



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### HABEAS CORPUS Nº 482.458 - SP (2018/0324798-2)

**RELATOR** : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**  
**IMPETRANTE** : VALDECIR SEVERINO RODRIGUES  
**ADVOGADOS** : JOSÉ RICARDO BAITELLO - DF004850  
VALDECIR SEVERINO RODRIGUES - SP337354  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : SANDRA MARIA DIRESTA GALAO  
**PACIENTE** : VERA LUCIA RODRIGUES FREITAS

#### EMENTA

*HABEAS CORPUS*. SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO INAUGURADA A COMPETÊNCIA DO STJ. INADMISSIBILIDADE. FRAUDE EM LICITAÇÃO (ART. 90 DA LEI N. 8.666/1993). PRESCRIÇÃO. INEXISTÊNCIA. DOSIMETRIA. MANIFESTA ILEGALIDADE. PERDA DO CARGO PÚBLICO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO, PARA REFAZER A DOSIMETRIA E AFASTAR A PERDA DO CARGO PÚBLICO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DECLARADA.

1. Foi certificado, nesta Corte, o trânsito em julgado, em 6/3/2017, do AREsp n. 864.951/SP, em cujos autos foi declarada a intempestividade dos recursos especiais interpostos contra o acórdão da Apelação Criminal n. 00062110720078260358. O presente *habeas corpus* impetrado em 30/11/2018 é mero sucedâneo de revisão criminal. Incompetência desta Corte Superior para o processamento do pedido, pois ausente julgamento de mérito passível de revisão em relação à condenação sofrida pelas pacientes.

2. Tese relativa ao julgamento *extra petita* não enfrentada no acórdão impugnado, sendo vedada, nesta Corte, a supressão de instância.

3. O cargo, função ou mandato a ser perdido pelo funcionário público como efeito secundário da condenação, previsto no art. 92, I, do Código Penal, só pode ser aquele que o infrator ocupava à época da conduta típica. Assim, a perda do cargo público, por violação de dever inerente a ele, necessita ser por crime cometido no exercício desse cargo, valendo-se o envolvido da função para a prática do delito. No caso, a fundamentação utilizada na origem para impor a perda do cargo referiu-se apenas ao cargo em comissão ocupado pelas pacientes na comissão de licitação quando da prática dos delitos, que não guarda relação com o cargo efetivo, ao qual também foi, sem fundamento idôneo, determinada a perda.

4. Manifesta ilegalidade na dosimetria quando do aumento da pena-base. Fundamentação lançada de forma vaga e genérica, sendo certo que a ação das pacientes e dos corréus mencionados se limitou a uma única contratação, não havendo motivação idônea, tampouco foi individualizada a conduta a fim de justificar a exasperação imposta. Acórdão da apelação que manteve a pena-base fixada na sentença, considerando a alta reprovabilidade da conduta dos réus, o que também não constitui fundamento válido, tendo em vista a ausência de indicação de situação diferenciada, no caso concreto, a demonstrar em que



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

consistiria a alta reprovabilidade, a fim de justificar o aumento além daquelas circunstâncias previstas para o próprio tipo penal.

5. É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base (Súmula 444/STJ). A jurisprudência desta Corte tem consolidado entendimento na linha de que eventuais condenações criminais do réu transitadas em julgado e não utilizadas para caracterizar a reincidência somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais, não se admitindo a sua utilização também para desvalorar a personalidade ou a conduta social do agente. Precedentes

6. Refeita a dosimetria quanto ao crime previsto no art. 90 da Lei n. 8.666/1993. Pena-base fixada no mínimo legal. Sem circunstâncias agravantes ou causas de aumento, a pena definitiva fica estabelecida em 2 anos de reclusão, no regime aberto, mais o pagamento de 10 dias-multa, e afastada a perda do cargo público efetivo.

7. A redução da pena agora operada altera o lapso prescricional para 4 anos (art. 109, V, do CP). Entre a data do recebimento da denúncia, 13/1/2009, e a data da sentença condenatória, 14/8/2013, foi ultrapassado o marco temporal de 4 anos, tendo-se, assim, por consumada a prescrição da pretensão punitiva das pacientes Vera Lúcia Rodrigues Freitas e Sandra Maria Diresta Galão, bem como dos corréus Teófilo Rodrigues Teles e Luiz Henrique Milaré de Carvalho, em idêntica situação fático-processual.

8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir as penas, pela prática do crime previsto no art. 90 da Lei n. 8.666/1993, das pacientes Vera Lúcia Rodrigues Freitas e Sandra Maria Diresta Galão e dos corréus Teófilo Rodrigues Teles e Luiz Henrique Milaré de Carvalho para 2 anos de reclusão, no regime inicial aberto, além do pagamento de 10 dias-multa, afastada, ainda, a determinação de perda do cargo público efetivo das pacientes. Feita a redução da pena, declarada extinta a punibilidade de Vera Lúcia Rodrigues Freitas, Sandra Maria Diresta Galão, Teófilo Rodrigues Teles e Luiz Henrique Milaré de Carvalho, como incursos no art. 90 da Lei n. 8.666/1993, pela prescrição da pretensão punitiva.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do *habeas corpus*, concedendo, contudo, ordem de ofício nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentou oralmente o Dr. José Ricardo Baitello pelas pacientes, Sandra Maria Diresta Galao e Vera Lúcia Rodrigues Freitas.

Brasília, 22 de outubro de 2019 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior



# **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 482.458 - SP (2018/0324798-2)

### RELATÓRIO

**O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR:** Trata-se de *habeas corpus* impetrado em benefício de **Sandra Maria Diresta Galão e Vera Lúcia Rodrigues Freitas**, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo (Apelação n. 00062110720078260358) – fl. 115:

Fraude em licitação (art. 90, da Lei n. 8.666/93). Município de Mirassol. Ex-Prefeito, funcionários públicos locais, alguns em exercício de cargo de confiança, além de particular. Condenação na origem. Inconformismo dos réus. Preliminares rejeitadas. Inépcia da denúncia afastada. Denúncia que aponta satisfatoriamente a conduta imputada a cada um dos réus. Pretendida nulidade da sentença, ante a falta de individualização das condutas. Rejeição. Sentença muito bem fundamentada. Inocorrência de prescrição. Mérito. Prova muito boa à condenação. Palavras testemunhais e fatura de documentos que bem demonstram a fraude licitatória. Versões exculpatórias inverossímeis. Dolo evidente. Atipicidade inexistente. Prejuízo econômico até desnecessário, mas aqui demonstrado e comprovado. Vantagem auferida ao particular. Obediência hierárquica inócua. Responsabilização inevitável. Necessidade condenatória imperiosa. Apenamento criterioso e adequado a todos os acusados, a desmerecer qualquer redução. Fixação de penas alternativas adequadamente rejeitadas a alguns dos réus, ante a ausência de mérito. Regime prisional correto. Pena acessória de perda do cargo público necessária, decorrente de imperativo legal. Apelos improvidos, rejeitadas as preliminares.

Consta dos autos que as pacientes foram condenadas, como incurso no art. 90 da Lei n. 8.666/1993, c/c o art. 29, *caput*, do Código Penal, às penas de 2 anos e 4 meses de detenção, no regime aberto, além da perda do cargo público, nos termos do art. 92, I, a, do Código Penal.

Aponta-se na impetração (fls. 52/54):

1ª TESE: PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA RETROATIVA PELA PENA APLICADA NA SENTENÇA - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE - ARTIGO 648, INCISO VII, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

2ª TESE : PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA RETROATIVA PELA PENA-BASE APLICADA NA SENTENÇA POSTO QUE A AGRAVANTE NÃO DEVE SER CONSIDERADA PARA FINS DE PRESCRIÇÃO - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE - ARTIGO 648, INCISO VII, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

3ª TESE: READEQUAÇÃO OU REDIMENSIONAMENTO DA PENA CORPORAL - PENA-BASE PARA O PISO MÍNIMO LEGAL PREVISTO NO ARTIGO 90, DA LEI N. 8.666/93 - QUE É DE 2 - (DOIS) ANOS DE



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DETERMINAÇÃO, DADA A AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES OU ATENUANTES - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE - ARTIGO 648, INCISO VII, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

4ª TESE: AFASTAMENTO DA PERDA DO CARGO OU FUNÇÃO PÚBLICA, PORQUE NÃO POSTULADO NA DENÚNCIA - JULGAMENTO EXTRA-PETITA - OCORRÊNCIA DA MUTATIO LIBELLI - VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA, DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DA BUSCA DA VERDADE REAL - NULIDADE PROCESSUAL VERIFICADA - ARTIGO 648, INCISO VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. OU, ALTERAÇÃO DA PERDA DO CARGO OU FUNÇÃO PÚBLICA, PARA QUE FIQUE RESTRITA AO CARGO QUE AS PACIENTES OCUPAVAM QUANDO DA PRÁTICA DO CRIME - "MEMBRO DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO", E NÃO O CARGO OU FUNÇÃO PÚBLICA DE "ESCRITURÁRIAS" DA PREFEITURA MUNICIPAL DE MIRASSOL - (SP), POIS NO EXERCÍCIO DESSE ÚLTIMO CARGO AS PACIENTES NÃO PRATICARAM ILÍCITO PENAL ALGUM, POR ISSO NÃO PODERIAM TER SIDO APENADAS COM A PERDA DE TAL CARGO OU FUNÇÃO PÚBLICA - PROCESSO MANIFESTAMENTE NULO - ARTIGO 648, INCISO VI DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

5ª TESE: DA INVIABILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DAS PACIENTES À LUZ DO ARTIGO 90, DA LEI N. 8.666/93, PORQUE A DENÚNCIA SUSTENTA QUE NÃO HOUE O DESENCADEAMENTO DE PROCESSO LICITATÓRIO REGULAR E VÁLIDO, MAS SIM UMA MONTAGEM DE UMA LICITAÇÃO COM DATA RETROATIVA - AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA - ARTIGO 648, INCISO I, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - O DELITO EVENTUALMENTE PRATICADO PELAS PACIENTES SERIA O PREVISTO NO ARTIGO 299, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL - FALSIDADE IDEOLÓGICA E NÃO INFRAÇÃO À LEI DE LICITAÇÃO COMO IMPUTADO NA DENÚNCIA - NULIDADE DO PROCESSO - ARTIGO 648, INCISO VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

Indeferidos o pedido liminar (fls. 4.150/4.152), bem como o pedido de tutela provisória (fls. 4.198/4.200).

Parecer do Ministério Público Federal (fls. 4.156/4.169):

PENAL e PROCESSUAL PENAL. Habeas corpus substitutivo de recurso especial. Extinção da punibilidade. Não ocorrência. Pretensão de discutir por meio do writ a justiça da condenação pela prática do delito do art. 90 da Lei n. 8.666/93, a reclassificação da conduta para enquadramento no art. 299 do CPB e a pena aplicada. Necessidade de exame de fatos e provas, incabível na via do writ. Presença de ilegalidade na imposição da pena de perda do cargo. Inadmissão do HC mas, em seguida, concessão de uma ordem ex officio apenas para se reconhecer que os efeitos da condenação da perda do cargo das pacientes restringe-se ao cargo ou função exercido quando e para fins da prática criminosa, qual a de membro da comissão de licitação.

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 482.458 - SP (2018/0324798-2)

### VOTO

#### O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR):

Primeiramente, observo que já foi certificado, nesta Corte, o trânsito em julgado, em 6/3/2017, do AREsp n. 864.951/SP, em cujos autos foi declarada a intempestividade dos recursos especiais interpostos contra o acórdão da Apelação Criminal n. 00062110720078260358 .

Assim, o presente *habeas corpus*, impetrado em 30/11/2018, é sucedâneo de revisão criminal.

Ocorre que, como não existe, neste Tribunal, julgamento de mérito passível de revisão em relação à condenação sofrida pelas pacientes, forçoso reconhecer a incompetência desta Corte Superior para o processamento do presente pedido.

Nesse sentido, confirmam-se:

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. *WRIT* IMPETRADO CONTRA ACÓRDÃO TRANSITADO EM JULGADO, SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO INAUGURADA A COMPETÊNCIA DO STJ. SUPRESSÃO. INADMISSIBILIDADE. PEDIDO DE CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. DESCABIMENTO. INICIATIVA DO ÓRGÃO JULGADOR.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC n. 494.794/MA, da minha relatoria, Sexta Turma, DJe 11/4/2019)

[...]

1. O *habeas corpus* foi impetrado contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo transitado em julgado; é, portanto, substitutivo de revisão criminal. Por força do art. 105, I, "e", da Constituição Federal, a competência desta Corte para processar e julgar revisão criminal limita-se às hipóteses de seus próprios julgados. Como não existe, neste Tribunal, julgamento de mérito passível de revisão em relação à condenação sofrida pelo paciente, forçoso reconhecer a incompetência deste Tribunal para o processamento do presente pedido. [...]

(HC n. 288.978/SP, da minha relatoria, Rel. p/ Acórdão Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 21/5/2018 – grifo nosso)

De todo modo, procedo à verificação da existência de manifesta





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ilegalidade a ser sanada de ofício.

No tocante à prescrição, foi regularmente afastada no acórdão mediante a interpretação dos dispositivos legais pertinentes, observadas as causas de interrupção dos prazos, inexistindo razão lógica para que, no cálculo do prazo prescricional retroativo, seja desprezada a variação de pena relativa às circunstâncias agravantes e atenuantes genéricas, reconhecidas na sentença condenatória, pois, se assim o fosse, não se estaria mais tomando por base a pena fixada na sentença, conforme exigido pelo art. 110 e parágrafos do Código Penal. Cumpre observar que a situação retratada não é de crime continuado, conforme previsto na Súmula 497/STF. Anote-se a fundamentação do acórdão quanto a esse ponto (fl. 4.164):

A alegação de prescrição também não convence.

Responsabilizados os acusados pelo crime de fraude em procedimento licitatório (art. 90, da Lei n. 8.666/93), saíram condenados às penas de 2 anos e 4 meses de detenção (Luiz Henrique, Vera Lúcia, Sandra e Teófilo), 2 anos e 8 meses de detenção (Maria Lúcia), 3 anos de detenção (Deocrides) e 3 anos e 6 meses de detenção (Edilson).

Que tem prescrição acontecida em 8 anos, na forma prevista no art. 109, IV, do Cód. Penal.

E mais de oito anos não se passaram entre a data do fato – maio 2005 – e o recebimento da denúncia – 13 janeiro 2009 – fl. 927; bem como entre o recebimento da inicial e a data da publicação da sentença condenatória – 7 outubro 2013, fl. 2.038.

E de lá até aqui o mesmo tanto também não se escoou.

Daí que definitivamente não resta prescrita a pretensão punitiva estatal.

Por outro lado, a tese relativa ao julgamento *extra petita*, nem sequer foi enfrentada no acórdão impugnado, sendo vedada, nesta Corte, a supressão de instância.

Com relação ao pedido de absolvição, enseja-se ampla incursão em fatos e provas, o que não é possível nos autos de *habeas corpus*, de cognição sumária.

**Já quanto à dosimetria da pena e a perda do cargo público, visualizo a existência do constrangimento ilegal.**

A ilegalidade na determinação da perda do cargo público foi bem observada na manifestação do *Parquet* Federal (fls. 4.159/4.163):



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com efeito, é cediço que a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo se constitui em um dos efeitos da condenação, encontrando previsão no artigo 92 do Código Penal. De acordo com o mencionado artigo, esse efeito poderá ocorrer:

"a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a quatro anos nos demais casos" (grifamos).

Por outro lado, o parágrafo único do artigo 92 do Código Penal estabelece que esse efeito não é automático, mas deve ser motivadamente declarado na sentença.

Ora, no caso em comento, o Juízo da 1ª Vara da Comarca de Mirassol assim fundamentou a imposição da perda do cargo, em razão da condenação das rés, ora pacientes, fl. 112:

"As rés Vera Lúcia Rodrigues de Freitas e Sandra Maria têm em seu desfavor também decretada a perda do cargo público nos termos do art. 92, inciso I, "a" e par. único do Código Penal; isto porque o consórcio pelas mesmas protagonizado em cargo de peculiar importância, a saber, comissão de licitação concebida legal e localmente para a repulsa da malversação dos bens públicos, defronta-se com os princípios informadores da administração pública, insuportável a manutenção das mesmas nos quadros municipais" (grifamos).

Tal como se observa desse excerto do julgamento a quo, o Juízo de primeiro grau realmente se referiu, quando decretou a perda do cargo em relação a ambas as pacientes, ao cargo ou função por elas exercido na comissão de licitação.

Entretanto, embora aquele Juízo não tenha aludido, na sentença, à perda do cargo ou função de "escriturário" ocupado pelas pacientes, ao final daquele trecho do seu decisum ele também afirmou, e expressamente, ser "insuportável a manutenção das mesmas nos quadros municipais", como que implicitamente referindo-se a uma suposta perda daquele outro cargo ou função de "escriturário" ocupado/exercido pelas mesmas pacientes, cargo esse, segundo consta, de que elas são titulares há mais de 25 anos, sendo que, segundo o impetrante, não haveria nos autos qualquer informação de que, no exercício desse mesmo cargo, tenham elas praticado qualquer ato ilícito ou sido punidas administrativamente. Ou seja, os ilícitos cometidos, e apurados no processo-crime a que o presente *writ* se refere, o foram no exercício do cargo/função de membro da comissão de licitação.

Por outro lado, quanto ao acórdão do Tribunal a quo, objeto da presente impetração, acórdão esse que, julgando a apelação interposta pelas ora pacientes, manteve a condenação, inclusive fazendo elogio aos termos da sentença, do seu exame verifica-se a presença da mesma dubiedade existente nessa mesma sentença quanto aos efeitos da condenação, mais precisamente quanto à extensão da sanção de perda do cargo, já que nele assim restou consignado, à fl. 144:

"Derradeiramente, sem razão o pleito subsidiário de Vera Lúcia e Sandra, que pretendem o afastamento da pena de perda do cargo público. Ora.





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Trata-se aqui sim de caso de aplicação do art. 92, I, "a", do Código Penal, cuja consequência inafastável, como efeito extrapenal específico, é a perda do cargo público das acusadas, uma vez que mantida por este C. Colegiado pena privativa de liberdade superior a um ano, pela prática de crime contra administração pública, ocorrido com violação de dever inerente ao cargo.

De mais a mais, não se entrevê como possam elas permanecer a exercer os elevados cargos públicos na comissão de licitação local após a prática desse tipo de crime, senão em total e direto desvirtuamento dos princípios informadores da Administração Pública."

(grifamos).

Ora, do exame dessas duas decisões, de primeiro e segundo grau, vê-se que há, sim, motivos fáticos e jurídicos suficientes para justificar a impetração ora examinada, tendo em vista que a questão sobre qual cargo ou função estava sendo declarado como perdido deveria ter restado devidamente esclarecida, o que não aconteceu. Aliás, quanto a isso, temos que reconhecer que a defesa das pacientes, data maxima venia, falhou ao não opor embargos de declaração, quer da decisão monocrática, quer da decisão do Tribunal a quo, no sentido de afastar a ambigüidade, a obscuridade ou, talvez mais do que isso, a contradição constante daquelas duas decisões, a segunda mantendo e encampando a primeira.

Entretanto, malgrado isso, entendemos que, presente essa dubiedade que, no nosso entender, configura uma ilegalidade, já que determina, ainda que implicitamente, a perda de cargo público outro que não aquele em cujo exercício o crime veio a ser cometido pelas ora pacientes, por conta disso, presente se encontra, na decisão do Tribunal a quo, uma ilegalidade que gera um constrangimento ilegal que deve, assim, ser reparado, no sentido da concessão de uma ordem ex officio, por parte desse STJ, a fim de afastar da condenação das rés a perda do cargo efetivo de "escriturário" por elas ocupado, devendo essa condenação abranger, tão somente, a perda do cargo ou função por elas exercido na comissão de licitação.

E assim sugerimos porque, tal qual essa Corte Superior, também adotamos o posicionamento de que os efeitos da condenação decorrente da perda do cargo ou função devem ficar restritos ao cargo público ocupado ou função pública exercida no momento da prática do delito ou em razão daquele mesmo cargo ou função. Com efeito, a perda do cargo ou função pública deve se verificar por violação de dever inerente a esse mesmo cargo ou função, lembrando que, no caso dos autos, isso adquire ainda mais relevância, pois o crime cometido pelas ora pacientes é um daqueles tipificados na Lei n. 8.666/93, Lei das Licitações, mais precisamente, o de fraude à licitação, constante do seu artigo 90.

**Por essas razões é que a jurisprudência dessa Corte Superior de Justiça também entende que a perda de cargo, função ou mandato só abrange aquele em cujo exercício o crime foi cometido e, não, cargo ou função outro de que o réu é detentor.** Assim é que, por exemplo, se alguém detém um cargo efetivo e é eleito prefeito de um município ou governador de um estado e vem a cometer um delito no exercício do mandato, o cargo a ser perdido não é o efetivo, nem pode sê-lo conjuntamente com a perda do cargo eletivo pois, se assim fosse,



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

seriam dois, e não um, os cargos/funções a serem perdidos, inclusive aquele que o réu não estava exercendo por ocasião da prática criminosa o que, não bastasse não se coadunar com o que diz a Lei Penal quando trata desse efeito da condenação, não se compatibiliza com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na aplicação da pena.

A corroborar o exposto destaque-se o seguinte precedente:

"AÇÃO PENAL. CONSELHEIRO DE TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. PECULATO-DESVIO. ART. 312, CAPUT, DO CP. EMISSÃO DE PASSAGENS AÉREAS SEM FINALIDADE PÚBLICA. PRELIMINAR. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA. EFETIVIDADE E RACIONALIDADE DO SISTEMA PENAL. CREDIBILIDADE DA JUSTIÇA. PRORROGAÇÃO DA COMPETÊNCIA. HIPÓTESE EXCEPCIONAL. ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO. CONCURSO DE AGENTES. PARTICIPAÇÃO. ART. 29 DO CP. INÉPCIA DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PRELIMINAR. REJEIÇÃO. ISONOMIA. PRINCÍPIO DA INDIVISIBILIDADE. AÇÃO PENAL PÚBLICA. NÃO SUBMISSÃO. EFEITO EXTENSIVO. ART. 580 DO CPP. QUESTÃO OBJETIVA. INEXISTÊNCIA. PRELIMINAR. REJEIÇÃO. TIPICIDADE. CONFIGURAÇÃO. DOLO NATURAL. FINALISMO. ELEMENTO ESPECIAL DO INJUSTO. DESVIO EM PROVEITO PRÓPRIO OU ALHEIO. MÁ-FÉ. IRRELEVÂNCIA. PECULATO CULPOSO. ART. 312, § 2º. DO CP. DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PARTICIPAÇÃO. CUMPLICIDADE. ACORDO PRÉVIO DE VONTADES. DESNECESSIDADE. ANTIJURIDICIDADE. EXERCÍCIO REGULAR DE UM DIREITO. APLICAÇÃO SISTEMÁTICA DO ORDENAMENTO. NÃO OCORRÊNCIA. ARREPENDIMENTO POSTERIOR. ART. 16 DO CP. REPARAÇÃO DO DANO POR TERCEIROS. POSSIBILIDADE. VOLUNTARIEDADE. PRESENÇA. CRIME CONTINUADO. ART. 71, CAPUT, DO CP. SITUAÇÕES HOMOGÊNEAS. PENA. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INTERDIÇÃO TEMPORÁRIA. ART. 47, I, DO CP. EFEITO SECUNDÁRIO DA CONDENAÇÃO. PERDA DO CARGO. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA.

[...]

**14. O cargo, função ou mandato a ser perdido pelo funcionário público como efeito secundário da condenação, previsto no art. 92, I, do CP, só pode ser aquele que o infrator ocupava à época da conduta típica.**

15. Ação penal julgada procedente."

(APn n. 629/RO, Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 28/6/2018, DJe 10/8/2018 – grifo nosso).

A fim de melhor elucidar a questão, vale transcrever trecho do voto condutor proferido por ocasião do julgamento do precedente acima colacionado:

"O crime de peculato-desvio (art. 312, caput, segunda figura, do CP), pelo qual o réu foi condenado, é crime cuja prática ofende o dever de fidelidade do funcionário público com a administração e a pena que lhe foi imposta tem duração superior a um ano, o que, em tese, autorizaria a imposição ao réu da perda do cargo público.

**A jurisprudência desta Corte pontua, todavia, que "em regra, a pena de perdimento deve ser restrita ao cargo público ocupado em função pública exercida no momento do delito.**

**Assim, a perda do cargo público, por violação de dever**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**inerente a ela, necessita ser por crime cometido no exercício desse cargo, valendo-se o envolvido da função para a prática do delito" (REsp n. 1.452.935/PE, Quinta Turma, DJe 17/3/2017). No mesmo sentido: Resp n. 1.244.666/RS, Sexta Turma, Dje 27/8/2012.**

**Diante dessa orientação, a interpretação dada ao art. 92, I, "a", do CP é de que o cargo, função ou mandato a ser perdido pelo funcionário público só pode ser aquele que o infrator ocupava à época da conduta típica.**

Como o réu não mais exerce o mandato de deputado estadual, no qual praticou as condutas pelas quais está sendo condenado, não é possível a imposição do efeito secundário da condenação referente à perda de cargo diverso, que atualmente ocupa", (grifamos).

Com efeito, como se vê, a perda do cargo público efetivo se deu pela aplicação do disposto no art. 92, a, do Código Penal, a exigir motivação idônea, o que não ocorreu no caso dos autos, tendo em vista que a fundamentação utilizada na origem para impor a perda do cargo se referiu apenas ao cargo em comissão ocupado pelas pacientes na comissão de licitação quando da prática dos delitos, que não guarda relação com o cargo efetivo.

Especificamente com relação à dosimetria, afirma o impetrante que houve o aumento da pena-base em 1/6 sem que fossem apontadas as circunstâncias legais que o justificasse.

Da sentença às fls. 111/112 consta expressamente que a pena-base foi exasperada em 1/6, em razão do concurso inerente às condutas das pacientes Vera Lúcia Rodrigues Freitas e Sandra Maria Diresta Galão, e dos corréus Luiz Henrique Milaré de Carvalho e Teófilo Rodrigues Teles, fundamento relacionado às circunstâncias do crime e que não foi utilizado em nenhuma outra etapa da dosimetria. Na minha concepção, a fundamentação foi lançada de forma vaga e genérica, sendo certo que a ação das pacientes e dos corréus mencionados se limitou a uma única contratação, não havendo, portanto, na minha avaliação, motivação idônea, tampouco foi individualizada a conduta a fim de justificar a exasperação imposta.

Já o acórdão da apelação, à fl. 140, manteve a pena-base fixada na sentença, considerando a alta reprovabilidade da conduta dos réus, o que também não constitui fundamento válido, tendo em vista a ausência de indicação de situação diferenciada, no caso concreto, a demonstrar em que consistiria a alta



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reprovabilidade, a fim de justificar o aumento além daquelas circunstâncias previstas para o próprio tipo penal.

Por fim, o segundo fundamento utilizado pelo Tribunal estadual, relativo à má conduta social por responderem a outros processos criminais, é manifestamente inidôneo por violar o entendimento consolidado na Súmula 444/STJ:

É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

Ademais, a jurisprudência desta Corte tem consolidado entendimento na linha de que eventuais condenações criminais do réu transitadas em julgado e não utilizadas para caracterizar a reincidência somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais, não se admitindo a sua utilização também para desvalorar a personalidade ou a conduta social do agente. Precedentes da Quinta e da Sexta Turmas desta Corte (EAREsp n. 1.311.636/MS, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, DJe 26/4/2019).

A propósito, trago mais o seguinte precedente:

HABEAS CORPUS. PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PENA-BASE. VALORAÇÃO INDEVIDA DOS VETORES DO ART. 59. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA QUANTO À CULPABILIDADE, ANTECEDENTES E PERSONALIDADE DO AGENTE. CONCURSO FORMAL. EXASPERAÇÃO EXCESSIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL RECONHECIDO. REDIMENSIONAMENTO DAS PENAS. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

**1. Inquéritos e ações penais em curso são meios absolutamente inidôneos à exasperação da pena-base, consoante entendimento pacificado no Enunciado Sumular n.º 444 desta Corte Superior.**

**2. A pena-base não pode ser fixada acima do mínimo legal por meio de referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar correspondente exasperação.** In casu, a mera menção à personalidade degenerada, voltada à prática de delitos, configura fundamentação genérica e, portanto, não se presta ao robustecimento da reprimenda.

**3. A potencial consciência da ilicitude é pressuposto do conceito analítico de crime urdido pela teoria normativa pura da culpabilidade.** O conceito de culpabilidade a que remete o art. 59 do Diploma Penal não se refere à sua acepção como pressuposto da responsabilidade penal, mas como juízo de desvalor sobre a conduta perpetrada ou o resultado produzido, de sorte que a gravidade concreta do caso sub judice importaria na necessidade de agravamento da pena. Assim, não é



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

admissível valoração negativa da culpabilidade sob a justificativa de que o Agente tinha plena consciência da ilicitude de suas ações, conforme ocorreu na espécie.

4. [...]

5. [...]

6. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida a fim de redimensionar a pena definitiva do Paciente para 14 (quatorze) anos de reclusão, mantido o regime inicial fechado.

(HC n. 453.169/RS, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 17/6/2019)

**Assim, pelo meu voto, quanto ao crime previsto no art. 90 da Lei n. 8.666/1993 deve a pena-base ser estabelecida no mínimo legal. Sem circunstâncias agravantes ou causas de aumento, a pena definitiva fica estabelecida em 2 anos de reclusão, no regime aberto, mais o pagamento de 10 dias-multa, e afastada a perda do cargo público efetivo.**

Cumpre observar, por fim, que a redução da pena agora operada altera o lapso prescricional para 4 anos (art. 109, V, do CP). Ocorre que entre a data do recebimento da denúncia, 13/1/2009 (fl. 160), e a data da sentença condenatória, 14/8/2013 (fl. 113), foi ultrapassado o marco temporal referido de 4 anos, tendo-se, assim, por consumada a prescrição da pretensão punitiva das pacientes Vera Lúcia Rodrigues Freitas e Sandra Maria Diresta Galão, bem como dos corréus Teófilo Rodrigues Teles e Luiz Henrique Milaré de Carvalho, em idêntica situação fático-processual.

Com essas considerações, **não conheço do habeas corpus. Concedo** a ordem, **de ofício**, para reduzir as penas, pela prática do crime previsto no art. 90 da Lei n. 8.666/1993, das pacientes Vera Lúcia Rodrigues Freitas e Sandra Maria Diresta Galão e dos corréus Teófilo Rodrigues Teles e Luiz Henrique Milaré de Carvalho para 2 anos de reclusão, no regime inicial aberto, além do pagamento de 10 dias-multa, afastada, ainda, a determinação de perda do cargo público efetivo das pacientes. Feita a redução da pena, declaro extinta a punibilidade de Vera Lúcia Rodrigues Freitas, Sandra Maria Diresta Galão, Teófilo Rodrigues Teles e Luiz Henrique Milaré de Carvalho, como incurso no art. 90 da Lei n. 8.666/1993, pela prescrição da pretensão punitiva.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2018/0324798-2      **PROCESSO ELETRÔNICO**      **HC 482.458 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00062110720078260358 3580120070062110 62110720078260358

EM MESA

JULGADO: 22/10/2019

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. DOMINGOS SAVIO DRESCH DA SILVEIRA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

#### **AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : VALDECIR SEVERINO RODRIGUES  
ADVOGADOS : JOSÉ RICARDO BAITELLO - DF004850  
VALDECIR SEVERINO RODRIGUES - SP337354  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : SANDRA MARIA DIRESTA GALAO  
PACIENTE : VERA LUCIA RODRIGUES FREITAS  
CORRÉU : EDILSON GARCIA  
CORRÉU : LUIZ HENRIQUE MILARE DE CARVALHO  
CORRÉU : MARIA LUCIA DIAS BARBIERI  
CORRÉU : FABIO ROBERTO GARETTI  
CORRÉU : TEOFILO RODRIGUES TELES  
CORRÉU : DEOCRIDES BRAVALHERI

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes da Lei de licitações

#### **SUSTENTAÇÃO ORAL**

Dr(a). JOSÉ RICARDO BAITELLO, pela parte PACIENTE: SANDRA MARIA DIRESTA GALAO

Dr(a). JOSÉ RICARDO BAITELLO, pela parte PACIENTE: VERA LUCIA RODRIGUES FREITAS

#### **CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e





## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.