

21/08/2012

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 112.388 SÃO PAULO

RELATOR	: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI
REDATOR DO	: MIN. CEZAR PELUSO
ACÓRDÃO	
PACTE.(S)	: ANTONIO CARLOS DE OLIVEIRA
IMPTE.(S)	: JOSE HERCULES RIBEIRO DE ALMEIDA
COATOR(A/S)(ES)	: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: AÇÃO PENAL. Delito de peculato-furto. Apropriação, por carcereiro, de farol de milha que guarnecia motocicleta apreendida. Coisa estimada em treze reais. *Res furtiva* de valor insignificante. Periculosidade não considerável do agente. Circunstâncias relevantes. Crime de bagatela. Caracterização. Dano à probidade da administração. Irrelevância no caso. Aplicação do princípio da insignificância. Atipicidade reconhecida. Absolvição decretada. HC concedido para esse fim. Voto vencido. Verificada a objetiva insignificância jurídica do ato tido por delituoso, à luz das suas circunstâncias, deve o réu, em recurso ou habeas corpus, ser absolvido por atipicidade do comportamento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em conceder a ordem para absolver o paciente, nos termos do art. 386, III, do Código Penal, vencido o Relator, que a denegava. Redigirá o acórdão o Senhor Ministro CEZAR PELUSO. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros CELSO DE MELLO e JOAQUIM BARBOSA.

Brasília, 21 de agosto de 2012.

Ministro CEZAR PELUSO
Relator para o acórdão

21/08/2012

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 112.388 SÃO PAULO

RELATOR	: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI
REDATOR DO	: MIN. CEZAR PELUSO
ACÓRDÃO	
PACTE.(S)	: ANTONIO CARLOS DE OLIVEIRA
IMPTE.(S)	: JOSE HERCULES RIBEIRO DE ALMEIDA
COATOR(A/S)(ES)	: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de medida liminar, impetrado por José Hércules Ribeiro de Almeida, em favor de ANTONIO CARLOS DE OLIVEIRA, contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem no HC 165.725/SP, Rel. Min. Laurita Vaz.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 2 anos de reclusão, em regime aberto, pela prática do crime de peculato (art. 312, § 1º, do CP), com a substituição da reprimenda corporal por restitiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade ou a entidade pública, bem como ao pagamento de um salário mínimo a entidade pública ou privada com destinação social. A sentença condenatória decretou, ainda, a perda do cargo público.

Interposta apelação, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento ao recurso e manteve a sentença de primeiro grau. A condenação transitou em julgado para o MP em 3/11/2008 e para a defesa em 27/1/2010.

HC 112.388 / SP

Buscando a aplicação do princípio da insignificância e alegando a falta de observância do art. 514 do Código de Processo Penal, a defesa manejou *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem. Desse acórdão foram opostos embargos de declaração, rejeitados, contudo.

É contra o acórdão da Corte Superior que se insurge o impetrante.

Alega, de início, que em outras oportunidades esta Corte e outros tribunais aplicaram o princípio da insignificância para considerar atípicas condutas praticadas por militares, tal como ocorre no caso sob exame.

Sustenta, ademais, que, oferecida a denúncia, o paciente foi imediatamente interrogado, sem que lhe fosse assegurado o direito de apresentar defesa preliminar, conforme prevê o art. 514 do Código de Processo Penal. Afirma, nesse ponto, que a defesa técnica foi inerte, pois não se insurgiu em momento oportuno contra essa omissão, o que causou sério prejuízo ao paciente, “*porque restaram relegados os princípios do contraditório e do devido processo legal constitucionalmente assegurados*”.

Requer, ao final, liminarmente, a suspensão da execução da pena imposta ao paciente, até o julgamento de mérito deste *writ*. No mérito, pede a concessão da ordem, para anular, a partir da citação, o processo criminal 12.110-6/2006, que tramitou na 1ª Vara Criminal da Comarca de Tatuí/SP.

Em 28/2/2012, indeferi a medida liminar, solicitei informações ao Juízo da Vara das Execuções Criminais da Comarca de Itapetininga/SP e determinei, na sequência, fosse ouvido o Procurador-Geral da República.

As informações foram prestadas por meio do Ofício 749/2012-Fab., de 12/3/2012, recebido nesta Corte em 22/3/2012.

HC 112.388 / SP

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da República Cláudia Sampaio Marques, manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

21/08/2012

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 112.388 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR): Bem examinados os autos, tenho que o caso é de denegação da ordem.

O acórdão questionado possui a seguinte ementa:

“HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PECULATO-FURTO. AUSÊNCIA DE DEFESA PRELIMINAR. NULIDADE RELATIVA. PRECLUSÃO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. DENÚNCIA INSTRUÍDA COM O INQUÉRITO POLICIAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. A nulidade pela ausência de abertura de prazo para oferecimento da defesa preliminar prevista no art. 514 do Código de Processo Penal tem natureza relativa, devendo ser arguida tempestivamente e com demonstração do prejuízo, sob pena de preclusão.

2. Se a denúncia se fez acompanhar do inquérito policial, também fica afastada a existência de nulidade pela falta de defesa prévia, conforme a dicção da Súmula nº 330 do Superior Tribunal de Justiça.

3. No caso concreto, a Defesa silenciou acerca do tema durante todo o iter processual, vindo a alegar a mácula tão somente por ocasião da impetração do presente habeas corpus, dirigido contra o acórdão - já transitado em julgado - proferido na apelação.

4. Segundo o entendimento das Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, é inaplicável o princípio da insignificância aos crimes contra a Administração Pública, pois, nesses casos, a norma penal busca resguardar não somente o aspecto patrimonial, mas a moral administrativa, o que torna inviável a afirmação do desinteresse estatal à sua repressão.

HC 112.388 / SP

5. Ordem denegada. Pedido de reconsideração da liminar julgado prejudicado”.

Conforme relatado, o impetrante pretende a anulação da ação penal movida contra o paciente, sustentando, em síntese, que não foi dada à parte a oportunidade de apresentar a defesa preliminar prevista no art. 514 do Código de Processo Penal. Defende, também, a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância ao caso concreto.

Sem razão, contudo.

Embora o Supremo Tribunal tenha superado o seu entendimento, alinhado à orientação prevista na Súmula 330 do STJ, de que seria dispensável a defesa preliminar quando a ação penal vem instruída com inquérito policial, ainda assim não se mostra possível o deferimento da ordem.

Como se sabe, a partir do julgamento do HC 85.779/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, redatora para o acórdão a Ministra Cármen Lúcia, apontou-se a necessidade de se rever a jurisprudência consolidada da Casa, de maneira a estabelecer a indispensabilidade da defesa prévia prevista no art. 514 do CPP, mesmo quando a denúncia é lastreada em inquérito desenvolvido pela Polícia Judiciária (Informativo 457/STF).

Contudo, conforme ressaltou o Ministério Público Federal, com base no que consignado no acórdão ora atacado,

“(…)

9. No presente caso, como bem demonstrou o acórdão impetrado, 'a Defesa silenciou acerca do tema durante todo o iter processual, vindo a alegar a mácula tão somente por ocasião da impetração do presente habeas corpus, dirigido contra o acórdão - já transitado em julgado - proferido na apelação'.

10. Ora, transitada em julgado a sentença condenatória,

HC 112.388 / SP

presumidamente fundada no exame exaustivo da prova produzida com todas as garantias do contraditório, seria inadmissível, a esta altura, anular todo o processo, com base em uma nulidade que sequer foi percebida pela parte no curso da ação penal. A propósito:

AÇÃO PENAL. Funcionário público. Defesa preliminar. Art. 514 do CPP. Ausência. Superveniência de sentença condenatória. Existência de conduta típica. Prejuízo da questão preliminar. HC denegado. A superveniência de sentença condenatória, que denota a viabilidade da ação penal, prejudica a preliminar de nulidade processual por falta de defesa prévia à denúncia. (HC 89517, Rel. Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 15/12/2009, DJe-027, PUBLIC 12-02-2010)" (grifos no original).

Nesse sentido, este Tribunal já decidiu, por diversas vezes, que a defesa preliminar de que trata o art. 514 do Código de Processo Penal tem como objetivo evitar a propositura de ações penais temerárias contra funcionários públicos e, por isso, a sua falta constitui apenas nulidade relativa.

Ademais, o entendimento desta Corte é o de que para o reconhecimento de eventual nulidade, ainda que absoluta, faz-se necessária a demonstração do prejuízo. Nesse sentido, o Tribunal tem reafirmado que a demonstração de prejuízo, *"a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que (...) o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades pas de nullité sans grief compreende as nulidades absolutas"* (HC 85.155/SP, Rel. Min. Ellen Gracie).

Na mesma esteira, destaco, por exemplo, o HC 89.517/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, e o HC 97.033/SP, Rel. Min. Ministra Cármen Lúcia, assim ementados:

"AÇÃO PENAL. Funcionário público. Defesa preliminar. Art. 514 do CPP. Ausência. Superveniência de sentença condenatória.

HC 112.388 / SP

Existência de conduta típica. Prejuízo da questão preliminar. HC denegado. A superveniência de sentença condenatória, que denota a viabilidade da ação penal, prejudica a preliminar de nulidade processual por falta de defesa prévia à denúncia” (grifos meus).

“HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE CONCUSSÃO. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA (ART. 514 E SEQUINTE DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL). NULIDADE RELATIVA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO NÃO APRECIADA PELAS INSTÂNCIAS ANTECEDENTES. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. *A ausência da notificação prévia de que trata o art. 514 do Código de Processo Penal constitui vício que gera nulidade relativa e deve ser arguida oportunamente, sob pena de preclusão. Precedentes.* 2. *O princípio do pas de nullité sans grief exige a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, independentemente da sanção prevista para o ato, pois não se declara nulidade processual por mera presunção. Precedentes.* 3. *A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento de que o art. 514 do Código de Processo Penal tem por objetivo ‘dar ao réu-funcionário a possibilidade de evitar a instauração de processo temerário, com base em acusação que já a defesa prévia ao recebimento da denúncia poderia, de logo, demonstrar de todo infundada. Obviamente, após a sentença condenatória, não se há de cogitar de consequência de perda dessa oportunidade de todo superada com a afirmação, no mérito, da procedência da denúncia’ (HC 72.198, DJ 26.5.1995).* 4. *Se a alegação de excesso de prazo não foi apreciada pelas instâncias antecedentes não cabe ao Supremo Tribunal dela conhecer, sob pena de supressão de instância.* 5. *Habeas corpus parcialmente conhecido e na parte conhecida denegado” (grifos meus).*

No caso sob exame, estamos diante de um processo findo, em que já

HC 112.388 / SP

houve o trânsito em julgado da sentença condenatória, não sendo possível perceber o que o réu poderia ter alegado na defesa prévia que já não o tivesse feito no curso da ação penal.

Portanto, não vislumbro, na hipótese dos autos, motivo lógico ou jurídico para que sejam repetidos todos os atos processuais, realizados sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, que resultaram na condenação do paciente, uma vez que o impetrante não logrou demonstrar, de forma concreta, o prejuízo provocado pela ausência da defesa preliminar prevista no art. 514 do CPP.

No que concerne à possibilidade de aplicação do princípio da insignificância ao caso sob exame, igualmente sem razão o impetrante.

O Ministério Público Federal expôs os fatos pelos quais o paciente foi condenado da seguinte forma:

“(…)

2. Consta dos autos que o paciente foi denunciado pela prática do delito tipificado no art. 312, § 1º, do Código Penal (peculato-furto), pois teria se apropriado, na condição de carcereiro policial, de um farol de milha da marca RCD, que guarnecia a motocicleta da marca AVA/DMA Altino, placa DFA 8085 – Capela de Alto-SP, apreendida em ocorrência policial e avaliado em R\$ 13,00 (treze reais).

3. O Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca Tatuí condenou-o à pena de dois anos de reclusão, em regime inicial aberto, pela prática do crime de peculato (art. 312, § 1º, do CP), com a substituição da reprimenda corporal por restituição de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade ou entidade pública, bem como ao pagamento de um salário mínimo a entidade pública ou privada com destinação social” (grifos meus).

Com efeito, para a configuração do delito de bagatela, conforme têm entendido as duas Turmas deste Tribunal, exige-se a satisfação, de forma

HC 112.388 / SP

concomitante, de certos requisitos, quais sejam, a conduta minimamente ofensiva, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a lesão jurídica inexpressiva.

Nesse contexto, o tipo penal acima descrito não tem como pressuposto a ocorrência de um prejuízo econômico objetivamente quantificável, uma vez que principal bem jurídico tutelado é a probidade administrativa.

Para melhor esclarecer a questão, trago à baila a lição de Mirabete sobre o tipo penal em comento:

“Tem em vista a lei a probidade administrativa, tutelando-se a administração pública no que tange ao patrimônio público, o interesse patrimonial do Estado, ainda que de bens particulares. A maior relevância, porém, não é tanto a defesa dos bens da administração, mas o interesse do Estado, genericamente visto, no sentido de zelar pela probidade e fidelidade da administração. O dano, mais do que material, é moral e político”.¹

Nos termos do *caput* do art. 312 do Código Penal, é crime de peculato *“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”*.

O § 1º desse dispositivo, por sua vez, estabelece:

“Aplica-se a mesma pena, se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário” (grifos meus).

1 MIRABETE, Julio Fabrini e FABRINI, Renato N.. *MANUAL DE DIREITO PENAL*. 24. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2010. p. 263.

HC 112.388 / SP

O crime praticado pelo paciente, conquanto não tenha resultado em prejuízo de grande monta (R\$ 13,00), lesou um bem jurídico estatal, colocando em risco a integridade da administração pública em geral, o que impede o reconhecimento da atipicidade da conduta.

Daí porque, para o reconhecimento da insignificância da ação, não se pode levar em conta apenas a expressão econômica da lesão. É dizer: a aplicação do referido princípio somente deve ter lugar quando a interferência do Direito Penal mostrar-se desnecessária e desproporcional à ação levada a efeito pelo réu. Como visto, o delito praticado pelo paciente traz consigo enormes consequências negativas à administração pública e à moral administrativa.

Por oportuno, destaco o seguinte trecho do parecer da Procuradoria Geral da República:

“12. O princípio da insignificância surgiu no sistema jurídico como instrumento de interpretação restritiva do Direito Penal, que não deve ser considerado apenas em seu aspecto formal, de subsunção do fato à norma, mas em seu conteúdo material, no sentido da efetiva lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal, consagrando os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima.

13. A sua aplicação exclui da incidência da norma penal condutas cujo valor da ação e/ou do resultado impliquem uma ínfima afetação ao bem jurídico tutelado, no caso presente, o patrimônio público e a moral administrativa.

14. A aplicação do citado princípio, por redundar em consequência tão extremada para o Direito Penal – a atipicidade de uma conduta –, não pode ater-se à análise isolada do valor indevidamente apropriado pelo funcionário público. Mister a análise de todas as circunstâncias que compõem o fato.

(...)

17. Ainda que, sob ponto de vista estritamente monetário, se entendesse que o valor apropriado indevidamente não fosse

HC 112.388 / SP

elevado, a conduta da paciente lesou a Administração Pública - bem jurídico que não se confunde com o patrimônio particular – que foi atingida não de forma inexpressiva, podendo-se falar em significativa periculosidade social da ação, a rechaçar a aplicação do princípio da insignificância, cuja incidência é de caráter excepcional.

18. Saliente-se que a Administração deve zelar não só por interesses patrimoniais mas, com igual ou superior importância, por interesses morais, estes também frontalmente atingidos pela conduta da paciente” (grifos meus).

Ademais, consta dos autos que o paciente já foi beneficiado com a suspensão do processo em outro delito praticado contra a administração pública. É evidente que esse fato não indica, tecnicamente, a reincidência do paciente. Contudo, demonstra a sua propensão à prática de crimes dessa espécie.

Embora esta Turma tenha entendimento no sentido de que as questões relativas à pessoa do agente não devem ser levadas em consideração no exame da incidência ou não do princípio da insignificância ao caso concreto, por serem atinentes à culpabilidade e não à tipicidade, tenho que os fatos narrados demonstram a necessidade da tutela penal, em função da maior reprovabilidade da conduta do agente, que, conforme revelam os autos, possui experiência criminosa anterior, de modo que não há falar em insignificância no caso sob exame.

No mesmo sentido foi a manifestação da Procuradoria Geral da República, que assim se pronunciou sobre a matéria:

“19. Por fim, registre-se que o paciente já foi beneficiado com a suspensão de processo referente a outro crime praticado contra a Administração Pública, razão pela qual não deve ser tida a conduta como penalmente irrelevante, pois não se trata de prática única a ser tida como indiferente, mas sim de comportamento altamente reprovável a ser combatido pelo direito penal”.

HC 112.388 / SP

Por outro lado, considero que a aplicação do referido instituto, na espécie, poderia significar um verdadeiro incentivo à prática de pequenos delitos dessa natureza por funcionários públicos investidos no dever de cuidar do patrimônio público ou particular que esteja sob sua responsabilidade, ante a certeza da impunidade de tais condutas, que estarão acobertadas pelo princípio da insignificância.

Dessa forma, não vejo como considerar reduzido o grau de reprovabilidade da conduta, de modo a absolver o paciente.

A pena, de resto, foi estabelecida de forma razoável pelo juízo de primeiro grau, em 2 anos de reclusão (mínimo legal), em regime aberto, com a substituição da reprimenda corporal por restitiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade ou a entidade pública, bem como ao pagamento de um salário mínimo a entidade pública ou privada com destinação social. A sentença condenatória decretou, ainda, a perda do cargo público.

Tenho, pois, que a reprimenda imposta ao paciente não desbordou os lindes da proporcionalidade e da razoabilidade, mostrando-se adequada ao caso concreto e necessária à repressão e prevenção de novos delitos.

Ante o exposto, denego a ordem.

21/08/2012

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 112.388 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Senhor Presidente, eu levo em consideração o fato de que a própria administração pública desconsidera maiores prejuízos a seu patrimônio mesmo, em relação a tributos, para descaracterizar, por atipicidade, certos crimes, à conta de insignificância da ação. Eu acho que o caso é análogo.

Concedo a ordem.

21/08/2012

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 112.388 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, eu também, pedindo vênica, vou conceder a ordem. Parece-me que é...

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - 13 reais.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É. É tão diminuto o valor e provavelmente envolve bens já em desuso ou coisa desse tipo.

21/08/2012

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 112.388 SÃO PAULO

RELATOR	: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI
REDATOR DO	: MIN. CEZAR PELUSO
ACÓRDÃO	
PACTE.(S)	: ANTONIO CARLOS DE OLIVEIRA
IMPTE.(S)	: JOSE HERCULES RIBEIRO DE ALMEIDA
COATOR(A/S)(ES)	: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE E RELATOR) - Eu fico vencido então. O que me impressionou neste caso, apenas para colocar o meu ponto de vista com muita clareza, o que está acontecendo neste caso? São aqueles pátios onde ficam os veículos apreendidos, e esses veículos acabam sendo depenados por terceiros e mesmo por agentes públicos. Isso é uma coisa comuníssima.

Lembro-me que, no DETRAN em São Paulo, onde hoje é um museu de arte moderna ou arte contemporânea, havia um imenso pátio onde ficavam veículos. Esses veículos, em pouco tempo, ficavam totalmente depenados, e é o que, imagino, aconteceu nesse caso.

Mas, de qualquer maneira, acato, como não poderia deixar de acatar e me conformo, a decisão da douta maioria.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 112.388

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. CEZAR PELUSO

PACTE.(S) : ANTONIO CARLOS DE OLIVEIRA

IMPTE.(S) : JOSE HERCULES RIBEIRO DE ALMEIDA

COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: A Turma, por maioria, concedeu a ordem para absolver o paciente, nos termos do art. 386, III, do Código Penal, vencido o Relator, que a denegava. Redigirá o acórdão o Senhor Ministro Cezar Peluso. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa. **2ª Turma**, 21.08.2012.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes e Cezar Peluso. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Francisco de Assis Vieira Sanseverino.

p/ Fabiane Duarte
Secretária