores públicos é elementar do crime, onde se pressupõe uma lesão ao bem jurídico tutelado, que é a Administração Pública, particularmente em relação ao seu interesse patrimonial e moral.

Houve, no entanto, no caso concreto, uma circunstância judicial desfavorável aos réus, e neste ponto temos que concordar com o magistrado prolator da sentença, que foi o modo de execução do crime, extremamente lesivo ao bem jurídico tutelado, envolvendo falsificação de documentos, forjamento de procedimento de dispensa de licitação, bem como envolvimento de terceiros” (grifos meus).

Vê-se, pois, que o acórdão estadual acertadamente deixou de considerar, na fixação da reprimenda, a condição de agentes públicos dos réus, a qual, como se sabe, é elementar do crime previsto no Decreto-lei 201/1967, não podendo, desta feita, ser considerada no cálculo da pena. Por outro lado, assentou, também, que o modo de execução de delito deveria ser sopesado em desfavor dos acusados, porque extremamente lesivo à moralidade pública.

Nesse contexto, entendo que, após os reparos feitos pela Corte estadual na dosimetria da sanção, não há falar em nulidade do édito condenatório, pois, como já mencionado, a circunstância judicial valorada em desfavor dos réus – *modus operandi* - está relacionada ao fato delituoso e lhes é comum.

Destaco, por oportuno, que, embora não tenha sido consignado no acórdão da Corte paulista, a atuação do paciente na empreitada criminosa foi intensa e revestida de alto grau de reprovabilidade. É o que se infere dos seguintes excertos do decreto condenatório:

HC 108.858 / SP

“(…)

Nesse ponto, ressalto que não há qualquer motivo concreto para duvidar da idoneidade das informações prestadas por Mauro Miranda.

Tal testemunha teve sua credibilidade questionada pela Defesa, a qual chegou a apresentar contradita por motivo de inimizade para com os réus.

Entretanto, não há nos autos uma única prova sequer que demonstre tal inimizade.

O que na verdade ocorreu foi uma série de represálias em detrimento de Mauro Miranda, feitas em função daquelas primeiras declarações prestadas no inquérito civil da Promotoria de Justiça de São Pedro.

Mauro esclareceu que, em 19 de junho de 1999, foi procurado por Sérgio Fanelli o qual pediu a ele que alterasse seu depoimento: ‘pois as declarações até então prestadas comprometiam o co-réu Luiz de Mitry’ (fls. 2.980).

Todavia, Mauro manteve a coerência de suas informações, inclusive quando da diligência de acareação realizada pela autoridade policial, confrontando Mauro e Antonio Pereira de Moraes (termo de acareação – fls. 543/544).

Naquela oportunidade, Mauro disse que: ‘realmente recebeu o cheque das mãos de Antonio Pereira de Moraes... Sérgio Luiz Fanelli de Lima o procurou em junho do ano passado, pedindo-lhe para mudar seu depoimento na Justiça, pois a história não poderia ser contada do modo como vem sendo’ (fls.543).

(…)

Por ter mantido sua versão, Mauro sofreu represálias, tendo relatado que: ‘teve sua concessão revogada (exploração de carrinhos para recreação em Águas de São Pedro), seu estabelecimento foi lacrado e seus carrinhos foram apreendidos’, tudo isso depois de ter informado a Sérgio Fanelli naquele dia 19 de junho de 1.999, que não mudaria seu depoimento (fls. 2979/2981).

(…)

O outro cheque emitido pela prefeitura, também assinado por Luiz de Mitry, preenchido no valor de R\$ 8.000,00, acabou sendo

HC 108.858 / SP

depositado na conta de Renato Alcebiades Lopes, o qual sacou o dinheiro, entregando a quantia ao acusado Sérgio Fanelli, que na época ocupava o cargo de Procurador Geral do Município.

Renato asseverou que: 'recebeu um cheque no valor de R\$ 8.000,00, da Caixa Econômica Federal da cidade de Águas de São Pedro, personalizado em nome a prefeitura municipal de Águas de São Pedro, o qual estava nominal a um terceiro, cujo nome não se recorda... recebeu o referido cheque diretamente da pessoa do doutor Sérgio Fanelli... Sérgio pediu para que depositasse o cheque em sua conta bancária a fim do mesmo ser compensado e devolvido em espécie para ele... após a compensação entregou todo o dinheiro para o doutor Sérgio Fanelli' (fls. 497).

(...)

Um outro aspecto de toda a empreitada delituosa, concerne ao fato de que jamais houve duas caçambas.

A caçamba compactadora instalada no caminhão comprado de Orlando Baltieri é aquela que já tinha sido adquirida da prefeitura de São Pedro e que foi dada pelos acusados como 'inservível' (decreto municipal – fls 1163/1164).

(...)

Ainda nesse desiderato, é forçoso mencionar as declarações prestadas por Marli Aparecida Barboza (então vice-prefeita), a qual, perante a autoridade policial, informou que 'em conversa informal com o Procurador Sérgio Luiz Fanelli de Lima o mesmo afirmou que, em verdade, a caçamba atual de lixo era a caçamba velha que havia sido adquirida da prefeitura de São Pedro e que portanto não existia uma caçamba nova' (fls. 481).

Marli disse ainda que o gerente do Grande Hotel 'sabia de tudo'.

Tal conversa foi gravada e o respectivo laudo de degravação corrobora as informações de Marli.

Dentre os diversos dizeres incriminadores contidos em tal laudo, imputados a Fanelli, é possível ressaltar, dentre outras, a afirmação de que: 'que a história da caçamba é essa... já tá tudo no caixa, no meu caixa dois''' (grifos meus).

HC 108.858 / SP

Assim, não viola o princípio da individualização da pena a sentença que fixa aos corréus a mesma pena-base quando fundada em circunstâncias judiciais comuns a eles. A corroborar essa assertiva, transcrevo a ementa do HC 93.234/SP, Rel. Min. Eros Grau:

“HABEAS CORPUS. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. NULIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. INEXISTÊNCIA. INADEQUAÇÃO DO HABEAS CORPUS PARA EXAME DE FATOS E PROVAS. 1. Os vícios resultantes da individualização da pena acarretam apenas a nulidade parcial da sentença, não afetando o juízo condenatório. 2. O habeas corpus não é a via processual adequada ao exame dos fatos e provas que influíram na fixação da pena. 3. Inexistência, no caso, de vício formal na sentença, eis que o Juiz analisou as circunstâncias legais e particulares para a fixação da pena de cada corréu. 4. O fato de o cálculo da pena, na primeira fase, ter sido realizado de forma conjunta para os réus, deu-se em razão das circunstâncias judiciais, que motivaram o aumento da pena, serem idênticas em relação a eles. Ordem denegada” (grifos meus).

Por outro lado, tenho que a reprimenda fixada, definitivamente, em três anos de reclusão, em regime semiaberto, pela prática de um delito em que a pena abstratamente cominada vai de dois a doze anos de reclusão, não desbordou os lindes da proporcionalidade e da razoabilidade, não havendo, a meu ver, flagrante ilegalidade ou teratologia que justifiquem a concessão da ordem, sendo certo que não se pode utilizar *“o habeas corpus para realizar novo juízo de reprovabilidade, ponderando, em concreto, qual seria a pena adequada ao fato pelo qual condenado o Paciente”* (HC 94.655/MT, Rel. Min. Cármen Lúcia).

No mesmo sentido, cito, entre outros, os seguintes precedentes de ambas as Turmas deste Tribunal: 95.864/SE, Rel. Min. Cármen Lúcia; HC 95.679/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie.

Na mesma esteira manifestou-se o Ministério Público Federal, que

HC 108.858 / SP

teceu as seguintes considerações:

“(…)

O acórdão do Tribunal estadual, ao individualizar a pena e fixar a pena-base acima do mínimo, considerou como circunstância judicial desfavorável, comum aos corréus: ‘o modo de execução do crime, extremamente lesivo ao bem jurídico tutelado, envolvendo falsificação de documentos, forjamento de procedimento de dispensa de licitação, bem como envolvimento de terceiros’.

Tal o quadro, não cabe falar em ofensa ao princípio da individualização da pena: ‘o fato de o cálculo da pena, na primeira fase, ter sido realizado de forma conjunta para os réus, deu-se em razão das circunstâncias judiciais, que motivaram o aumento da pena, serem idênticas em relação a eles’ (HC 93.234/SP, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, Dje de 25.04.2008; RHC 83.072/RJ, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ de 26.03.2004; HC 70.931/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 06.05.1994)”.

Por fim, em consulta ao andamento processual do agravo de instrumento interposto nesta Corte pelo paciente (AI 781.732/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia) em face da decisão que não admitiu o recurso extraordinário, verifico que foi negado seguimento ao recurso, sendo tal *decisum* mantido pela Primeira Turma deste Supremo Tribunal no agravo regimental que se seguiu. Em 10/5/2010 foi certificado o trânsito em julgado da condenação.

Logo, como tenho reiteradamente assentado, salvo em hipóteses excepcionais de evidente teratologia ou de flagrante cerceamento de defesa, que impliquem em grave prejuízo para o réu, considero que o *habeas corpus*, em que pese configurar remédio constitucional de largo espectro, não pode ser empregado como sucedâneo de revisão criminal.

Ante o exposto, denego a ordem.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 108.858

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

PACTE.(S) : SERGIO LUIZ FANELLI DE LIMA

IMPTE.(S) : SERGIO LUIZ FANELLI DE LIMA JUNIOR

COATOR(A/S) (ES) : RELATOR DO HABEAS CORPUS 177408 DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: ordem denegada, nos termos do voto do Relator.
Decisão unânime. Ausente, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim
Barbosa. **2ª Turma**, 25.10.2011.

Presidência do Senhor Ministro Ayres Britto. Presentes à
sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e
Ricardo Lewandowski. Ausente, licenciado, o Senhor Ministro
Joaquim Barbosa.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo da Rocha Campos.

Karima Batista Kassab
Coordenadora