



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 219.691 - MT (2011/0229583-1)

RELATOR : MINISTRO VASCO DELLA GIUSTINA
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS)
IMPETRANTE : GUSTAVO R CARMINATTI COELHO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO
PACIENTE : NILTON BORGES BORGATO

EMENTA

HABEAS CORPUS. PECULATO. FIXAÇÃO DA PENA BASE 03 (TRÊS) MESES ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. ADEQUAÇÃO DA FUNDAMENTAÇÃO. *REFORMATIO IN PEJUS* NO JULGAMENTO DE APELO EXCLUSIVO DA DEFESA. MATÉRIA OBJETO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO PENDENTE DE JULGAMENTO. RECURSO ESPECIAL E HABEAS CORPUS CONCOMITANTES. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. NÃO CONHECIMENTO.

1. As hipóteses de cabimento do *habeas corpus* são, como de sabença restritas, sendo inadmissível o abuso do remédio constitucional em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal.

2. Consoante a orientação jurisprudencial sedimentada desta Corte "*Não é possível a formulação concomitante de recurso especial e habeas corpus com o mesmo objeto. Para o enfrentamento de teses jurídicas na via restrita, imprescindível que haja ilegalidade manifesta, relativa a matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória.*" (Precedente: HC n.º 117696/MG, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 20/09/2011, DJe de 03/10/2011)

3. Hipótese em que o paciente responde ao processo em liberdade, e as teses aqui suscitadas são objeto de agravo de instrumento que tramita nesta Corte. Ausente ilegalidade manifesta, revela-se inadequada a via eleita.

4. Habeas corpus não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Dr(a). GUSTAVO R CARMINATTI COELHO, pela parte
PACIENTE: NILTON BORGES BORGATO

Exmo. Sr. Subprocurador-Geral da República, Dr. PAULO
EDUARDO BUENO

Brasília (DF), 1º de dezembro de 2011(Data do Julgamento)

MINISTRO VASCO DELLA GIUSTINA
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 219.691 - MT (2011/0229583-1)

**RELATOR : MINISTRO VASCO DELLA GIUSTINA
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS)**
IMPETRANTE : GUSTAVO R CARMINATTI COELHO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO
PACIENTE : NILTON BORGES BORGATO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS) (Relator): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado por GUSTAVO R. CARMINATTI COELHO e OUTRO (advogados), em favor de NILTON BORGES BORGATO, apontando como autoridade coatora o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso (Apelação Criminal n.º 65587/2009).

Noticiam os autos que o ora paciente, em 12 de julho de 2004, foi denunciado pela suposta prática do crime previsto no art. 312 do Código Penal (peculato). Constou da inaugural acusatória que o então denunciado desviou, em proveito próprio, na qualidade de Presidente do Fundo de Previdência dos Servidores Municipais de Glória D'Oeste - MT, a quantia de R\$ 16.200,45 (dezesseis mil e duzentos reais e quarenta e cinco centavos).

Regularmente processado, foi o denunciado condenado às penas de 02 (dois) anos e 03 (três) meses de reclusão, em regime aberto e 50 (cinquenta) dias-multa, estes calculados em 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos. Ante o preenchimento dos requisitos do art. 44, foi substituída a pena privativa de liberdade imposta ao réu por pena restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade. Do referido julgado extrai-se, ainda, que, quando da dosimetria da pena, o d. Juízo sentenciante, fixou a pena-base acima do mínimo legal (03 meses acima), valendo-se, para tanto, da seguinte fundamentação, *litteris*:

"(...) O crime de peculato prevê uma pena de reclusão de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

Por imperativo legal, passo à análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal: a) culpabilidade foi intensa, pois o réu tinha plena consciência dos seus atos, agindo voluntariamente, e dele era



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exigida conduta diversa; b) antecedentes imaculados (fl. 249); c) as informações existentes nos autos são insuficientes para apreciar a conduta social do réu como sendo favorável, eis que o mesmo exerce atividade lícita; d) personalidade do homem médio, suscetível de avaliar o caráter reprovável e criminoso de sua conduta, especialmente por ser contador, ou seja, tem vasto conhecimento; e) os motivos do crime não favorecem o acusado, eis que agiu com o escopo de obtenção de lucro fácil, em detrimento da lisura que deve acompanhar a Administração Pública; f) as conseqüências não foram gravíssimas, já que o numerário desviado não foi restituído; g) a vítima é a Administração Pública e a sociedade em geral, que sofre diretamente os efeitos nefastos da conduta perniciosa.

Há leve preponderância das circunstâncias desfavoráveis ao réu, razão pela qual, considerando as causas objetivas e subjetivas, FIXO A PENA-BASE ACIMA DE SEU MÍNIMO LEGAL, no patamar de 02 (dois) anos e 03 (três) meses de reclusão e 50 (cinquenta) dias-multa." (fl. 732, e-STJ)

Em face do *decisum*, foi interposto apelo exclusivo da defesa.

A Turma de Câmaras Reunidas do Eg. TJ/MT, por unanimidade de votos dos seus integrantes, rejeitando as preliminares suscitadas, deu provimento parcial ao recurso manejado, apenas para reduzir a pena de multa a patamar que entendeu proporcional à reprimenda corporal. No que interessa, mais especificamente, à presente impetração, restou assim fundamentado o voto condutor do julgado, relativamente à manutenção da pena-base fixada acima do mínimo-legal, *verbis*:

"O apelante ainda pleiteia, de forma subsidiária, a fixação da pena no patamar mínimo legal, por reputar favoráveis todas as circunstâncias judiciais, ao contrário da sentença impugnada.

A fixação da pena-base no mínimo cominado tem vez quando todas as circunstâncias apostas no art. 59 do Código Penal apresentarem-se favoráveis ao agente, o que não é o caso.

Em que pese fatores como os antecedentes, a conduta social e a personalidade lhe beneficiem, e que os motivos e as circunstâncias sejam as próprias do tipo, outros aspectos como a culpabilidade e as conseqüências revelam-se-lhe desabonadoras. A culpabilidade - tida como o juízo de censura que recai sobre a conduta típica - é elevada, haja vista que o apelante, como profissional da contabilidade, fez valer seus conhecimentos técnicos, no intuito de desviar valores em detrimento ao erário. O apelante utilizou-se da profissão para facilitar a empreitada criminosa. Também as conseqüências da infração não são favoráveis, eis que a verba desviada não foi restituída, a implicar, além do dano material, um dano moral e político para a Administração.

Tais aspectos desfavoráveis já autorizam a fixação da pena-base



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em patamar acima do mínimo, uma vez que, conforme exposto alhures, somente quando todas as circunstâncias judiciais forem favoráveis, tem lugar a fixação da pena-base em seu grau mais benéfico, sob pena de violação aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena." (fls. 917/918).

Irresignada com o teor do v. Acórdão prolatado, a defesa do ora paciente manejou recursos especial e extraordinário, ambos com seguimento negado, na origem, em exame de prelibação (fls. 1014/1021 e 1022/1028). Ato contínuo, interpostos foram os cabíveis recursos de agravo, encontrando-se aquele a esta Corte dirigido ainda pendente de julgamento (AREsp n.º 24.088/MT).

Nas razões do presente remédio heróico aduzem os impetrantes, em síntese, que a Corte de origem, ao julgar o apelo exclusivo da defesa, teria incorrido em ofensa ao princípio do "*ne reformatio in pejus*", na medida em que teria alterado a fundamentação esposada na sentença, que levava o magistrado sentenciante à conclusão de que desfavoráveis ao réu, ora paciente, as circunstâncias da culpabilidade e das consequências do crime pelo mesmo perpetrado, que nos termos do art. 59 do Código Penal justificariam a fixação da pena base do mesmo acima do mínimo legal.

No mais, tecem os impetrantes considerações no sentido de serem os fatos apontados pela Corte *a quo* como consequências do crime (ausência de restituição do produto do crime e prejuízo moral e político causado à Administração) elementos inerentes ao próprio tipo penal, pelo que descabida seria, sob tal justificativa, a majoração da pena-base acima de seu mínimo legal.

Ao final, pugnam os impetrantes, desde que reconhecido serem todas as circunstâncias do art. 59 do CP favoráveis ao paciente, seja declarada a prescrição da pretensão punitiva do Estado.

O parecer ministerial é pela denegação da ordem (fls. 1.086/1.093).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 219.691 - MT (2011/0229583-1)

**RELATOR : MINISTRO VASCO DELLA GIUSTINA
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS)**
IMPETRANTE : GUSTAVO R CARMINATTI COELHO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO
PACIENTE : NILTON BORGES BORGATO

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS) (Relator): Busca-se, com o presente *mandamus*, seja a fixada a pena-base imposta ao paciente em seu mínimo legal, ou seja, em 02 anos e não em 02 anos e 03 meses. Alega-se, em síntese, ter a Corte de origem, ao manter inalterada a r. sentença de primeiro grau, objeto de apelo exclusivo da defesa, malferido o princípio do "*ne reformatio in pejus*". Afirma-se, neste particular, que o Tribunal local teria promovido indevida alteração dos fundamentos empregados na r. Sentença primeva a justificar a fixação da pena-base imposta ao paciente acima de seu mínimo legal.

Destaco, *ab initio*, a necessidade de racionalização do *habeas corpus*, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. Deve ser observada sua função constitucional, de sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção, como iterativamente tem decidido esta Turma Julgadora.

As hipóteses de cabimento do *writ* são, como de sabença restritas, sendo inadmissível o abuso do remédio constitucional em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal.

Para o enfrentamento de teses jurídicas na estreita via do *habeas corpus*, faz-se imperioso que vislumbre o julgador ilegalidade manifesta, relativa a matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória. Sobre o tema, oportuno conferir, à guisa de exemplo, os recentíssimos precedentes desta Corte Superior:

"HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO. REGIME FECHADO. ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. MATÉRIA NÃO SUSCITADA NA APELAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. APELAÇÃO. EFEITO RESTRITO. NÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONHECIMENTO.

1. Se a pretensão aqui formulada, de alteração do regime prisional, não foi examinada pelo Tribunal de origem, não sendo objeto da apelação manejada pela Defesa, não pode ser enfrentadas por esta Corte Superior de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

2. Em se tratando de apelação interposta contra decisão do Tribunal do Júri, a análise da Corte estadual é restrita às razões da Defesa.

3. Por mais que o habeas corpus seja um dos remédios constitucionais mais importantes, deve o seu emprego submeter-se às hipóteses de cabimento. Ademais, o seu manejo imoderado desrespeita à lógica do sistema recursal, abastardando, ainda, o campo próprio da revisão criminal.

4. Writ não conhecido." (HC 201.171/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/05/2011, DJe 08/06/2011)

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO DO ACUSADO. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. MATÉRIA A SER ANALISADA EM REVISÃO CRIMINAL. IMPOSSIBILIDADE DE REVOLVIMENTO DE PROVAS EM SEDE DE WRIT. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

I. Conquanto o uso do habeas corpus em substituição aos recursos cabíveis -- ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo -- crescentemente fora de sua inspiração originária tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição, devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida banalização e vulgarização do habeas-corpus.

II. Na hipótese, a condenação transitou em julgado e o impetrante não pugnou a absolvição do réu em sede de recurso especial, preferindo a utilização do writ em substituição aos recursos ordinariamente previstos no ordenamento jurídico.

III. A jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido de que a via estreita do mandamus não permite a desconstituição de sentença condenatória já transitada em julgado, mormente quando a análise do tema demanda o revolvimento de matéria fática, pois para tal objetivo existe a revisão criminal (Precedentes).

IV. Habeas corpus não conhecido, por consistir utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais." (HC 183.659/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 22/03/2011, DJe 04/04/2011)

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DE PENA. PROGRESSÃO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REGIME. NÃO CONHECIMENTO DO HABEAS CORPUS IMPETRADO NA ORIGEM. AMEAÇA OU LESÃO AO DIREITO DE LIBERDADE DO PACIENTE. DESNECESSIDADE DO EXAME DE ELEMENTOS FÁTICOS-PROBATÓRIOS. CABIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA.

1. Cristalizou-se na jurisprudência desta Corte que, apesar de existir recurso próprio, a ação de habeas corpus pode substituir a revisão criminal desde que, para a apreciação da pretensão, não seja necessário o revolvimento de provas e, versando apenas sobre matéria de direito, a ilegalidade for manifesta.

2. Ordem concedida para, cassando o v. acórdão, determinar sejam os autos retornados ao eg. Tribunal de origem e que lá seja analisado o mérito do habeas corpus.

(HC 189.391/MG, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 03/02/2011, DJe 21/02/2011)

Na hipótese dos autos, o paciente responde ao processo em liberdade, sustentando não estarem presentes circunstâncias desfavoráveis capazes de, ante a inteligência do art. 59 do Código Penal Brasileiro, ensejar a fixação da pena-base a ser imposta ao mesmo em patamar superior ao mínimo legal.

Contudo, verifica-se que a Defesa interpôs recurso especial contra o acórdão da apelação, em 07.04.2011, e, em 15.09.2011, impetrou o *habeas corpus* que ora se apresenta. O recurso especial não foi admitido, ensejando a interposição do Agravo em Recurso Especial nº 24.088/MT, ainda pendente de julgamento.

No recurso especial, se alega, além de outras teses jurídicas, também a a necessidade, decorrente da ausência de fundamentação adequada, de se reduzir a pena-base a seu patamar mínimo, sob pena de restar ofendido o art. 59 do CP. É o que se extrai das razões do especial (fls. 932/955)

Diante desse quadro, observa-se a inadequação da via eleita para questionar o tema ora suscitado. A matéria foi objeto do recurso especial, não admitido, e ainda está pendente de julgamento o agravo de instrumento formulado contra a decisão que não admitiu o especial.

Inviável, portanto, conhecer do *habeas corpus*, pelo menos neste particular, pois manifestamente incabível na hipótese vertente, não se vislumbrando qualquer ilegalidade manifesta que autorizasse a concessão da ordem pretendida, ressaltando-se que o paciente responde ao processo em liberdade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na mesma esteira, sedimentou-se a orientação desta Eg. Sexta Turma, consoante se pode inferir da ementa do aresto prolatado quando do julgamento do HC 117.696/MG, de relatoria da e. Min. Maria Thereza de Assis Moura:

"HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO NO TRÂNSITO E EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ALEGAÇÕES DE AUSÊNCIA DE DOLO EVENTUAL E INEXISTÊNCIA DE PROVA DO TEOR ALCÓOLICO NO SANGUE. MATÉRIAS OBJETO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO PENDENTE DE JULGAMENTO. RECURSO ESPECIAL E HABEAS CORPUS CONCOMITANTES. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. NÃO CONHECIMENTO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do habeas corpus, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. As hipóteses de cabimento do writ são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal.

2. Não é possível a formulação concomitante de recurso especial e habeas corpus com o mesmo objeto. Para o enfrentamento de teses jurídicas na via restrita, imprescindível que haja ilegalidade manifesta, relativa a matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória.

3. Hipótese em que o paciente responde ao processo em liberdade, e as teses aqui suscitadas são objeto de agravo de instrumento que tramita nesta Corte. Ausente ilegalidade manifesta, revela-se inadequada a via eleita.

4. Habeas corpus não conhecido." (HC 117696/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 20/09/2011, DJe 03/10/2011)

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0229583-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 219.691 / MT

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1942003 331342011 331372011 555102011 655872009 802004

EM MESA

JULGADO: 01/12/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS)**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. PAULO EDUARDO BUENO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : GUSTAVO R CARMINATTI COELHO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO
PACIENTE : NILTON BORGES BORGATO

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

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). GUSTAVO R CARMINATTI COELHO, pela parte PACIENTE: NILTON BORGES BORGATO

Exmo. Sr. Subprocurador-Geral da República, Dr. PAULO EDUARDO BUENO

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.