



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 120.426 - RJ (2008/0249761-8)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
IMPETRANTE : NILO CÉSAR MARTINS POMPÍLIO DA HORA
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2A REGIÃO
PACIENTE : FLÁVIO MURILLO DAEMON

EMENTA

HABEAS CORPUS. CRIME DE PECULATO-APROPRIAÇÃO. 1. CONDUTA DESCRITA NA DENÚNCIA QUE NÃO SE SUBSUME AO TIPO PREVISTO NO ART. 312 DO CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO ELEMENTO VOLITIVO. INVERSÃO DO TÍTULO DA POSSE NÃO INDICADA NA PEÇA ACUSATÓRIA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. CONSTATAÇÃO DE PLANO. POSSIBILIDADE NA VIA DO **WRIT**. 2. ABSOLVIÇÃO EM PRIMEIRO GRAU. CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. ACÓRDÃO QUE INVERTEU O ÔNUS DA PROVA E CASSOU A DECISÃO ABSOLUTÓRIA. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE E AO ART. 156, PRIMEIRA PARTE, DO CPP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENTE A SER SANADO, EXCEPCIONALMENTE, NA VIA DO **MANDAMUS**. ORDEM CONCEDIDA.

1. O recurso especial é o meio recursal ordinariamente previsto no ordenamento jurídico para que esta Corte analise eventual ofensa à legislação federal relativa à condenação penal, não podendo tal matéria ser submetida à apreciação deste Sodalício pela via excepcional do **habeas corpus**, que se encontra atrelada, tão somente, às hipóteses em que se tenha presente verdadeira violência, coação, ilegalidade ou abuso direto e imediato à liberdade de locomoção. Não se mostra admissível o **mandamus** que investe contra decisão transitada em julgado, exceto em situações de cristalina e evidente ilegalidade, nulidade ou teratologia, tal como ocorre no caso dos autos.

2. No caso, o paciente foi condenado por se apropriar, na qualidade de servidor público, de bem móvel de que tinha a posse em razão do cargo (art. 312 do Código Penal). Contudo, os fatos narrados na denúncia, por si só, não permitem a adequação típica pretendida pelo Ministério Público e visualizada pelo acórdão condenatório, pois ausente a demonstração da presença de elemento volitivo indispensável à configuração do delito.

3. A denúncia não expôs condutas do paciente que pudessem evidenciar a inversão do título da posse, a intenção de fazer sua a coisa de que tinha a posse (**animus rem sibi habendi**), tampouco atos que demonstrassem ter ele agido como proprietário da coisa. Ao contrário, a imputação de peculato-apropriação decorreu de efeito automático de suposta não devolução das armas confiadas ao paciente pela própria corporação policial, logo após a suspensão preventiva do exercício do cargo.

4. Embora a não devolução imediata das armas acauteladas, após a suspensão do cargo, possa eventualmente caracterizar infração funcional, em hipótese alguma basta para a configuração do delito previsto no art. 312 do Código Penal, uma vez que o tipo em questão exige o dolo de transformar a posse em propriedade, em ter a coisa como sua, elemento volitivo esse cuja constatação foi dispensada pelo **parquet**, que somente se deteve a imputar o crime ao paciente sem qualquer análise mais acurada sobre a presença das elementares do tipo e sobre a intenção do agente. Tanto foi assim, que o cometimento do suposto crime teria ocorrido exatamente um dia após a expedição da portaria de suspensão do paciente do cargo, levando a crer que não houve qualquer investigação no sentido de se aferir a real vontade do paciente de se apoderar das armas.

5. Ademais, o Tribunal de origem, ao dar provimento ao apelo ministerial a fim de cassar a sentença absolutória e condenar o paciente, inverteu equivocadamente o ônus da prova, atribuindo à defesa o dever não só de demonstrar sua alegação de inocência, como também de refutar as imputações do **parquet**, em manifesta ofensa ao sistema processual penal acusatório, ao princípio constitucional da não culpabilidade (art. 5º, LVII, da Constituição



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Federal), bem como ao comando insculpido no art. 156, primeira parte, do Código de Processo Penal, que preceitua que "a prova da alegação incumbirá a quem a fizer".

6. Habeas corpus concedido para, cassado o acórdão condenatório proferido em grau de apelação, restabelecer a sentença absolutória de primeiro grau, nos autos da Ação Penal nº 2003.5101508689-5, que tramitou perante a 7ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro.

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), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 13 de dezembro de 2011 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 120.426 - RJ (2008/0249761-8)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de **habeas corpus** em favor de Flávio Murillo Daemon, apontada como autoridade coatora o Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

Consta dos autos ter sido o paciente denunciado pela suposta prática dos crimes previstos no art. 312 do Código Penal, e art. 12, **caput**, da Lei nº 10.826/03.

Irresignado com a sentença absolutória proferida pelo Juízo de primeiro grau, o Ministério Público Federal interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal de origem deu provimento a fim de condenar o paciente à pena de 2 anos e 11 meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 37 dias-multa, além da perda do cargo público (art. 92, I, "a", do CP), como incurso no art. 312 do Código Penal. A sanção corporal foi substituída por restritivas de direitos consistente na prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária.

No presente **writ**, sustenta o impetrante, em síntese:

I) Intempestividade do apelo interposto pelo Ministério Público Federal, uma vez "que o prazo para interposição do recurso de apelação, que é o de 5 (cinco) dias - art. 593 caput do CPP - iniciado em 22/02/2005 (quinta-feira após quarta-feira de cinzas), atingiu seu término em 26/02/2007, como de fato ocorreu sem que houvesse incidido a interposição do pleito extremo, fato que igualmente restou incontestado em razão do registro do protocolo datado de 27/02/2007" (fl. 12);

II) Que após a distribuição do apelo ministerial no Tribunal **a quo**, o ora paciente deixou de poder acompanhar o trâmite dos atos processuais, pois as comunicações passaram a ser realizadas diferentemente do padrão adotado em primeira instância - quando a publicação dos expedientes continha os dados indicadores de todos os advogados constituídos. Com a referida mudança, o impetrante, que atuou de forma efetiva durante todo o processo, deixou de ser comunicado do trâmite do recurso, em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

virtude de as publicações estarem ocorrendo em nome de outro defensor que, embora constituído, teve participação ínfima no processo, inviabilizando o exercício do contraditório e da ampla defesa;

III) Completa ausência de provas para a condenação e que o acórdão impugnado não valorou a prova produzida durante a instrução criminal, pois ignorou o fato de a busca e apreensão realizada na residência do paciente não ter encontrado nenhuma das armas procuradas e de existirem nos autos elementos indicativos de que o armamento foi descoberto nas dependências da Superintendência Regional da Polícia Federal do Rio de Janeiro.

Requer, diante de todo o exposto, seja restabelecida a sentença absolutória de primeiro grau.

Liminar indeferida à fl. 1125.

Prestadas informações, a douta Subprocuradoria-Geral da República, ao manifestar-se (fls. 1154/1254), opinou pela denegação da ordem.

Os autos foram a mim atribuídos em 6.9.11.

Últimas informações noticiam a ocorrência do trânsito em julgado do acórdão em 24.4.08 (fl. 1320).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 120.426 - RJ (2008/0249761-8)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

Primeiramente, observo ser o recurso especial o meio recursal ordinariamente previsto no ordenamento jurídico para que esta Corte analise eventual ofensa à legislação federal relativa à condenação penal, não podendo tal matéria ser submetida à apreciação deste Sodalício pela via excepcional do **habeas corpus**, que se encontra atrelada, tão somente, às hipóteses em que se tenha presente verdadeira violência, coação, ilegalidade ou abuso direto e imediato à liberdade de locomoção.

Destarte, o **habeas corpus**, remédio constitucional voltado ao combate de constrangimento ilegal específico, de ato ou decisão que afete, potencial ou efetivamente, direito líquido e certo de cidadão, com reflexo direto em sua liberdade, não se presta à correção de decisão sujeita a recurso próprio e adequado, previsto no sistema processual penal, não sendo, pois, substitutivo de recursos ordinários, especial ou extraordinário.

Por isso tudo, não se mostra admissível o **mandamus** que investe contra decisão transitada em julgado, exceto em situações de cristalina e evidente ilegalidade, nulidade ou teratologia.

No caso, tem-se claro que o impetrante, ao invés de fazer uso do meio recursal cabível, com grau de cognição mais amplo, preferiu se valer da via estreita do **writ**, desvirtuando-o de sua nobre função, razão pela qual não deveria sequer ser analisada a presente impetração.

Ocorre que a matéria aqui debatida comporta exceção a ser apreciada na via eleita, por estar configurada flagrante ilegalidade, autorizando, excepcionalmente, as ponderações que passo a fazer, as quais, embora não arguidas pelo impetrante, constituem questões prejudiciais de acentuada importância para o desfazimento do constrangimento ilegal ocasionado ao paciente.

Recupero, no que interessa, as palavras do Juízo de primeiro grau ao proferir



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sentença absolutória em favor do paciente (fls. 996/998):

(...)

II.

O MPF diz na denúncia que em 24/11/2001, suspenso do exercício do cargo nos termos da Portaria 945/2001 (fls. 251), o acusado apropriou-se de 2 (dois) revólveres do acervo da Superintendência da Polícia Federal no RJ (Taurus, 357, IE162139 e Rossi, 357, F004275) e da carteira funcional, dos quais tinha a posse antecedente em razão do exercício do cargo de Agente de Polícia Federal, invertendo em seu proveito o título dessa posse, mediante violação do dever funcional.

Como decorrência do fato acima, o MPF aditou objetivamente a denúncia (fls. 508/510), para descrever que o acusado "por se encontrar suspenso do exercício de suas funções, esteve na posse de duas - e permanece na posse de uma - arma de fogo em desacordo com determinação legal ou regulamentar" (sic). O MPF fulcra a tese de imputação dizendo "tratando-se de porte funcional de arma de fogo, que se predestina a instrumentalizar o exercício da função, a suspensão do denunciado de suas funções implica a suspensão do porte funcional" (sic).

Esta sumária exposição dos fatos descritos pelo MPF que ora faço não exclui as demais especificações feitas pelo **parquet** na inicial acusatória. Visa, tão-somente, estabelecer uma linha mínima de raciocínio acerca dos fatos postos pela acusação, negados pelo acusado e que demandam apreciação congruente.

De fato, por todos os fundamentos apresentados pelo MPF em suas alegações finais, ainda subsistem indícios de que o acusado, ciente da decisão de sua suspensão do exercício das funções de Policial Federal e do efeito automático específico, qual seja o dever de restituir as armas do patrimônio da Polícia Federal e que estavam sob a sua guarda, tenha permanecido na posse delas.

Entretanto, não obstante a dedicação e o costumeiro esforço do MPF para bem desempenhar suas atribuições constitucionais, mesmo tendo tido todas as oportunidades de provar suas alegações (inclusive através de busca e apreensão deferida, mas infrutífera do ponto de vista do interesse da acusação), da instrução criminal não restou certeza da prática, pelo acusado, do crime de peculato imputado em relação a nenhum dos bens indicados na denúncia.

Em se tratando de ação penal condenatória, é cediço que o ônus da prova do fato criminoso descrito na denúncia com todas as suas circunstâncias é todo da acusação. Ao exercer o direito de ação com o oferecimento da denúncia, o órgão acusatório, na função de parte, se propõe a trazer ao julgador a necessária certeza da existência do fato típico, ilícito, culpável e de que o acusado é o seu autor.

Nada se exige do acusado em termos de prova, a não ser a simples resistência à pretensão condenatória autoral,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mormente em casos como o presente onde a defesa não alegou nenhuma causa de justificação ou excludente da culpabilidade e se propôs, exclusivamente, a negar os fatos como postos na denúncia.

A conclusão no sentido da falta de prova suficiente da existência do fato, no caso, não resulta somente da prova testemunhal produzida pela defesa, mas também da prova testemunhal produzida pela acusação. Neste sentido, a prova testemunhal é harmônica no sentido de que dela não se extrai certeza para a condenação.

A testemunha arrolada pela acusação, APF Marques, é pessoa conhecida pelos que, como este magistrado, atuam na Justiça Federal há mais de 10 anos. É um abnegado e incansável agente público que procura desempenhar suas funções de controle do armamento da PF da melhor maneira possível, apesar das notórias limitações e insuficiência de recursos materiais e humanos da Polícia Federal, neste Estado. Marques muito fez para melhorar os mecanismos de controle de armamentos da instituição policial federal. Isto decorre do seu depoimento, assim como dele também se extrai o reconhecimento, expresso ou implícito, da "(des)organização" que ainda impera na SR/DPF/RJ. Tal conclusão também se extrai da simples "vista" do firmado pelos que acautelam armamento (fls. 17 do apenso I). Como pode se constatar por simples contato visual com o documento de acautelamento de armas, no início do século XXI ainda utilizam cópias de "padrão" datilografado para materializar as "cautelas". Quando da devolução de armas o "documento de cautela" é entregue àquele que devolve a arma e o fato é "anotado" em livro (livro que também foi utilizado quando da retirada da arma). Basta um mínimo erro ou falta de cuidado ou atenção para que o fato que deve ser registrado assim não reste. O depoimento de Marques é harmônico com a prova testemunhal produzida pela defesa (especialmente, neste particular, com o depoimento o DPF - Vitor Cezar-) onde narrou que quase foi paga indenização por devolução voluntária de arma - programa de desarmamento - por uma viúva de policial Federal que compareceu para devolver arma do DPF que estava acautelada a seu marido falecido. Indaga-se e exclama-se: como confiar num sistema de controle de armamento se num caso como este não se percebe, no momento da entrega da arma, que se trata de bem do patrimônio da SR/DPF/RJ.

Como dito inicialmente, deferida busca e apreensão das armas no endereço do acusado, antes do interrogatório, nenhuma arma foi encontrada. Qual interesse ou intenção (dolo) teria o acusado, titular de outras armas particulares, de manter na sua posse ilegítima dois revólveres? Aparentemente, nenhum. Ao menos ao contrário desta circunstâncias não está provado.

Tudo isso é contra-indício suficiente para não permitir um juízo definitivo de certeza para condenação.

Há notícia, nos autos, de que as armas foram encontradas nas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dependências da SR, apesar de não ser precisa a data de eventual devolução. Esta pode ter se dado antes mesmo do afastamento (suspensão cautelar) do acusado. Quisesse o MPF, realmente, arguir a falsidade (material ou ideológica) do documento comprobatório deste fato, arguisse, no modo e tempo próprios, o respectivo incidente. Como, não raro, é corretamente argumentado pelo MP, "os atos administrativos gozam de presunção de verdade" inclusive quando isso não favorece a acusação.

Assim, não restou provado:

1) que o acusado, de fato, tenha permanecido na posse das armas em período posterior à data indicada na denúncia (24/11/2001);

2) que se assim tivesse agido, teria atuado com o dolo exigido pelo art. 312 do CP.

Ausentes estas indispensáveis provas e sem adentrar na discussão jurídica sobre os efeitos da suspensão do exercício das funções do acusado em relação ao seu direito ao porte legal de arma no curso da suspensão (o direito decorre da titularidade do cargo e não do exercício das funções a ele inerentes), a absolvição se impõe.

III.

Por todo o exposto, com fundamento no art. 386, II, do CPP, julgo IMPROCEDENTE o pedido contido na denúncia e ABSOLVO Flávio Murillo Daemon das imputações que lhe foram feitas.

O Tribunal de origem, por sua vez, cassou a decisão absolutória e condenou o paciente como incurso no art. 312 do Código Penal sob, essencialmente, os seguintes fundamentos (fls. 1069/1074):

(...)

Note-se que no momento exato da suspensão administrativa, quando então o acusado não mais estava no exercício do cargo, a norma vigente já lhe impunha a devolução dos bens, que com base naquela causa estavam em sua posse, quais sejam, as armas. Desnecessária seria, até mesmo, a existência de regras administrativas dispondo sobre isso, quanto mais a necessidade de que o acusado conhecesse plenamente tais regras, porquanto é o comando do art. 312 do CP que estaria no necessário conhecimento por parte do acusado, já agora segundo o que dispõe o art. 21, primeira parte, do CP, quanto à inescusável ignorância sobre a lei.

Ocorre que, no caso, o recolhimento das armas de fogo acauteladas ainda era efeito automático do afastamento, por força do item 3.1, alínea "g" da Instrução Normativa nº 05/88 - DG/DPF (fls. 07/10 do apenso 01). Já a devolução da carteira funcional decorre do art. 13, incisos IV e VIII da Instrução Normativa nº 011/94 - DG/DPF (fls. 11/15 do apenso 01).

Nesse passo, a materialidade e a autoria, com essas provas, já



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

estariam bem demonstradas nos autos. Acontece que o recorrido ainda reconheceu em seu interrogatório (fl. 567) que tomou pleno conhecimento da necessidade de devolver o armamento, e embora tenha alegado não o isenta de culpa.

Mesmo no caso das reformas administrativas, que como se viu eram até mesmo dispensáveis para aferir o conhecimento da ilicitude, note-se que aqueles que desempenham determinadas funções específicas, sobretudo funções públicas, que são reguladas por meio de normas próprias, devem se manter informados e conscientes das regras em questão de modo a cumpri-las. O que dizer, então, de agente de polícia federal que desempenha funções atreladas ao âmbito da segurança pública e da polícia judiciária, que lhe permitem andar armado para defender os interesses sociais inerentes à instituição à qual pertence? Por certo, que em tais casos com mais razão deveria ele observar as regras que tratam da devolução da arma pública quando estiver suspendo de suas funções.

No que concerne à linha defensiva que o acusado, com seus argumentos, procurou seguir, no sentido de que sequer restara provado que as armas estariam consigo ou que não foram devolvidas por ele de forma segura e regular e no prazo correto, note-se que se tratam de argumentos que configuram álibis a serem, necessariamente, demonstrados por quem os alega. Nesse ponto, é que não comungo do argumento central da sentença de Primeiro Grau, no sentido de que à acusação caberia provar, até mesmo, que a desorganização geral que eventualmente existiria na Polícia Federal, é que também operou no caso em tela, a ponto de não ser possível concluir sobre a regularidade da devolução das armas por aquele com quem elas estariam.

A própria prova oral de acusação de fls. 699/700 (depoimento do APF MARIO FERNANDES MARQUES - responsável pelo SINARM) bem delineia a prática interna da instituição de receber as armas acauteladas com os agentes mediante entrega de termo de cautela como recibo.

Com relação ao revólver nº de série F004275, está evidenciado através do documento de fl. 769 (cópia do expediente relativo à conferência de armamentos da sala de meios da DRE/SR/DPF/RJ) que o recorrido promoveu sua espontânea devolução em 30/05/2003. Portanto, inequívoco que entre o dia subsequente à publicação de sua suspensão 23/10/2001 e 30/05/2003, manteve a posse do armamento, caracterizando com isso infração penal.

Quanto ao revólver calibre 357, nº de série IE162139, as circunstâncias são mais complexas. Segundo conferência formal empreendida na sala de meios da DRE/SR/DPF/RJ a referida arma não havia sido restituída até 11/06/2002 ao acervo de armamento da instituição (fls. 791/808), não tendo sido, até aquela data, encontrada.

Não se sabe se a sobredita arma foi pessoalmente devolvida pelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recorrido, pois foi encontrada na sala de materiais da Superintendência da Polícia Federal. Porém, tal se deu no exato dia do interrogatório de FLÁVIO DAEMON (fls. 624;564/567 E fls. 730/731) robusto elemento indicativo de que o fizera por ter o alcance exato das consequências da manutenção da arma em desacordo das normas vigentes para o caso.

A alegação de que o sistema de gerenciamento de material utilizado pela PF seria arcaico e precário, versão atestada pelo testemunho de fls. 698/699, apesar de parecer verdadeira diante das características dos documentos apresentados (fls. 15/19 do apendo 01; fl. 768 dos autos, dentre outros - manuscritos, sem qualquer traço de informatização do sistema de controle), não se presta a afastar por completo a existência de infração penal.

A uma, que a existência do sistema arcaico operaria em abstrato, como um fator que por si só não afastaria, automaticamente, a prática da infração no caso concreto, sem que se estabelecesse relação direta entre esse fato e a impossibilidade de o acusado poder obter documento equivalente ao recibo da entrega das armas.

A duas, que seria necessário que o acusado aduzisse algum elemento de convicção de que chegara a procurar devolver arma que com ele estivesse acautelada, ou mesmo procurado dar baixa em tal registro de acautelamento, o que não conseguira em razão do alegado sistema arcaico de acautelamento de armas.

A devolução da arma atestada à fl. 769 é fato incontroverso pautado em conferência direta pelo funcionário responsável, não sendo refutada pelo réu. Já a conferência formal acostada às fls. 791/808 retrata procedimento cauteloso de correição que não só ostenta presunção de legitimidade, legalidade e regularidade, mas merece maior credibilidade até mesmo pelo procedimento burocrático que cerca o ato em si.

As datas nas quais as armas foram devolvidas, a primeira, 3 dias antes da instauração de inquérito policial (instaurado 02/06/2003) e a segunda no dia do interrogatório do réu, são indícios fortes de que havia na ação do acusado, objetivamente, a idoneidade para afetar o bem jurídico tutelado.

Diante desse quadro, entendo bem demonstrada autoria e materialidade do crime de peculato.

I) Ilegalidade de cunho penal:

O crime pelo qual o paciente foi condenado consiste na apropriação, por parte do funcionário público, de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel de que tem a posse em razão do cargo (art. 312 do Código Penal).

No caso, observo que os fatos narrados na denúncia, por si só, não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

permitem a adequação típica pretendida pelo Ministério Público e visualizada pelo acórdão condenatório, pois ausente a demonstração da presença de elemento volitivo indispensável à configuração do crime.

Não se está aqui, em sede de **habeas corpus**, afirmando a existência ou não de dolo, providência essa sabidamente incompatível com a via estreita do **writ**, mas apenas, ante o evidente e flagrante constrangimento ilegal verificado, constatando que os fatos descritos na peça acusatória não apontam condutas reveladoras do intuito de apropriação da coisa pelo paciente.

Em momento algum a denúncia expôs condutas do paciente que pudessem evidenciar a inversão do título da posse, a intenção de fazer sua a coisa de que tinha a posse (**animus rem sibi habendi**), tampouco atos que demonstrassem ter ele agido como proprietário da coisa. Ao contrário, a imputação de peculato-apropriação decorreu de efeito automático de suposta não devolução das armas confiadas ao paciente pela própria corporação policial, logo após a suspensão preventiva do exercício do cargo.

Embora a não devolução imediata das armas acauteladas, após a suspensão do cargo, possa eventualmente caracterizar infração funcional, em hipótese alguma basta para a configuração do delito previsto no art. 312 do Código Penal, uma vez que o tipo em questão exige o dolo de transformar a posse em propriedade, em ter a coisa como sua, elemento volitivo esse cuja constatação foi dispensada pelo **parquet**, que somente se deteve a imputar o crime ao paciente sem qualquer análise mais acurada sobre a presença das elementares do tipo e sobre a intenção do agente.

Nesse contexto, a simples não devolução das armas, que foram colocadas à disposição do paciente pela própria Polícia Federal, não seria suficiente para evidenciar o elemento subjetivo do tipo, o dolo de se apropriar da coisa, para si ou para outrem, que somente poderia ser demonstrado pela inequívoca intenção de não devolvê-la, para o que sequer o paciente foi intimado.

Como se vê no aditamento de fls. 606/608, o cometimento do suposto crime teria ocorrido exatamente um dia após a expedição da portaria de suspensão do paciente do cargo, levando-me a crer que não houve qualquer investigação no sentido de se aferir a real vontade do paciente de se apoderar das armas.

Rogério Greco, sobre o tema, ensina:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*A conduta núcleo, portanto, constante da primeira parte do art. 312 do Código Penal, é o verbo apropriar, que deve ser entendido no sentido de tomar como propriedade, tomar para si, apoderar-se indevidamente de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse ou a detenção (embora o artigo só faça menção expressa àquela), em razão do cargo. Aqui, o agente inverte o título da posse, agindo como se fosse dono, vale dizer, com o chamado **animus rem sibi habendi**. (GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial, volume IV. 7. ed. Niterói/RJ: Impetus, 2011.)*

Em suma, constato de plano, sem qualquer incursão probatória - já que tal providência excede os limites estreitos do **writ** -, que a conduta narrada na peça acusatória não corresponde ao tipo previsto no art. 312 do Código Penal, pois ausente o elemento volitivo essencial, a saber, a vontade de se apropriar da coisa.

Outra não foi a conclusão a que chegou o magistrado de primeiro grau, consoante se depreende do seguinte trecho da sentença absolutória (fls. 997/998):

*Como dito inicialmente, deferida busca e apreensão das armas no endereço do acusado, antes do interrogatório, nenhuma arma foi encontrada. **Qual interesse ou intenção (dolo) teria o acusado, titular de outras armas particulares, de manter na sua posse ilegítima dois revólveres? Aparentemente, nenhum. Ao menos ao contrário desta circunstâncias não está provado.***

Tudo isso é contra-indício suficiente para não permitir um juízo definitivo de certeza para condenação.

Assim, não restou provado:

1) que o acusado, de fato, tenha permanecido na posse das armas em período posterior à data indicada na denúncia (24/11/2001);

2) que se assim tivesse agido, teria atuado com o dolo exigido pelo art. 312 do CP.

Não caracterizadas as elementares do tipo penal imputado ao paciente, a conduta é atípica, razão pela qual não há como subsistir o acórdão condenatório.

II) Ilegalidade de cunho processual penal:

O magistrado sentenciante absolveu o paciente do crime previsto no art. 312 do Código Penal por não vislumbrar o dolo necessário para a configuração do aludido ilícito, como já dito acima, e, ainda, por entender não haver provas da materialidade do delito de peculato. Chegou a tais conclusões diante da ausência de comprovação, por parte do **parquet**, das imputações contidas na denúncia, notadamente em razão de a busca e apreensão requerida, antes do interrogatório, ter se mostrado infrutífera, ante a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não localização de nenhuma das armas em poder do paciente e em decorrência das armas terem sido encontradas, posteriormente (embora não se saiba precisamente a data), na Superintendência da Polícia Federal. Enfatizou que a absoluta falta de provas suficientes para a conformação do fato imputado decorreu não somente da prova testemunhal defensiva, mas também dos depoimentos extraídos da prova oral produzida pela própria acusação, tudo isso levando à ausência de certeza necessária para embasar uma condenação.

O juiz destacou, ainda, apoiado nos depoimentos de membros da própria corporação policial no mesmo sentido, a completa desorganização e falta de controle nas entregas das armas acauteladas, reforçando a ausência de um sistema confiável que pudesse atestar a ocorrência dos fatos trazidos na exordial acusatória (fls. 997).

Assim, a sentença condenatória foi categórica ao afirmar que a defesa não suscitou qualquer justificante ou excludente que precisasse por ela ser provada, detendo-se a negar os fatos narrados na denúncia, de forma que o órgão de acusação não se desincumbiu da obrigação jurídica de demonstrar a ocorrência do crime e sua autoria, ônus esse que em hipótese alguma pode ser atribuído ao réu que, em respeito até mesmo ao postulado constitucional da presunção de não culpabilidade (art. 5º, LVII, da Constituição Federal), não possui o dever de demonstrar sua inocência.

Ao contrário disso, após concluir ser a devolução das armas efeito automático do afastamento da função, a Corte Estadual, quanto à ocorrência do crime e sua autoria, rechaçou os fundamentos expendidos na sentença de primeiro grau, no tocante à ausência de provas das alegações acusatórias, afirmando que "no que concerne à linha defensiva que o acusado, com seus argumentos, procurou seguir, no sentido de que sequer restara provado que as armas estariam consigo ou que não foram devolvidas por ele de forma segura e regular e no prazo correto, **note-se que se tratam de argumentos que configuram álibis a serem, necessariamente, demonstrados por quem os alega. Nesse ponto, é que não comungo do argumento central da sentença de Primeiro Grau, no sentido de que à acusação caberia provar, até mesmo, que a desorganização geral que eventualmente existiria na Polícia Federal, é que também operou no caso em tela, a ponto de não ser possível concluir sobre a regularidade da devolução das armas por aquele com quem elas estariam**" (fl. 1.071 -



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sem grifo no original).

O acórdão impugnado, inverteu, mais uma vez, o ônus da prova, ao exigir que o paciente "aduzisse algum elemento de convicção de que chegara a procurar devolver arma que com ele estivesse acautelada, ou mesmo procurado dar baixa em tal registro de acautelamento, o que não conseguira em razão do alegado sistema arcaico de acautelamento de armas" (fl. 1.072), sendo que, inversamente, ao Ministério Público competiria demonstrar que a desorganização e os deficientes mecanismo de controle de armamentos da instituição não impediriam a constatação da ocorrência do delito, refutando, inclusive, as provas testemunhais produzidas no sentido inverso.

Note-se, assim, que o Juízo sentenciante não vislumbrou, no caso, a posse ilícita do armamento por parte do paciente ou, ainda que assim não fosse, o dolo de apropriação necessário à configuração do tipo previsto no art. 312 do Código Penal, ante a completa ausência de comprovação de tais circunstâncias pelo órgão de acusação, tendo o Tribunal de origem, quando do julgamento do apelo ministerial, entendido que a única linha defensiva adotada pela defesa, a saber, negativa dos fatos postos na denúncia, não teria sido por ela provada, ocasionando inequívoco constrangimento ilegal e exigindo o restabelecimento da decisão absolutória de primeira instância.

O exame que ora se faz, portanto, prescinde de análise aprofundada de provas - já que tal providência é sabidamente vedada na via estreita do **writ** - e visa, apenas, desfazer flagrante ilegalidade perpetrada pelo acórdão atacado que, ao inverter equivocadamente o ônus da prova, atribuiu ao paciente o dever não só de demonstrar sua alegação de inocência, como também de refutar as imputações do **parquet**, em manifesta ofensa ao sistema processual penal acusatório, ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade (art. 5º, LVII, da Constituição Federal), bem como ao comando insculpido no art. 156, primeira parte, do Código de Processo Penal, que assim preceitua:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

Sobre a vedada inversão do ônus da prova em matéria penal, discorre a doutrina:

Em um processo informado pelo contraditório e pela igualdade das partes, a distribuição do ônus probatório deveria seguir as mesmas linhas de isonomia.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Entretanto, o nosso processo penal, por qualquer ângulo que se lhe examine, deve estar atento à exigência constitucional da inocência do réu, como valor fundante do sistema de provas.

Afirmar que "ninguém poderá ser considerado culpado senão após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória" implica e deve implicar a transferência de todo o ônus probatório ao órgão de acusação. A este caberá provar a existência de um crime, bem como a sua autoria.

(...)

Cabe, assim, à acusação, diante do princípio da inocência, a prova quanto à materialidade do fato (sua existência) e de sua autoria, não se impondo o ônus de demonstrar a inexistência de qualquer situação excludente da ilicitude ou mesmo da culpabilidade. Por isso, é perfeitamente aceitável a disposição do art. 156 do CPP, segundo a qual "a prova da alegação incumbirá a quem a fizer". (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 15 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.)

A prova da alegação é incumbida a quem a fizer (art. 156, 1ª parte, do CPP), e se tem indicado que a divisão do ônus da prova entre acusação e defesa levaria a que a primeira demonstrasse a autoria; materialidade (existência da infração); dolo ou culpa e eventuais circunstâncias que influam na exasperação da pena. Já a defesa estaria preocupada na demonstração de eventuais excludentes de ilicitude; de culpabilidade; causas de extinção da punibilidade e circunstâncias que venham a mitigar a pena.

É necessário que enxerguemos o ônus da prova em matéria penal à luz do princípio da presunção de inocência, e também do favor réu. Se a defesa quedar-se inerte durante todo o processo, tendo pífia atividade probatória, ao final do feito, estando o magistrado em dúvida, ele deve absolver o infrator. A responsabilidade probatória é integralmente conferida à acusação, já que a dúvida milita em favor do demandado. A balança pende em prol deste, já que o art. 386 do CPP, nos incisos II, V e VII, indica que a debilidade probatória implica na absolvição. (TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 5. ed. Salvador: Editora Podivm, 2011.)

Em caso análogo, esta Corte assim se posicionou:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS – ESTELIONATO CIRCUNSTANCIADO TENTADO – INÉPCIA DA INICIAL ACUSATÓRIA – INOCORRÊNCIA – DENÚNCIA GERAL QUE NARROU SATISFATORIAMENTE AS CONDUTAS IMPUTADAS AOS ACUSADOS – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – INOCORRÊNCIA – INCUMBÊNCIA DA ACUSAÇÃO PROVAR A OCORRÊNCIA DO CRIME – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA –



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INOCORRÊNCIA – EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS APTOS A EMBASAR A DENÚNCIA – NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

1- É geral, e não genérica, a denúncia que atribui a mesma conduta a todos os denunciados, desde que seja impossível a delimitação dos atos praticados pelos envolvidos, isoladamente, e haja indícios de acordo de vontades para o mesmo fim.

2- A acusação deve provar a ocorrência do crime imputado ao denunciado, não havendo inversão do ônus da prova com o recebimento da denúncia.

3- O trancamento da ação penal pela via do habeas corpus justifica-se somente quando verificadas, de plano, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria e prova da materialidade.

4- Havendo notícias de que o recorrente praticou o delito narrado na denúncia, justifica-se sua persecução penal em juízo.

5- Negado provimento ao recurso.

(RHC 22.982/SP, Relatora a Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), DJe de 13/10/2008.)

Dessa forma, o reconhecimento da prática do crime pelo Tribunal **a quo**, em virtude de o paciente não ter provado a inocorrência dos fatos narrados na exordial acusatória, caracteriza flagrante ilegalidade apta a autorizar, excepcionalmente, o afastamento do constrangimento ilegal pela via do **mandamus**, ante a inequívoca afronta ao preceito insculpido no art. 156, primeira parte, do Código de Processo Penal, que culminou na inversão do ônus da prova em desfavor da defesa, com a consequente condenação do paciente.

A manutenção do acórdão condenatório, que exigiu do paciente a prova de fato negativo, prestigiaria decisão inteiramente desconforme com o ordenamento jurídico e com os princípios constitucionais e legais em matéria de prova.

Reconhecida a ilegalidade do acórdão, em razão de todos os fundamentos expostos, e restabelecida a sentença absolutória de primeira instância, ficam superadas as demais alegações formuladas pelo impetrante.

À vista da exposto, concedo o presente **habeas corpus** para, cassado o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acórdão condenatório proferido em grau de apelação, restabelecer a sentença absolutória de primeiro grau, nos autos da Ação Penal nº 2003.5101508689-5, que tramitou perante a 7ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2008/0249761-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 120.426 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200351015086895 200551015018321

EM MESA

JULGADO: 13/12/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LINDÔRA MARIA ARAÚJO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : NILO CÉSAR MARTINS POMPÍLIO DA HORA

IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2A REGIÃO

PACIENTE : FLÁVIO MURILLO DAEMON

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), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.