



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS **Nº 107.944 - MS (2008/0122678-4)**

RELATORA : **MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE : **JOSÉ PEDRO BATISTON**
ADVOGADO : **JOSÉ AYRES RODRIGUES E OUTRO(S)**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**
PACIENTE : **JOSÉ PEDRO BATISTON**

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. PECULATO. ART. 1.º, INCISO IV, DO DECRETO-LEI N.º 201/67. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. AGRAVANTE PREVISTA NO ART. 61, INCISO II, ALÍNEA G, DO CÓDIGO PENAL. BIS IN IDEM. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. OCORRÊNCIA.

1. A fixação da pena-base acima do mínimo legal restou suficientemente fundamentada na sentença penal condenatória, em razão do reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis, inexistindo, portanto, ilegalidade a ser sanada.

2. O Código Penal dispõe que a aplicação da agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea *g*, do Código Penal, deve ocorrer quando tiver o agente cometido o crime "*com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão.*" Todavia, é elementar do art. 1.º, inciso IV, do Decreto-Lei n.º 201/67 a realização da conduta punível pelo Prefeito ou por quem, em razão de substituição ou sucessão, esteja, ao tempo do delito, no exercício da chefia do Executivo Municipal, motivo pelo qual evidencia-se a impossibilidade de incidência da referida agravante na espécie.

3. Considerando-se a pena ora aplicada – de 2 anos de detenção –, houve o transcurso do lapso temporal de 4 anos, prazo estipulado pelo art. 109, inciso V, do Código Penal, entre as datas do fato (27/09/1994), do recebimento da denúncia (12/03/2001) e da publicação da sentença (12/06/2006), motivo pelo qual há que se declarar a extinção da punibilidade em razão do advento da prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa.

4. *Habeas corpus* concedido para afastar a agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea *g*, do Código Penal e, por conseguinte, declarar extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa.

ACÓRDÃO

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do Tj/rj) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 03 de fevereiro de 2011 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 107.944 - MS (2008/0122678-4)

IMPETRANTE : JOSÉ PEDRO BATISTON
ADVOGADO : JOSÉ AYRES RODRIGUES E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : JOSÉ PEDRO BATISTON

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de JOSÉ PEDRO BATISTON, em face de acórdão da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul.

Consta dos autos que JOSÉ PEDRO BATISTON – denunciado pela prática de peculato (art. 1.º, inciso IV, do Decreto-Lei n.º 201/67) – foi condenado à pena de 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de detenção, no regime semiaberto, uma vez que desviou recursos públicos vinculados à programa de moradia popular, liberados a partir de convênio firmado entre a Municipalidade e o Estado do Mato Grosso do Sul.

Irresignado, o Paciente apelou, alegando, (i) preliminarmente, o cerceamento de defesa, em razão de a sentença não ter reconhecido a necessidade de se providenciar a *emendatio libeli*, já que o *decisum* alterou a capitulação jurídica contida na denúncia; (ii) atipicidade do fato imputado ao Paciente, em razão da ausência de prejuízo para o erário; (iii) a ocorrência de prescrição, visto que a pena máxima para o delito é de 03 anos, os fatos aconteceram em 1993 e a denúncia foi recebida em 12/03/2001. Requereu o provimento ao recurso para anular a sentença ou, alternativamente, reconhecer a prescrição da pretensão estatal.

O Tribunal de origem negou provimento ao recurso nos seguintes termos:

"APELAÇÃO CRIMINAL – PECULATO – ART. 312, CP – ALTERAÇÃO DEFINIÇÃO JURÍDICA – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA – CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA – NÃO OCORRÊNCIA – ATIPICIDADE DO FATO – MATÉRIA DE MÉRITO – CONDUTA DO ACUSADO QUE SE AMOLDA PERFEITAMENTE NO TIPO PENAL – CRIME DESCRITO NO ART. 1.º, IV, DO DECRETO-LEI 201/67 – UTILIZAÇÃO DE RECURSOS PÚBLICOS ORIUNDOS DE CONVÊNIO – DESTINAÇÃO DIVERSA – RECURSO IMPROVIDO.

Não caracteriza cerceamento do direito de defesa quando o juiz, na sentença, dá definição jurídica diversa da contida na denúncia, enquadrando a conduta em crime para o qual a pena é mais benéfica para o réu, com base no art. 383 do CPP, porque o acusado se defende dos fatos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que lhe são imputados, e não quanto à capitulação jurídica.

Tipicidade penal é matéria de mérito, que deve ser analisada conforme a conduta do agente e o seu enquadramento na previsão legal do tipo penal.

A utilização de recursos financeiros vinculados a determinado programa, liberados a partir de convênio firmado entre os entes públicos, para finalidade diversa da prevista no ajuste, caracteriza o delito previsto no art. 1.º, IV, do Decreto-Lei 201/67." (fl. 794)

Contra esse acórdão, foi impetrado o presente writ, sustentando-se a ausência de fundamentação idônea para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, bem como o indevido reconhecimento da agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea *g*, do Código Penal. Além disso, alega a extinção da pena por prescrição da pretensão punitiva.

Indeferida a liminar, foram dispensadas as informações do Tribunal *a quo*, uma vez que os autos estão adequadamente instruídos.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 889/891, opinando nos seguintes termos:

"Alegação não suscitada perante a autoridade coatora: supressão de instância. Advento da prescrição da pretensão punitiva não verificada. Pelo conhecimento parcial do writ e, nessa parte, pela sua denegação". (fl. 889)

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 107.944 - MS (2008/0122678-4)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. PECULATO. ART. 1.º, INCISO IV, DO DECRETO-LEI Nº 201/67. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. AGRAVANTE PREVISTA NO ART. 61, INCISO II, ALÍNEA G, DO CÓDIGO PENAL. BIS IN IDEM. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. OCORRÊNCIA.

1. A fixação da pena-base acima do mínimo legal restou suficientemente fundamentada na sentença penal condenatória, em razão do reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis, inexistindo, portanto, ilegalidade a ser sanada.

2. O Código Penal dispõe que a aplicação da agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea *g*, do Código Penal, deve ocorrer quando tiver o agente cometido o crime "*com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão*." Todavia, é elementar do art. 1.º, inciso IV, do Decreto-Lei n.º 201/67 a realização da conduta punível pelo Prefeito ou por quem, em razão de substituição ou sucessão, esteja, ao tempo do delito, no exercício da chefia do Executivo Municipal, motivo pelo qual evidencia-se a impossibilidade de incidência da referida agravante na espécie.

3. Considerando-se a pena ora aplicada – de 2 anos de detenção –, houve o transcurso do lapso temporal de 4 anos, prazo estipulado pelo art. 109, inciso V, do Código Penal, entre as datas do fato (27/09/1994), do recebimento da denúncia (12/03/2001) e da publicação da sentença (12/06/2006), motivo pelo qual há que se declarar a extinção da punibilidade em razão do advento da prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa.

4. *Habeas corpus* concedido para afastar a agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea *g*, do Código Penal e, por conseguinte, declarar extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (Relatora):

A impetração sustenta a ausência de fundamentação idônea na fixação da pena-base, acima do mínimo legal, principalmente em relação aos antecedentes criminais, e no indevido reconhecimento da agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea *g*, do Código Penal. Além disso, alega a extinção da pena por prescrição da pretensão punitiva.

Quanto à alegação de inidoneidade da fundamentação que lastreou a aplicação de pena, a sentença, no que foi mantida pelo acórdão impugnado, dispôs o seguinte:

"Passo à dosimetria da pena.

Analisando as circunstâncias judiciais de que trata o artigo 59 do Código Penal, temos que o réu possui antecedentes criminais pelo mesmo delito (fls.694/697 e 698).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A consequência do crime é extremamente grave pois privou várias famílias de sua moradia (aproximadamente 300 famílias), do direito básico do cidadão, consagrado na Constituição Federal.

A circunstância do crime ter sido praticado em prejuízo de pessoas de baixa de renda, revela maior danosidade da conduta do réu.

Mostra o réu, ainda, culpabilidade acentuada (dolo intenso) já que em menos de dois meses depois de receber a verba para a construção das casas populares, transferiu os valores para conta diversa demonstrando que sua intenção, desde o princípio, era a prática delitiva. Assim, fixo a pena-base em 02 (dois) anos de detenção.

Como circunstância agravante, incide na espécie a hipótese prevista no inc. II, g, do artigo 61 do CP, já que praticou o delito com violação a dever inerente ao cargo de Prefeito que à época exercia, cargo este de maior importância na Administração Municipal razão pela qual agravo a pena em 08 (oito) meses de detenção.

Não há circunstâncias atenuantes nem mesmo causa de aumento ou diminuição de pena a sopesar.

Sendo assim, TORNO DEFINITIVA a pena privativa de liberdade em 02 (DOIS) anos e 08 (oito) meses de detenção. Por força dos antecedentes criminais do réu, sua culpabilidade, consequências e circunstâncias do crime desfavoráveis do réu, alhures analisados, revelam, a teor do que dispõe o inc. III do artigo 44 do Código Penal, não ser permitido a substituição da pena.

Não preenchido o requisito objetivo, deixo de conceder sursis.

Nos termos do artigo 33 do CP, atento as circunstâncias desfavoráveis ao réus, fixo como regime de cumprimento de pena o regime prisional semi-aberto. Por aplicação ao que dispõe o artigo 1º, § 2º do decreto lei 201/67, decreto a inabilitação do réu, pelo prazo de 05 anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, sem prejuízo da reparação civil do dano causado ao patrimônio público." (fls. 731/732)

Como é cediço, excetuados os casos de patente ilegalidade ou abuso de poder, é vedado em sede de *habeas corpus* o amplo reexame das circunstâncias judiciais consideradas para a individualização da sanção penal, porquanto requer a análise de matéria fático-probatória.

Na espécie, conforme visto acima, a fixação da pena-base acima do mínimo legal restou suficientemente justificada na sentença penal condenatória, uma vez que levou em consideração, para majorá-la, a culpabilidade do agente, as consequências e as circunstâncias do crime, as quais notoriamente extrapolam aquelas normais à espécie. Não há, portanto, a argüida falta de fundamentação na exasperação da pena-base.

Desse modo, diante das circunstâncias judiciais desfavoráveis, que, de fato, emprestaram à conduta do Paciente especial reprovabilidade e que não se afiguram inerentes ao próprio tipo penal, não vejo como, diante da ausência de manifesta ilegalidade, reexaminar a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentação apresentada pelo julgador, pois, conforme já mencionado, o *habeas corpus* não é via adequada para dizer se foi justa ou não a reprimenda aplicada ao Paciente.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. PENAL. CRIMES DE HOMICÍDIO QUALIFICADO NAS FORMAS TENTADA E CONSUMADA. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. MOTIVAÇÃO VÁLIDA.

[...]

3. A fixação da pena-base acima do mínimo legal restou suficientemente fundamentada na sentença penal condenatória, em razão do reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis, inexistindo, portanto, ilegalidade a ser sanada.

4. Habeas corpus *denegado*." (HC 95072/DF, 5.^a Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 01/03/2010.)

"HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. APLICAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGALMENTE PREVISTO. MANUTENÇÃO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. DESFAVORABILIDADE. FIXAÇÃO DA SANÇÃO MOTIVADA. MANTENÇA JUSTIFICADA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA.

1. Estando a aplicação da pena-base acima do mínimo legalmente previsto devidamente justificada pela consideração da presença de três circunstâncias judiciais tidas por desfavoráveis, torna-se descabida maiores digressões ou aprofundamentos quanto aos motivos utilizados para tanto, tendo em vista a impropriedade do meio eleito.

2. Havendo suficiente fundamentação quanto às circunstâncias que levaram à exasperação da reprimenda-básica, não há o que se falar em ilegalidade na sentença no ponto em que fixou a sanção acima do mínimo, ou do acórdão que, justificadamente, a manteve.

[...]

2. Habeas corpus em parte conhecido e, nessa extensão, *denegado*." (HC 94.726/DF, 5.^a Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 08/09/2008.)

Quanto à alegação de ilegalidade no reconhecimento da agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea *g*, do Código Penal, sustenta o Impetrante a ocorrência de *bis in idem*, uma vez que a conduta imputada ao recorrente encontra-se prevista no Decreto-Lei n.º 201/67, sendo, portanto, inerente ao tipo em questão que a conduta típica seja praticada *ratione officii*.

Ora, como se sabe, o Código Penal dispõe que a aplicação da referida agravante deve ocorrer quando tiver o agente cometido o crime "*com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão*". Todavia, é elementar do art. 1.º,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inciso IV, do Decreto-Lei n.º 201/67, a realização da conduta punível pelo Prefeito ou por quem, em razão de substituição ou sucessão, esteja, ao tempo do delito, no exercício da chefia do Executivo Municipal, motivo pelo qual evidencia-se a impossibilidade de incidência da referida agravante na espécie.

Esta Corte, da mesma forma, já decidiu que, por constituir elemento do crime, a agravante inserta no art. 61, inciso II, alínea *g*, do Código Penal, não pode ser aplicada ao crime tipificado no Decreto-Lei n.º 201/67. Nesse sentido:

"PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 1º, INCISO I, DO DECRETO-LEI Nº 201/67. DOSIMETRIA DA PENA. AGRAVANTE. ART. 61, II, G, DO CP. BIS IN IDEM. PENA DE INABILITAÇÃO. SÚMULA 284/STF.

I - Configura bis in idem a incidência da agravante inserta no art. 61, II, g, do Código Penal (ter o agente cometido o crime "com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão.") ao crime cometido por Prefeito ratione officii (Precedente).

II - De outro lado, no que toca à alegação de que estaria destituída de fundamentação a aplicação da pena de inabilitação, incide, ao caso, a Súmula 284 do c. Pretório Excelso, haja vista não estar devidamente fundamentada a irresignação neste ponto, não tendo sido sequer apontado qual o preceito de lei federal que teria sido violado pela e. Corte de origem.

Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido." (REsp 1042595/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe de 29/03/2010.)

"- RECURSO ESPECIAL. PECULATO. VIOLAÇÃO DO DEVER FUNCIONAL. BIS IN IDEM.

- AFASTA-SE, NO CASO, A AGRAVANTE DO ART. 61, II, "G", DO CODIGO PENAL, EIS QUE A CIRCUNSTANCIA CONSTITUI ELEMENTO DO CRIME.

- PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA.

- EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE (ART. 109, IV E 110, PARS. 1. E 2., DO CP).

- RECURSO CONHECIDO E PROVIDO." (REsp 100394/RO, 5.ª Turma, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, DJ de 22/06/1998.)

Assim, faz-se necessário afastar da condenação a agravante aplicada. Desse modo, fixada a pena-base em 2 anos de detenção, e, considerando a ausência de agravantes e atenuantes, bem como de causas de aumento ou de diminuição, torno definitiva a pena privativa de liberdade em 02 (dois) anos de detenção.

Quanto ao pedido de reconhecimento da prescrição, o Tribunal *a quo* dispôs o seguinte:

"A despeito de ter sido elencada como o último tema, no presente recurso, a matéria referente à prescrição da pretensão punitiva é prejudicial ao mérito, em razão da possibilidade de extinção da punibilidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do crime praticado pelo acusado.

Efetivamente, a denúncia somente foi recebida em 12 de março de 2001 e a pena máxima para o delito previsto no inciso IV, do art. 1º, do Decreto-Lei 201/67, é de 03 (três) anos. Sendo assim, a prescrição, considerando-se a pena in abstracto, é de 8 anos, segundo determina o art. 109, IV, do CP, fato não caracterizado nos autos, visto que esse lapso de tempo, havido entre a data do fato e o recebimento da denúncia, não passou de 7 (sete) anos e 5 (cinco) meses.

De qualquer modo, mesmo em se considerando que o prazo prescricional estipulado no art. 110, § 1º, do CP, regula-se pela pena aplicada na sentença, ou seja, de 2 anos e 8 meses), ainda seria de 8 anos o prazo prescricional, tendo em vista a conjugação dos § 1º, do art. 1º, do Decreto-Lei nº 201/67 com o art. 109, IV, do CP." (fls. 774/775)

Como se vê, considerando-se a pena ora aplicada – de 2 anos de detenção –, houve o transcurso do lapso temporal de 4 anos, prazo estipulado pelo art. 109, inciso V, do Código Penal, entre as datas do fato (27/09/1994), do recebimento da denúncia (12/03/2001), da publicação da sentença (12/06/2006), motivo pelo qual há que se declarar a extinção da punibilidade em razão do advento da prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa.

Ante o exposto, CONCEDO a ordem para afastar a agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea *g*, do Código Penal e, por conseguinte, declarar extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2008/0122678-4

HC 107.944 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20005520376 20070004023 21005203760 3762000 4531996

EM MESA

JULGADO: 03/02/2011

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JOSÉ PEDRO BATISTON
ADVOGADO : JOSÉ AYRES RODRIGUES E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : JOSÉ PEDRO BATISTON

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 da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do Tj/rj) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 03 de fevereiro de 2011

LAURO ROCHA REIS
Secretário