



JUSTIÇA ELEITORAL

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO RIO GRANDE DO SUL

RECURSO CRIMINAL ELEITORAL (14209) - 0000063-46.2015.6.21.0021 - Colinas - RIO GRANDE DO SUL

RELATOR: AFIF JORGE SIMOES NETO

RECORRENTE: GILBERTO ANTONIO KELLER

Advogado do(a) RECORRENTE: JONATAN MOZAR MOLLMANN - RS95500

RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL

RECURSO CRIMINAL. PECULATO. CONTINUIDADE DELITIVA. MATÉRIA PRELIMINAR. TEMPESTIVIDADE. PRESCRIÇÃO. *EMENDATIO LIBELLI*. RECLASSIFICAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS REALIZADA DE OFÍCIO. PECULATO-DESVIO. ART. 1º, INC. I, DO DECRETO-LEI N. 201/67. MÉRITO. DESVIO DE PATRIMÔNIO PÚBLICO. FINALIDADE DE REELEIÇÃO AO CARGO DE PREFEITO. EVIDENCIADO O DOLO. ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. DEMONSTRADA AUTORIA E MATERIALIDADE. APLICAÇÃO DA PENA. REFORMA. MAJORAÇÃO DE HONORÁRIOS. DEFENSOR DATIVO. PARCIAL PROVIMENTO.

1. Insurgência contra sentença que julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva deflagrada nos autos, condenando o réu à pena de reclusão e ao pagamento de multa, por incurso nas sanções do art. 312, do Código Penal, por três vezes e em continuidade delitiva (art. 71, do Código Penal).

2. Matéria preliminar. 2.1. Tempestividade. Interposição do recurso de apelação dentro do prazo de 10 (dez) dias previstos no art. 362 do Código Eleitoral. 2.2. Prescrição. Não tendo havido o decurso do prazo de 8 (oito) anos entre a data do recebimento da denúncia e a data da prolação da sentença penal condenatória, mantém-se hígida a pretensão punitiva estatal. 2.3. *Emendatio libelli* (art. 383 do Código de Processo Penal). Realizada, de ofício, a reclassificação jurídica dos fatos pelos quais o réu foi condenado, enquadrando-os no disposto no art. 1º, inc. I, do Decreto-Lei n. 201/67, conforme aditamento da denúncia apresentado pelo Ministério



Público Eleitoral e recebido pelo juízo *a quo*.

3. Desvio de tubo de oxigênio pertencente ao patrimônio público municipal em favor de eleitor. As provas produzidas durante a fase investigatória, e confirmadas judicialmente, evidenciam a conduta dolosa do recorrente com a finalidade de reeleição ao cargo de prefeito. Para além do direito constitucional do eleitor em receber, gratuitamente, dos entes públicos, o oxigênio necessário à manutenção de sua saúde e qualidade de vida, a prova evidencia que tal fornecimento, independentemente do pagamento dos valores mensais até então despendidos, só ocorreu após a visita realizada à residência do eleitor e a promessa de “*auxílio*” em sua campanha eleitoral. A situação se extrai, inclusive, da conversa interceptada com autorização judicial, na qual, após a reeleição do réu, a esposa do eleitor cobra o fornecimento gratuito do oxigênio, conforme haviam combinado. Evidenciado o dolo (elemento subjetivo do tipo) na conduta do agente que, visando satisfazer interesse pessoal, alterou a forma de distribuição de oxigênio até então adotada, e passou a fornecê-lo gratuitamente ao eleitor, não por reconhecer seu direito à saúde, mas para retribuir, com bens pertencentes à administração pública, seu voto e de sua família. Demonstradas as elementares do crime de “*peculato-desvio*” (art. 1º, inc. I, do Decreto-Lei n. 201/67).

4. Desvio de carga de cascalho, bem público pertencente ao município, em benefício de eleitor com o objetivo de obter seu voto. Em que pese a existência de lei municipal que, abstratamente, autorizaria o fornecimento de serviços e de materiais pela Secretaria de Obras, a distribuição gratuita de tais bens em ano eleitoral encontra vedação legal expressa no art. 73, § 10, da Lei n. 9.504/97, pois a competência para legislar sobre a matéria no regime federativo brasileiro é do legislador federal (art. 22, inc. I, da Constituição Federal) de forma privativa, nada se delegando aos estados e aos municípios neste particular. Ademais, embora tenha havido a decretação, em determinado período, de situação de emergência no município, esta vigorou apenas até o mês de abril de 2012, de forma que todo material concedido (ou serviço realizado) após referido período encontrava-se sob a vedação da legislação eleitoral. A gravação da conversa telefônica mantida entre o recorrente e o então Secretário de Obras, interceptada com autorização judicial, evidencia seu envolvimento direto no fornecimento do material ao eleitor. Caracterizado o dolo do recorrente em relação à prática do crime de “*peculato-desvio*”.

5. Desvio de materiais de construção pertencentes ao município. Demonstrada a intenção do recorrente em burlar a legislação municipal, no intuito de beneficiar eleitor, mediante a autorização de entrega fracionada dos materiais de construção, elaborando documentação de conteúdo falso e inverídico de forma que cada um dos “*benefícios*” concedidos não ultrapassasse o valor máximo de um salário mínimo nacional.

6. Os elementos de provas produzidos foram consistentes para demonstrar a autoria e materialidade delitiva relacionada aos crimes de *peculato-desvio* (art. 1º, inc. I, do Decreto-Lei n. 201/67) praticados pelo recorrente, razão pela qual seu recurso, em



relação às práticas criminosas, merece ser desprovido, com a manutenção da sentença penal condenatória.

7. Aplicação da pena. Reforma da sentença no tocante à fixação individual da pena aplicada para 2 (dois) anos. Redução do aumento de pena em razão do reconhecimento da continuidade delitiva de 2/3 (dois terços) para 1/5 (um quinto). Fixação de apenamento definitivo em 2 (dois) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, mantidos 45 (quarenta e cinco) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente à época do fato. Estabelecido o regime aberto para início do cumprimento da pena, nos termos do art. 33, § 2º, al. “c”, do Código Penal. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ser determinada pelo juízo da execução. Inviável a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal), uma vez que a pena privativa de liberdade aplicada ultrapassa 2 (dois) anos.

8. Honorários ao defensor dativo. Especialidade da matéria eleitoral, inclusive na seara penal, de modo que os parâmetros estabelecidos pelo Conselho da Justiça Federal devem ser seguidos, mas com a permissão eventual de que, em situações pontuais - como a que ora se identifica -, o valor possa ser majorado. Dada a complexidade da matéria, o volume de provas e o trâmite do presente processo, mostra-se justa a fixação dos honorários acima do estipulado pelo CJF e abaixo da tabela de honorários da OAB para defesa criminal em procedimento comum. Majorados os honorários ao defensor dativo.

9. Parcial provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, etc.

ACORDAM os juízes do Tribunal Regional Eleitoral, por unanimidade, ouvida a Procuradoria Regional Eleitoral, superar a matéria preliminar, determinando, de ofício, a reclassificação jurídica dos fatos pelos quais o recorrente restou condenado, enquadrando-os no disposto no art. 1º, inc. I, do Decreto-Lei n. 201/67. No mérito, por maioria, dar parcial provimento ao recurso interposto por GILBERTO ANTÔNIO KELLER, para fins de afastar a circunstância de maior culpabilidade do recorrente, reduzir o quantitativo do aumento de pena da continuidade delitiva de 2/3 (dois terços) para 1/5 (um quinto), fixar a pena definitiva do recorrente em 2 (dois) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, substituída por pena restritiva de direitos, e 45 (quarenta e cinco) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trinta avos) do salário-



mínimo vigente à época do fato; e majorar os honorários advocatícios para o valor de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), vencidos o Des. Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira, o Des. Eleitoral José Luiz John dos Santos e o Des. Luiz Mello Guimarães, que mantinham os honorários fixados na sentença e reduziam a pena definitiva em menor extensão. Desempatou a votação, nos pontos controversos, a Des. Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak – Presidente, acompanhando o Relator.

Sala de Sessões do Tribunal Regional Eleitoral.

Porto Alegre, 29/11/2023.

DES. ELEITORAL AFIF JORGE SIMOES NETO

RELATOR

RELATÓRIO

Cuida-se de apreciar recurso de apelação interposto por GILBERTO ANTONIO KELLER contra a sentença que julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva deflagrada nos autos, condenando-o à pena de 4 (quatro) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, a ser cumprida no regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 45 (quarenta e cinco) dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário-mínimo vigente à época do fato, por incurso nas sanções do art. 312, do Código Penal, por três vezes e em continuidade delitiva (art. 71, do Código Penal).

Em suas razões, o recorrente aduz que o fornecimento de um tubo de oxigênio a Aldino Hubert ocorrera legalmente e em caráter de urgência, visando salvaguardar a vida do paciente, haja vista a demora no fornecimento pela Secretaria Estadual de Saúde (4º fato da denúncia). Em relação à apropriação e posterior fornecimento de uma carga de cascalho a Romeu Hass (5º fato da denúncia), alega que houve requerimento do eleitor junto ao Município de Colinas/RS, em conformidade com previsão orçamentária da Secretaria de Obras local. Por fim, no tocante à entrega de diversos materiais de construção, avaliados em R\$ 2.193,00, a Erni de Campos (7º fato da denúncia), sustenta ter havido observância à Lei Municipal n. 1.321/21, que prevê o fornecimento de benefícios assistenciais no município. No mérito, postulou sua absolvição em razão da ausência de provas que evidenciem a prática dos crimes ou seu dolo (elemento subjetivo) em relação ao tipo penal pelo qual condenado, uma vez que o fornecimento de bens aos munícipes intentava auxiliá-los em suas necessidades básicas. Alternativamente, em caso de manutenção da decisão condenatória, requereu: a) a fixação da pena-base no mínimo legal, devendo ser afastado o



aumento em razão de sua culpabilidade, sopesada negativamente pelo juízo de primeiro grau; b) o afastamento da continuidade delitiva ou, mantida, a adoção de *quantum* razoável de aumento, levando-se em consideração o número de infrações praticadas (três). Ao final, requereu a concessão de assistência judiciária gratuita e a majoração dos honorários advocatícios fixados, em observância à tabela da Ordem dos Advogados do Brasil (ID 45073885).

O Ministério Público Eleitoral em primeira instância apresentou contrarrazões (ID 45073892).

Em parecer, a Procuradoria Regional Eleitoral (ID 45492067), em preliminar, apontou a inocorrência de prescrição em relação aos delitos de peculato imputados ao réu Gilberto Antônio Keller. No mérito, trouxe contexto fático em que se originou a ação penal, bem como defendeu a presença de elementos a embasar um juízo de condenação pelos delitos de peculato. Fez análise dos fatos em julgamento. No tocante à pena, aduziu que as circunstâncias do art. 59 do CP foram bem analisadas, e que a continuidade delitiva aplicada pelo juízo *a quo* é benéfica ao réu, merecendo ajuste apenas o quantitativo de aumento, em observância à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Opinou pelo conhecimento e parcial provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

Des. Eleitoral Afif Jorge Simões Neto (Relator):

1 - PRELIMINARES

1.1) Contexto fático e processual.

De início, considero necessário breve exposição acerca dos fatos que embasam a pretensão acusatória do Ministério Público Eleitoral, bem como dos eventos processuais ocorridos no presente feito.

Os fatos apurados decorrem de desdobramentos da Operação *Collapus*, deflagrada pelo Ministério Público Estadual na cidade de Colinas/RS no ano de 2012, com o objetivo de apurar a cobrança indevida de valores de usuários do Sistema Único de Saúde - SUS - por consultas, exames e cirurgias naquele município, sendo apontados como autores do esquema criminoso, dentre outros, o recorrente GILBERTO ANTÔNIO KELLER e sua esposa, Cristiane Keller.

As investigações originaram-se na Justiça Estadual, sob a supervisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, haja vista que GILBERTO, à época dos fatos, ocupava o



cargo de prefeito daquela municipalidade.

Diante da existência de possíveis crimes eleitorais conexos àqueles apurados pela Justiça Comum, autorizou-se o compartilhamento das provas até então produzidas com o Ministério Público Eleitoral, que propôs a ação penal em apreço e, também, a ação de investigação judicial eleitoral - AIJE n. 884-55.2012.6.21.0021 -, na qual os então representados foram condenados pela prática de abuso de poder, captação ilícita de sufrágio e condutas vedadas, com a consequente cassação dos mandatos de GILBERTO e Marcelo Schroer, Prefeito e Vice-Prefeito eleitos em 2012 (ID 45073723, fls. 10-17, e ID 45073725).

A denúncia oferecida pelo Ministério Público Eleitoral com atuação perante a 21ª Zona Eleitoral imputa a GILBERTO e a Cristiane Keller a prática de 5 (cinco) fatos correspondentes ao delito de corrupção eleitoral (art. 299, do Código Eleitoral) e de 3 (três) fatos configuradores do delito de "peculato-desvio" (art. 1º, inc. I, do Decreto-Lei n. 201/67) (aditamento à denúncia de ID 45073743, fls. 1/2, recebido pelo Juiz Eleitoral em 03.11.2016 - ID 45073743, fl. 10).

Após processamento do feito, o Juízo da 21ª Zona Eleitoral julgou procedentes os pedidos formulados pelo Ministério Público Eleitoral e condenou GILBERTO à pena de 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, em razão da prática dos crimes do art. 299 do CE, por cinco vezes, e do art. 312 do CP, por três vezes, em continuidade delitiva (art. 71 do CP); e condenar Cristiane Keller à pena de 6 anos, 4 meses e 20 dias de reclusão, em razão da prática dos mesmos crimes (sentença de ID 45073805 e 45073806).

Em análise de recurso exclusivo da defesa, este Tribunal reconheceu, de ofício, a nulidade parcial da sentença, em razão da ausência de juntada, aos autos, das mídias referentes às escutas ambientais e às interceptações telefônicas realizadas durante a fase investigatória. Na mesma ocasião, postergou a análise do pedido de majoração dos honorários fixados ao defensor dativo para o desfecho da demanda (ID 45073813 e 45073814, fls. 1-3).

Foram opostos embargos de declaração pela Procuradoria Regional Eleitoral (ID 45073814, fls. 17-22, e 45073815, fls. 1-5), e este Tribunal manteve a decisão que, em suma, reconheceu a nulidade da sentença; extinguiu a punibilidade de Cristiane Keller em relação a todos os crimes pelos quais condenada, e de GILBERTO em relação aos crimes previstos no art. 299 do Código Eleitoral, ao reconhecer a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva (ID 45073816, fls. 21-26, e 45073816, fls. 1-7).

Os autos foram devolvidos à origem. Na sequência, o Ministério Público Eleitoral providenciou a juntada do conteúdo integral das (1) conversas telefônicas interceptadas, e (2) escutas ambientais realizadas (ID 45073820 a 45073855).

Após a apresentação de razões pelas partes, foi proferida nova sentença, na qual houve a condenação de GILBERTO ANTÔNIO KELLER à pena de 4 (quatro) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime semiaberto, bem como a 45 (quarenta e cinco) dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário-mínimo vigente à época dos fatos, em razão



da prática, por três vezes e em continuidade delitiva (art. 71 do CP), do crime descrito no art. 312 do CP (Fatos 4º, 5º e 7º da denúncia) (sentença de ID 45073868).

A defesa, então, opôs embargos de declaração (ID 45073874), acolhidos pelo juízo recorrido, para fins de integrar a sentença, fixando o valor de R\$ 536,83 (quinhentos e trinta e seis reais e oitenta e três centavos) em honorários ao advogado dativo nomeado (ID 45073881).

Após, GILBERTO ANTÔNIO KELLER apresentou o recurso de ID 45073885, objeto da apreciação da presente decisão.

1.2) Admissibilidade recursal.

O recurso é regular, tempestivo e comporta conhecimento.

Foram opostos embargos de declaração contra a sentença, a defesa foi intimada da decisão em 19.5.2022 (ID 45073883) e interpôs recurso de apelação em 24.5.2022 (ID 45073885), dentro, portanto, do prazo de 10 (dez) dias previstos no art. 362, do Código Eleitoral.

1.3) Prescrição.

No presente item, uma vez que reconhecida a prescrição relativa a todos os crimes em que fora denunciada Cristiane Keller, já falecida, e em relação aos crimes de "corrupção eleitoral" (art. 299 do Código Eleitoral) pelos quais fora denunciado o recorrente GILBERTO (acórdão de ID 45073816, fls. 21-26, e 45073816, fls. 1-7), resta apenas a análise dos crimes de "peculato-desvio" (Fatos 4º, 5º e 7º da denúncia) atribuídos ao recorrente, que teriam ocorrido entre os meses de julho a novembro de 2012.

A denúncia foi recebida em 16.10.2015 (ID 45073738, fl. 16).

Conforme a sentença de ID 45073868, GILBERTO foi condenado à pena de 4 (quatro) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em razão da prática, por três vezes e em continuidade delitiva (art. 71 do CP), do crime descrito no art. 312 do CP (Fatos 4º, 5º e 7º da denúncia), sendo atribuído a cada um dos crimes, em separado, o apenamento definitivo de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão.

Não houve recurso de parte do Ministério Público Eleitoral.

Logo, tratando-se de recurso exclusivo da defesa, em observância ao disposto no art. 110, § 1º, do Código Penal e à Súmula n. 146 do Supremo Tribunal Federal, a prescrição da ação penal regula-se pela pena em concreto estabelecida na sentença, uma vez que se torna inviável sua majoração, em homenagem ao princípio da *non reformatio in pejus*.



Ademais, nos termos do art. 119 do Código Penal e do entendimento sumular n. 497, também do STF, a prescrição - causa extintiva da punibilidade - incidirá de forma isolada sobre a pena aplicada para cada um dos crimes, devendo ser desconsiderado o aumento de pena em decorrência da continuidade delitiva:

Súmula 497 STF: Quando se tratar de crime continuado, a prescrição regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação.

Assim, para fins de análise do prazo prescricional, há que se considerar o apenamento de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, aplicado para cada um dos crimes pelos quais o recorrente restou condenado, e desprezar o acréscimo decorrente da continuidade delitiva. Desse modo, a prescrição ocorreria em 8 (oito) anos, nos termos do art. 109, inc. IV, do Código Penal.

Não há, portanto, que se falar em prescrição, considerando que entre a data do recebimento da denúncia, 16.10.2015, e a data da prolação da sentença penal condenatória, 24.02.2022 (marcos interruptivos do prazo prescricional, art. 117, incs. I e IV, CP), não houve o decurso do prazo de 8 (oito) anos, mantendo-se hígida a pretensão punitiva estatal.

1.4) *Emendatio libelli*, art. 383 do Código de Processo Penal.

No que tange aos crimes cuja pretensão punitiva estatal ainda se mantém - fatos 4º, 5º e 7º da denúncia -, o Ministério Público Eleitoral, inicialmente, denunciou o recorrente GILBERTO pela prática do crime do art. 312 do Código Penal (peculato), por três vezes.

Posteriormente, levando em consideração que GILBERTO, à época dos fatos, ocupava o cargo de prefeito de Colinas/RS, o Ministério Público Eleitoral apresentou, em 25.10.2016, aditamento à denúncia (ID 45073743, fls. 1-2), para fins de modificar a classificação jurídica de tais fatos para o crime disposto no art. 1º, inc. I, do Decreto-Lei n. 201/67 ("peculato-desvio)", aditamento esse recebido pelo juízo de primeiro grau em 03.11.2016 (ID 45073743, fl. 10).

Todavia, e em que pese a modificação jurídica promovida pelo Ministério Público Eleitoral, a sentença penal veiculou a condenação de GILBERTO pela prática do crime descrito no art. 312 do CP (ID 45073868).

Entendo que, aqui, cabe reclassificação jurídica dos fatos descritos.

Explico.

Embora bastante semelhantes, aliás, com idênticas elementares, os tipos penais não se confundem, pois a hipótese prevista no art. 312 do Código Penal pode ser praticada por funcionários públicos em geral, ao passo que o delito previsto no art. 1º, inc. I, do Decreto-Lei n. 201/67 substancia comando cuja previsão é especificamente destinada àqueles que ocupam o cargo de prefeito:



Art. 312 do CP: Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:

Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa.

Art. 1º do Decreto-Lei 201/67: São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal (sic), 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;

Sublinho: ainda que não tenha observado o aditamento à denúncia, não há nulidade processual na sentença - ou prejuízo ao exercício da defesa pelo recorrente -, pois o acusado há de se defender dos fatos descritos na denúncia e não da qualificação jurídica atribuída.

Ademais, a condição de prefeito de GILBERTO restou adequadamente descrita na inicial acusatória e em aditamento da denúncia, mostrando-se aplicável ao caso o disposto no art. 383 do Código de Processo Penal (*emendatio libelli*), apenas para fins de realizar a reclassificação jurídica aos fatos descritos na sentença penal *a quo*.

Em semelhante sentido, assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

[...] CRIME DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITO. APROPRIAÇÃO DE VERBA PÚBLICA. DEFICIÊNCIA DE DEFESA. NULIDADE RELATIVA. SÚMULA 523 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADVOGADOS DATIVOS. DILIGÊNCIA NA ATUAÇÃO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 1. Consolidou-se no âmbito dos Tribunais Superiores o entendimento de que apenas a falta de defesa técnica constitui nulidade absoluta da ação penal, sendo certo que eventual alegação de sua deficiência, para ser apta a macular a prestação jurisdicional, deve ser acompanhada da demonstração de efetivo prejuízo para o acusado, tratando-se, pois, de nulidade relativa. Enunciado 523 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. 2. Não se pode qualificar como defeituoso o trabalho realizado pelos advogados que patrocinaram o paciente, pois atuaram de acordo com a autonomia que lhes foi conferida por ocasião da habilitação ao exercício da advocacia, nos termos do artigo 7º, inciso I, da Lei 8.906/1994. 3. Diante de um insucesso, para o crítico sempre haverá algo a mais que o causídico poderia ter feito ou alegado, circunstância que não redunde, por si só, na caracterização da deficiência de defesa, a qual, conforme salientado, depende da demonstração do prejuízo para o acusado, não verificado na hipótese. INOBSERVÂNCIA AO PROCEDIMENTO PREVISTO PARA A MUTATIO LIBELLI. CONDUTA INICIALMENTE CAPITULADA COMO PECULATO. CONDENAÇÃO POR CRIME DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITO. FATOS DEVIDAMENTE NARRADOS NA INICIAL. EMENDATIO LIBELLI. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO EM RAZÃO DA NÃO ADOÇÃO DO PROCEDIMENTO ESPECIAL PREVISTO NO DECRETO-LEI 201/1967. NULIDADE INEXISTENTE. 1. O princípio da correlação entre a denúncia e a sentença condenatória representa no sistema processual penal uma das mais importantes garantias ao acusado, porquanto descreve balizas para a prolação do édito repressivo ao dispor que deve haver precisa correspondência entre o fato imputado ao réu e a sua responsabilidade penal. 2. Havendo adequada descrição dos fatos na exordial acusatória - como ocorre na hipótese -, não há ofensa ao referido postulado quando o magistrado lhes atribui definição jurídica diversa da proposta pelo órgão acusatório. [...] (HC n. 289.583/TO, relator Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador Convocado do TJ/PE), Quinta Turma, julgado em 8/9/2015, DJede 15/9/2015.)



RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. PECULATO. CRIME PRATICADO POR PREFEITO. DECRETO-LEI N. 201/1967. EMENDATIO LIBELLI. POSSIBILIDADE. MATERIALIDADE DO FATO CRIMINOSO. EXAME DE CORPO DE DELITO. PRESCINDIBILIDADE. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO MAGISTRADO. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. AGRAVAMENTO DA PENA IMPOSTA. VEDAÇÃO LEGAL. PRINCÍPIO DO NE REFORMATIO IN PEJUS. I. A exigência legal de exposição circunstanciada do fato criminoso vem ao encontro da garantia inculpada no texto da Constituição da República no sentido de assegurar ao acusado ampla defesa e contraditório (art. 5º, inciso LV). II. A alteração da definição jurídica dada à conduta praticada pelo Recorrente não teve o condão de alterar os fatos contra os quais teve ampla possibilidade de apresentar defesa. III. Sublinhe-se, ademais, que a qualidade de ex-Prefeito da Municipalidade constou expressamente da denúncia e foi determinante para que a peça fosse recebida, em Sessão Plenária, perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. IV. Não se trata de hipótese de mutatio libelli, cuja inobservância das providências contidas no art. 384 do Código de Processo Penal os Recorrentes pretendem ver reconhecida. V. Os autos foram remetidos ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, exclusivamente, por força das apelações interpostas pela Defesa. VI. A aplicação aos Recorrentes da pena acessória de inabilitação para o exercício da função pública conduz à inarredável conclusão de agravamento da condenação que anteriormente ostentavam, o que não se admite (art. 617 do Código de Processo Penal). Precedentes. VII. Recurso Especial parcialmente provido para afastar da condenação dos Recorrentes a pena de inabilitação para o exercício da função pública. (REsp n. 964.234/RN, relatora Ministra Regina Helena Costa, Quinta Turma, julgado em 17/12/2013, DJe de 3/2/2014.)

Diante disso realizo, de ofício, a reclassificação jurídica dos fatos pelos quais GILBERTO ANTÔNIO KELLER restou condenado na sentença de ID 45073868, enquadrando-os no disposto no art. 1º, inc. I, do Decreto-Lei n. 201/67, conforme aditamento da denúncia apresentado pelo Ministério Público Eleitoral e recebido pelo juízo *a quo*, a teor do art. 383 do Código de Processo Penal.

2 - MÉRITO

2.1) Crimes de "peculato-desvio", art. 1º, inc. III, do Decreto-Lei n. 201/67.

Superadas as questões preliminares, analiso o mérito do recurso interposto por GILBERTO ANTÔNIO KELLER, notadamente quanto aos crimes de "peculato-desvio" (art. 1º, inc. I, do Decreto-Lei n. 201/67) pelos quais restou condenado pela Juíza Eleitoral da 21ª Zona, sediada em Estrela/RS.

Conforme consta da denúncia, durante os meses de setembro e novembro do ano de 2012, no decorrer da campanha para as eleições municipais de Colinas/RS, o recorrente GILBERTO ANTÔNIO KELLER, utilizando-se das prerrogativas do cargo público então ocupado (prefeito), apropriou-se e desviou, em proveito de terceiros, (a) um tubo de oxigênio, entregue a Aldino Hubert; (b) uma carga de cascalho, entregue a Romeu Hass; e (c) diversos materiais de construção, avaliados em R\$ 2.193,00, entregues a Erni de Campos, visando angariar a simpatia dos beneficiados e, por consequência, seus votos em favor de sua candidatura à reeleição.



Os fatos estão assim narrados na denúncia:

4º FATO:

Em dia e hora não perfeitamente esclarecidos nos autos, mas certamente entre os meses de setembro e novembro de 2012, na cidade de Colinas/RS, os denunciados Gilberto Antônio Keller e Cristiane Keller, em comunhão de esforços e unidade de desígnios, apropriaram-se e desviaram, em proveito próprio e alheio, de um tubo de oxigênio, bem público, de propriedade do Município de Colinas/RS, de que tinham a posse em razão dos cargos que ocupavam - respectivamente Prefeito Municipal e Secretária Municipal da Saúde.

Na ocasião, os denunciados, apropriaram-se de um tubo de oxigênio, de propriedade da Prefeitura Municipal de Colinas, desviando-o e entregando-o para o eleitor Aldino Hubert. O referido tubo de oxigênio encontrava-se no Posto de Saúde e foi entregue ao eleitor com o objetivo de angariar a simpatia e, conseqüentemente, o voto de Aldino e sua família.

5º FATO:

Em dia e hora não perfeitamente esclarecidos nos autos, mas certamente entre os meses de outubro e novembro de 2012, na cidade de Colinas/RS, os denunciados Gilberto Antônio Keller e Cristiane Keller, em comunhão de esforços e unidade de desígnios, apropriaram-se e desviaram, em proveito próprio e alheio, de uma carga de cascalho, bem público, de propriedade do Município de Colinas, de que tinham a posse em razão dos cargos que ocupavam - respectivamente Prefeito Municipal e Secretária Municipal da Saúde.

Na ocasião, os denunciados, apropriaram-se de uma carga de cascalho, de propriedade da Prefeitura Municipal de Colinas, desviando-a e entregando-a para o eleitor Romeu Hass, com o objetivo de angariar a simpatia deste e, conseqüentemente, seu voto.

[...]

7º FATO:

Em dia e hora não perfeitamente esclarecidos nos autos, mas certamente entre os meses de julho e outubro de 2012, na cidade de Colinas/RS, os denunciados Gilberto Antônio Keller e Cristiane Keller, em comunhão de esforços e unidade de desígnios, apropriaram-se e desviaram, em proveito próprio e alheio, de 21 cal hidráulica, 3m³ de areia, 3m³ de brita, 10 cumeeiras, 200 parafusos telheiros, 10 pacotes de prego, 5 sacos de cimento, 11m² de madeira pinus, 10 telhas, 40 parafusos telheiros, 60 metros de roda pé, uma porta e 09 telhas, bens avaliados em R\$ 2.193,00 (dois mil, cento e noventa e três reais), de propriedade do município de Colinas, de que tinha a posse em razão dos cargos que ocupavam - respectivamente Prefeito Municipal e Secretária Municipal da Saúde.

Na ocasião, utilizando-se da Lei Municipal 1.321-03/2011, que permitia a concessão de benefícios eventuais, forneceram ao eleitor Erni Campos, por diversas vezes, auxílio material de construção. Conforme se depreende da interceptação telefônica de fls. 636/638, volume III, os denunciados forneciam benefícios ao eleitor Erni Campos, porém, como o benefício abrangido pela Lei Municipal era por família, Gilberto e Cristiane se utilizavam de nomes de terceiros, todos da família Campos, para que Erni pudesse receber tais benefícios. Desta forma, os denunciados utilizavam-se da referida lei angariar a simpatia da família e, conseqüentemente, os votos.

Na visão do MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL, os fatos acima descritos configuraram a prática do crime do art. 1º, inc. I, do Decreto-Lei n. 201/67 (aditamento à denúncia



de ID 45073743, fls. 1-2), que assim preceitua:

Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos 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;

Ou seja, o crime de responsabilidade possui relação de especialidade com o crime de peculato descrito no art. 312 do Código Penal, pois o sujeito ativo é, exclusivamente, o prefeito. Ademais, o referido dispositivo prevê duas figuras típicas: (i) "peculato-apropriação", que ocorre quando o agente se apropria, invertendo a posse de bens ou rendas públicas de que tenha a administração na condição de prefeito (passando a utilizá-las como se dono fosse), e (ii) o "peculato-desvio", que ocorre quando o prefeito dá destinação diversa a bens ou rendas públicas, visando a proveito próprio ou de outrem.

O STJ, em precedente que serve como orientação ao presente caso, consignou que "[...] da leitura do inc. I do art. 1º do Decreto-lei 201/67, na modalidade imputada ao paciente, observa-se que ele cuida de uma espécie de peculato-desvio, que se distingue do previsto no art. 312 do Código Penal apenas no tocante ao sujeito ativo, que no caso do Decreto-lei 201/67 é o Prefeito Municipal. Assim como no peculato-desvio descrito no Estatuto Repressivo, a consumação do ilícito disposto no inc. I do art. 1º do Decreto-lei 201/67 ocorre quando o Prefeito efetiva o desvio de bens ou rendas públicas em proveito próprio ou de terceiro" (HC n. 204.956/SP, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 18/9/2012, DJe de 3/10/2012).

Ainda, ao tratar do elemento subjetivo do tipo (dolo específico) do peculato-desvio, a jurisprudência tem entendido ser necessária a demonstração da vontade e consciência do agente em dar à coisa fim diverso daquele determinado ou previsto. Neste sentido o seguinte precedente, ainda que trate do tipo do art. 312 do CP:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AGRAVO CONHECIDO. CRIME DE PECULATO-DESVIO E DE ASSUNÇÃO DE OBRIGAÇÃO NO ÚLTIMO SEMESTRE DO MANDATO. ARTS. 312 E 359-C DO CÓDIGO PENAL - CP. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. INEXISTÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO NO DELITO DE PECULATO. NÃO IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. INEXISTÊNCIA DE CONFRONTO COM JULGADO DESTA CORTE. ART. 359-C DO CÓDIGO PENAL. DELITO PRÓPRIO. SUJEITO ATIVO. TITULAR DE MANDATO OU LEGISLATURA. PARTICIPAÇÃO CRIMINOSA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N. 282 E N. 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. 1. A argumentação do recorrente não é capaz de infirmar os fundamentos do acórdão recorrido na medida em que não impugna especificamente a necessidade de configuração do dolo específico da parte recorrida no delito inculcado no art. 312, caput, do Código Penal, que é a obtenção de proveito próprio ou alheio. Impõe-se o óbice da Súmula n. 283 do Supremo Tribunal Federal. 2. "No delito de peculato-desvio, previsto no art. 312, caput, segunda figura do Código Penal, o dolo é representado pela consciência e vontade de empregar a coisa para fim diverso daquele determinado, aliado ao elemento subjetivo do injusto, consistente no especial fim de agir, que é a obtenção do proveito próprio ou alheio" (REsp 1.257.003/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe12/12/2014). (AREsp n. 1.415.425/AP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 19/9/2019, DJe de 24/9/2019).



Ressalto, ademais, a ciência de que houve a cassação, por esta Justiça Especializada, dos diplomas de GILBERTO e de seu vice, Marcelo Schroer, devido à prática de atos de abuso de poder, captação ilícita de sufrágio e condutas vedadas, em decisão proferida nos autos da AIJE n. 884-55.2012.6.21.0021.

Muito embora exista a salutar independência de esferas, que podem, inclusive, redundar em sopesamento probatório diferenciado e decisões diversas, é situação que merece, ao menos, indicação. Esclareço, também, não olvidar de legislação municipal de Colinas/RS que autorizava, em abstrato, a entrega dos bens destinados aos eleitores. A contextualização mostra-se relevante, conforme se verá, pois diz respeito à divisão de competências de legislação, determinada pela Constituição Federal.

Passo, então, ao enfrentamento individualizado dos fatos delituosos pelos quais o recorrente GILBERTO ANTÔNIO KELLER restou condenado.

2.1.1) 4º Fato da denúncia - Desvio de um tubo de oxigênio em benefício de Aldino Hubert.

Conforme se extrai da denúncia e da sentença penal condenatória, entre os meses de setembro a novembro de 2012, o recorrente GILBERTO ANTÔNIO KELLER, então Prefeito de Colinas/RS e candidato à reeleição, em comunhão de esforços com sua esposa, Cristiane Keller, Secretária Municipal da Saúde, aproveitando-se dos cargos públicos ocupados, desviou um tubo de oxigênio pertencente ao patrimônio público municipal em favor do eleitor Aldino Hubert. A conduta foi praticada com viés eleitoreiro, qual seja, *"angariar a simpatia e, conseqüentemente, o voto de Aldino e sua família"*.

Em suas razões recursais, o recorrente sustenta que o fornecimento do oxigênio a Aldino Hubert ocorreu em observância aos devidos procedimentos legais, sendo realizado em caráter de urgência e visando salvaguardar a vida do paciente, haja vista a demora no fornecimento pela Secretaria Estadual de Saúde.

Em seu interrogatório, GILBERTO discorreu sobre o início de sua gestão como prefeito em Colinas/RS, alegando se tratar de cidade com muitas precariedades e deficiências e que, em seu mandato, pôde providenciar diversas melhorias, como a construção de creches e escola de turno integral. Especificamente sobre o fato, asseverou que Aldino era paciente que tinha indicação de uso de oxigênio e, portanto, independia se a necessidade havia ocorrido em ano eleitoral ou não, pois o equipamento deveria ser providenciado; que não houve a intenção de angariar voto, mas apenas de cumprir com sua função administrativa de garantir a saúde do paciente (ID 45073801).

Em que pesem os argumentos apresentados, as provas produzidas durante a fase investigatória, e confirmadas judicialmente, evidenciam a conduta dolosa do recorrente, consistente em desviar os bens pertencentes ao Município de Colinas/RS com a finalidade de reeleição ao cargo de prefeito.



Ouvida em juízo, Dóris Dora Hubert, esposa de Aldino, sustentou que, em determinado dia, foi com seu marido até a médica, pois ele estava com "*falta de ar*", pedindo se poderia ter oxigênio em casa, visto que "*não aguentava mais*"; que, após a consulta, foram falar com Cristiane, esposa do recorrente, a qual disse que um carro de Santa Cruz traria oxigênio para Colinas/RS, para uma outra pessoa, questionando "*se nós queria também*", com o que concordaram; que questionaram Cristiane quanto deveria ser pago, ao que ela disse que custaria R\$ 250,00, dos quais R\$ 100,00 a prefeitura pagaria e R\$ 150,00 deveriam ser pagos pelo paciente; que se não fosse pelo oxigênio, o marido da declarante não estaria mais vivo; que pagaram o valor de R\$ 150,00 mensalmente, durante 8 (oito) meses; que depois desse período, o oxigênio "*veio pelo Estado*", a partir do que a declarante não precisou pagar mais; que não houve o ajuizamento de ação judicial, sendo o oxigênio fornecido a pedido do médico; que os valores pagos foram entregues diretamente no posto de saúde para Cristiane, não sendo fornecido recibo; que durante o período eleitoral de 2012, o recorrente GILBERTO esteve na casa da declarante a fazer visita, oportunidade em que pediu "*se vocês me ajudam, daí nós também te ajudamos*"; que a ajuda pedida era relacionada ao fornecimento gratuito do oxigênio, sendo que GILBERTO ligou para Cristiane para saber se seria possível; que o recorrente disse que iria conseguir a ajuda; que, após as eleições, a declarante ligou para Cristiane questionando sobre o fornecimento do oxigênio; que, mesmo que não tivesse recebido o oxigênio, iria votar em GILBERTO, pois já haviam votado na eleição anterior; que não lembra direito, mas o último mês que pagou pelo oxigênio foi em setembro ou outubro de 2012; que não sabe se o oxigênio que foi entregue veio do tio de Cristiane, mas sabe que veio do "*Vale do Sol*"; que lembra que o Estado havia indeferido o pedido para fornecimento do oxigênio, mas que o médico "*mandou um papel*" dizendo que Aldino tinha direito, e que antes Aldino não fazia uso de oxigênio, não sabendo se o Estado não quis fornecer (ID 45073749).

Roseli Alonia Mohr sustentou ser técnica de enfermagem no Município de Colinas/RS, tendo ciência de que foi encaminhado um tubo de oxigênio ao domicílio de Aldino, acreditando que isso ocorreu um pouco antes do período eleitoral de 2012; que Cristiane ocupava o cargo de Secretária de Saúde à época dos fatos; que o posto de saúde possui um tubo de oxigênio para uso emergencial; que sabe que um parente de Cristiane, de nome Eldo, utiliza um tubo de oxigênio cedido pelo Posto de Saúde, bem como que este faleceu durante referido período eleitoral; que não sabe se o tubo utilizado por Eldo foi repassado para Aldino, acreditando que cada um tinha o seu; que aconteciam algumas situações estranhas no Posto de Saúde durante o período eleitoral, e que percebia preferência a apoiadores, com consultas e exames; que realizou cobranças de pacientes, por ordem de Cristiane, sendo cobrado o valor que estava determinado na solicitação; que apareciam algumas prescrições sem valor especificado, e valores em outras; que o município fornece oxigênio aos pacientes até a distribuição pelo Estado, mas o caso de Aldino era diferente, pois pagava pelo oxigênio.

Conforme consta nos autos, Aldino Hubert era portador de doença pulmonar e, em razão da dificuldade de respiração, passou a fazer uso diário de oxigênio, como forma complementar ao tratamento médico realizado. Inicialmente, o fornecimento do oxigênio foi intermediado pela Secretaria Municipal de Saúde de Colinas/RS, à época conduzida por Cristiane Keller, que cobrou mensalmente, por oito meses, R\$ 150,00 pelo oxigênio fornecido a Aldino, alegando que o restante - R\$ 100,00 - seria pago pela Prefeitura de Colinas/RS. Contudo, já durante o período de campanha eleitoral, e após a visita de GILBERTO à casa de Aldino e Dóris, o



Município de Colinas/RS passou a custear integralmente o oxigênio entregue ao eleitor.

Nota-se, ressaltado, clara mudança de procedimento da Secretaria Municipal de Saúde de Colinas/RS no tocante ao fornecimento do oxigênio a Aldino - cujo recebimento gratuito é assegurado pela Constituição Federal a todos os cidadãos (art. 196). Tal modificação, aliás, ocorreu após o então candidato à reeleição GILBERTO visitar a residência de Aldino e receber o pedido de auxílio em troca de "ajuda" na campanha eleitoral, conforme se extrai da transcrição da conversa mantida entre GILBERTO e a falecida esposa, a corré Cristiane Keller, em 3 de outubro de 2012 (ID 45073628, fls. 4/5):

"GILBERTO ANTONIO KELLER: Eu tô aqui no Dino, sobre aquela história do oxigênio dele, [tu] [...]"

CRISTIANE KELLER: Assim, ó, a gente encaminhou pra Décima [...], tá. Só que veio negativado. Ele não... não tem... não... pelo exame que ele fez. Mas a gente não falou nada pra ele ainda.

GILBERTO ANTONIO KELLER: Hunhum. Tá.

CRISTIANE KELLER: A gente ia falar só depois [...]"

GILBERTO ANTONIO KELLER: Tá.

CRISTIANE KELLER: Veio o retorno da Décima Sexta que ele não precisaria usar oxigênio.

GILBERTO ANTONIO KELLER: ãhan. Tá.

CRISTIANE KELLER: Então, assim ó, como agora o Eldo conseguiu um ali do coisa..."

GILBERTO ANTONIO KELLER: Hum.

CRISTIANE KELLER: ... nós ia dizer que a gente vai pegar um daqui e vai dar pra ele.

GILBERTO ANTONIO KELLER: Tá. Tem como fazer isso?"

CRISTIANE KELLER: Tem.

GILBERTO ANTONIO KELLER: Posso dizer?"

CRISTIANE KELLER: Pode.

GILBERTO ANTONIO KELLER: Tá, um daqui, tu diz, aonde?"

CRISTIANE KELLER: Aquele..."

GILBERTO ANTONIO KELLER: Tá.

CRISTIANE KELLER: ... concentrador que tava lá no Eldo, que agora ele pegou um da Unimed, né. (...)"

GILBERTO ANTONIO KELLER: Tá.



CRISTIANE KELLER: Aí nós vamos dar esse que tava no Eldo pra ele.

GILBERTO ANTONIO KELLER: Tá.

CRISTIANE KELLER: E daí ele pode devolver.

GILBERTO ANTONIO KELLER: Pra quando tu consegue isso?

CRISTIANE KELLER: Quando o cara vem de novo?

GILBERTO ANTONIO KELLER: Só um pouquinho. O técnico? (...)

CRISTIANE KELLER: Esse mês ele já pagou, eu acho. Agora, mês de outubro ele não pagou ainda.

GILBERTO ANTONIO KELLER: Não, ele disse que vem... ele... ele deve tá por chegar, ele disse.

CRISTIANE KELLER: Tá. E daí, quando ele tiver, daí a Dóris pode me ligar, ele pode recolher os [aparelhos].

GILBERTO ANTONIO KELLER: Tá. Tá bom.

CRISTIANE KELLER: Tá.

GILBERTO ANTONIO KELLER: Tá bom. Valeu.

CRISTIANE KELLER: Tá? Daí diz que a gente conseguiu mais um aqui no posto pra ele.

GILBERTO ANTONIO KELLER: Tá bom. Valeu" (grifos deste relator).

Para além do direito constitucional de Aldino Hubert em receber, gratuitamente, dos entes públicos, o oxigênio necessário à manutenção de sua saúde e qualidade de vida, a prova evidenciada que tal fornecimento, independentemente do pagamento dos valores mensais até então despendidos, só ocorreu após a visita realizada à residência do eleitor e a promessa de "auxílio" em sua campanha eleitoral.

A situação se extrai, inclusive, da conversa interceptada com autorização judicial, ocorrida em 16.10.2012, após a reeleição de Gilberto, na qual Dóris liga para Cristiane cobrando o fornecimento gratuito do oxigênio, conforme haviam combinado (ID 45073651, pgs. 23/25):

"DÓRIS: Como é que é com aquele oxigênio?

CRISTIANE KELLER: Ele... já pegou?

DÓRIS: Mas ele não pegou ainda, mas aí a gente tem que continuar a pagar!

CRISTIANE KELLER: Não, não, nós deixamos combinado com ele, naquele dia, ele vai (ininteligível) ali, e nós vamos levar o outro. Mas daí ele sabe que nós não vamos mais ficar. [Não precisa] te preocupar com isso!

(...)



DÓRIS: Mas ele vai pegar em dezembro esse, [porque ele viajou] agora, ele disse pra... que vocês ia trazer ... trazer aquele pra nós... nós guardar ele. E se a gente usa, a gente tem que pagar.

CRISTIANE KELLER: Não, não, não precisa te preocupar, eu combinei com ele. Eu vou ligar pra ele de novo entã.

DÓRIS: Tá.

(...)

DÓRIS: ... nós também ajudemovocês: nós cumprimo com a nossa promessa!

CRISTIANE KELLER: Isto.

DÓRIS: Agora vocês também tem que cumprir, né?! (...)"

(...)

CRISTIANE KELLER: Tá, não, não te preocupa Dóris. (Grifei.)

Ou seja, após a reeleição de GILBERTO, Dóris contatou Cristiane e cobrou o fornecimento do oxigênio gratuito para seu marido, conforme haviam combinado. Tal fato evidencia o dolo (elemento subjetivo do tipo) na conduta do agente que, visando satisfazer interesse pessoal, alterou a forma de distribuição de oxigênio até então adotada, e passou a fornecê-lo gratuitamente ao eleitor, não por reconhecer o direito à saúde de Aldino, mas para retribuir, com bens pertencentes à administração pública, o voto do eleitor e de sua família.

Nessa linha, o depoimento de Camila Maria Oliveira, transcrito na sentença *a quo*:

"[...] Aldino era um paciente que necessitava da oxiterapia, a qual é fornecida pelo SUS por processo administrativo, sem custo algum. Narrou que Aldino tinha que pagar um valor mensal, entretanto, o oxigênio devia ser concedido gratuitamente aos pacientes. A depoente fazia apenas os laudos. Havia outro paciente que recebia gratuitamente o tubo de oxigênio, sendo parente de Cristiane. Não presenciou os denunciados prometerem um tubo de oxigênio gratuito em troca de votos, mas sabia do fato pois Aldino comentou algo. Referiu que Gilberto e Cristiane solicitavam que a depoente liberasse coisas que não poderiam ser feitas. Afirmou que as pessoas recebiam as coisas em troca de ajuda. Referiu que fazia parte da Assistência Social. Narrou que "todo mundo ganhava tijolo", independente da condição social, pois, devido a uma lei municipal, havia uma olaria que utilizava as máquinas do município e dava tijolos em troca, os quais seriam utilizados em obras da Prefeitura e, o excedente, distribuído para a população. Relatou que, com frequência, os denunciados davam benefícios para conseguir a simpatia e os votos dos munícipes. As pessoas se dirigiam até a sala do Prefeito e, após, este ou a Secretária "mandavam liberar". A grande maioria passava pela Assistência Social, pois necessitavam de um laudo para ser apresentado ao Tribunal de Contas, caso necessário, sendo que para alguns "fazia direto", com base em uma antiga lei municipal. Confirmou que Erni de Campos e sua família estavam sempre recebendo muitos benefícios, desde cesta básica a materiais de construção. Alegou que tais pessoas trabalhavam, alguns eram aposentados e não se encontravam em situação de vulnerabilidade. Asseverou que algumas vezes tentou trancar alguns benefícios em função da renda dos mesmos, mas Cristiane e Gilberto davam ordens, por telefone, que deveria concedê-los. Confirmou que havia um benefício para reformas, assim, os denunciados utilizavam os nomes dos familiares para fracionar a concessão dos materiais de construção. Geralmente era Cristiane quem dava as ordens para a depoente executar, mas em algumas ocasiões era Gilberto. Arguiu que havia



tratamento diferenciado conforme a simpatia do eleitor, inclusive, chamavam os eleitores do partido de oposição de "engessados", não sendo concedido o benefício e dificultando a obtenção dos auxílios. Relatou que, se a pessoa necessitar de oxigênio, deve se dirigir até a Secretaria de Saúde e solicitar, assim, vai ser encaminhado um processo administrativo frente ao Estado. Se a necessidade foi urgente, fica a cargo do Município arcar com as despesas, sem cobrar do paciente. Afirmou que várias vezes foi ordenada a liberar coisas para as pessoas narradas na denúncia (ID 45073868)

Tais situações demonstram o acerto da sentença recorrida ao identificar que a concessão de bens e serviços públicos aos munícipes serviram, em algumas ocasiões, como moeda de troca de votos a GILBERTO.

Julgo, portanto, que as elementares do crime de "peculato-desvio" (art. 1º, inc. I, do Decreto-Lei n. 201/67) restaram demonstradas, na medida em que a conduta do agente evidenciou o dolo em desviar, conforme ressaltado pela Procuradoria Regional Eleitoral, a "*carga de oxigênio, que, igualmente, possui valor econômico*" (ID 45492067, fl. 12), do Município de Colinas/RS.

Diante disso, merece ser mantida, no ponto, a sentença penal condenatória.

2.1.2) 5º Fato da denúncia - Desvio de uma carga de cascalho em benefício de Romeu Hass.

Conforme indicado na sentença, entre os meses de outubro a novembro de 2012, o recorrente GILBERTO, em comunhão de esforços e desígnio de vontades com sua esposa, Cristiane Keller, desviou em favor do eleitor Romeu Hass, com o objetivo de obter seu voto, uma carga de cascalho, bem público pertencente ao Município de Colinas/RS.

Em suas razões recursais, GILBERTO ANTÔNIO KELLER sustenta que a entrega do cascalho ocorreu após requerimento formulado pelo eleitor junto ao município, e em conformidade com previsão orçamentária da Secretaria de Obras local.

Em seu interrogatório sobre tais fatos, o recorrente alegou que "*o município estava fazendo uma obra, a pessoa tinha um muro quase dentro da estrada do município. A estrada foi alargada quando construiu o asfalto e o que aconteceu? Esse muro ruiu*". Em razão disso, o município teria, então, feito um acesso para que Romeu conseguisse entrar em casa, sendo necessário, para isso, a entrega do cascalho. Concluiu que, em decorrência de uma obra pública, o município precisara reparar o dano que causou ao munícipe (IDs 45073801 e 45073802).

Mister salientar, desde logo, que a entrega da carga de cascalho para Romeu restou incontroversa nos autos.

Destaco, por oportuno, que a instrução processual demonstra que, durante o período eleitoral de 2012, houve aumento significativo no fornecimento de serviços e materiais (cascalho, saibro, britas etc) pela Secretaria de Obras do Município de Colinas/RS. Com efeito, as testemunhas Norberto Geist, Ito Sipp, Alessandro Manica, Graziela Driemeyer, Manilde Rodher, Olécio



Molmann e Paulo Dientsmaan, cujos depoimentos judiciais foram transcritos na sentença de ID 45073868, evidenciam que, durante o período eleitoral de 2012, também receberam da Prefeitura de Colinas serviços de terraplenagem e aterro, bem como, alguns deles, cargas de cascalho ou saibro (inclusive a distribuição dos serviços e materiais foi objeto do 3º fato da denúncia).

Nestor Luis Endler sustentou ser motorista e que durante a campanha do recorrente "*a gente fez serviços, levou saibro, cascalho moído*"; que os materiais foram levados pelo declarante e pelos outros motoristas, por determinação do então secretário; que não sabe dizer quais eram os critérios; que o secretário dava um "*bilhete*" dizendo para quem eram os serviços e os motoristas apenas levavam e "*pegavam recibo*". Confirmou que, no período de julho a setembro daquele ano, o fornecimento de materiais ocorreu "*de forma mais intensa*", pois as pessoas queriam se aproveitar do período eleitoral. Confirmou a entrega de materiais a Norberto Geist, Milton Bazanella, Gilmar Knopp, Milton, Clécio Mollmann, CTG Querência do Gaúcho, Sinésio Fhrot, Ito Sipp e Asta, bem como que os outros motoristas também realizaram entrega de materiais para os eleitores; que o recibo, após assinado pelo eleitor, era levado à prefeitura e ao secretário; que não eram feitos pagamentos pelos beneficiados com os materiais. Em relação a Romeu Hass, sustentou que ele é pedreiro, não sabendo se o local onde ele mora é urbano ou rural; que não levou carga de materiais para ele; que não recebia ordens do prefeito para levar os materiais, "*só do Secretário*" (ID 45073716).

Odilo Antônio da Costa sustentou que é operador de máquina desde 13.4.94, ocupando esta função à época dos fatos; que, no ano de 2012, não exerceu a função de operador de máquina, pois "*não me davam esse serviço para mim*", sustentando que o então Secretário de Obras, Nestor Olmann, não lhe repassava este serviço; que ficou por muito tempo "*no fundo da garagem*", não recordando exatamente o dia, mas durante os anos de 2011 e 2012; que havia movimentação de eleitores na Secretaria de Obras, não tendo presenciado a entrega de cascalho nas casas, mas ouvia que estava sendo feito; que a entrega era realizada tanto na cidade quanto no interior; que ouvia muito que "*uns pediam e ganhavam e outros pediam e não ganhavam*", alegando que o não fornecimento decorreria da opção política do solicitante; que tem conhecimento que nas últimas eleições foi interrompido o fornecimento de cascalho e pedras pela secretaria; que ouvia quando o secretário determinava a seus colegas que era para fazer as entregas, "*saibro, britas*", mas não acompanhou estas; que foi Secretário de Obras no município em duas oportunidades, tendo conhecimento da existência de lei em Colinas/RS que regulamenta o fornecimento de prestação de "*serviços de máquinas*", havendo previsão orçamentária para prestar tais serviços (ID 45073750).

Destaco que o normativo citado é a Lei Municipal n. 1.370-03/11, de Colinas/RS (ID 45073784, fl. 15), que "*estabelece normas para a prestação de serviços a particulares, na área urbana, com equipamentos rodoviários do Município e dá outras providências*", de forma a autorizar o Poder Executivo a conceder isenção do pagamento para serviços prestados a particulares de até 5 (cinco) horas-máquinas, por ano, e até 2 (duas) cargas de saibro/terra, durante o mesmo período (art. 3º), mediante requerimento do interessado" (art. 1º, parágrafo único).

Ainda, nos termos do art. 2º, "*o número de horas/máquina, efetivamente trabalhadas, ou quilômetros rodados, bem como o número de cargas transportadas, serão informadas pelo*



operador, ou pelo servidor designado, em formulário próprio, contendo também a assinatura de concordância do contribuinte beneficiado".

Ocorre que, conforme ressaltado pela Dra. Caren Letícia Castro Pereira, magistrada prolatora da sentença guerreada, em que pese a existência de lei municipal que, abstratamente, autorizaria o fornecimento de serviços e de materiais pela Secretaria de Obras de Colinas, a distribuição gratuita de tais bens em ano eleitoral encontra vedação legal expressa no art. 73, § 10, da Lei n. 9.504/97, pois a competência para legislar sobre a matéria no regime federativo brasileiro é, indiscutivelmente, do legislador federal (art. 22, inc. I, da Constituição Federal) de forma privativa, nada se delegando aos Estados e aos Municípios neste particular. Ainda que se trate de ilícito de natureza cível, a circunstância merece relevo para demonstrar a inocuidade da legislação municipal sobre os fatos.

Ademais, embora não se desconheça a decretação, em determinado período, de situação de emergência no Município de Colinas/RS, saliento que esta vigorou apenas até o mês de abril de 2012, de forma que todo material concedido (ou serviço realizado) após referido período - o que incluiu a carga de cascalho entregue a Romeu Hass em outubro de 2012 - se encontrava sob a vedação da legislação eleitoral.

A título de desfecho, é inegável que a degravação da conversa telefônica mantida entre GILBERTO e o então Secretário de Obras de Colinas/RS, Nestor Hollmann, no dia 03.10.2012, interceptada com autorização judicial, evidencia o envolvimento direto do recorrente no fornecimento do material ao eleitor (ID 45073628, fl. 8).

Transcrevo, por relevante, as excelentes conclusões da magistrada de primeiro grau:

[...] Conforme constou da sentença prolatada nos autos da Ação de Investigação Judicial Eleitoral nº 884-55.2012.6.21.0021 (fls. 676/677), restou decretada situação de emergência no Município de Colinas, pelo período de 90 (noventa) dias, que vigorou até meados de abril de 2012, sendo considerados como enquadrados na situação de excepcionalidade prevista na lei os benefícios concedidos até 14.04.2012.

Muito embora tenha sido procedida a prorrogação do referido Decreto, por meio de manuscrito do Prefeito Municipal, tal não pode ser considerada, na medida em que tanto a decretação de emergência quanto a sua prorrogação devem ser submetidas à apreciação da Defesa Civil do Estado e formalizada mediante Decreto, o que não ocorreu no caso.

Dessarte, a concessão dos benefícios em momento posterior ao término da situação de excepcionalidade encontra-se eivada de irregularidade, eis que não encontra amparo nas exceções previstas no referido artigo - calamidade pública, estado de emergência ou programa social autorizado em Lei e já em execução orçamentária no exercício anterior.

Assim, sendo incontroversa a concessão dos materiais e auxílios aos municípios em período imediatamente anterior ao pleito eleitoral (de julho a outubro de 2012) e, portanto, após o término da situação de excepcionalidade suprarreferida. (ID 45073868)

Portanto, GILBERTO ANTÔNIO KELLER proferiu ordem expressa de desvio de uma carga de cascalho em favor de Romeu Hass, dias antes da realização do pleito municipal de



2012, com o intuito de benefício pessoal, qual seja, obter o apoio do eleitor em sua campanha à reeleição ao cargo de chefe do Executivo de Colinas/RS. É importante ressaltar tal circunstância, inclusive para pontuar a caracterização do dolo do recorrente em relação à prática do crime de "peculato-desvio".

Diante disso, o recurso apresentado pela defesa de GILBERTO deve ser desprovido, no ponto, para fins de manter a sentença penal condenatória em relação a tal fato.

2.1.3) 7º Fato da denúncia - Desvio de materiais de construção para Erni de Campos.

Por fim, em relação à distribuição de materiais de construção para o eleitor Erni de Campos, consta na denúncia que, entre os meses de julho e outubro de 2012, o recorrente GILBERTO, em comunhão de esforços e desígnio de vontades com sua esposa, Cristiane Keller, desviou em benefício de Erni Campos "21 cal hidráulica, 3m³ de areia, 3m³ de brita, 10 cumeeiras, 200 parafusos telheiros, 10 pacotes de prego, 5 sacos de cimento, 11m² de madeira pinus, 10 telhas, 40 parafusos telheiros, 60 metros de roda pé, uma porta e 09 telhas", materiais avaliados em R\$ 2.193,00 (dois mil cento e noventa e três reais) e que pertenciam ao Município de Colinas/RS.

Em seu recurso, GILBERTO ANTÔNIO KELLER sustentou que o fornecimento de tais materiais foi realizado com observância da Lei Municipal n. 1.321-03/11.

Interrogado sobre tais fatos, o recorrente sustentou que "*a família Campos são os únicos bolsa-família do município*", pois moram em uma área alagada, pertencente ao DNIT, à beira do trilho do trem; são pessoas muito humildes e constantemente estavam em acompanhamento pela Assistência Social do município; "*eram pessoas que tinham problemas financeiros*"; que não houve liberação de recursos que não fosse pelo setor competente, qual seja, a assistência social do município; que os benefícios concedidos pela assistência social possuíam um trâmite, uma avaliação, um laudo para fornecer os bens ou atendimento familiar; que Erni de Campos trabalhou em sua campanha, na condição de "cabo eleitoral" e que o dinheiro pago saiu do caixa da campanha, por ele ter feito o jingle (música de campanha), ter dirigido o carro de som e feito locução; que não sabe o valor exato que foi pago a Erni, pois não era o declarante quem controlou o pagamento; que não houve pagamento via prefeitura (IDs 45073801 e 45073802).

Ouvido em juízo, Erni de Campos sustentou ter recebido materiais de construção, "*uma vez só*", não lembrando da data, tendo reformado sua casa após uma enchente; questionado se solicitou os materiais na Assistência Social do município, disse que "*foi tudo dentro da lei*"; que reformou o telhado e a mão de obra foi prestada pelo declarante; que estava desempregado na época; que não recebeu dinheiro de Gilberto na campanha eleitoral, mas trabalhou para o PMDB, fazendo e gravando música; que há 16 anos faz músicas para campanha, sempre para o PMDB, independentemente do candidato; que a música para Gilberto, no ano de 2012, foi o declarante quem fez; que recebeu "*uns troco*", não especificando o valor; que o pagamento foi realizado em



dinheiro; que na última eleição cobrou o valor de R\$ 10.000,00 para fazer as músicas e ser cabo eleitoral; que na eleição anterior fez a música e gravou e que por isso cobrou aproximadamente R\$ 2.500,00; que foram três ou quatro músicas; que não pegou dinheiro, nem cesta básica na assistência social; que onde mora é uma área alagável, enfrenta problemas com enchente; que quando precisou do material o declarante foi até a prefeitura, na assistência social, e eles viram onde era mais barato e compraram; que não sabe se Arthur e Elena receberam material de construção da prefeitura (ID 45073752).

Conforme se depreende dos documentos de ID 45073738 (fls. 2-13), no ano de 2012, a Secretaria de Saúde, Assistência Social e Habitação do Município de Colinas/RS autorizou o fornecimento de "Auxílio Material de Construção" a Elena de Campos dos Santos (no valor total de R\$ 486,00), Lúcia Campos dos Santos (no valor total de R\$ 619,00), Erni de Campos (no valor total de R\$ 488,00) e Arthur Martins dos Santos (no valor total de R\$ 600,00), sempre com amparo na Lei Municipal n. 1.321-03/11.

Apenas Erni de Campos confirmou ter recebido, "*uma única vez*", materiais de construção da Prefeitura de Colinas/RS.

Com efeito, Elena de Campos dos Santos Alves afirmou que nunca recebeu materiais de construção da prefeitura; que tinha conhecimento de que existia um projeto para fornecimento de banheiros e que foi até a assistência social se cadastrar, não lembrando se foi em ano de eleição; que é irmã de Erni Campos, o qual "*sempre fez músicas para campanha eleitoral*"; que não tem conhecimento e nunca foi buscar tais materiais na prefeitura; que a única coisa fornecida pela assistência foi o banheiro; que não tem conhecimento que sua falecida mãe e que seu pai tenham recebido tais materiais; que nunca pediu ou recebeu dinheiro e cesta básica da assistência social; que não tem conhecimento sobre materiais de construção ou valores recebidos por seu irmão; que não era garantido que seria fornecido o banheiro, sendo necessário um prévio cadastro pelos interessados; que a reforma realizada na casa dos pais da declarante foi feita com dinheiro que sua mãe recebeu; que o banheiro da sua casa foi construído por empresa contratada pela assistência do município, não sendo entregues materiais de construção ou dinheiro à declarante (ID 45073747).

Arthur Martins dos Santos relatou que, da prefeitura, só foi atendido pelo Posto de Saúde; que é padrasto de Erni Campos e nunca recebeu materiais de construção da Prefeitura de Colinas/RS, pois a obra que fez em sua residência foi paga com os valores que sua esposa recebeu do INSS, "*de atrasados*"; que também não recebeu salários e cestas básicas da prefeitura, não sabendo se Erni e sua esposa receberam; questionado sobre a conversa telefônica mantida por Gilberto, de que a família Campos recebia benefícios sociais, ratificou nunca ter recebido, "*a não ser do posto de saúde*"; mostradas as autorizações para recebimento de materiais de construção e notas fiscais acostadas aos autos, o declarante negou que os tenha recebido; que, pelo que sabe, sua filha (Elena de Campos) e sua falecida esposa (Lúcia Campos dos Santos) também não receberam materiais da Prefeitura de Colinas/RS; que a obra em sua casa foi realizada em 2010 e 2012, não sabe dizer ao certo, mas esta foi paga por sua esposa, nunca tendo pedido ajuda na prefeitura (ID 45073746).

A Lei Municipal n. 1.321-03/11, utilizada como fundamento legal para o



fornecimento dos materiais de construção descritos na denúncia apresentada pelo Ministério Público Eleitoral (ID 45073737, fls. 17-20), "*regulamenta a concessão dos benefícios eventuais da política de assistência social*" no Município de Colinas/RS. Segundo o regramento, o auxílio a ser concedido possuía como limite máximo o valor de até um salário mínimo nacional, que, à época dos fatos, era de R\$ 622,00:

Art. 11º Os Benefícios Eventuais elencados no Inciso I e II do art. 5º, atenderão ainda aos seguintes requisitos e parâmetros:

I - o material de construção, objeto do benefício e auxílio, não abrangerá os acabamentos nem os acessórios que servem de adorno;

II - na liberação do auxílio, o Setor competente, não poderá deferir o benefício quando este for para a construção ou reforma de garagem, muros, áreas destinadas ao lazer e similares que se caracterizam como necessidade adiável.

III - residir no mínimo dois anos no Município, devidamente cadastrado no banco de dados do Programa ESF - Estratégia de Saúde do Município.

IV - estar em dia com os impostos municipais;

V - O auxílio corresponderá a 30% do orçamento, limitado o valor máximo a 1(um) Salário Mínimo Nacional. Somente casos excepcionais, devidamente justificados por Laudo, poderão ultrapassar este valor.

VII - o benefício poderá ser concedido para famílias que não se enquadram no critério sócio-econômico fixado nesta lei, nos casos de: moradia em área de risco, para garantir o acesso universal a água e energia elétrica, em situação de emergência ou calamidade pública decretada, quando atingidas por fatores alheios e emergenciais como vento, incêndio, explosão e enchentes. (grifei)

Também aqui no ponto destaque que é flagrante a adoção de conduta ilegal. Considerando que o valor total dos materiais de construção desviado em favor de Erni superaria, em muito, o limite máximo do benefício assistencial que poderia ser distribuído aos munícipes de Colinas/RS, GILBERTO procurou dar aparência de legalidade à operação e, contando com o auxílio da assistente social Cláudia Cristina Röhring, autorizou a entrega fracionada dos materiais de construção, elaborando documentação de conteúdo falso, inverídico - "*autorização auxílio material de construção*" - com destinação a familiares de Erni (Elena de Campos dos Santos, Lúcia Campos dos Santos e Arthur Marins dos Santos), além dele próprio, de forma que cada um dos "benefícios" concedido não ultrapassasse o valor máximo de um salário mínimo nacional.

Resta clara a intenção do recorrente em burlar a legislação municipal, no intuito de beneficiar Erni, conforme se extrai das conversas telefônicas abaixo transcritas (ID 45073707, fls. 15-18):

MARCELO SCHROER: Tu chegou a ver aquela situação do Erni?

CRISTIANE KELLER: Sim, ele ganhou já o que ele deve ... o ... assim, ó, o que ele poderia ganhar por aqui, ele ganhou.



MARCELO SCHROER: Tá, e o que nós vamos fazer? Porque tá me ligando, mandando mensagem, tá...

CRISTIANE KELLER: Só que assim, Marcelo, a lei é um salário-mínimo, né.

MARCELO SCHROER: Hunhum. Hum!

CRISTIANE KELLER: Eu não sei o quê vamo fazer! O quê que ele quer?

MARCELO SCHROER: É que ele disse que ele precisa fechar a casa lá, que assim não dá, porque... quer... quer levar a mulher pra lá, com... com a criança. Só que a criança daque... com a casa aberta daquele jeito não tem como fazer. Entendeu? E... diz que precisa ajudar, que ajudou e que... Tu sabe como é que é!

CRISTIANE KELLER: Sim, só se nos vamos fazer no nome de alguém (ininteligível)

MARCELO SCHROER: Pois é, e fazer no nome da fi... da... da mulher dele não dá?

CRISTIANE KELLER: Acho que não porque é por família, né.

MARCELO SCHROER: Ah, tem isso! Pois é.

CRISTIANE KELLER: E o Arthur também não dá, que é o pai, porque também já pegou.

MARCELO SCHROER: Sim, também já pegou, né. O enteado, o filho da velhinha, também já pegou!

CRISTIANE KELLER: Todos já pegaram.

MARCELO SCHROER: É, na verdade, todos pegaram ali, né. Deus o livre! A Helena pegou já?

CRISTIANE KELLER: Ah, essa eu teria que olhar.

MARCELO SCHROER: A helena, o Luciano, daqui um pouco... sei lá, não sei.

CRISTIANE KELLER: Tá, deixa eu dar uma olhadinha.

MARCELO SCHROER: É, ou, se tu falar com o Gilberto, comenta isso com ele, vê. É que, daqui um pouco, também nós conseguimos matar isso e não precisamos tá dando... [Que ele] quer dinheiro também, né!

CRISTIANE KELLER: Tá, mas não foi dado pra ele?

MARCELO SCHROER: Eu não sei quê que foi dado, quê que não foi, tudo, né. Essa (é a) questão. Isso não passou por mim, assim, tudo, né [...]

MARCELO SCHROER: ãh... Tá. Mas vê essa questão do Erni, porque daí eu vou... ele tá me ligando, me mandando mensagem. Eu vou ligar pra ele de volta, eu to... e vou dizer que eu tô... nós tamo vendo aqui o quê que vamo fazer, de que forma vamo conseguir alguma coisa. Tá?

CRISTIANE KELLER: Tá bom. [...]" (grifei)



"Data 21/11/2012 Hora inicial: 14:36:23

[...] CRISTIANE KELLER: *O quê que tu já deu pro Erni (de Campos)?*

GILBERTO ANTÔNIO KELLER: *Não, o... eu não tenho... tem que dar um troco pra ele ainda.*

CRISTIANE KELLER: *Tá, quanto tu deu?*

GILBERTO ANTÔNIO KELLER: *Ah, sei lá, eu acho que uns... dei mil e quinhentos mais mil, dois mil e quinhentos.*

CRISTIANE KELLER: *Tá louco! E tu ainda vai da mais?*

GILBERTO ANTÔNIO KELLER: *Não, eu não ia dar mais, eu... Por que? Quê que ele quer?*

CRISTIANE KELLER: *Não, ele quer... auxílio material de construção.*

GILBERTO ANTÔNIO KELLER: *Não, o que eu...*

CRISTIANE KELLER: *Ele já pegou um salário! O véio já pegou um salário. Tá? Aquela família, todo mundo já pegou. Não sei em nome de quem fazer! Então eu ia pensar... tôpensando em fazer em nome da sogra dele.*

GILBERTO ANTÔNIO KELLER: *Ãh. Pode ser, então faz em nome dela.*

CRISTIANE KELLER: *Só que, assim, ãh...*

GILBERTO ANTÔNIO KELLER: *Mas não agora. Não ia mais fazer agora.*

CRISTIANE KELLER: *É que parece que ele já tá ligando atrás do Marcelo e enchendo o saco.*

GILBERTO ANTÔNIO KELLER: *Deixa eu voltar, eu resolvo isso. Eu chamo ele, e... Porque eu não... Deixa eu voltar, eu sento com ele, eu resolvo.*

CRISTIANE KELLER: *Tá.*

GILBERTO ANTÔNIO KELLER: *Não... não precisa sair correndo a fazer isso não.*

CRISTIANE KELLER: *Então tá". (grifei)*

De acordo com a prova oral colhida em juízo, nenhum dos familiares de Erni de Campos recebeu materiais de construção da Prefeitura de Colinas/RS. No fato sob análise, GILBERTO utilizou a estrutura da administração pública municipal e, visando dar aparência de legalidade ao fornecimento dos materiais de construção desviados em benefício de Erni de Campos, determinou a manipulação das autorizações de ID 45073738 (fls. 2-13), para fins de desviar materiais de construção pertencentes ao município em benefício de eleitor determinado, em contrapartida a seu apoio eleitoral.

Irretocável, portanto, a sentença condenatória proferida pela magistrada da 21ª Zona Eleitoral - Estrela/RS.



Destarte, os elementos de provas produzidos foram consistentes para demonstrar a autoria e materialidade delitiva relacionadas aos crimes de peculato-desvio (art. 1º, inc. I, do Decreto-Lei 201/67) praticados pelo recorrente, razão pela qual seu recurso, em relação à constatação das práticas criminosas, merece ser desprovido, com a manutenção da sentença penal condenatória.

2.2) Da pena aplicada.

Conforme se extrai da sentença de ID 45073868, ao condenar GILBERTO ANTÔNIO KELLER pela prática do crime de "peculato", por três vezes, referente aos fatos 4, 5 e 7 da denúncia, a magistrada aplicou a cada um dos crimes a pena de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, sopesando maior culpabilidade do agente por se tratar de crime praticado por advogado, e 15 (quinze) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época do fato.

Após, ao reconhecer a continuidade delitiva (art. 71 do Código Penal) entre os três crimes, a magistrada majorou a pena de um deles (por terem penas idênticas) em 2/3 (dois terços), fixando o apenamento final em 4 (quatro) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, bem como em 45 (quarenta e cinco) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época do fato (art. 72 do Código Penal).

Ao recorrer da decisão, GILBERTO postulou, em relação à aplicação da pena: a) a fixação da pena-base no mínimo legal, devendo ser afastado o aumento em razão de sua culpabilidade, sopesada negativamente pelo juízo de primeiro grau; b) o afastamento da continuidade delitiva ou, se mantida, a adoção de *quantum* razoável de aumento, levando-se em consideração o número de infrações praticadas (três) (ID 45073885).

No que tange ao aumento da pena-base em razão de maior culpabilidade do agente, por se tratar de crime praticado por advogado, tenho que a sentença merece reforma.

Com efeito, o recorrente praticou os crimes na condição de Prefeito Municipal de Colinas/RS - fato que, inclusive, pertence ao próprio tipo penal do art. 1º, inc. I, do Decreto-Lei n. 201/63 - e não na condição de advogado.

Não desconheço precedentes que fazem incidir maior reprovabilidade da conduta na prática de crimes perpetrados por advogados, em razão da maior percepção da gravidade da conduta praticada em afronta à legislação criminal (por exemplo, STJ (*AgRg no AgRg nos EDcl no HC n. 497.114/SC, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, relatora para acórdão Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 22/9/2020, DJe de 29/10/2020*)).

No entanto, mister repetir que o caso trazido para desate julga a prática de crime de responsabilidade, no qual a posição de prefeito integra o tipo, não sendo possível, ao meu sentir, que a condição de advogado possa prejudicar o recorrente em aplicação de pena determinada por



tipo legal que já possui uma situação específica, sobretudo quando não há, nos autos, a prova de militância advocatícia de GILBERTO, que muitos precedentes trazem como condição para a incidência de maior culpabilidade.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. DOSIMETRIA. ART. 1º, INCISO I, DO DECRETO-LEI N.º 201/1967. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE QUANTO À CULPABILIDADE, PERSONALIDADE E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ELEMENTOS INERENTES AO TIPO PENAL. MANTIDA A NEGATIVAÇÃO DAS CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. PREJUÍZO RELEVANTE AO ERÁRIO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA-BASE. REGIME INICIAL SEMIABERTO MANTIDO. SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITO. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. I - Não mais se admite, perfilhando o entendimento do col. Pretório Excelso e da eg. Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, a utilização de habeas corpus substitutivo, quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem, de ofício. II - A via do writ somente se mostra adequada para a análise da dosimetria caso se trate de flagrante ilegalidade e não seja necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório. Vale dizer, "o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de habeas corpus, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita" (HC n. 39.030/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJU de 11/4/2005). III - Na hipótese, a culpabilidade do agente foi valorada negativamente em função de haver o paciente atentado contra os deveres do administrador; as circunstâncias do crime, porque o paciente teria se aproveitado das facilidades advindas da sua condição de Prefeito Municipal para cometer o delito; e a personalidade em razão de o paciente, enquanto Prefeito Municipal, haver traído a confiança dos seus eleitores. Tais circunstâncias, a meu ver, não extrapolam os elementos ínsitos ao crime de responsabilidade previsto no art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei n.º 201/1967. IV - Algum dano material causado ao patrimônio público é elementar do tipo do delito do art. 1º, inciso I, do Decreto-lei n.º 201/1967, não podendo, por si só, servir para legitimar o incremento punitivo. Por outro lado, quando o prejuízo causado pela conduta criminosa alcança patamar diferenciado, que desborda do que seria ínsito ao tipo penal, e esse prejuízo especial é concretamente referido pelas instâncias ordinárias, adequada está a valoração negativa das consequências do delito. V - No caso, subsiste o desfavorecimento das consequências do crime, em razão de os delitos praticados pelo paciente haverem ocasionado prejuízo relevante aos cofres públicos, no montante de R\$ 118.420,50 (cento e dezoito mil, quatrocentos e vinte reais e cinquenta centavos). VI - Ainda, verifica-se que a exasperação da pena-base feita na fração de 1/2 (metade) do mínimo legal, em função do reconhecimento de apenas uma circunstância judicial negativa, mostra-se desproporcional. O entendimento desta Corte firmou-se no sentido de que, em casos como o presente, o aumento da pena deve se dar no patamar de 1/6 (um sexto). VII - Neste feito, sendo a nova pena final de 3 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e ante a presença de circunstância judicial desfavorável - consequências do crime -, cabível a manutenção do regime semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, 'b', e § 3º, do Código Penal. VIII - "A análise sobre a possibilidade ou não de se converter a reprimenda privativa de liberdade por restritivas de direito deve ter por base as circunstâncias elencadas no art. 59 do Código Penal, à exceção das consequências do delito e do comportamento da vítima, não reproduzidas no inciso III do art. 44 do CP" (HC n. 123.373/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 3/5/2010, grifei). Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício. (STJ - HC: 394955 SP 2017/0077257-0, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 13/06/2017, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/06/2017) (grifei)



Diante disso, reformo a sentença no tocante à fixação individual da pena aplicada para 2 (dois) anos.

Ademais, entendo que a sentença também merece reparo no pertinente ao aumento de pena aplicado em razão do reconhecimento da continuidade delitiva entre os três crimes.

Ora, nos termos do art. 71 do Código Penal, uma vez reconhecida a continuidade delitiva entre dois ou mais crimes, o julgador deverá aplicar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, acaso diversas, aumentada de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços).

No caso em apreço, ao reconhecer a prática de três crimes de "peculato-desvio" em continuidade delitiva, a magistrada aplicou a maior fração de aumento de pena prevista no dispositivo legal, qual seja, 2/3 (dois terços).

Entretanto, a jurisprudência consolidada nos Tribunais Superiores tem posicionamento pacífico de que a fração de aumento pela continuidade delitiva deve obedecer a critérios objetivos, mediante a observância da quantidade de infrações praticadas, estabelecendo aumentos que vão de 1/6 (um sexto) para o caso de prática de dois crimes a até 2/3 (dois terços) para o caso de prática de sete ou mais delitos. Recentemente (no mês de setembro de 2023), o Superior Tribunal de Justiça materializou tal entendimento na Súmula 659, que assim dispõe:

Súmula 659 do STJ - A fração de aumento em razão da prática de crime continuado deve ser fixada de acordo com o número de delitos cometidos, aplicando-se 1/6 pela prática de duas infrações, 1/5 para três, 1/4 para quatro, 1/3 para cinco, 1/2 para seis e 2/3 para sete ou mais infrações.

Assim, reformo a sentença e reduzo o aumento de pena em razão do reconhecimento da continuidade delitiva de 2/3 (dois terços) para 1/5 (um quinto), considerando o número de infrações praticadas, como, aliás, indicado pela Procuradoria Regional Eleitoral.

Fixo o apenamento definitivo de GILBERTO ANTÔNIO KELLER em 2 (dois) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, mantidos 45 (quarenta e cinco) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente à época do fato, na medida em que, em relação à sanção pecuniária, aplica-se o disposto no art. 72 do Código Penal, estabelecendo o regime aberto para início do cumprimento da pena, nos termos do art. 33, § 2º, al. "c", do Código Penal.

Ainda, substituo a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ser determinada pelo juízo da execução, pois, uma vez afastada a maior culpabilidade do agente, resta aplicável o art. 44, inc. III, do Código Penal, combinado com o § 2º do referido comando legal.

A título de desfecho, saliento ser inviável a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal), uma vez que a pena privativa de liberdade aplicada ultrapassa 2 (dois) anos.

2.3) Honorários ao defensor dativo.



O recorrente postulou a reforma da sentença no tocante aos honorários fixados ao defensor dativo, postulando que, diante da complexidade da causa, o número de réus defendidos (dois) e de audiências realizadas, fosse observada a tabela de honorários da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e não a Resolução CJF n. 305/14.

Conforme decisão de ID 45073881, que acolheu os embargos de declaração opostos pelo recorrente, a magistrada de primeiro grau fixou em R\$ 536,83 (quinhentos e trinta e seis reais e oitenta e três centavos) os honorários advocatícios ao defensor dativo nomeado para a defesa dos interesses de GILBERTO e de sua falecida esposa Cristiane, que corresponde ao valor máximo previsto às ações criminais pela Resolução CJF n. 305/14, recentemente atualizada pela Resolução n. 775/22, conforme se extrai do anexo único, tabela I, daquela normativa.

Em seu parecer (ID 45492067), a Procuradoria Regional Eleitoral opinou pelo desprovimento do recurso neste ponto, para fins de manter a sentença penal condenatória, uma vez que proferida dentro dos parâmetros e em observância da Resolução CJF n. 305/14, para fins de fixar o valor dos honorários do defensor dativo.

Não é tarefa facilitada a fixação de valores sobre a realização de trabalho, de quem quer que seja. Dito isso, tenho que o caso concreto merece solução intermediária, sem que, expressamente indico, tenha o condão de criar precedente.

Explico.

O presente processo criminal recebera uma primeira sentença, que o Plenário desta Corte declarou nula, com o retorno dos autos à origem. Nova sentença foi proferida - a qual é desafiada pelo recurso sob análise. O combativo advogado aviou, portanto, dois recursos criminais, em uma demanda que tramita já há alguns anos, exigindo acompanhamento e atenção correspondentes à gravidade dos fatos e sanções previstas.

Ademais, não se pode olvidar da especialidade da matéria eleitoral, inclusive na seara penal, de modo que os parâmetros estabelecidos pelo Conselho da Justiça Federal devem ser seguidos, obviamente, mas com a permissão eventual de que, em situações pontuais - como a que ora se identifica - o valor possa ser majorado.

Esta é a minha posição pessoal, evidentemente que sob censura dos eminentes colegas.

Da análise dos autos, dada a complexidade da matéria, o volume de prova e o trâmite do presente processo (majorado em razão da declaração de nulidade), arbitro os honorários em R\$ 8.000,00 (oito mil reais), razoavelmente acima do fixado pelo CJF e, também, consideravelmente abaixo da tabela de honorários da OAB (pois, em acesso ao site da Seccional Rio Grande do Sul, há a indicação do valor de R\$ 22.277,09 para defesa criminal em procedimento comum).

Saliento que considero a tabela do d. órgão de classe um instrumento bastante válido, mas que, obviamente, serve para orientar a advocacia de caráter privado, sem cogência, portanto,



sobre casos de advocacia dativa, sob pena de inviabilizar a nomeação de advogados em casos criminais. A presente situação, inclusive, bem demonstra o quão recomendável é a remessa de processos aos órgãos da Defensoria Pública.

Penso que a presente fixação se alinha ao precedente indicado pela Procuradoria Regional Eleitoral, pois o valor há de ser ajustável "(...) conforme o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado e o tempo despendido para o serviço. Critérios a serem observados casuisticamente, de modo a alcançar a justa remuneração. (...)" (Recurso Eleitoral n. 5153, Acórdão, Relatora Desa. MARIA DE LOURDES GALVÃO BRACCINI DE GONZALEZ, DEJERS - Diário de Justiça Eletrônico do TRE-RS, Tomo 206, Data 11/11/2016, Página 2)

Diante o exposto, **VOTO** pelo conhecimento e, no mérito, pelo **parcial provimento** ao recurso interposto por GILBERTO ANTÔNIO KELLER, para fins de:

a) determinar, de ofício, a reclassificação jurídica dos fatos pelos quais o recorrente restou condenado, enquadrando-os no disposto no art. 1º, inc. I, do Decreto-Lei n. 201/67;

b) afastar a circunstância de maior culpabilidade do recorrente, reduzir o quantitativo do aumento de pena da continuidade delitiva de 2/3 (dois terços) para 1/5 (um quinto), fixar a pena definitiva do recorrente em 2 (dois) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, substituída por pena restritiva de direitos, e 45 (quarenta e cinco) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente à época do fato;

c) majorar os honorários advocatícios para o valor de R\$ 8.000,00 (oito mil reais).

Desa. Eleitoral Patrícia da Silveira Oliveira:

Eminente Presidente:

Revisei atentamente os autos e acompanho o voto do ilustre Relator, que em judiciosas razões, bem concluiu inicialmente pela reclassificação jurídica dos fatos, por meio do instituto da *emendatio libelli*, enquadrando-os no peculato desvio disposto no inc. I do art. 1º, do Decreto-Lei n. 201/6, uma vez ser acertado o apontamento de que o tipo penal do art. 312 do Código Penal, pelo qual o recorrente GILBERTO ANTONIO KELLER - que na época dos fatos era candidato à reeleição como prefeito de Colinas/RS -, foi condenado, pode ser praticado por funcionários públicos em geral, enquanto que o delito do Decreto-Lei n. 201/67 destina-se especificamente aos ocupantes do cargo de prefeito, como ocorre na hipótese dos autos.

Quanto ao mérito recursal, entendo que o voto condutor fez uma aquilatada análise do caderno probatório, apontando que do conteúdo das interceptações de conversas telefônicas realizadas às vésperas do pleito, em 3 de outubro de 2012 - realizadas com a devida autorização



judicial - ficou demonstrada a finalidade eleitoral do recorrente com a negociação do fornecimento de oxigênio ao eleitor Aldino Hubert. Com efeito, restou evidente que a entrega do oxigênio só ocorreu após a visita realizada à residência do eleitor e a promessa de “auxílio” na campanha eleitoral.

O ilustre Relator bem referiu que, do conteúdo da conversa interceptada em 16/10/2012, depois da reeleição de Gilberto, mantida entre a esposa de Aldino, Dóris Dora Hubert, e a esposa do recorrente, Cristiane Keller, então Secretária Municipal da Saúde e já falecida, foi cobrada a entrega gratuita do oxigênio “conforme haviam combinado”, evidenciando o dolo da conduta, enquanto elemento subjetivo do tipo.

Tal circunstância fica corroborada pelo depoimento judicial prestado por Dóris Dora Hubert, a qual narrou que GILBERTO compareceu à sua residência no período eleitoral e afirmou “se vocês me ajudam, daí nós também te ajudamos”, referindo-se ao fornecimento gratuito do oxigênio.

No que se refere ao desvio de uma carga de cascalho em benefício do eleitor Romeu Hass no mês de outubro de 2012, igualmente entendo acertada a conclusão de que o fornecimento do material de forma gratuita, em data próxima da eleição de 2012, também ocorreu em troca do apoio do eleitor na campanha à reeleição do recorrente como prefeito.

Além da entrega gratuita de bens ser vedada no período eleitoral, a tese de que o desvio do material ocorreu ao abrigo da legislação municipal e mediante requerimento do interessado não se confirma. Tanto é assim que, na conversa mantida entre GILBERTO e o então Secretário de Obras de Colinas/RS, Nestor Hollmann, no dia 03/10/2012, o recorrente diz “eu pedi uma vez uma carga de cascalho pra ele”, demonstrando o dolo, pautado este em sua vontade livre e consciente de desviar, em nome próprio, bem público em benefício de terceiro, às vésperas da eleição.

O mesmo ocorre na hipótese de desvio de materiais de construção para Erni de Campos, ocorrido entre os meses de julho e outubro de 2012, tendo sido apurado que o desvio alcançou o montante de R\$ 2.193,00 (dois mil, cento e noventa e três reais), enquanto o auxílio previsto em lei municipal se limitava a R\$ 622,00. Erni tinha claro envolvimento com o apoio na campanha do recorrente e as interceptações são claras em demonstrar que a então Secretária Municipal da Saúde, Cristiane Keller, esposa de GILBERTO, tratou sobre o desvio dos materiais com a finalidade de favorecer Erni.

Nesses termos, acompanho o entendimento pela manutenção da condenação.

Também estou de pleno acordo com a conclusão do ilustre Relator no sentido de dar provimento parcial ao recurso para diminuir a pena aplicada por redução do aumento pela continuidade delitiva de 2/3 (dois terços) para 1/5 (um quinto), e excluir a valoração negativa da vetorial da culpabilidade, nos termos da jurisprudência do STJ.

Mostra-se adequada a fixação da pena definitiva em 2 (dois) anos, 4 (quatro) meses e



24 (vinte e quatro) dias de reclusão, mantida em 45 (quarenta e cinco) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos, e consequente substituição por pena restritiva de direitos.

Por fim, no tocante ao pedido de majoração dos honorários advocatícios, acompanho o Relator pelo aumento de R\$ 536,83 para R\$ 8.000,00, seja porque entendo que a máximo previsto às ações criminais pela Resolução CJF n. 305/14 é inaplicável no âmbito da Justiça Eleitoral, seja porque o defensor dativo desempenhou suas funções diligentemente, estando o valor definido no voto condutor condizente com os serviços prestados.

Ora, se o TSE sedimentou entendimento de que não cabe à Justiça Eleitoral regulamentar a matéria afeta ao pagamento de honorários advocatícios, por certo caracteriza-se incoerente a aplicação, aos feitos eleitorais, da regulamentação estabelecida pela Justiça Federal. A propósito:

JUSTIÇA ELEITORAL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. ADVOGADO DATIVO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REGULAMENTAÇÃO. CUSTEIO. PODER EXECUTIVO. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ELEITORAL. 1. Não cabe ao TSE regulamentar o pagamento dos honorários advocatícios devidos aos defensores dativos nomeados pelo juiz eleitoral. Precedentes. 2. Pedido não conhecido.

(TSE - PA: 20236 SP, Relator: Min. FÁTIMA NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 08/05/2012, Data de Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 122, Data 29/06/2012, Página 91)

No caso em tela, é preciso considerar que a ação tramita desde 2016, que a denúncia imputou a prática de 8 fatos, que o trabalho advocatício abrangeu a defesa de dois réus, e que antes da atuação do defensor dativo, houve tentativa de nomeação de outros 3 advogados, os quais não conseguiram atuar no feito por motivos diversos, tendo a Seccional da OAB-RS de Estrela indicado o atual patrono da causa para assumir o múnus público (ID 45073741).

Não desconheço que a Tabela da OAB-RS indica o valor de R\$ 22.277,09 para defesa criminal em procedimento comum. Contudo, considerando que compete ao julgador o estabelecimento do valor, da apreciação equitativa e avaliação subjetiva do trabalho desenvolvido frente às circunstâncias fáticas presentes nos autos, entendo que a quantia de R\$ 8.000,00, proposta pelo ilustre Relator, afigura-se razoável como remuneração na hipótese dos autos.

Com essas considerações, **acompanho** integralmente o ilustre Relator.

Des. Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira:

Peço vênia para divergir em parte do fundamentado voto do eminente Relator.



A divergência diz respeito a dois pontos.

1 - Da pena aplicada (item 2.2 do voto)

Entende o eminente Relator que, na prática de crime de responsabilidade, a posição de prefeito integra o tipo, não sendo possível, a partir da condição de Advogado, pressupor maior reprovabilidade, pelo que rechaça integralmente a exasperação da pena-base promovida na sentença - a pena-base foi fixada em 2 (dois) anos e 8 (oito) meses.

Tenho, porém, que, na primeira fase de aplicação da pena, analisadas as circunstâncias judiciais, merece destaque, no caso em apreço, como referido na sentença, a vetorial culpabilidade, assim entendida como o grau de reprovabilidade ou censurabilidade da conduta praticada.

Em se tratando de crimes que acarretam apropriação de bens ou rendas públicas, ou desvio em proveito próprio ou alheio, com efeito, o conhecimento jurídico de profissional com formação específica, como é o caso do Advogado, evidencia, parece-me, um grau de reprovabilidade maior.

Está justificada assim, penso, a fixação da pena-base em patamar um pouco superior ao mínimo legal.

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (sem destaques nos originais:

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME DO ART. 90, CAPUT, DA LEI N. 8.666/93. FUNDAMENTO NÃO IMPUGNADO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO. DOSIMETRIA DA PENA. ADVOGADO COM CARGO COMISSIONADO E CONSEQUÊNCIAS NEFASTAS AO MUNICÍPIO. ELEMENTOS EXTRÍNSECOS AO TIPO CRIMINOSO. ART. 580 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. NÃO APLICABILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. CIRCUNSTÂNCIAS NEGATIVAS. RECRUDESCIMENTO DE REGIME. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. Não impugnado o fundamento de incidência da Súmula n. 7/STJ quanto à tese absolutória, caso em que o recurso deve ser parcialmente conhecido.

2. No que diz respeito à dosimetria da pena, os vetores culpabilidade e consequências foram desvalorados pelo Tribunal de origem com base em motivação idônea, pois o recorrente era advogado e comissionado do município e as consequências do delito foram nefastas ao município de Miguelópolis. Tais fatores são extrínsecos à conduta de fraudar licitações.

3. Quanto à aplicação do art. 580 do CPP, a Corte Estadual a afastou aos seguintes argumentos: "Por fim, não há falar em incidência do art. 580 do Código de Processo Penal porque ele se estriba em situação não homogênea e de caráter exclusivamente pessoal." Caso em que "o confronto entre os elementos de cognição amealhados implicaria revolvimento fático-probatório dos autos, procedimento vedado, em recurso especial, pelo disposto na Súmula n. 7 do STJ. (AgRg no AREsp n. 2.026.664/SP, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma DJe de 28.10.2022.)



4. Nos termos da jurisprudência desta Corte, uma única circunstância judicial negativa justifica o recrudescimento do regime de cumprimento de pena.

5. Agravo regimental parcialmente conhecido e desprovido.

(AgRg no REsp n. 1.954.888/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 20.3.2023, DJe de 24.3.2023.)

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESVIRTUAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. USO DE DOCUMENTO FALSO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MÁ CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE VOLTADA PARA A PRÁTICA DE ILÍCITOS. INQUÉRITOS POLICIAIS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444/STJ. CULPABILIDADE. ACENTUADA REPROVABILIDADE DA CONDUTA DELITUOSA PRATICADA. EXECUÇÃO. PENA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. DESFAVORABILIDADE DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. IMPOSIÇÃO DA FORMA INTERMEDIÁRIA DEVIDAMENTE JUSTIFICADA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA.

1. *É imperiosa a necessidade de racionalização do habeas corpus, a fim de preservar a coerência do sistema recursal e a própria função constitucional do writ, de prevenir ou remediar ilegalidade ou abuso de poder contra a liberdade de locomoção.*

2. *O remédio constitucional tem suas hipóteses de cabimento restritas, não podendo ser utilizado em substituição a recursos processuais penais, a fim de discutir, na via estreita, temas afetos a apelação criminal, recurso especial, agravo em execução, tampouco em substituição a revisão criminal, de cognição mais ampla. A ilegalidade passível de justificar a impetração do habeas corpus deve ser manifesta, de constatação evidente, restringindo-se a questões de direito que não demandem incursão no acervo probatório constante de ação penal.*

3. *Não é possível contornar o atendimento dos rigorosos requisitos de admissibilidade do recurso especial socorrendo-se do uso do habeas corpus.*

4. *Consoante entendimento deste Superior Tribunal, inquéritos policiais e ações penais em andamento ou sem certificação do trânsito em julgado não podem ser utilizados como maus antecedentes, má conduta social ou personalidade desajustada para a elevação da pena-base, sob pena de violação do princípio da presunção de não culpabilidade (Súmula 444/STJ).*

5. *Tendo o acusado instrução universitária e sendo advogado militante, com muito mais vigor deveria respeitar o ordenamento jurídico e proceder com ética no exercício da advocacia, de sorte que se releva de todo reprovável o fato de, na qualidade de patrono, ter-se utilizado de prestígio político e de conhecimentos técnico-jurídicos para obter vantagens ilícitas, em detrimento de diversos trabalhadores idosos e humildes, causando prejuízos à Previdência Social, inclusive orientando-os a mentir aos policiais federais, mostrando-se justificada, portanto, a valoração negativa da culpabilidade.*

6. *Embora tecnicamente primário ao tempo do delito ora analisado e apesar de ter sido definitivamente condenado à pena inferior a 4 anos de reclusão, verifica-se que o estabelecimento do regime intermediário para o início do cumprimento da sanção reclusiva se encontra devidamente justificado, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, haja vista a negatividade de circunstância judicial (culpabilidade), tanto que a pena-base do paciente restou fixada acima do mínimo legalmente previsto.*



7. *Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido de ofício, para reduzir em parte a pena-base do paciente, tornando a sua reprimenda definitiva em 2 anos e 4 meses de reclusão e pagamento de 94 dias-multa.*

(HC n. 231.672/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 21.2.2013, DJe de 1.3.2013.)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. CORRUPÇÃO. TESE DE OBSCURIDADE. INEXISTÊNCIA. EQUÍVOCO NA PARTE DISPOSITIVA DO ACÓRDÃO EMBARGADO. OCORRÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PARCIALMENTE ACOLHIDOS.

1. Nos termos do art. 619 do Código de Processo Penal, os embargos de declaração destinam-se a suprir omissão, afastar ambiguidade, esclarecer obscuridade ou eliminar contradição existentes no julgado.

2. O acórdão embargado não possui a obscuridade apontada, tendo sido consignado que é maior a reprovabilidade da conduta do Acusado, de modo a permitir a exasperação da pena pelo vetorial da culpabilidade, porque realmente ele tinha todo o conhecimento da causa, como advogado criminalista atuante.

3. O apontado equívoco na parte dispositiva do acórdão embargado deve ser corrigido, nos termos da fundamentação.

4. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, apenas para sanar o equívoco apontado na parte dispositiva do acórdão embargado, nos termos explicitados no voto.

(EDcl no AgRg no AgRg nos EDcl no HC n. 497.114/SC, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 24.11.2020, DJe de 2.12.2020.)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. REVISÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. REFORMATIO IN PEJUS INDIRETA. NÃO OCORRÊNCIA. DOSIMETRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A devolução do processo ao Juízo de origem, após a anulação de julgamento prévio por instância superior, implica a obrigação de reexame integral, em primeira instância, de todos os aspectos da ação penal. Assim, ao proferir nova sentença, em atenção ao princípio do livre convencimento motivado e ao dever de fundamentação, o Juízo de primeiro grau possui ampla liberdade para argumentar em favor de suas conclusões, independentemente dos fundamentos do ato anterior anulado, encontrando-se limitado somente pelos crimes objeto da condenação anterior e pelo quantum total da pena antecedente.

2. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, não há reformatio in pejus indireta se na sentença posterior à anulada não for ultrapassado o quantum da pena anteriormente imposta, ainda que sejam revistos os fundamentos empregados na dosimetria. No caso, o Juízo de origem expressamente limitou a nova pena ao mesmo patamar da pena aplicada na sentença anulada, não havendo ilegalidade a ser sanada.



3. O fato de o crime contra a ordem tributária ter sido praticado mediante concurso de agentes entre um servidor público e um advogado, pessoas de quem se espera maior compromisso com a legalidade e a moralidade públicas, é elemento não inerente ao tipo penal que revela um aspecto particular e mais reprovável da conduta e, portanto, autoriza a majoração da pena-base com amparo nas circunstâncias do crime.

4. Uma vez concluído, pelas instâncias ordinárias, que o Recorrente liderou a atuação dos demais agentes, a aplicação da agravante prevista no art. 62, inciso I, do Código Penal é uma imposição legal, não sendo possível revisar os fatos e provas que sustentam essa conclusão em recurso especial, o que encontraria óbice do Súmula n. 7/STJ.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 2.134.865/RS, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 4.10.2022, DJe de 10.10.2022.)

PROCESSUAL PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AMEAÇA E DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA PARA CONDENAÇÃO. NECESSIDADE DE REEXAME FACTUAL. PENA-BASE. CULPABILIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME E MOTIVO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

I - O eg. Tribunal a quo, ao apreciar os elementos de prova constituídos nos autos, manteve a sentença condenatória em face da robustez do acervo probatório a respaldar a autoria e a materialidade do crime, em especial pelos depoimentos das vítimas e testemunha.

II - Na hipótese, entender de modo diverso ao que estabelecido pelo eg. Tribunal de origem para se concluir pela insuficiência probatória para condenação demandaria, necessariamente, o revolvimento do material fático-probatório delineado nos autos, providência inviável na via eleita.

III - No caso, a pena-base dos delitos foi exasperada em razão da culpabilidade, motivos e circunstâncias do crime de forma fundamentada para cada uma das vetoriais, consideradas particularidades do contexto criminoso que escapam das elementares do tipo penal e que justificam devidamente a fixação da pena na primeira etapa acima do mínimo legal.

IV - A culpabilidade do agente só pode ser considerada circunstância judicial desfavorável quando houver algum elemento concreto que evidencie um grau de reprovabilidade que extrapole o da própria conduta tipificada. A simples gravidade do delito, por si só, não tem o condão de acentuar a culpabilidade do agente. No ponto, o agravante, como advogado, está compromissado com a Justiça, de modo que o crime, sob a ótica da vetorial culpabilidade, indica maior reprovabilidade a justificar a exasperação da pena-base.

V - As circunstâncias do crime tratam da avaliação dos elementos não definidos na lei penal, mas que ajudam a delinear as singularidades do fato. Neste conjunto, incluem-se o modus operandi e o estado de ânimo do agente, a duração dos eventos criminosos, dentre outros fatores. No caso destes autos, a fundamentação está em consonância com entendimento desta Corte Superior, uma vez que a descrição dos fatos ilustra devidamente a valoração negativa da vetorial pela utilização de pessoa diversa como instrumento de ameaça, perpetrada no interior de um coletivo.

VI - Quanto aos motivos, a pena-base não merece reparos, tendo em conta que a fundamentação



delineada pelo juízo sentenciante para a prática das ameaças "se deram pelo fato da vítima Carolina não aceitar imposições do acusado e não querer mais o relacionamento, bem como pelo sentimento de 'posse' e até de 'vingança'", justificando a negatização da vetorial.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 2.206.032/ES, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 8.8.2023, DJe de 16.8.2023.)

Como apenas uma vetorial está sendo considerada, de se observar a orientação do Superior Tribunal de Justiça, expressa no seguinte precedente:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. FIXAÇÃO DE PATAMAR DE 1/6 (UM SEXTO) PARA CADA VETORIAL NEGATIVA. PRECEDENTES. MAJORANTE DO REPOUSO NOTURNO (ART. 155, § 1.º, DO CÓDIGO PENAL). INCOMPATIBILIDADE COM A FORMA QUALIFICADA DO DELITO. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL FIRMADO PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE NO JULGAMENTO QUALIFICADO DO TEMA REPETITIVO N. 1.087. PENAS REDIMENSIONADAS. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Segundo a jurisprudência deste Tribunal Superior, a exasperação da pena basilar, pela existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, deve seguir o parâmetro de 1/6 (um sexto) para cada vetorial valorada negativamente, fração esta que se firmou em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, salvo a apresentação de elementos concretos, suficientes e idôneos que justifiquem a necessidade de elevação em patamar superior.

2. No âmbito desta Corte, por anos, prevaleceu o entendimento jurisprudencial de que a majorante do furto praticado durante o repouso noturno seria compatível com a forma qualificada do referido delito.

3. No entanto, houve o overruling dessa orientação jurisprudencial.

No julgamento dos Recursos Especiais n. 1.888.756, 1.891.007 e 1.890.981 sob o rito previsto nos arts. 1.036 e 1.037 do Código de Processo Civil, concluído em 25/05/2022, a Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, fixou, no Tema Repetitivo n. 1.087, a tese de que "[a] causa de aumento prevista no § 1º do art. 155 do Código Penal (prática do crime de furto no período noturno) não incide no crime de furto na sua forma qualificada (§ 4º)"

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 1.895.576/MG, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 27.9.2022, DJe de 3.10.2022.) (Destaquei.)

Assim, como a pena mínima cominada é de dois anos, a exasperação deve ser de 1/6 (um sexto) ou seja, 4 (quatro) meses, pelo que fixo a pena-base em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses.



Acompanho o Relator no que toca à conclusão de que o aumento de pena em razão do reconhecimento da continuidade delitiva deve ser diminuído de 2/3 (dois terços) para 1/5 (um quinto), considerando o número de infrações praticadas, como, aliás, indicado pela Procuradoria Regional Eleitoral.

De todo modo, observada a pena-base proposta, e bem assim o aumento da continuidade delitiva em 1/5 (um quinto), fixo a pena definitiva em 2 (dois) anos, 9 (nove) meses e 18 (dezoito) dias.

2 - Dos honorários advocatícios (item 2.3 do voto)

Ao apreciar os RESPs 1656322 e 1665033 o Superior Tribunal de Justiça debruçou-se sobre o seguinte tema:

"Obrigatoriedade ou não de serem observados, em feitos criminais, os valores estabelecidos na tabela organizada pelo respectivo Conselho Seccional da Ordem dos Advogados a título de verba advocatícia devida a advogados dativos".

A partir dos referidos julgamentos, firmada a tese referente ao Tema Repetitivo 984, nos seguintes termos:

"Tese Firmada

1ª) As tabelas de honorários elaboradas unilateralmente pelos Conselhos Seccionais da OAB não vinculam o magistrado no momento de arbitrar o valor da remuneração a que faz jus o defensor dativo que atua no processo penal; servem como referência para o estabelecimento de valor que seja justo e que reflita o labor despendido pelo advogado;

2ª) Nas hipóteses em que o juiz da causa considerar desproporcional a quantia indicada na tabela da OAB em relação aos esforços despendidos pelo defensor dativo para os atos processuais praticados, poderá, motivadamente, arbitrar outro valor;

3ª) São, porém, vinculativas, quanto aos valores estabelecidos para os atos praticados por defensor dativo, as tabelas produzidas mediante acordo entre o Poder Público, a Defensoria Pública e a seccional da OAB.

4ª) Dado o disposto no art. 105, parágrafo único, II, da Constituição da República, possui caráter vinculante a Tabela de Honorários da Justiça Federal, assim como tabelas similares instituídas, eventualmente, pelos órgãos competentes das Justiças dos Estados e do Distrito Federal, na forma dos arts 96, I, e 125, § 1º, parte final, da Constituição da República". (Sem destaques no original.)

Em que pese o equívoco na referência ao § 1º do art. 105 da Constituição Federal (v. Emenda Constitucional n. 45, de 2004), a Corte uniformizadora afirmou claramente que as tabelas de honorários, inclusive a da Justiça Federal, são vinculativas.



O voto do eminente Relator, no caso em apreço, aplica supletivamente à Justiça Eleitoral a Resolução n. 305/2014 do Conselho da Justiça Federal, a qual dispõe sobre o cadastro e a nomeação de profissionais e o pagamento de honorários a advogados dativos, curadores, peritos, tradutores e intérpretes, em casos de assistência judiciária gratuita, no âmbito da Justiça Federal e da jurisdição federal delegada e dá outras providências.

Dentre outras coisas estatui a referida Resolução CJF n. 305/2014:

Art. 13. Sem prejuízo de sua utilização para outros fins lícitos, os relatórios gerenciais extraídos do Sistema AJG/JF destinar-se-ão aos seguintes objetivos:

I - controle das despesas realizadas com recursos destinados à assistência judiciária gratuita;

II - elaboração de previsão orçamentária dos exercícios financeiros seguintes.

§ 1º O controle de despesas realizadas com recursos da assistência judiciária gratuita será feito pelas corregedorias regionais por meio dos relatórios gerenciais extraídos do Sistema AJG/JF, sem prejuízo da possibilidade de solicitação de informações complementares às seções judiciárias, varas e juizados especiais federais, bem como aos juízes de Direito que atuem na jurisdição federal delegada.

§ 2º As corregedorias regionais extrairão, mensalmente, relatórios gerenciais das solicitações que extrapolarem os valores máximos constantes nas tabelas anexas, identificando-as por juízo e profissional, especialmente para fins de controle das exceções previstas no art. 28, parágrafo único, desta resolução.

§ 3º Para elaboração da previsão orçamentária, o Conselho da Justiça Federal poderá solicitar aos tribunais regionais federais informações complementares às extraídas do Sistema AJG/JF.

....

Art. 22. A nomeação de profissional e a solicitação de pagamento dos respectivos honorários em razão da prestação da assistência judiciária gratuita dar-se-ão exclusivamente pelo Sistema AJG/JF, nos termos desta resolução e de seus regulamentos complementares.

...

Art. 25. A fixação dos honorários aos advogados dativos e curadores, respeitados os limites mínimo e máximo estabelecidos nesta resolução, observará, no que couber:

I - o nível de especialização e a complexidade do trabalho;

II - a natureza e a importância da causa;

III - o grau de zelo profissional; IV - o trabalho realizado pelo advogado;

V - o lugar da prestação do serviço; VI - o tempo de tramitação do processo;

VII - os demais critérios previstos neste capítulo.

§ 1º Ainda que haja processos incidentes, a remuneração será única e determinada pela ação



principal.

§ 2º Atuando apenas um advogado dativo na defesa de mais de um assistido, em um mesmo processo, o arbitramento considerará o limite máximo acrescido em até 50%.

§ 3º A remuneração paga nos termos desta resolução não pode ser cumulada com nenhuma outra, salvo com eventuais honorários advocatícios de sucumbência.

§ 4º A remuneração do advogado dativo ad hoc será arbitrada entre 1/3 e 2/3 do valor mínimo dos honorários advocatícios previstos nesta Resolução ou, no caso de atuar em vários processos, nos termos definidos no art. 8º, a fixação poderá se dar entre os limites mínimo e máximo estabelecidos nesta norma, observando, no que couber, os incisos do caput. (NR) (Alterado pela Resolução n. 679, de 30 de novembro de 2020)

Como se percebe, há disciplina específica para a fixação dos honorários na Resolução CJF n. 305/2014.

O pagamento ocorre mediante uso de recursos orçamentários da União, e, assim, se a base legal é a Resolução n. 305/2014, referido ato normativo deve ser aplicado na sua inteireza, observando-se as diretrizes estabelecidas pelo Superior Tribunal de Justiça ao apreciar o Tema Repetitivo 984.

Inviável, pois, na definição de honorários do caso concreto, fixá-los com extrapolação dos limites da norma autorizativa, de modo inclusive a comprometer verbas orçamentárias ao arrepio do ordenamento.

Os valores da tabela que está no Anexo I da Resolução n. 305/2014, é verdade, muito provavelmente não remuneram com justiça o trabalho do Advogado que atuou no presente feito. Este problema, contudo, deve ser solucionado, se for o caso, por outros meios, não justificando a desconsideração das normas que disciplinam a questão.

Não custa registrar que este problema atinente ao valor dos honorários advocatícios do Advogado dativo infelizmente ocorre em milhares de outros processos, inclusive criminais, que tramitam no Judiciário da União.

Pedindo vênias ao Relator, assim, mantenho os honorários advocatícios tal como fixados na sentença.

No mais, acompanho o brilhante voto do relator, que deu aos fatos o adequado enquadramento jurídico, mediante requalificação, e apreciou de forma detalhada a prova dos autos.

Ante o exposto, reiterando o pedido de vênias, VOTO pelo conhecimento e, no mérito, pelo parcial provimento do recurso interposto por GILBERTO ANTÔNIO KELLER, em menor extensão que a proposta pelo Relator, para fins de:



a) determinar, de ofício, a reclassificação jurídica dos fatos pelos quais o recorrente restou condenado, enquadrando-os no disposto no art. 1º, inc. I, do Decreto-Lei n. 201/67;

b) manter os honorários advocatícios tal como fixados na sentença;

c) reduzir a pena-base para 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses, reduzir o quantitativo do aumento de pena da continuidade delitiva de 2/3 (dois terços) para 1/5 (um quinto), e fixar a pena definitiva do recorrente em 2 (dois) anos, 9 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, substituída por pena restritiva de direitos, e 45 (quarenta e cinco) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época do fato.

Des. Eleitoral José Luiz John dos Santos:

Acompanho o eminente Relator quanto ao parcial provimento do Recurso, mas peço vênia para acompanhar a divergência inaugurada pelo em. Des. Des. Ricardo Teixeira do Valle Pereira quanto à dosimetria da pena e aos valor dos honorários advocatícios - fixados no voto do Relator em R\$ 8.000,00 (oito mil reais).

Em relação à dosimetria da pena, o em. Relator está propondo diminuir a pena-base para o mínimo legal.

No ponto, acompanho a divergência inaugurada pelo em. Des. Ricardo Teixeira do Valle Pereira na medida em que o conhecimento jurídico por parte de advogado, em crimes de apropriação de bens ou rendas públicas (e também privados, no caso de apropriação indébita de valores de clientes, por exemplo), acarreta maior reprovação e justifica o aumento da basilar a título de *culpabilidade*.

Ainda, embora para a fixação da pena-base não exista um critério matemático legal, rígido, no que pertine ao *quantum* de aumento para cada circunstância judicial, a jurisprudência do STJ vem aceitando tanto a adoção de 1/6 sobre a pena mínima, quanto 1/8 do intervalo entre as penas mínima e máxima (AgRg no REsp 2092741 / SP AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL; Relator Ministro RIBEIRO DANTAS; Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA; Data do Julgamento 13/11/2023; Data da Publicação/Fonte DJe 16/11/2023):

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FURTO. PENA-BASE. CONSEQUÊNCIAS. PREJUÍZO ELEVADO. CRIME CONTINUADO. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. CIRCUNSTÂNCIAS. QUALIFICADORA NA PRIMEIRA FASE. AUMENTO PROPORCIONAL. AGRAVO DESPROVIDO. 1. A individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. 2. Em que pese a vítima seja uma



*instituição financeira, o significativo prejuízo de R\$200.000,00 extrapola o desfalque patrimonial esperado dos tipos penais em questão, justificando-se, pois, o aumento da pena-base no tocante as consequências do crime. 3. Conforme entendimento desta Corte, "quanto à ofensa ao art. 71, CP, não se verifica o alegado bis in idem se as consequências do crime dizem respeito ao somatório do prejuízo causado a uma única vítima e a escolha da fração da continuidade delitiva está atrelada ao número de ações delitivas praticadas. Os critérios utilizados em cada etapa são distintos" (AgRg no REsp n. 1.625.256/PR, relator Ministro Rogerio Schiatti Cruz, Sexta Turma, julgado em 5/5/2020, DJe de 12/5/2020.) 4. Na existência de múltiplas qualificadoras, uma delas é empregada para qualificar o crime enquanto as remanescentes podem ser utilizadas na segunda fase da dosimetria da pena, caso correspondam a agravantes legalmente previstas, ou residualmente como circunstâncias judiciais, na primeira etapa. 5. **A fixação da pena-base não precisa seguir um critério matemático rígido, de modo que não há direito subjetivo do réu à adoção de alguma fração específica para cada circunstância judicial, seja ela de 1/6 sobre a pena-base, 1/8 do intervalo entre as penas mínima e máxima ou mesmo outro valor. Tais frações são parâmetros aceitos pela jurisprudência do STJ, mas não se revestem de caráter obrigatório, exigindo-se apenas que seja proporcional e devidamente justificado o critério utilizado pelas instâncias ordinárias.** 6. Conforme jurisprudência pacificada nesta Corte, conquanto a pena imposta ao recorrente, primário, tenha sido estabelecida em patamar inferior a 4 anos, o regime semiaberto é o adequado para o cumprimento da pena reclusiva, diante da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, que serviram de lastro para elevar a pena-base acima do mínimo legal. 7. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos mostra-se insuficiente, em razão da falta do atendimento do pressuposto subjetivo (art. 44, III, do CP), considerando as circunstâncias desfavoráveis. 8. Agravo regimental desprovido. (Grifei).*

Ou seja, estas frações são parâmetros aceitos pela jurisprudência do STJ, mas não se revestem de caráter obrigatório. O que se exige é que o quantum de aumento seja proporcional e justificado.

No caso concreto, em que a pena mínima é de 02 anos, e a máxima, 12 anos, entendo *razoável* o critério proposto pelo Des. Ricardo, na divergência apresentada, com o aumento da pena na fração de 1/6 da pena mínima, critério aceito pela jurisprudência do STJ e também do Tribunal de Justiça do Estado:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO. NULIDADE DA EXTRAÇÃO DE DADOS DE APLICATIVO DE MENSAGENS. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS, CONSEQUÊNCIAS E CULPABILIDADE. QUANTUM DE AUMENTO PELAS CIRCUNSTÂNCIAS DO ART. 59 DO CP. COMPENSAÇÃO ENTRE ATENUNTE DA MENORIDADE E AGRAVANTE DO MOTIVO TORPE. PRISÃO PREVENTIVA. 1. NULIDADE DA EXTRAÇÃO DE DADOS DE APLICATIVO DE MENSAGENS. O art. 571, inciso I, do Código de Processo Penal prevê que o momento oportuno para a impugnação de eventual nulidade ocorrida durante a instrução do feito é o da apresentação das alegações finais pré-pronúncia. Não tendo a defesa se manifestado no momento oportuno, vindo a alegar a nulidade da extração de dados do telefone celular do réu somente em sede de apelação, operou-se a preclusão. 2. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. Jurados que aderiram a uma das versões existentes no contexto probatório. Respeito à soberania dos veredictos. Conselho de sentença que delibera segundo a sua íntima convicção. Condenação mantida. 3. ASPECTOS DA DOSIMETRIA DA PENA 3.1. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. Delito que foi



cometido por grupo armado, mediante invasão da residência da vítima em plena madrugada. Agressões à companheira do ofendido e intimidação da filha menor, mediante o apontar de uma arma de fogo. Incêndio do carro da vítima e disparos a esmo para comemorar a execução do crime. Moduladora circunstâncias do delito que vai mantida negativamente. 3.2. CONSEQUÊNCIAS. Nefastas as consequências, do delito, vez que a vítima deixou cinco filhos menores, ao completo desamparo da figura paterna, merecendo valoração negativa. 3.3. CULPABILIDADE. Com a negatificação das consequências e das circunstâncias, a culpabilidade, tida como a soma das demais moduladoras, apresenta-se em grau médio e, como tal, deve ser valorada. 3.4. QUANTUM DE AUMENTO PELAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. Pena-base fixada em 30 (trinta) anos de reclusão. Quantum de aumento de 18 (dezoito) anos por apenas três moduladoras que se revela exacerbado, merecendo redução. Observado o parâmetro já consagrado pelo STJ, de 1/6 sobre a pena mínima cominada ao delito, resultando em 02 (dois) anos para cada vetorial negativa. Pena-base reduzida para 18 (dezoito) anos de reclusão. 3.5. COMPENSAÇÃO ENTRE ATENUANTE DA MENORIDADE E AGRAVANTE DO MOTIVO TORPE. Circunstâncias igualmente preponderantes. Possibilidade de compensação. Precedentes do STJ e desta Corte. 4. REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. Mantida a prisão preventiva nos termos em que decretada, pois presentes os seus requisitos e pressupostos legais. Impossibilidade de substituição da prisão por medidas cautelares alternativas, as quais não seriam suficientes a garantir a ordem pública. PRELIMINAR REJEITADA. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (Apelação Criminal, Nº 50207825120188210001, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luciano Andre Losekann, Julgado em: 21-07-2022) - Grifei.

No mais, em Embargos de Declaração (ID 45073881), a em. Magistrada sentenciante fixou em R\$ 536,83 (quinhentos e trinta e seis reais e oitenta e três centavos) os honorários do defensor dativo nomeado aos réus, tomando como referência o valor máximo estabelecido na Tabela de Honorários dos Advogados Dativos disposta na Resolução n. 305/2014 do Conselho da Justiça Federal.

Assiste razão à ilustre Magistrada.

Sem embargo da qualidade do trabalho do advogado no presente feito, destacada no voto do Relator, os honorários devem, com efeito, ser arbitrados de acordo com a Resolução CJF n. 305/2014.

Quanto ao ponto, saliento, de início, que foi afetado o REsp 1987558/PR ao rito dos recursos repetitivos (artigo 1.036 do CPC e art. 257-C do RISTJ) para: *definir se os efeitos da coisa julgada da sentença que fixa os honorários de defensor dativo se estendem ou não ao ente federativo responsável pelo pagamento da verba quando não participou do processo ou não tomou ciência da decisão (art. 506 do CPC)*, com determinação de suspensão da tramitação de processos com recurso especial e/ou agravo em recurso especial interposto, em tramitação na Segunda Instância e/ou no STJ (Tema nº 1181 do Superior Tribunal de Justiça).

Como ainda estamos julgando o Recurso Eleitoral, não há necessidade de suspensão.

No mais, de acordo com a jurisprudência uniforme do STJ (Tema 984), *o valor dos honorários advocatícios a defensores dativos não pode ser fixado com base na tabela da OAB, já que não se pode impor à Administração o pagamento de remuneração com base em tabela*



produzida unilateralmente por entidade representativa de classe de natureza privada, como contraprestação de serviços prestados, fora das hipóteses legais de contratação pública (Superior Tribunal de Justiça no REsp 1656322/SC, julgado em 04-11-2019, com Relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, sob o rito dos Recursos Repetitivos - Tema 984).

Esta é a tese fixada:

1ª) As tabelas de honorários elaboradas unilateralmente pelos Conselhos Seccionais da OAB não vinculam o magistrado no momento de arbitrar o valor da remuneração a que faz jus o defensor dativo que atua no processo penal; servem como referência para o estabelecimento de valor que seja justo e que reflita o labor despendido pelo advogado;

2ª) Nas hipóteses em que o juiz da causa considerar desproporcional a quantia indicada na tabela da OAB em relação aos esforços despendidos pelo defensor dativo para os atos processuais praticados, poderá, motivadamente, arbitrar outro valor;

3ª) São, porém, vinculativas, quanto aos valores estabelecidos para os atos praticados por defensor dativo, as tabelas produzidas mediante acordo entre o Poder Público, a Defensoria Pública e a seccional da OAB.

4ª) Dado o disposto no art. 105, parágrafo único, II, da Constituição da República, possui caráter vinculante a Tabela de Honorários da Justiça Federal, assim como tabelas similares instituídas, eventualmente, pelos órgãos competentes das Justiças dos Estados e do Distrito Federal, na forma dos arts 96, I, e 125, § 1º, parte final, da Constituição da República.

O acórdão tem a seguinte ementa:

RECURSO ESPECIAL. JULGAMENTO SOB O RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS DE DEFENSOR DATIVO INDICADO PARA ATUAR EM PROCESSO PENAL. SUPERAÇÃO JURISPRUDENCIAL (OVERRULING). NECESSIDADE. VALORES PREVISTOS NA TABELA DA OAB. CRITÉRIOS PARA PRODUÇÃO DAS TABELAS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 22, § 1º E 2º, DO ESTATUTO CONSENTÂNEA COM AS CARACTERÍSTICAS DA ATUAÇÃO DO DEFENSOR DATIVO. INEXISTÊNCIA DE VINCULAÇÃO DA TABELA PRODUZIDA PELAS SECCIONAIS. TESES FIXADAS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. É possível, e mesmo aconselhável, submeter o precedente a permanente reavaliação e, eventualmente, modificar-lhe os contornos, por meio de alguma peculiaridade que o distinga (distinguishing), ou que o leve a sua superação total (overruling) ou parcial (overturning), de modo a imprimir plasticidade ao Direito, ante as demandas da sociedade e o dinamismo do sistema jurídico.

2. O entendimento da Terceira Seção do STJ sobre a fixação dos honorários de defensor dativo demanda uma nova compreensão – a exemplo do que já ocorre nas duas outras Seções da Corte –, sobretudo para que se possa imprimir consistência e racionalidade sistêmica ao ordenamento, fíncadas na relevante necessidade de definição de critérios mais isonômicos e razoáveis de fixação dos honorários, os quais, fundamentais para dar concretude ao acesso de todos à justiça e para conferir dignidade ao exercício da Advocacia, devem buscar a menor onerosidade possível aos cofres



públicos.

3. Se a prestação de serviços públicos em geral depende da transferência de recursos obtidos da sociedade, é impositivo que tal captação se submeta a uma gestão orçamentária específica de gastos, que deverá ser orientada, sobretudo, pelos próprios princípios administrativos limitativos (entre os quais a economicidade e do equilíbrio das contas).

4. Há que se compatibilizar o postulado constitucional de universalização do acesso ao Judiciário, previsto no art. 5º, LXXIV –precipualemente quando o patrocínio do hipossuficiente é feito pela Defensoria Pública (art. 134 da CF) – com as hipóteses em que a própria deficiência estrutural dessa instituição obriga o Estado a socorrer-se de defensores dativos, situação em que ainda há prevalência do interesse público, isto é, do bem comum que se sobrepõe ao individual.

5. A inexistência de critérios para a produção das tabelas fornecidas pelas diversas entidades representativas da OAB das unidades federativas acaba por resultar na fixação de valores díspares pelos mesmos serviços prestados pelo advogado. Além disso, do confronto entre os valores indicados nas tabelas produzidas unilateralmente pela OAB com os subsídios mensais de um Defensor Público do Estado de Santa Catarina, constata-se total descompasso entre a remuneração por um mês de serviços prestados pelo Defensor Público e o que perceberia um advogado dativo, por atuação específica a um ou outro ato processual.

6. É indiscutível, ante a ordem constitucional vigente, que a atuação do defensor dativo é subsidiária à do defensor público. Não obstante, essa não é a realidade de muitos Estados da Federação, nos quais a atuação da advocacia dativa é francamente majoritária, sobretudo pelas inúmeras deficiências estruturais que ainda acometem as Defensorias Públicas. Nesse cenário, a relevância da participação da advocacia é reconhecida não só por constituir função indispensável à administração da justiça, mas também por ser elemento essencial para dar concretude à garantia fundamental de acesso à justiça. Tal situação, ao mesmo tempo que assegura a percepção de honorários pelos profissionais que atuam nessa qualidade, impõe equilíbrio e razoabilidade em sua quantificação.

7. O art. 22 do Estatuto da OAB assegura, seja por determinação em contrato, seja por fixação judicial, a contraprestação econômica indispensável à sobrevivência digna do advogado, hoje considerada pacificamente como verba de natureza alimentar (Súmula Vinculante n. 47 do STF). O caput do referido dispositivo trata, de maneira geral, do direito do advogado à percepção dos honorários. O parágrafo primeiro, por sua vez, cuida da hipótese de defensores dativos, aos quais devem ser fixados os honorários segundo a tabela organizada pela Seccional da OAB. Já o parágrafo segundo abarca as situações em que não há estipulação contratual dos honorários convencionais, de modo que a fixação deve se dar por arbitramento judicial.

8. A condição *sui generis* da relação estabelecida pelo advogado e o Estado, não só por se tratar de particular em colaboração com o Poder Público, mas também por decorrer de determinação judicial, a fim de possibilitar exercício de uma garantia fundamental da parte, implica a existência, ainda que transitória, de vínculo que o condiciona à prestação de uma atividade em benefício do interesse público. Em outras palavras, a hipótese do parágrafo primeiro abrange os casos em que não é possível celebrar, sem haver previsão legal, um contrato de honorários convencionais com o Poder Público. O parágrafo segundo, por sua vez, compreende justamente os casos em que, a despeito de possível o contrato de honorários convencionais, tal não se dá, por qualquer motivo.

9. O arbitramento judicial é a forma de se mensurarem, ante a ausência de contratação por escrito, os honorários devidos. Apesar da indispensável provocação judicial, não se confundem com os honorários de sucumbência, porquanto não possuem natureza processual e independem do resultado da demanda proposta. Especificamente para essa hipótese é que o parágrafo segundo prevê,



diversamente do que ocorre com o parágrafo primeiro, que os valores a serem arbitrados não poderão ser inferiores aos previstos nas tabelas da Seccionais da OAB. Assim, há um tratamento explicitamente distinto para ambos os casos.

10. A utilização da expressão "segundo tabela organizada", prevista no primeiro parágrafo do art. 22 do Estatuto da OAB, deve ser entendida como referencial, visto que não se pode impor à Administração o pagamento de remuneração com base em tabela produzida unilateralmente por entidade representativa de classe de natureza privada, como contraprestação de serviços prestados, fora das hipóteses legais de contratação pública. Já a expressão "não podendo ser inferiores", contida no parágrafo segundo, objetiva resguardar, no arbitramento de honorários, a pretensão do advogado particular que não ajustou o valor devido pela prestação dos serviços advocatícios.

11. A contraprestação por esses serviços deve ser justa e consentânea com o trabalho desenvolvido pelo advogado, sem perder de vista que o próprio Código de Ética e Disciplina da OAB prevê, em seu art. 49, que os honorários profissionais devem ser fixados com moderação, levando em conta os diversos aspectos que orbitam o caso concreto. O referido dispositivo estabelece alguns critérios para conferir maior objetividade à determinação dos honorários, considerando elementos como a complexidade da causa e sua repercussão social, o tempo a ser empregado, o valor da causa, a condição econômica do cliente, a competência e a expertise do profissional em assuntos análogos. A intenção de se observarem esses critérios é a de que os honorários sejam assentados com razoabilidade, sem serem módicos a ponto de aviltarem a nobre função advocatícia, nem tampouco serem exorbitantes de modo a onerarem os cofres públicos e, conseqüentemente, a sociedade.

12. Na mesma linha se encontram as diretrizes preconizadas pelo Código de Processo Civil (art. 85, §§ 2º e 6º, do CPC), que, ao tratar de forma mais abrangente os honorários, prestigia o direito do advogado de receber a devida remuneração pelos serviços prestados no processo, sempre com apoio nas nuances de cada caso e no trabalho desempenhado pelo profissional. As balizas para o estabelecimento dos honorários podem ser extraídas do parágrafo segundo, o qual estabelece que caberá ao próprio juiz da demanda fixar a verba honorária, em atenção a todos os aspectos que envolveram a demanda. O parágrafo oitavo ainda preconiza que, "nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º".

13. Na linha de precedentes das Seções de Direito Público, a tabela de honorários produzida pela OAB deve servir apenas como referencial, sem nenhum conteúdo vinculativo, sob pena de, em alguns casos, remunerar, com idêntico valor, advogados com diferentes dispêndios de tempo e labor, baseado exclusivamente na tabela indicada pela entidade representativa.

14. Na hipótese, a despeito de haver levado em conta todo o trabalho realizado e o zelo demonstrado pelo causídico, valeu-se, exclusivamente, das normas processuais que tratam dos honorários, sem, contudo, considerar, como referência, aqueles fixados pela tabela da OAB. Embora não vinculativos, como realçado pelo decisum, nos casos em que o o juiz da causa considerar desproporcional a quantia indicada na tabela da OAB em relação aos esforços despendidos pelo defensor dativo para os atos processuais praticados, deverá, motivadamente, arbitrar outro valor, com a devida indicação dessa desproporcionalidade.

15. Recurso parcialmente provido para que o Tribunal de origem faça uma nova avaliação do quantum a ser fixado a título de honorários, em consonância com as diretrizes expostas alhures.

(REsp n. 1.656.322/SC, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 23/10/2019, DJe de 4/11/2019.)



Assim, **deve ser aplicado o §4º do Tema 984 do STJ**, segundo o qual possui **caráter vinculante** a Tabela de Honorários da Justiça Federal, assim como tabelas similares instituídas, eventualmente, pelos órgãos competentes das Justiças dos Estados.

No caso, como decidido na origem, incide a Tabela de Valores da Justiça Federal (Resolução nº 305/2014-CJF, com as alterações promovidas pelas Resoluções nº 575/2019, 679/2020 e 775/2022), que estabelece limites mínimos e máximos a serem arbitrados como honorários ao defensor dativo em ações criminais, a saber: R\$ 212,49 e R\$ 536,83.

Portanto, à luz dos critérios de complexidade do trabalho, lugar da prestação de serviço e tempo de dedicação do profissional ao ato para o qual fora nomeado, tendo em vista que o advogado foi designado para atuar como Defensor Dativo em ação criminal, e que a defesa se prolongou até a interposição do presente recurso, entendo que os honorários merecem ser fixados no máximo previsto na Tabela mencionada (R\$ 536,83), tal como arbitrados pela Magistrada *a quo*, razão pela qual mantenho a decisão de primeiro grau quanto a este ponto, acolhendo o parecer do MPE.

Nesse sentido, já tive oportunidade de me manifestar em julgamento de Recurso Inominado perante a 2ª Turma Recursal da Fazenda Pública:

RECURSO INOMINADO. SEGUNDA TURMA RECURSAL DA FAZENDA PÚBLICA. ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. AÇÃO DE EXECUÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO DESACOLHIDOS. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL, NOS TERMOS DO JULGADO. CASO CONCRETO. HONORÁRIOS DE ADVOGADO DATIVO. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. MINORAÇÃO DOS VALORES. POSSIBILIDADE. TABELA DA OAB/RS. NÃO INCIDÊNCIA. ADEQUAÇÃO DOS HONORÁRIOS. INAPLICABILIDADE DA RESOLUÇÃO CONJUNTA Nº 001/2020 PGE/DPE, POIS FIXADOS ANTES DA SUA VIGÊNCIA. PARÂMETROS ESTABELECIDOS NO REVOGADO ATO 51/2014-P (TJRS) QUE GUARDAVAM CONSONÂNCIA COM A TABELA DA JUSTIÇA FEDERAL EM VIGOR (RESOLUÇÃO Nº 305/2014-CJF), CONSIDERADA VINCULANTE PELO STJ NO JULGAMENTO DO RESP 1656322/SC, SOB O RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS, TEMA 984. OBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS DE COMPLEXIDADE DO TRABALHO, LUGAR DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO E TEMPO DE DEDICAÇÃO DO PROFISSIONAL AO ATO PARA O QUAL FORA NOMEADO. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO INOMINADO PROVIDO. (Recurso Inominado, Nº 50021907520208210069, Segunda Turma Recursal da Fazenda Pública, Turmas Recursais, Relator: José Luiz John dos Santos, Julgado em: 22-03-2023)

Ante o exposto, VOTO pelo conhecimento e, no mérito, pelo **parcial provimento** do recurso interposto por GILBERTO ANTÔNIO KELLER, em menor extensão, acompanhando a divergência inaugurada pelo em. Des. Ricardo Teixeira do Valle Pereira.



Des. Luiz Mello Guimarães:

Acompanho a divergência.

Des. Eleitoral Caetano Cuervo Lo Pumo:

Acompanho o Relator.

Desa. Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak (Presidente):

Colegas, temos divergência em relação a dois pontos do voto.

Em relação ao mérito estão todos de acordo - a posição é unânime tanto pela capitulação que foi dada pelo relator via emendatio libelli, como quanto à necessidade de condenação, à vista da prova dos autos, esta última, aliás, conclusão a que já chegara a magistrada da origem, ao proferir sentença.

A divergência, pois, se fixa em relação (1) à fixação da pena e (2) aos honorários do defensor dativo.

1. Em relação ao apenamento, estou acompanhando integralmente o voto do Desembargador Afif Jorge Simões Neto.

Em se tratando da culpabilidade, que analisa o grau de reprovabilidade da conduta do agente, nas circunstâncias do delito que estamos apreciando, que trata de apropriação de bens ou rendas públicas por alguém que está exercendo o cargo de prefeito, julgo não haver relação com o exercício da advocacia. Cuida-se, como visto, de crime de responsabilidade, o qual já possui uma tipicidade especialíssima, bastante específica, de modo que considero inviável a atribuição de maior reprovabilidade na conduta pela circunstância pessoal do réu, nos termos do precedente indicado, o Habeas Corpus n. 394955/SP, Rel. Min. Félix Fischer, j. 13/06/2017, Quinta Turma, DJe de 30/06/2017, sobretudo porque sequer restou demonstrado nos autos - como bem referiu o eminente relator - que o apelante fosse advogado militante, de modo que não é possível, por presunção, entender que a culpabilidade mereça maior dimensionamento.

Acrescento, ainda, ao que foi trazido pelo Desembargador Eleitoral Caetano Cuervo Lo Pumo: qualquer pessoa do povo sabe que se apropriar de bens ou rendas públicas é crime, e o



fato de ser advogado, por si só, não induz um grau de censurabilidade maior da conduta deste agente. Parece-me que esta questão é neutra e não haveria de implicar a exacerbação da pena-base.

Então, aqui acompanho integralmente o eminente relator, inclusive em relação à continuidade delitiva.

2. Quanto ao arbitramento dos honorários advocatícios, questão que gerou maiores debates, também acompanho o Desembargador Relator, Afif Jorge Simões Neto, com as ponderações por ele trazidas no voto e os acréscimos da Desembargadora Patricia da Silveira Oliveira, e do Desembargador Caetano Cuervo Lo Pumo.

Todos muito bem referiram o trabalho que o profissional da advocacia desenvolveu ao longo deste processo, que tramitou durante muitos anos, tratando de vários fatos que demandaram esforço, situação que há de ser valorizada.

Ademais, eu não vejo como vinculantes os temas repetitivos, em especial o de número 984, na Justiça Especializada Eleitoral, que sequer tem seus casos apreciados pelo Superior Tribunal de Justiça.

As teses, no meu ponto de vista, não vinculam os julgados da Justiça Eleitoral, pois os recursos são apreciados pelo Tribunal Superior Eleitoral. Desse modo, muito embora se possa ter alguma orientação jurídica, as decisões do STJ não podem vincular os julgamentos analisados pela Justiça Eleitoral – em razão do caráter especialíssimo da matéria, por exemplo, lembro que o próprio Código de Processo Civil é utilizado de forma subsidiária, devendo ser observada, sempre, a compatibilidade sistêmica em relação às demandas eleitorais, a teor do artigo 2º da Resolução TSE n. 23.478/2016. Ora, se a legislação federal necessita sofrer adaptações para o bom andamento dos processos eleitorais, é certo que a atuação dos profissionais, nesta Especializada, há igualmente de ser sopesada conforme as peculiaridades da Justiça Eleitoral, e não apenas se balizar, forma cogente, em uma orientação de outro ramo do Poder Judiciário.

Temos, ainda, outro ponto, trazido pelo Desembargador Ricardo Teixeira do Valle Pereira e também pelo Desembargador José Luiz John dos Santos, que diz respeito à questão orçamentária. Parece-me que é possível superar esta questão orçamentária, porque aqui se trata de uma decisão judicial fixando honorários advocatícios. Não estamos apenas no âmbito administrativo, normativo dos tribunais, que necessitam, obviamente, observar previsões de orçamento.

A decisão judicial, por sua natureza, pode (e em alguns casos, deve) se sobrepôr a essas questões prévias de reserva de orçamento para pagamento de honorários previstos em Tabela, porque aqui não estamos aplicando uma tabela, mas cumprindo uma decisão judicial que fixou honorários advocatícios, até mesmo para que seja possível analisar, no caso concreto, a mais justa remuneração ao profissional da advocacia “(...)conforme o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado e o tempo despendido para o serviço”, nos termos do voto da Des. Maria de Lourdes Galvão Braccini de Gonzalez, relatora do Recurso Eleitoral nº 5153, publicado no DJe do TRE-RS na data 11/11/2016.



Desse modo que considero também esta questão superada.

Então, estou acompanhando na íntegra o eminente relator.

