

Processual penal - Recurso especial - Magistrado -
 Denúncia - Acolhimento parcial - Provimento -
 Acolhimento total da denúncia - Ampla defesa -
 Contraditório - Devido processo legal -
 Contradição no acórdão - Julgamento *ultra petita* -
 Ocorrência - *Error in iudicando* - Nulidade -
 Configuração - Ordem concedida

- É encargo do Ministério Público a oposição de embargos declaratórios quando a decisão que dá provimento ao recurso especial criminal por ele interposto possa ensejar nulidade que aproveite à defesa.

- A discrepância entre a fundamentação e o dispositivo configura hipótese de *error in iudicando*, que encerra hipótese de nulidade insanável.

Ordem concedida.

HABEAS CORPUS Nº 91.651-1 - MG - Relator: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

Paciente: Lauro Sérgio Leal. Impetrante: Cantinila Bezerra de Carvalho. Advogados: Eber Carvalho de Melo e outro. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por decisão unânime, deferir, em parte, o pedido de *habeas corpus* para que os autos do processo penal voltem ao Tribunal de Justiça, considerando o estágio em que se encontrava na Corte.

Brasília, 3 de junho de 2008. - Ricardo Lewandowski - Relator.

Relatório

MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (Relator) - Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Cantinila Bezerra de Carvalho em favor de Lauro Sérgio Leal, contra decisão da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 832.853/MG.

Eis a ementa do julgado (f. 17):

Criminal. REsp. Peculato-apropriação. Empréstimo de arma de fogo. Aplicação do princípio da consunção. Impossibilidade. Condutas autônomas. Condenação em concurso material. Recurso provido.

I. O princípio da consunção pressupõe a existência de um nexo de dependência das condutas ilícitas, para que se verifique a possibilidade de absorção daquela menos grave pela mais danosa.

II. Evidenciado, na hipótese, que os crimes se afiguram absolutamente autônomos, inexistindo qualquer relação de subordinação entre as condutas, resta inviabilizada a aplicação do princípio da consunção, devendo o réu responder por todas as condutas, em concurso material.

III. Recurso provido, nos termos do voto do Relator.

Narra a impetrante, em síntese, que o paciente, magistrado do Estado de Minas Gerais, foi denunciado pela prática, em tese, dos delitos tipificados nos arts. 312, *caput*, e 297, § 1º, do Código Penal, e art. 10, § 2º, c/c § 4º, da Lei 9.437/97 (peculato, falsificação de documento público e porte de arma de uso restrito, respectivamente).

Diz, mais, que, acolhida em parte a denúncia pelo Tribunal de Justiça, o Ministério Público recorreu ao Superior Tribunal de Justiça pleiteando o acolhimento integral da peça acusatória.

Afirma, ainda, que o Superior Tribunal de Justiça, dando provimento ao recurso, além de ter afastado o princípio da consunção, determinou que a Corte *a quo* fixasse a pena aplicável, ao assim assentar (f. 4/5 da inicial):

Nestas condições, deve ser reconhecido o concurso material entre os delitos descritos no art. 312 do CP e no art. 10 da Lei 9.437/97, remetendo os autos ao Tribunal *a quo* para a fixação da pena.

Sustenta, em suma, a existência de patente ilegalidade perpetrada contra o paciente, na medida em que o recurso especial pretendia apenas atacar o recebimento parcial da denúncia (f. 5).

Alega, mais, que a decisão do STJ implica a existência de condenação sem ação, em ofensa ao devido processo legal, além de configurar julgamento *ultra petita* (f. 5/8). Segundo a impetrante, “se o processo caminhar, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais prestará obediência à instância superior e não julgará o mérito, apenas fixará a pena” (f. 9).

Requeru, ao final, o deferimento de medida liminar para sustar os efeitos da decisão atacada, bem como a concessão definitiva da ordem para anulá-la (f. 8/9).

Em 14.06.2007, deferi a medida liminar apenas para obstar a eventual imposição de pena (f. 47/48).

Vieram aos autos as informações prestadas pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais em 06.07.2007 - reiteradas em 23.11.2007 (f. 61/79 e 103/124), e as do Superior Tribunal de Justiça em 30.10.2007 (f. 92/95).

O Ministério Público Federal, em parecer de lavra do Subprocurador-Geral da República Wagner Gonçalves,

opinou pela concessão parcial da ordem, apenas para reconhecer que os autos retornem ao tribunal de origem para que a ação penal tenha seu curso normal, mantendo-se, no mais, o acórdão hostilizado, que recebeu a denúncia na totalidade, ao acatar recurso do MP (f. 100).

É o relatório.

Voto

MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (Relator) - Bem examinados os autos, entendo que assiste razão à impetrante.

Com efeito, como bem acentuou o *Parquet*, a contradição existente no acórdão do recurso especial poderia ser solucionada com a oposição de embargos declaratórios, uma vez que a decisão refere-se ao pedido deduzido pelo recorrente no sentido do acolhimento integral da denúncia.

Registro, no entanto, que a interposição dos embargos caberia ao próprio Ministério Público local, seja porque subscrevera o recurso especial, seja porque constituía seu dever, como fiscal da lei, velar para que não subsistam quaisquer nulidades nos feitos que contam com sua intervenção.

Não competia, pois, à defesa desincumbir-se de tal ônus processual.

Transcrevo, abaixo, a decisão atacada (grifos nossos):

Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, com fulcro na alínea a do permissivo constitucional, em face de acórdão proferido pela Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado, que recebeu, em parte, a denúncia oferecida contra Lauro Sérgio Leal, nos termos da seguinte ementa:

‘Processo-crime de Competência Originária. Juiz de Direito. Apropriação de arma de fogo apreendida em processo criminal. Denúncia capitulando a conduta no art. 312 do CP. Fato não desmentido, mas com justificativas tendentes a excluir o crime. Falsificação de documento. Necessidade de aguardar a instrução. Denúncia que atende os requisitos do art. 41 do CPP. Absorção do crime do art. 10, §§ 2º e 4º, da Lei 9.437/97 pelo do art. 312 do CP. Recebimento parcial da denúncia (f. 185).

Lauro Sérgio Leal, Juiz de Direito da Comarca de Ervália/MG, foi denunciado como incurso no art. 312, *caput*, do Código Penal, no art. 10, § 2º, c/c o § 4º, da Lei 9.437/97 e no art. 297, § 1º, do Código Penal, na forma do art. 69, da mesma norma.

Narra a denúncia que o recorrido teria se apropriado de bem móvel público (rifle calibre 38) de que tinha posse em razão do cargo, em proveito próprio, levando-o para sua propriedade rural e emprestando ao seu empregado.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais recebeu, em parte, a denúncia com relação às imputações dos delitos dos arts. 312 e 297, § 1º, do Código Penal, excluindo a imputação do art. 10, §§ 2º e 4º da Lei 9.437/97, ao entendimento de que este último estaria absorvido pelo delito de peculato.

Contra essa decisão, o Ministério Público opôs embargos de declaração, apontando omissões e obscuridades no acórdão, relativos à ausência de fundamentação para rejeição de parte da denúncia.

Os embargos foram rejeitados.

No presente recurso especial, aponta negativa de vigência ao art. 10, §§ 2º e 4º da Lei 9.437/97 e ao art. 69 do Código Penal, sustentando que os arts. 312 do Código Penal e 10 da Lei 9.437/97 atingem objetos jurídicos distintos, a administração pública e a incolumidade pública, respectivamente, *daí ser forçoso o reconhecimento dos dois delitos em concurso material*.

Foram apresentadas contra-razões (f. 264/267).

Admitido o recurso (f. 269/270), a Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo seu provimento.

É o relatório.

[...]

Voto.

Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, com fulcro na alínea a do permissivo constitucional, em face de acórdão proferido pela Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado, que recebeu, em parte, a denúncia oferecida contra Lauro Sérgio Leal.

Em razões, aponta o Ministério Público negativa de vigência ao art. 10, §§ 2º e 4º da Lei 9.437/97 e ao art. 69 do Código Penal, sustentando que os arts. 312 do Código Penal e 10 da Lei 9.437/97 atingem objetos jurídicos distintos, a administração pública e a incolumidade pública, respectivamente, *daí ser forçoso o reconhecimento dos dois crimes em concurso material*.

O recurso é tempestivo. Os autos deram entrada na Procuradoria-Geral de Justiça em 30/11/05 (f. 248 v.), e a petição de interposição do recurso especial foi protocolada na mesma data (f. 250).

A matéria foi devidamente prequestionada, conforme se extrai do seguinte trecho do acórdão recorrido:

‘Penso não se justificar o recebimento da denúncia quanto ao crime do art. 10, §§ 2º e 4º, da Lei nº 9.437/97, não pelos motivos apresentados pela defesa, mas, sim, porque, em tese, está absorvido pelo crime do art. 312 do CP. É que, se for considerado comprovado o desvio na forma descrita no art. 312 do CP, a posse teria sido decorrente de tal desvio, a integrar o delito, mas, se for havida como lícita a posse da arma pelo Juiz enquanto titular da Comarca, o crime não teria existido’ (f. 190).

Satisfeitos os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso especial, merecendo prosperar a irresignação.

De acordo com o princípio da consunção, existindo mais de um ilícito penal, em que um deles - menos grave - represente apenas o meio para a consecução do delito mais nocivo, o agente será responsabilizado apenas por este último. Assim, é necessária a existência de um nexo de dependência das condutas para que se possa verificar a possibilidade de absorção daquela menos grave pela mais danosa.

Entretanto, o que se infere, na hipótese, é que os crimes se afiguram absolutamente autônomos, inexistindo relação de subordinação entre as condutas, pois o empréstimo da arma não pode ser considerado como peculato-desvio e nem como exaurimento da conduta de apropriação, na medida em que atinge outro bem jurídico.

Nesse sentido, reproduzo as considerações da Subprocuradoria-Geral da República, que adoto como razões de decidir:

‘O cerne da questão consiste em saber se a conduta praticada pelo acusado (emprestar arma de fogo) deve estar ou não absorvida pelo crime de peculato.

O peculato é crime definido no art. 312 do CP, que assim prescreve:

‘Art. 312. Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem imóvel público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio’.

A doutrina, analisando o núcleo do referido artigo, identifica a existência de duas condutas típicas previstas: o peculato-apropriação (1ª parte) e o peculato-desvio (2ª parte). A respeito do tema, Guilherme Souza Nucci, in *Código Penal comentado*, 5ª edição, à f. 976, elucida que apropriar-se significa tomar como propriedade sua ou apossar-se, e desviar corresponde a alterar o destino ou desencaminhar.

Compulsando os autos, verifica-se que de fato, o elemento do tipo que se refere à conduta do peculato-apropriação, conforme descrita na denúncia, foi, em tese, praticada pelo acusado, confira-se:

‘De acordo com as provas colacionadas na fase investigatória, o acusado requisitou verbalmente do Delegado de Polícia Paulo César Corrêa Armond o rifle marca Rossi, série BO 63497, calibre 38, modelo Winchester, de acabamento oxidado, apreendido nos autos do inquérito policial n. 15/2001, da Delegacia de Polícia de Araponga, em que figurava como indiciado Francisco de Assis Mendes.

Feito o encaminhamento da arma de fogo pela Autoridade Policial, ato formalizado pelo ofício n. 426/DPCE/2001 (f. 21, apenso 02), o acusado dela se apropriou, levando-a para sua propriedade rural localizada no Município de Eugenópolis, com o objetivo de usá-la para matar cães hidrófobos’.

Entretanto, o peculato-desvio não foi praticado pelo acusado, pois, como bem asseverou o representante do *Parquet*, desviar, desencaminhar não é o mesmo que emprestar. Na hipótese, estamos diante do peculato-apropriação em concurso material com o delito previsto no art. 10 da Lei nº 9.437/97, não havendo que se falar em absorção, como entendeu o Tribunal a quo.

[...]

In casu, estamos diante de delitos autônomos, pois o empréstimo da arma de fogo não se constitui fase normal de preparação ou execução da conduta típica constante do art. 312 do CP, a impor a absorção. Ademais, os referidos crimes tutelam bens jurídicos diferentes; no primeiro, viola-se a incolumidade pública, e, no segundo, a administração pública, em seu aspecto patrimonial e moral’ (f. 277/278). Nestas condições, deve ser reconhecido o concurso material entre os delitos descritos no art. 312 do CP e no art. 10 da Lei 9.437/97, remetendo os autos ao Tribunal a quo para fixação da pena.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso, nos termos da fundamentação acima.

É como voto.

Como se vê, registra-se uma discrepância entre a fundamentação e o dispositivo do *decisum*, que encerra nulidade insanável, caracterizando o *error judicando*, e não simples *error in procedendo*, em que se poderia cogitar de ausência de prejuízo em face do retorno dos autos da ação penal ao Tribunal de Justiça.

Isso posto, concedo a ordem para anular a decisão proferida no recurso especial e determinar que outra seja proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, desta vez atentando para os limites da pretensão deduzida.

MINISTRO MARCO AURÉLIO (Presidente) - Agora, de qualquer forma, o Superior Tribunal de Justiça reformou o acórdão do Tribunal de Justiça sob o ângulo da absorção, dos demais crimes, pelo peculato.

MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (Relator) - Sim, até aí é válido.

MINISTRO MENEZES DIREITO - Era isso que eu ia ponderar. Veja bem, tenho a impressão de que não houve, sequer, com a devida vênia, um *error in iudicando* do Superior Tribunal de Justiça. Na verdade, houve uma contradição. O que o Superior Tribunal de Justiça disse? Ele acolheu o parecer do Ministério Público para que a denúncia fosse recebida na sua totalidade. Por isso é que o Ministério Público sugeriu o deferimento da ordem, em parte, para que voltasse o processo ao tribunal de origem e o andamento fosse normal, porque não houve a fixação de pena.

MINISTRO MARCO AURÉLIO (Presidente) - Ministro Ricardo Lewandowski, há inconformismo no *habeas* quanto ao tema de direito, que é o alusivo à absorção, ou não, pelo peculato?

MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (Relator) - Aí não.

MINISTRO MARCO AURÉLIO (Presidente) - Ele aceita ser processado, também, pelo porte?

MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (Relator) - Aceita. Ele reclama que não foi respeitado o devido processo legal.

MINISTRO MENEZES DIREITO - Ele reclama, exclusivamente, do erro de ter feito a interpretação de que houve a condenação, porque a conclusão foi remeter para a fixação da pena.

Evidentemente, isso seria resolvido até com embargos de declaração.

MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (Relator) - Mas eu digo isso.

MINISTRO MARCO AURÉLIO (Presidente) - Não seria o caso, Ministro, então, de avançarmos um pouco mais para conceder a ordem no sentido de que se dê seqüência à ação penal?

MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (Relator) - Por questão de economia processual?

MINISTRO MARCO AURÉLIO (Presidente) - Para não retornar ao Superior Tribunal de Justiça.

MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (Relator) - Eu pensei nisso.

MINISTRO MARCO AURÉLIO (Presidente) - Realmente, houve um equívoco, quer dizer, o processo-crime não estava aparelhado para ser sentenciado e se impor pena. A volta é para a instrução.

MINISTRO MENEZES DIREITO - Só para seguir o processo normalmente.

MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (Relator) - Eu identifiquei essa questão levantada pelo eminente Ministro Menezes Direito, dizendo - há uma contradição, basicamente - que essa contradição poderia ter sido resolvida mediante a interposição de embargos de declaração. Mas os embargos de declaração não caberiam à defesa, mas sim ao *Parquet* local.

MINISTRO MENEZES DIREITO - É só para evitar, Ministro, Vossa Excelência me desculpe interrompê-lo, que, a meu sentir, pela leitura do que está disposto, pelo claro voto que Vossa Excelência acaba de proferir, como sempre, não houve um erro *in iudicando*, houve uma contradição.

MINISTRO MARCO AURÉLIO (Presidente) - É, mas o Superior Tribunal de Justiça, realmente, de forma equivocada, deu de barato a culpa do acusado.

MINISTRO MENEZES DIREITO - Não, é porque ele concluiu, veja bem, é uma contradição, e, em vez de determinar que prosseguisse, como Vossa Excelência disse, ele deu pela fixação da pena. Então, concede-se o *habeas* aqui para que os autos retornem e sigam normalmente.

MINISTRO MARCO AURÉLIO (Presidente) - Retorne para a instrução cabível.

MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (Relator) - Eu me curvo ao entendimento do Colegiado.

Interessante, porque a impetrante, em nome do paciente, alega que a decisão do STJ implica a existência de condenação sem ação e ofensa ao devido processo legal, além de configurar julgamento *ultra petita*.

MINISTRO MARCO AURÉLIO (Presidente) - Agora, não há insurgimento quanto à questão da absorção.

MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (Relator) - Não, não há.

Ainda, *data venia*, insisto que, tecnicamente, seria mais correto anular o julgamento, mas por uma razão de economia processual.

MINISTRO MENEZES DIREITO - Economia processual, é mais prático.

MINISTRO MARCO AURÉLIO (Presidente) - Vossa Excelência concorda, Ministro Ricardo Lewandowski?

MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (Relator) - Concordo, embora eu entenda que, tecnicamente, *data venia*, a minha decisão está correta.

MINISTRO MENEZES DIREITO - Perfeito, mas é muito mais prático.

MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (Relator) - Está bem, farei isso.

Então, concedemos em parte para que retornem os autos.

MINISTRO MARCO AURÉLIO (Presidente) - Para que o retorno se dê visando à instrução do processo.

MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (Relator) - Certo.

Extrato de ata

Decisão: A Turma deferiu, em parte, o pedido de *habeas corpus* para que os autos do processo penal voltem ao Tribunal de Justiça, considerado o estágio em que se encontrava na Corte. Unânime. 1ª Turma, 03.06.2008.

Presidência do Ministro Marco Aurélio. Presentes à Sessão os Ministros Carlos Britto, Ricardo Lewandowski, a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Menezes Direito. Compareceu o Ministro Eros Grau a fim de julgar processos a ele vinculados, ocupando a cadeira do Ministro Ricardo Lewandowski.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo de Tarso Braz Lucas.

Ricardo Dias Duarte - Coordenador.

(Publicado no DJe de 15.08.2008.)

...