



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS **Nº 153.026 - RS (2009/0219985-8)**

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : BENILDO BOSCATO
ADVOGADO : EDMUNDO EVELIM COELHO E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : BENILDO BOSCATO

EMENTA

HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. PECULATO. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE. CONSIDERAÇÃO DAQUELA PRÓPRIA DO TIPO. INVIABILIDADE. MOTIVOS E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO COM BASE EM ELEMENTAR DO DELITO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. FAVORABILIDADE DE TODAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Mostra-se inviável considerar como desfavorável ao agente circunstância inerente à culpabilidade em sentido estrito, a qual é elemento integrante da estrutura do crime, em sua concepção tripartida.

2. Os motivos e as circunstâncias do crime, quando próprios do tipo, não servem para justificar a exasperação da reprimenda na primeira etapa da dosimetria.

3. Não tendo as instâncias ordinárias demonstrado, de forma concreta, as razões pelas quais consideraram desfavoráveis ao paciente as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, de rigor a redução da pena-base ao mínimo legalmente previsto.

4. Ordem concedida a fim de reduzir a pena-base do paciente para o mínimo legalmente previsto, tornando a sua sanção definitiva em 2 (dois) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa, declarando-se, ainda, de ofício, extinta a sua punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva do Estado, na forma retroativa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp, Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 22 de março de 2011. (Data do Julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 153.026 - RS (2009/0219985-8)

IMPETRANTE : BENILDO BOSCATO
ADVOGADO : EDMUNDO EVELIM COELHO E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO
SUL
PACIENTE : BENILDO BOSCATO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de BENILDO BOSCATO, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que, ao julgar a Apelação Criminal n. 70031121197, lá interposta pela defesa, deu-lhe parcial provimento, tão somente para reconhecer a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado quanto aos delitos de extravio ou sonegação de livro ou documento e de falsidade ideológica, mantendo a sentença no ponto em que condenou o paciente ao cumprimento de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 30 (trinta) dias-multa, por violação ao art. 312 do CP.

Os impetrantes sustentam a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que a reprimenda-base do paciente em relação ao delito do art. 312 do CP foi fixada acima do mínimo legalmente previsto com base em circunstâncias inerentes ao próprio tipo penal infringido, o que defendem ser indevido.

Observam que não foi levada em consideração a atenuante genérica prevista no art. 65, inciso III, alínea *b*, do CP, já que o paciente teria, por espontânea vontade, reparado o dano causado ao erário antes do julgamento da ação penal, consoante comprovariam as guias de recolhimento e a certidão negativa de tributos lavrada pela Secretaria de Estado do RS, fatores que levariam à aplicação da reprimenda básica no seu mínimo, ensejando a prescrição da pretensão punitiva do Estado na forma retroativa, dado o transcurso de mais de quatro anos "*entre a data do recebimento da denúncia (agosto de 2004) e a decisão de segundo grau de jurisdição (outubro de 2009), que confirmou a sentença condenatória de primeiro grau*" (fl. 6).

Requeru, liminarmente, fossem suspensos os efeitos do aresto combatido, até o julgamento final do presente *mandamus*, oportunidade em que postula seja a pena-base reduzida ao mínimo legal - 2 (dois) anos de reclusão -, extinguindo-se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a punibilidade do paciente pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal.

A liminar foi indeferida em decisão de fls. e-STJ 47-48.

Foi interposto pedido de reconsideração ou, caso não acolhido, de agravo regimental, contra decisão proferida por esta Relatoria que indeferiu a medida de urgência formulada no presente remédio constitucional, tendo sido negado seguimento ao agravo, mas reconsiderada a decisão anteriormente proferida, deferindo-se a liminar tão somente para suspender os efeitos do acórdão impugnado, até o julgamento final deste *writ* (e-STJ fls. 148-150).

O Juízo de primeiro grau e a autoridade tida como coatora prestaram informações aos autos.

O Ministério Público Federal, em parecer de fls. e-STJ 251-253, manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 153.026 - RS (2009/0219985-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Da análise dos autos, verifica-se que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e multa, pela prática dos crimes previstos nos arts. 299, parágrafo único, por duas vezes; 312, *caput*; e 314; na forma do art. 71, todos do CP, nos autos do Processo-Crime n.º 097/2.2.03.0001110-3, da Vara Judicial da Comarca de Flores da Cunha/RS (e-STJ fls. 76-92).

Contra essa decisão foi interposta a Apelação Criminal n.º 70024491151 perante o Tribunal de origem, tendo o colegiado, por maioria, decidido pela anulação da sentença condenatória proferida, determinando a prolação de outra, aplicando-se individualmente a reprimenda para cada um dos delitos, prejudicado o mérito da apelação defensiva e do recurso ministerial (e-STJ fls. 104-119).

Prolatada nova sentença penal, o paciente restou condenado às seguintes penas:

a) 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial aberto, pela prática do crime previsto no art. 312 do CP - peculato;

b) 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial aberto, como incurso no art. 314 do CPP - extravio ou sonegação de livro ou documento;

c) 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial aberto, pelo cometimento do delito de falsidade ideológica.

Nessa mesma ocasião, o juiz singular reconheceu a prescrição da pretensão punitiva do Estado quanto aos delitos de extravio ou sonegação de livro ou documento e de falsidade ideológica, mantendo-se a condenação apenas pelo crime de peculato, cuja sanção restou definitiva em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e pagamento de 30 (trinta) dias-multa, substituída a sanção reclusiva por 2 (duas) restritivas de direitos.

Colhe-se da sentença condenatória o trecho a seguir descrito, relativo ao delito previsto no art. 312 do CP - peculato - imputado ao paciente:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"[...] a corroborar a materialidade e autoria do delito de peculato, destaca-se que o réu, quando do interrogatório, admitiu ter se apropriado de valores referentes a Imposto de Transmissão 'Causa Mortis' e Doações devido, em razão das escrituras públicas de doações de imóveis, que lhe foram repassadas pelas vítimas.

[...]

Assim, a confissão do réu, juntamente com o conjunto probatório constante dos autos, evidenciam, de forma inequívoca, que, por reiteradas vezes, o acusado, ao formalizar escrituras públicas de doação de propriedade imobiliária (fato gerador de ITCMD), bem como escrituras públicas de compra e venda de imóvel (fato gerador de ITBI), recebeu de pessoas que foram ao seu cartório valores referentes aos impostos, certificando nas escrituras o seu pagamento, inclusive consignando o número da guia informativa respectiva, deixando de os recolher aos cofres públicos, apropriando-se dos valores em proveito próprio."
(e-STJ fls. 10-11)

A defesa apelou - Apelação Criminal nº 70031121197 - tendo o Tribunal de Justiça do RS dado provimento parcial à apelação para declarar extinta a punibilidade do agente pelos delitos de extravio ou sonegação de livro ou documento e de falsidade ideológica, dada a prescrição da pretensão punitiva do Estado, mantendo inalterada a condenação pelo delito de peculato (e-STJ fls. 21 a 31).

Para melhor análise da questão *sub examine*, necessário se faz transcrever o trecho do édito condenatório em que o magistrado de primeiro grau fixou a pena-base do paciente para o crime de peculato, *verbis*:

"Observo que a culpabilidade do réu se prende no termo médio. Era dele plenamente exigível conduta diversa. Pessoa imputável com consciência da ilicitude de sua conduta.

O acusado não registra antecedentes; sua conduta social foi abonada; personalidade normal.

A motivação se prende, por suposição, ao lucro fácil. As circunstâncias foram de média gravidade, já que o réu usou função pública para auferir vantagem econômica; consequências do tipo.

As vítimas não contribuíram para a perpetração dos crimes. Sopesadas tais operadoras, fixo a pena-base para o crime de peculato - art. 312 do CP - em dois anos e seis meses de reclusão (e-STJ fl. 18)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A Corte impetrada, por sua vez, manteve inalterada a sanção-base irrogada ao paciente, por entender que, *"observadas convenientemente as circunstâncias judiciais, a pena aplicada não pode ser alterada"* (e-STJ fl. 141).

A aplicação da pena-base é o momento em que o juiz, dentro dos limites abstratamente previstos pelo legislador, deve eleger, fundamentadamente, o *quantum* ideal de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito praticado.

Assim, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto, guiando-se pelos oito fatores indicativos relacionados no *caput* do art. 59 do Código Penal, dos quais não deve se furtar de analisar individualmente, a saber: culpabilidade; antecedentes; conduta social; personalidade do agente; motivos, circunstâncias e consequências do crime; e comportamento da vítima, e indicar, especificamente, dentro destes parâmetros, os motivos concretos pelos quais considera favoráveis ou desfavoráveis as circunstâncias judiciais, pois é justamente a motivação da sentença que oferece garantia contra os excessos e eventuais erros na aplicação da resposta penal.

No caso, da leitura do trecho impugnado da sentença condenatória, verifica-se que o magistrado singular, analisando as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, considerou desfavoráveis ao paciente a culpabilidade, os motivos e as circunstâncias do crime.

Segundo a doutrina, na análise da circunstância judicial da culpabilidade, *"deve aferir-se o maior ou menor índice de reprovabilidade do agente pelo fato criminoso praticado, não só em razão de suas condições pessoais, como também em vista da situação de fato em que ocorreu a indigitada prática delituosa, sempre levando em conta a conduta que era exigível do agente, na situação em que o fato ocorreu"* (DELMANTO, Celso e outros, Código Penal Comentado, 7ª ed., Renovar: RJ, 2007, p. 186).

E, na hipótese que se apresenta, o Juízo sentenciante considerou que *"a culpabilidade do réu se prende no termo médio. Era dele plenamente exigível conduta diversa. Pessoa imputável com consciência da ilicitude de sua conduta"* (e-STJ fl. 18), o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que não constitui fundamento idôneo a autorizar maior apenação na primeira etapa da dosimetria, vez que a culpabilidade aferida pelo magistrado foi aquela em sentido estrito - elemento integrante da estrutura do crime, em sua concepção tripartida -, e não a no sentido lato, isto é, a reprovação social que o crime e o seu autor merecem pela conduta criminosa praticada.

Veja-se, a propósito, o seguinte julgado da Sexta Turma deste Sodalício:

"[...]

A circunstância judicial da culpabilidade deve ser aferida levando-se em conta a reprovabilidade da conduta do agente, mostrando-se inadmissível considerá-la maculada tão-somente em função de ele possuir plena consciência da ilicitude do fato.

Não há que se confundir a culpabilidade como elemento do crime com a medida da culpabilidade do agente, sendo que apenas esta última encontra previsão no artigo 59 do Código Penal." (HC n.º 107.795/RS, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 16-12-2008, DJe 2-3-2009)

Ao prosseguir na análise das circunstâncias previstas no art. 59 do CP, o juiz de primeiro grau afirmou que *"a motivação se prende, por suposição, ao lucro fácil"* (e-STJ fl. 18), argumento que não é de molde a autorizar o aumento de pena procedido na primeira fase de fixação da reprimenda, especialmente no referente ao peculato, vez que essa circunstância é inerente ao próprio tipo penal infringido.

Com efeito, ensina a doutrina que os motivos do crime *"são as razões que moveram o agente a cometer o crime. Deve-se atentar para a maior ou menor reprovação desses motivos"* (DELMANTO, Celso e outros, Código Penal Comentado, 7ª ed., Renovar: RJ, 2007, p. 188).

Nesse sentido, o seguinte precedente desta Corte Superior de Justiça:

HABEAS CORPUS. PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE DO AGENTE. SIMPLES MENÇÃO À POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE. MOTIVO DO CRIME. LUCRO FÁCIL. CONSIDERAÇÕES INDEVIDAS PARA EXASPERAR A PENA-BASE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR UMA RESTRITIVA DE DIREITO. ART. 44, § 2º (PRIMEIRA PARTE), DO CÓDIGO PENAL. [...]

3. Ademais, o "lucro fácil", também não tem o condão de ensejar a exasperação da pena-base, pois tal fundamento é inerente a todo crime contra o patrimônio e já foi considerado pelo próprio legislador quando da fixação da pena abstratamente cominada, não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

podendo, justamente por isso, ser novamente valorado pelo julgador sob pena de incorrer-se no vedado bis in idem.

[...]

5. Ordem concedida para, mantida a condenação, reformar o acórdão ora hostilizado para reduzir a pena do Paciente para 1 (um) ano de reclusão, além do pagamento de 15 (quinze) dias-multa, no piso mínimo legal, sendo a pena privativa de liberdade substituída por uma restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade, em entidade a ser designada pelo Juízo das Execuções

Criminais, pelo prazo da nova pena privativa fixada." (HC n.º 104.686/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 26-5-2009, DJe 15-6-2009)

Por fim, o juiz singular considerou desfavoráveis as circunstâncias do crime, *"já que o réu usou função pública para auferir vantagem econômica"* (e-STJ fl. 18), o que não constitui fundamento idôneo a ensejar maior reprimenda na primeira fase de aplicação da pena, considerando que essa circunstância também é inerente ao próprio tipo penal violado, já que o paciente, na qualidade de funcionário público - tabelião -, apropriou-se, em proveito próprio, de valores referentes ao Imposto de Transmissão *Causa Mortis* e Doações (ITCMD) e ao Imposto de Transmissão de Bens Imóveis (ITBI), e o tipo penal por ele infringido consiste justamente em: *"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."*

Por essas razões, verificada a inadequação da análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP e considerando que todas remanescem favoráveis ao paciente, merecem ser reformados a sentença condenatória e o acórdão objurgado nesse ponto, a fim de reduzir a reprimenda-base do paciente para o mínimo legalmente previsto, qual seja, 2 (dois) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Assim, com a fixação da pena-base do paciente no mínimo legal, resta prejudicada a análise do almejado reconhecimento da atenuante genérica prevista no art. 65, inciso III, alínea *b*, do CP - reparação do dano antes da prolação da sentença -, tendo em vista que, mesmo se reconhecida, não poderá reduzir a pena aquém do mínimo abstratamente previsto em lei, a teor do enunciado na Súmula n.º 231 desta Corte Superior de Justiça.

Concretizada a sanção do paciente em 2 (dois) anos de reclusão, constata-se extinta a punibilidade do agente, pela prescrição da pretensão punitiva do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Estado, na forma retroativa - matéria de ordem pública que merece reconhecida em qualquer fase do processo, nos termos do art. 61 do CPP.

Ocorre que, da data do recebimento da denúncia - 10-8-2004 - até o dia da publicação da sentença condenatória - 3-2-2009 -, transcorreu o lapso legalmente exigido para o reconhecimento da prescrição, que, na hipótese, é de 4 (quatro) anos (e-STJ fl. 30).

Ante o exposto, concede-se a ordem a fim de reduzir a pena-base do paciente para o mínimo legalmente previsto, tornando a sua sanção definitiva em 2 (dois) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa, declarando-se, ainda, de ofício, extinta a sua punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva do Estado, na forma retroativa, *ex vi* dos arts. 107, IV, *c/c* 110, *caput* e § 1º, e 109, inciso V, todos do CP.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0219985-8

HC 153.026 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20300011103 70031121197 9720300011103

EM MESA

JULGADO: 22/03/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO RODRIGUES DOS SANTOS SOBRINHO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : BENILDO BOSCATO
ADVOGADO : EDMUNDO EVELIM COELHO E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : BENILDO BOSCATO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Praticados por Funcionários Públicos Contra a Administração em Geral - Peculato

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp, Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.