



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

N. 48.814 – WNB/2021

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* Nº 202571/AL

RECTE.(S): ZULEIDO SOARES DE VERAS

RECDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATOR: MINISTRO EDSON FACHIN – SEGUNDA TURMA

Autos eletrônicos distribuídos a este gabinete em 31/05/2021.

RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. PECULATO. PENA-BASE. NEGATIVIZAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DA CULPABILIDADE DO AGENTE E DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. PREJUÍZO SOCIAL À POPULAÇÃO LOCAL E DANO DE MONTA AO ERÁRIO. ELEMENTOS DISTINTOS. LEGALIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO DE *BINS IN IDEM*. AUSENTE DEMONSTRAÇÃO DE SITUAÇÃO DO ART. 580 DO CPP. PARECER PELO NÃO PROVIMENTO DO RECURSO EM *HABEAS CORPUS*.

Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto em favor de ZULEIDO SOARES DE VERAS, com fundamento no art. 102, II, “a”, da CF, contra acórdão do STJ, que não conheceu de *writ*, mas recalculou a pena-base em sede de condenação por peculato. O acórdão está assim ementado:

“PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. PECULATO. DOSIMETRIA. CULPABILIDADE ACENTUADA. CONSEQUÊNCIAS. VALORAÇÃO DO PREJUÍZO AO ERÁRIO. POSSIBILIDADE. ANTECEDENTES, PRIMARIEDADE E CONDUTA SOCIAL. CONDIÇÕES DE CARÁTER PESSOAL. ART. 580, DO CPP. NÃO INCIDÊNCIA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. DISCRICIONARIEDADE REGRADA. AUMENTO DE 1/6 DO MÍNIMO POR CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. DIREITO SUBJETIVO. AUSÊNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte - HC 535.063, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 - e o Supremo Tribunal Federal - AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgRg no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 -, pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Assim, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do habeas corpus, por exigirem revolvimento probatório.

3. A despeito da subjetividade, a valoração negativa da culpabilidade, baseada no desvio de valores transferidos para realização de obra fundamental

para o ente público, inviabilizando a solução de verdadeiro drama social, não corresponde a flagrante ilegalidade, por não se tratar de elemento inerente ao tipo penal de peculato, crime que também pode ser cometido por meio de condutas menos graves.

4. Embora seja subjetiva e aberta, a valoração negativa das consequências do crime, em face do grande montante do prejuízo causado ao erário público, não implica em manifesta ilegalidade, não devendo ser afastada por meio do remédio heroico.

5. Não há que se falar em redução da pena, por força do efeito extensivo do art. 580, do CPP, quando as alegações de igualdade se baseiam em bons antecedentes, primariedade e conduta social adequada, motivos de caráter exclusivamente pessoal, ainda mais quando eles já foram valorados positivamente para o paciente na dosimetria da pena.

6. Havendo duas circunstâncias judiciais negativas, inexistindo critério matemático absoluto para aplicação da sanção na 1ª fase e estando a respectiva ação penal em situação semelhante àquela julgada no AgRg no REsp 1765139/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, por questão de coerência é razoável e proporcional fixar a pena-base de acordo com os mesmos parâmetros, reduzindo-a, neste caso concreto, de acordo com as mesmas particulares então verificadas.

7. Writ não conhecido”.

Neste recurso ordinário, insiste-se que a pena-base permanece mal dosada, no que concerne à culpabilidade do agente e às consequências do crime. Alega que “(...) *se as consequências são graves por dois fatos distintos, que fosse assim valorada tal circunstância. O que não*

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

se pode tolerar é que a pena seja mantida em patamar mais grave em razão de manobra argumentativa, efetivamente não prevista em lei, para justificar a culpabilidade como negativa”.

Alude a co réu menos severamente apenado, pelo que, semelhantes as circunstâncias de conduta social e de antecedentes do agente, o mesmo entendimento deve ser aplicado ao recorrente. Pede o recorrente o provimento do recurso para que seja novamente minorada a pena-base.

É o breve relatório.

O recurso não deve ser provido.

Desde já se registra que *“a dosimetria da pena está ligada ao mérito da ação penal, ao juízo que é realizado pelo magistrado sentenciante após a análise do acervo probatório amalhado 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 (...)”* (HC 179622/SP AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, DJe 06.03.2020).

Consta dos autos que o paciente, ora recorrente, foi condenado por peculato e outros crimes, tendo o

juiz sentenciante considerado negativa a culpabilidade do agente, os motivos, as circunstâncias e consequências do delito, fixando a pena-base pelo peculato em 06 (seis) anos de reclusão, aumentada. em razão de continuidade delitiva, para 08 (oito) anos de reclusão, em regime prisional inicial semiaberto, além de multa.

O TRF5 manteve a condenação apenas pelo peculato, mantendo a valoração negativa de apenas duas circunstâncias judiciais - culpabilidade do agente e consequências do delito - , reduzindo a pena-base para 5 anos de reclusão. Considerou, ainda, ter havido erro material no percentual de aumento decorrente da continuidade delitiva, o que levou, em razão da majoração em 2/3, a manter-se a pena final nos mesmo 08 (oito) anos de reclusão, não a aumentando ainda mais por não haver recurso do MPF e diante da proibição da *reformatio in pejus*. Eis os fundamentos do Regional Federal, no que pertinentes a este RHC:

A dosimetria da pena aplicada ao Apelante Zuleido Soares de Veras foi aplicada com os seguintes fundamentos:

Quanto ao acusado ZULEIDO SOARES DE VERAS, em observância às circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, passo a valorá-las no caso concreto, distinguindo, quando necessário, as peculiaridades concernentes a cada um dos delitos por ele praticados:

No que diz respeito à culpabilidade, observo que esta é circunstância judicial que deve ser sopesada em prejuízo do réu crime de peculato (art. 312, caput, do CP) a conduta do réu ZULEIDO SOARES DE VERAS apresenta grau máximo de

reprovabilidade tendo em vista que na trama criminosa engendrada pelo mesmo e por seus comparsas aproveitava-se de valores transferidos de convênios e contrato para realização de obra fundamental para o Estado de Alagoas e o Município de Maceió. Com isso ocorreu gravíssima lesão aos cofres públicos, com o desvio de cifras milionárias de verbas federais. A culpabilidade do acusado é acentuada e apresenta dolo intenso, é plenamente capaz e imputável, possui formação superior e perfeita consciência da gravidade da conduta típica perpetrada. Os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime são-lhe também desfavoráveis, haja vista o volume de recursos públicos desviados. No esquema criminoso objeto deste processo, o réu ZULEIDO SOARES DE VERAS, juntamente com os demais réus foram responsáveis pelo desvio de mais de cinco milhões de reais, conforme se verifica dos Laudos periciais elencados neste processo.

Evidentemente que o desvio de tão vultosa quantia prejudicou a realização da obra objeto deste processo e inviabilizou completamente a solução de verdadeiro drama social que é a drenagem de águas do Tabuleiro, além da prestação de outros serviços públicos tais como o de saúde, segurança, educação, entre outros.

Por isso que as consequências do delito para a Administração foram extremamente danosas, em face do vulto dos recursos desviados, o que também influencia na fixação da pena-base.

Não consta dos autos informações sobre a personalidade do acusado, nem sobre a existência de condenação anterior ou notícia de antecedentes criminais. Inexistem, ainda, nos autos, elementos concretos, que possam macular a conduta social do réu.

Dessa forma, sopesadas as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, fixo-lhe a pena-base pela prática do crime de peculato previsto no art. 312, caput, do Código Penal, em 06 (seis) anos de reclusão e a 200 (duzentos) dias-multa, à razão de 2/3 (dois terços) do salário-mínimo vigente à época do fato, devidamente atualizada.

Na segunda fase de aplicação da pena observo a ausência de circunstâncias atenuantes e agravantes. Por outro lado, ante a natureza do crime ora em análise e tendo em vistas as circunstâncias judiciais acima analisadas e a causa de aumento prevista no § 2º, do art. 327 do Código Penal, para não incorrer em bis in idem, deixo de considerar as agravantes previstas no art. 61, II, "g" e art. 62, I e III, ambos do Código Penal.

Na terceira fase do "Método Hungria" verifico que inexistente causa de diminuição de pena.

O crime, comprovadamente, foi praticado de forma reiterada. Com efeito, entre os anos de 1999 a 2006, em razão da obra da macrodrenagem do tabuleiro foi desviado quantia superior a um milhão de reais do Estado de Alagoas, aí incluídas verbas federais, conforme atestam os Laudos Periciais acima mencionados.

Por isso, tendo em vista a caracterização da continuidade delitiva (art. 71, do CP) e o número de peculatos praticados (STJ, HC nº 12386, 5ª Turma, Rel. Min. Félix Fischer, DJ de 25/9/2000), a pena deve ser aumentada em 2/3 (dois terços).

Desse modo, elevo a reprimenda ao patamar de 08 (oito) anos de reclusão e ao pagamento de 360 dias-multa, à razão de 2/3 (dois terços) do salário-mínimo vigente à época do fato, devidamente atualizada quando da execução, pelo que a torno definitiva.

Consideradas todas as demais peculiaridades do caso concreto, fixo o quantum da pena para o delito de peculato 08 (oito) anos de reclusão e 360 dias-

multa, à razão de 2/3 (dois terços) do salário-mínimo vigente à época do fato, devidamente atualizada quando da execução, pelo que a torno definitiva.

O Apelante impugna a dosimetria da pena afirmando que é excessiva porque o acusado é primário e com bons antecedentes. Os argumentos são insubsistentes, uma vez que o aumento da pena aplicada não teve como fundamento a existência de maus antecedentes ou de reincidência, trata-se na realidade de alegação genérica de que a pena em si seria excessiva porque injusta.

Ainda assim entendo que assiste razão em parte ao Apelante, porquanto o juízo a quo somente valorou negativamente duas circunstâncias judiciais, de modo que a pena acabou excessivamente majorada. Ressalto que a dosimetria da pena não é um procedimento exato e que o caso dos autos de fato recomenda uma reprimenda mais elevada dada a intensa culpabilidade do réu e as graves consequências do delito, de maneira que revejo a pena base aplicada para diminuir apenas para ao patamar de 5 (cinco) anos de reclusão.

A pena deve ser aumentada na fração de 2/3 pela continuidade delitiva, na forma aplicada pelo juízo sentenciante, com fundamento no art. 71 do Código Penal, o que levaria a uma pena definitiva de 8 (oito) anos e 4 (quatro) meses. Ocorre, porém, que por erro material o juízo a quo acabou aplicando ao réu pena definitiva de 8 (oito) anos reclusão e, não tendo havido recurso do Ministério Público Federal para aumentar a pena não vejo como corrigir o equívoco, devendo-se manter a pena definitiva no patamar aplicado de 8 (oito) anos de reclusão, sob pena de reforma para prejudicar a situação do recorrente proibida pelo ordenamento jurídico (reformatio in pejus).

Diante dessas considerações, mantenho inalterada a pena de multa aplicada. O regime inicial de

cumprimento é o semi-aberto, com fundamento no art. 33, § 1º, “b”, e § 2º, “b” do Código Penal, devendo ser confirmada a decisão que indeferiu a substituição das penas, pela ausência dos pressupostos do art. 44 do Código Penal.

(...)” (Grifos nossos).

Ao decidir o HC lá impetrado, o c. STJ manteve a negativização da culpabilidade do agente e das consequências do crime, não obstante tenha minorado o percentual de aumento da pena-base, indo a pena final a 5 anos e 10 meses de reclusão. Esses os fundamentos do acórdão:

(...)

2. Da culpabilidade negativa da conduta ilícita:

Analisada a decisão, verifica-se que a pena-base foi exasperada apenas em razão da culpabilidade e das consequências do crime.

A culpabilidade, para fins do disposto no art. 59, do CP, não é a mesma coisa que a culpabilidade integrante do conceito analítico tripartite de crime (fato típico, antijurídico e culpável). Trata-se de homônimos perfeitos, que possuem a mesma grafia e o mesmo som, mas significados diversos. Como a culpabilidade necessariamente tem que estar presente para que exista crime e haja condenação, se a expressão fosse sinônima da circunstância judicial atinente à dosimetria da pena, sempre haveria valoração negativa, impedindo a fixação das penas no mínimo cominado em qualquer situação, o que evidentemente não foi intenção do legislador. Considerando que a potencial consciência da ilicitude é um dos elementos da culpabilidade, integrando o conceito de crime, ela não pode ser prejudicial aos acusados no cálculo da pena. Assim, está correta a crítica da defesa à fundamentação da

decisão impugnada quando baseada na capacidade, imputabilidade e consciência da gravidade da conduta.

Também tem razão quando critica a argumentação do acórdão de ser o réu portador de nível superior, sob pena de jamais alguém na mesma situação poder ter sua pena aplicada no mínimo. Esta situação até pode ser levada em consideração, mas isso exige fundamentação específica que justifique um tratamento diferenciado em relação às demais pessoas que não possuem o mesmo grau de instrução, o que não ocorreu.

A despeito da subjetividade, a culpabilidade a ser considerada na dosimetria da pena corresponde a um maior grau de reprovabilidade da conduta quando comparada a outras relativas a crimes da mesma espécie, sendo imprescindível que, nesta valoração, se observe o ne bis in idem (ninguém pode ser sancionado duas vezes pelo mesmo fato). Mas é aqui que falha a defesa, porque o acórdão não está evidentemente equivocado ao ratificar o argumento da sentença de ser acentuada a censurabilidade da conduta do paciente, diante do seu dolo intenso. Ao contrário do que sustenta, não houve o uso de expressões vagas e genéricas, tampouco deficiência na explicação, porque, como pode ser visto no trecho acima transcrito, a valoração negativa aconteceu porque os valores desviados seriam transferidos para realização de obra fundamental para o ente público, o que terminou inviabilizando a solução de verdadeiro drama social. A narrativa não é inerente ao tipo penal e nem configura dupla punição, não correspondendo a flagrante ilegalidade. É razoável o raciocínio de que as condições descritas tornem a conduta do paciente mais grave que outras também caracterizadoras do crime de peculato, o que justifica

o tratamento diferenciado das penas correspondentes.

3. Das consequências do crime desfavoráveis ao agente:

Em segundo e último lugar, o acórdão considerou prejudiciais ao paciente, outrossim, as consequências do crime, mencionando o alto prejuízo ao erário, em torno de R\$ 5.000.000,00.

É claro que que todos os crimes de peculato causam necessariamente prejuízo ao erário, mas o valor mencionado no acórdão de origem pode ser considerado elevado, de forma razoável, o que leva a conduta a um patamar além de um simples dano inerente ao tipo. Um peculato de cinquenta mil, por exemplo, não é igual a um peculato de cinco milhões, sendo muito grande a diferença entre eles. Assim, a despeito de também se tratar de questão subjetiva, a análise efetuada na origem fica na margem de discricionariedade do julgador, por não corresponder a bis in idem, como também por não violar precedente vinculante ou a jurisprudência dominante deste Tribunal ou do STF.

Aliás, a avaliação relativa às consequências do crime sequer foi impugnada pelos impetrantes. Na verdade, a partir deste ponto o conteúdo das alegações defensivas é bastante deficiente, muitas vezes difícil até de compreender o que se quer sustentar.

De toda forma, vamos aos demais pontos.

(...)

Por sua vez, analisando novamente esta questão jurídica, especialmente após o excelente voto do ínclito Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, verifiquei não haver posição consolidada nesta Corte a respeito de um padrão geral, mesmo que não absoluto, quanto à fixação da sanção na sua 1ª fase. Na verdade, existem alguns critérios que têm sido aceitos, de acordo com as peculiaridades de cada

caso concreto, desde que obviamente dentro da razoabilidade e proporcionalidade. Em outras palavras, a solução depende da argumentação das partes e, sobretudo, da fundamentação concreta apresentada na decisão judicial que estiver em apreciação nesta Corte.

Então, penso que o Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA foi muito feliz em seu voto-vista. À falta de um critério aritmético e objetivo, lembrou de caso análogo, relativo a crime muito semelhante, com sanção abstrata idêntica, no qual esta Turma optou por aumentar a pena-base em 9 meses para cada circunstância judicial valorada negativamente. Por coerência, valor ainda mais importante em época de fortalecimento de um sistema de precedentes, penso que Sua Excelência tem razão, o que me conduz a retificar esta parte do voto original.

Portanto, levando em conta que duas circunstâncias judiciais foram consideradas desfavoráveis ao agente pela Corte Regional, também passo a reduzir a pena-base por ela estabelecida, fixando-a, assim como fez o nobre Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, em 3 anos e 6 meses de reclusão.

Restam, porém, as outras duas fases de aplicação da pena, abaixo analisadas.

(...)

7. Das outras duas fases de aplicação da pena:

Finalmente, mais uma vez na linha do voto-vista do Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, partindo-se da pena-base reduzida para 3 anos e 6 meses, à míngua de atenuantes e agravantes, aumentando-a em 2/3, em razão da grande continuidade delitiva, a pena final fica estabelecida em 5 anos e 10 meses de reclusão, pena definitiva a ser cumprida em regime inicialmente semiaberto.

Ante o exposto, não conheço do writ. Todavia, concedo habeas corpus de ofício, para reduzir a pena definitiva aplicada ao paciente, estabelecendo-

a em 5 anos e 10 meses, na forma da fundamentação acima apresentada.

(...)”.

Com efeito, o prejuízo social à população local, a saber, a frustração da execução de obra hidráulica necessária em região fustigada por períodos longos de estiagem, releva especial culpabilidade do agente.

Os períodos de seca desestabilizam a vida de inúmeras pessoas e de forma que não apenas quando, p.ex., se deixa de pavimentar uma via pública. Em contexto de crime hidráulica, o prejuízo à vida humana vai para além de ineficiência estatal.

Essa circunstância não se confunde necessariamente com o dano ao Erário, em torno de R\$ 5.000.000,00 na espécie. Dano de monta ao Erário poderia estar presente na conduta, mas não o especial prejuízo social que aqui se verifica.

O enfoque à culpabilidade do agente, é que o recorrente não se importou no especial ônus social da conduta que praticou. Não se verifica *bis in idem* na fixação da pena-base. De monta o dano ao Erário em si e não se confundindo com o prejuízo social à população local, influi igualmente na pena-base.

Nada de teratológico ou flagrantemente ilegal se verifica na fixação da pena-base.

Quanto ao pedido de extensão da dosimetria da pena feita quanto a co réu, o c. STJ consignou que: “(...) não tem razão a defesa ao pedir a redução da pena com base na alegação de que o acórdão tratou de forma mais benéfica outro acusado, por terem ambos bons antecedentes, boas condutas sociais e serem primários. Realmente, além de esses motivos serem exclusivamente pessoais, variáveis de um réu para o outro, eles já foram valorados positivamente para o paciente, sendo outras as razões que levaram à fixação da sua pena acima do mínimo cominado. Por isso, não há ofensa ao art. 580, do CPP. Então, mantém-se as duas circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente: a culpabilidade e as consequências do crime”.

Com acerto, a defesa não demonstrou igualdade de situações entre o recorrente e o co réu. Na hipótese vertente, não há base à incidência do art. 580 do CPP na via mandamental, de estreitos limites de cognição

Com essas considerações, manifesta-se o Ministério Público Federal pelo não provimento do recurso ordinário.

Brasília, 25 de junho de 2021.

Wagner Natal Batista
Subprocurador-Geral da República