HABEAS CORPUS Nº 501.473 - RN (2019/0089753-1)

IMPETRANTE	:	FRANCISCO ALESSANDRO DE OLIVEIRA ARAUJO
ADVOGADO	:	FRANCISCO ALESSANDRO DE OLIVEIRA ARAUJO - RN014327
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PACIENTE	:	CARLOS ALBERTO DIAS FLORÊNCIO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de CARLOS ALBERTO DIAS FLORÊNCIO, apontando-se como autoridade coatora Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, por supostas ilegalidades no julgamento da apelação criminal n.º 2011.005501-6.

Extrai-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, pela prática do tipificado no art. 312, *caput*, combinado com o art. 71, ambos do Código Penal, às penas de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, a serem cumpridos inicialmente em regime semiaberto, e pagamento de 66 (sessenta e seis) dias-multa (fls. 62/81).

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte negou provimento à apelação interposta por Carlos Alberto Dias Florêncio e deu parcial provimento ao recurso oposto pelo Ministério Público, majorando a pena aplicada para 8 (oito) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, com início em regime fechado, e 82 dias-multa, em acórdão assim ementado (fls. 99/108):

> PENAL E PROCESSO PENAL – CONDENAÇÃO – PECULATO, EM CONTINUIDADE DELITIVA – RECURSO INTERPOSTO PELA DEFESA E TAMBÉM PELO MINISTÉRIO PÚBLICO – OBJETIVO DO PRIMEIRO APELANTE: ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – ARGUMENTO IMPROCEDENTE – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS POR PROVAS TESTEMUNHAL E DOCUMENTAL – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO – FINALIDADE DA IRRESIGNAÇÃO DO *PARQUET*: EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE, BEM ASSIM INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 327, § 2º, DO CÓDIGO PENAL – PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS, PARCIALMENTE DESFAVORÁVEIS, QUE IMPÕEM A FIXAÇÃO DE PENA BASE MAIS SEVERA – FUNÇÃO DE CAIXA EXECUTIVO QUE DEVE SER ENTENDIDA COMO CARGO DE CONFIANÇA E, PORTANTO, EM COMISSÃO – PRECEDENTES – IMPOSSIBILIDADE, PORÉM, DE SE FIXAR VALOR MÍNIMO DE INDENIZAÇÃO PELOS DANOS DECORRENTES DO CRIME – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Rejeitados os embargos de declaração opostos contra o referido

acórdão (fls. 110/115), nos termos da ementa abaixo transcrita:

> PROCESUAL PENAL – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL – ALEGADA OMISSÃO – ARGUMENTO IMPROCEDENTE – PRETENSO DEBATE DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA E DISCUSSÃO DE TEMA NÃO DEVOLVIDO NO RECURSO – IMPOSSIBILIDADE – PRECEDENTES DESTA CÂMARA – INEXISTÊNCIA DE VÍCIO NO ACÓRDÃO EMBARGADO – EMBARGOS CONHECIDOS E REJEITADOS.

Carlos Alberto Dias Florêncio interpôs recurso especial com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal, sustentando violação dos do art. 59 do Código Penal e dos arts. 381, inciso III, e 564, inciso IV, ambos, do Código de Processo Penal (EREsp 1.374.714/RN).

Por decisão monocrática, o ilustre Ministro Rogerio Schietti Cruz, na condição de membro da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, negou provimento ao recurso especial, haja vista fundamentação suficiente nos autos para a fixação da pena pelo juízo *a quo* e a incidência do enunciado n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça que proíbe o reexame do conjunto fático-probatório em recurso especial (fls. 118/124).

Em seguida, Carlos Alberto Dias Florêncio opôs agravo regimental, ao qual a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça negou provimento consoante acórdão acostado às fls. 126/135, assim ementado:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PECULATO. DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MAJORANTE DO ART. 327, § 2º, DO CP. MANUTENÇÃO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Em que pese a pena-base do recorrente haja sido fixada acima do mínimo legal, verifica-se que as instâncias de origem apresentaram não apenas fundamentação suficiente para a valoração de cada circunstância judicial como também patamar que mantém consonância com a proporcionalidade das penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito imputado. Desse modo, não há, de fato, que se falar em ofensa ao art. 59 do Código Penal. 2. No que concerne à majorante prevista no art. 327, § 2º, do Código Penal, a instância ordinária constatou que o cargo exercido pelo réu teria a natureza de confiança e, assim, se enquadraria no mencionado dispositivo legal. 3. Então, para entender-se que o referido cargo não era exercido em caráter comissionado, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório produzido nos autos, providência que, conforme cediço, é incabível na via do recurso especial, consoante o

> enunciado na Súmula n. 7 do STJ. 4. Segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, "a simples transcrição de ementas e de trechos de julgados não tem o condão de caracterizar o cotejo analítico, uma vez que requer a demonstração das circunstâncias identificadoras da divergência entre o caso confrontado e o aresto paradigma, ainda quando se trate de dissídio notório" (REsp n. 1.691.118/MG, Rel. Ministro Og Fernandes, 2ª T., DJe 11/10/2017).5. Agravo regimental não provido.

Sobrevieram, então, embargos de divergência opostos por Carlos Alberto Dias Florêncio, com fulcro no art. 266, inciso I, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, bem como no art. 1.043, incisos I e III, do Código de Processo Civil de 2015. O recurso foi distribuído a este Relator que o indeferiu liminarmente (fls. 137/149).

Interposto agravo regimental contra a decisão monocrática proferida, a Corte Especial, por unanimidade, negou provimento ao recurso (fls. 153/169), em julgado com a seguinte ementa:

> PENAL E PROCESSO PENAL. PECULATO. AGRAVO INTERNO. INCLUSÃO EM PAUTA. SUSTENTAÇÃO ORAL. INADMISSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 1.012, §3º, DO CPC/2015. INEXISTENTE. ACÓRDÃO CLARO E FUNDAMENTADO. DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MAJORANTE DO ART. 327, § 2º, DO CP. MANUTENÇÃO. DISCUSSÃO ACERCA DA APLICAÇÃO DE REGRA TÉCNICA RELATIVA AO CONHECIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO MANTIDO COM A REVOGAÇÃO DO ART. 1.043, II, DO CPC/2015 PELA LEI N.13.256/2016. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO DEMONSTRADO. JULGADOS PROFERIDOS EM HABEAS CORPUS. INAPTIDÃO PARA COMPROVAÇÃO DA DIVERGÊNCIA.
>
> I - Trata-se de agravo interno contra decisão monocrática que indeferiu liminarmente os embargos de divergência.
>
> II - Com relação à inobservância do prazo de 5 dias úteis entre a data de publicação da pauta e a da sessão de julgamento do agravo regimental, nos termos do art. 90 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Diferentemente do sustentado pela parte ora recorrente, a mencionada regra regimental não se aplica ao julgamento do agravo regimental. Nesse contexto, o agravo regimental é apresentado em mesa, dispensando-se, assim, prévia comunicação da data de seu julgamento ao recorrente, que, inclusive, não tem prerrogativa de realizar sustentação oral, nos termos do art. 159, inciso IV, do Regimento Interno desta Corte de Justiça. Nesse sentido: AgRg no AREsp 1.131.067/MG, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 12/12/2017, DJe 18/12/2017 e AgRg no AREsp 595.464/RJ, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 3/11/2015, DJe 10/11/2015.
>
> III - Não merece prosperar a tese de nulidade por afronta ao art. 1.021, §3º, do Código de Processo Civil de 2015, uma vez que o acórdão

embargado não se limitou a reproduzir tão somente os fundamentos da decisão agravada, sendo apreciadas todas matérias suscitadas pelo recorrente de forma clara e fundamentada.

IV - No tocante à tese de violação ao art. 327, § 2º, do Código Penal, o acórdão embargado manteve a decisão monocrática que não conheceu dessa temática em razão da incidência da Súmula n. 7/STJ, considerando matéria fático-probatória. Dessa forma, o acórdão embargado não enfrentou o mérito da controvérsia nesse ponto ao adotar como óbice ao recurso o referido enunciado sumular, esbarrando a discussão na preliminar de admissibilidade recursal. A propósito: AgInt nos EAREsp 664.681/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 14/9/2016, DJe 21/9/2016; e AgInt nos EAREsp 673.336/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Corte Especial, julgado em 17/8/2016, DJe 30/8/2016.

V - Na sua versão original, o Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 1.043, II, previa a possibilidade de interposição de embargos de divergência em se tratando de arestos relativos ao juízo de admissibilidade. Ocorre que tal dispositivo foi revogado quando da edição da Lei n.13.256/2016, ratificando o entendimento já prestigiado por esta Corte de Justiça, que recentemente já se manifestou a respeito do assunto: AgInt nos EREsp 1.473.968/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, julgado em 17/8/2016, DJe 30/8/2016.

VI - Quanto à violação ao art. 59 do Código Penal, vislumbra-se que as decisões trazidas pela parte recorrente como paradigmáticas são insuficientes para demonstrar a existência de controvérsia, já que proferidas em habeas corpus. Segundo entendimento pacífico desta Corte, precedentes decorrentes de habeas corpus, de mandado de segurança e de recurso ordinário são inservíveis para embasar recurso de embargos de divergência. Veja-se: REsp 1.370.568/DF, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 23/5/2017, DJe 30/5/2017.

VII - Em verdade, os embargos de divergência têm por finalidade uniformizar a jurisprudência do próprio Superior Tribunal de Justiça, quando se verificarem idênticas situações fáticas nos julgados, mas se tenha dado diferente interpretação na legislação aplicável ao caso.

VIII - Não se prestam, portanto, para avaliar possível justiça ou injustiça do decisum ou corrigir regra técnica de conhecimento e, muito menos, confrontar tese de admissibilidade com tese de mérito.

IX - Agravo interno improvido.

Opostos embargos de declaração, o recurso foi rejeitado pela Corte Especial, também por unanimidade, consoante acórdão acostado às fls. 172/185, que ostenta a seguinte ementa:

PENAL. PROCESSO PENAL. PECULATO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO. INEXISTENTE.

I - Trata-se de embargos de declaração opostos contra acórdão que desproveu agravo interno. Por meio de decisão monocrática, às fls. 1.276-1.288, foram indeferidos liminarmente os embargos de divergência. Interposto agravo interno, foi julgado pela E. Corte Especial.

II - Conforme entendimento pacífico desta Corte: "O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do

> julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida. (EDcl no MS 21.315/DF, Rel. Ministra Diva Malerbi (desembargadora Convocada TRF 3ª Região), Primeira Seção, julgado em 8/6/2016, DJe 15/6/2016)".
>
> III - É vedado a esta Corte, na via especial, apreciar eventual ofensa à matéria constitucional, ainda que para fins de prequestionamento, sob pena de usurpação da competência reservada ao Supremo Tribunal Federal. Precedentes: EDcl nos EDcl no AgRg no AREsp 575.787/DF, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 12/12/2017, DJe 19/12/2017; AgInt nos EDcl nos EDcl no REsp 1.677.316/SP, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 5/12/2017, DJe 14/12/2017; EDcl no AgInt no REsp 1.294.078/DF, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 28/11/2017, DJe 5/12/2017.
>
> IV - Embargos de declaração não se prestam ao reexame de questões já analisadas, com o nítido intuito de promover efeitos modificativos ao recurso, quando a decisão apreciou as teses relevantes para o deslinde do caso e fundamentou sua conclusão.
>
> V - Embargos de declaração rejeitados.

Carlos Alberto Dias Florêncio opôs agravo interno contra a decisão da Corte Especial, ainda pendente de julgamento.

Em 19 de fevereiro de 2019, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, em julgamento de Recurso em Sentido Estrito manejado pelo Ministério Público Federal, autorizou a execução provisória da pena (fls. 188/191).

O presente habeas corpus foi inicialmente distribuído ao eminente Ministro Rogerio Schietti, que suscitou a competência deste Relator, em razão da relatoria do EREsp 1.374.314/RN (fls. 241).

Argumenta o impetrante que o acórdão recorrido estaria eivado de ilegalidade porquanto: i) ofendeu o princípio da anterioridade penal quanto à condenação pelo crime previsto no art. 312 c/c art. 327, §1º do Código Penal, visto que na condição de funcionário do Banco do Brasil não poderia ser considerado funcionário público; ii) ilegalidade da aplicação da majorante prevista no art. 327, §2º e iii) exasperação da fixação da pena base.

No pedido liminar, alega que o *periculum in mora* resta caracterizado pelo iminente risco de prisão em razão de autorização pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte da execução provisória da pena e, o *fumus boni juris*, demonstrado pela inadequação da tipificação da conduta atribuída ao paciente, razão pela qual requer a suspensão da autorização para execução provisória da pena, atribuindo efeito suspensivo ao REsp 1.374.714/RN.

No mérito, pleiteia a concessão da ordem, determinando-se a desclassificação da conduta descrita na condenação para o delito previsto no art. 168 do Código Penal e, subsidiariamente, pede a exclusão da majorante prevista no art. 327, §2º do Código Penal e o redimensionamento da pena-base do paciente, com a readequação do regime prisional de cumprimento de pena.

É o relatório.

Inviável mostra-se o acolhimento da liminar requerida.

Isso porque, "o Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 5.10.2016, no julgamento das medidas cautelares nas ações diretas de constitucionalidade 43 e 44, por maioria de votos, confirmou entendimento antes adotado no julgamento do HC 126292, no sentido de que a execução provisória da pena não afronta o princípio constitucional da presunção de inocência, de modo que, confirmada a condenação por colegiado em segundo grau, e ainda que pendentes de julgamento recursos de natureza extraordinária (recurso especial e/ou extraordinário), a pena poderá, desde já, ser executada" (HC 382.995/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 02/03/2017), o que afasta a plausibilidade jurídica da medida de urgência.

É cediço que a concessão de liminar em sede de habeas corpus, em razão a sua excepcionalidade, enseja a demonstração e comprovação, de plano, do alegado constrangimento ilegal, o que não ocorre *in casu*. Ademais, os fundamentos que dão suporte ao pedido liminar confunde-se com o mérito do *writ*, devendo o caso concreto ser analisado mais detalhadamente quando da apreciação e do seu julgamento definitivo pelo colegiado.

Insta salientar que, conforme descrito no relatório, as teses defensivas aduzidas no presente habeas corpus já foram submetidas à jurisdição deste Superior Tribunal de Justiça quando da análise do REsp 1.374.714/RN, não ensejando, até o presente momento, a reforma do acórdão recorrido.

Esta Corte Superior já se manifestou, inúmeras vezes, pela inadmissibilidade do remédio heróico como sucedâneo recursal, mormente em casos, como ora em apreço, que visam, ao fim e ao cabo, à desclassificação do delito imputado ao paciente ou à modificação da dosimetria da pena ou do regime de prisão, por se tratarem de teses que exigem imersão vertical sobre o suporte probatório que lastreou a condenação.

Ante o exposto, indefiro o pedido liminar.

Solicitem-se informações ao Tribunal de origem e, com as informações, abra-se vista ao Ministério Público Federal para manifestação.

Publique-se.

Brasília (DF), 09 de abril de 2019.

MINISTRO FRANCISCO FALCÃO
Relator