



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 102.816 - DF (2008/0064328-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : VIVIANE NUNES DE MIRANDA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : ROBSON NEVES FIEL DOS SANTOS

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. PECULATO. 1. NOTIFICAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE RESPOSTA ANTES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. ARTIGO 514 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PACIENTE QUE NÃO OSTENTA A QUALIDADE DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. 2. SUPOSTO ERRO NA CAPITULAÇÃO JURÍDICA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. RÉU QUE SE DEFENDE DOS FATOS NARRADOS NA INICIAL. ORDEM DENEGADA.

1. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a notificação do acusado para apresentar defesa antes do recebimento da denúncia, nos termos do artigo 514 do Código de Processo Penal, somente se aplica ao funcionário público, não se estendendo ao particular que seja coautor ou partícipe. Precedentes.

2. Diante da ausência de prejuízo concreto decorrente da classificação jurídica contida na denúncia, prevalece a jurisprudência desta Corte, aplicável à generalidade dos casos, de que, como o réu se defende dos fatos, não há constrangimento corrigível pela via do *habeas corpus* se eles, tal como narrados na inicial acusatória, ao menos em tese, constituem crime.

3. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, denegou a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

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

Brasília, 22 de agosto de 2011(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 102.816 - DF (2008/0064328-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : VIVIANE NUNES DE MIRANDA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : ROBSON NEVES FIEL DOS SANTOS

RELATÓRIO

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de ROBSON NEVES FIEL DOS SANTOS, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (*Habeas Corpus* n.º 2007.00.2.012412-6).

Narra a impetração que o paciente foi denunciado, em quatro oportunidades, pela suposta prática da conduta descrita no art. 312 do Código Penal. Narram as denúncias, com alteração apenas das datas dos repasses, os seguintes fatos:

Os fatos de que tratam a presente denúncia vieram a tona a partir da constatação inicial de celebração generalizada de inúmeros contratos entre órgãos do Distrito Federal e o Instituto Candango de Solidariedade - ICS, que se tornou público após a divulgação pela imprensa da utilização do referido instituto como fonte de intermediação e utilização de recursos públicos para financiamento ilícito das campanhas políticas locais em 2002.
[...]

Em datas compreendidas entre o período de abril/2003 a outubro/2004, os denunciados Lázaro Severo Rocha e Robson Neves Fiel dos Santos, de forma livre e consciente, previamente combinados e com unidade de desígnios, desviaram recursos advindos do Tesouro do Distrito Federal em proveito do primeiro e de seu familiar, que se encontravam na sua posse em razão do cargo de Diretor Financeiro do Instituto Candango de Solidariedade.

O Instituto Candango de Solidariedade, conquanto contratado para a execução de diversos contratos de gestão com o Distrito Federal, efetivamente não prestava os serviços, mas os subcontratava integralmente a um conhecido e sempre presente grupo de empresas privadas.

Sob as ordens de Ronan Batista de Souza, então Presidente do ICS, departamentos internos promoviam o 'casamento contínuo' das notas fiscais emitidas pelos reais prestadores de serviços, com as notas fiscais que o Instituto Candango emitia contra o Distrito Federal, oportunidade em que superfaturavam o valor cobrado pelas empresas, desviando, de forma oculta e dissimulada (sem previsão contratual), o exato percentual de 9% (nove por cento) da valor da nota emitida pelo subcontratado para o caixa do ICS.

A análise das movimentações financeiras obtidas mediante decisão judicial fez prova de que, a partir desse elaborado desvio de recursos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

públicos, Lázaro Severo Rocha, no exercício da Diretoria Financeira do ICS, autorizou repasses periódicos de parte desse dinheiro desviado em favor da sociedade comercial Neves Barbosa Advocacia e Consultoria S/C, de cujo capital social figura o denunciado Robson Neves Fiel dos Santos, cunhado de Ronan Batista de Souza.

O escritório Neves Barbosa Advocacia e Consultoria S/C foi constituído pelo denunciado Robson Neves Fiel dos Santos e sua irmã Ducirene Maria Fiel Barbosa, ambos cunhados do ex-Presidente do ICS, Sr. Ronan Batista de Souza, tendo na data de 14 de abril de 2003 sido celebrados os contratos milionários de prestação de serviços advocatícios n.º 1404/2003, 1405/2003 e 1406/2003 com o Instituto Candango de Solidariedade.

[...]

Não obstante o fato de o ICS possuir uma Assessoria Jurídica própria segundo o próprio denunciado Robson Nevez Fiel dos Santos - fl. 504 dos Autos nº 94356-2006 - formada por cerca de cinco advogados, comandados por aquele, a partir da data em referência, as ações judiciais e procedimentos administrativos intentados pelo/contra o instituto passaram a ser gerenciados no âmbito do escritório Neves Barbosa Advocacia e Consultoria S/C, constituído pelos cunhados do então presidente o ICS, Sr. Ronan Batista de Souza.

Sem que ainda houve prestado qualquer serviço especializado ao Instituto Candango de Solidariedade, a sociedade comercial Neves Barbosa Advocacia e Consultoria S/C, recebeu, precisamente em 17 de abril de 2003 (apenas três dias após a celebração dos contratos acima referidos), a considerável quantia de R\$ 166.812,25 (cento e sessenta e seis mil, oitocentos e doze reais e vinte e cinco centavos).

Exatamente 11 (onze) dias depois, em 28 de abril de 2003, o denunciado Robson Neves Fiel dos Santos, na condução dos negócios do escritório Neves Barbosa Advocacia e Consultoria S/C, efetuou a transferência de parte daquele valor, no importe de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) à pessoa de Maria Helena de Castro Rocha, esposa do denunciado Lázaro Severo Rocha, então diretor de finanças do ICS.

Outrossim, em 18 de maio de 2003, foi emitido o cheque n.º 000015 pelo denunciado Robson Neves Fiel dos Santos, no valor de R\$ 10.000 (dez mil reais), em favor de Maria Helena de Castro Rocha, com origem nas contas da sociedade comercial Neves Barbosa Advogados Associados S/C, abastecida com os recursos advindos do ICS.

Já em 04 de julho de 2003, logo após receber (no dia anterior) R\$ 363.518,56 em recursos públicos administrados junto ao ICS, o réu Robson Neves Fiel dos Santos transferiu a quantia de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) ao próprio Lázaro Severo Rocha.

[...]

E para completar as operações de desvio em favor do primeiro denunciado, em 13 de outubro de 2003 a sociedade comercial Neves Barbosa, após receber R\$ 453.950,00 do ICS, efetuou um repasse no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) e, favor da empresa comercial Almeida Engenharia Ltda., que tem como um dos sócios o réu Lázaro Severo Rocha.

[...]

Restou portanto evidenciada a prática por parte dos denunciados Lázaro Severo Rocha e Robson Neves Fiel dos Santos de quatro ações



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criminosas autônomas de desvio de recursos públicos (fls. 36/48).

O MM. Juiz da Primeira Vara Criminal de Brasília/DF, recebeu as denúncias e designou data para os interrogatórios (fl. 49).

Impetrou a Defesa *habeas corpus* no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Na ocasião, sustentou que a autoridade apontada como coatora, ao receber as denúncias, deixou de observar o rito estabelecido no art. 513 e seguintes do Código de Processo Penal. Asseverou, ainda, que os fatos narrados na denúncia foram erroneamente capitulados, sendo certo que, em hipóteses que tais, o Juiz tem o dever de corrigir a classificação.

A Segunda Turma Criminal denegou a ordem, e o acórdão recebeu a seguinte ementa (fls. 163/173):

HABEAS CORPUS. NOTIFICAÇÃO PRÉVIA DESNECESSÁRIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INVIABILIDADE. INDÍCIOS SUFICIENTES. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. MOMENTO PROCESSUAL INADEQUADO PARA DESCLASSIFICAÇÃO DO FATO TÍPICO. ORDEM DENEGADA.

A concessão de prazo para a defesa preliminar (art. 514 do CPP) é reservada ao funcionário público típico, não se estende, pois, ao particular co-autor de crime cuja elementar é ser funcionário público.

Se a denúncia atende a todos os requisitos da lei processual penal e veio escorada em indícios sérios e concludentes da conduta atribuída ao paciente, justificada está a tramitação da ação penal.

O recebimento da denúncia não é o momento processual adequado para que o Juiz proceda à nove definição jurídica dos fatos narrados na peça acusatória, providência que poderá ser adotada, se for o caso, por ocasião da sentença, nos moldes dos arts. 383 e 384 do Código de Processo Penal.

Os embargos de declaração opostos pela Defesa foram rejeitados (fls. 186/189).

No Superior Tribunal de Justiça, sustenta o impetrante que "o recebimento das denúncias oferecidas pelo órgão acusador, inobservado o procedimento inscrito nos arts. 513 e seguintes do Código de Processo Penal, gera a nulidade absoluta dos Processos Penais n.º 2006.01.1.124748-0, 2006.01.1.124791-4, 2006.01.1.133094-2 e 2007.01.1.017809-5, a partir das decisões de recebimento das denúncias" (fl. 07). No pormenor colaciona precedentes do Supremo Tribunal Federal.

Argumenta que a "ficção jurídica criada pela Lei n.º 9.983, de 14.07.2000, traz ao acusado todos os ônus e bônus da condição de funcionário público típico, ainda que o seja por equiparação, não se podendo excluir a notificação prévia como procedimento próprio a ser observado" (fl. 11).

Sublinha, por outro lado, que os fatos narrados na denúncia foram



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

erroneamente capitulados, uma vez "que os valores recebidos pela ICS, sempre posteriores à efetiva prestação e entrega dos serviços contratados, não eram recursos públicos ou recursos públicos administrados pela ICS" (fl. 26). Assim, pondera que do cotejo do tipo penal lançado na denúncia - art. 312 do Código Penal - com os fatos narrados na inicial acusatória, deriva o equívoco quanto à qualificação jurídica da conduta imputada ao paciente, pois "o que se indica como peculato, poderia ser, em tese, apropriação indébita de valores privados" (fl. 29).

Diante disso, requer, em tema liminar, a suspensão do curso das ações penais n.º 2006.01.1.124748-0, 2006.01.1.124791-4, 2006.01.1.133094-2 e 2007.01.1.017809-5, até o julgamento final do presente *habeas corpus*. No mérito, busca a anulação das ações penais, a partir da decisão de recebimento das denúncias. Pugna, ainda, em caso de novo recebimento das iniciais acusatórias, seja realizada a desclassificação do delito de peculato para o de apropriação indébita.

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 484/485).

Prestadas as informações (fls. 488/504), foram os autos encaminhados ao Ministério Público Federal (Subprocurador-Geral Wagner Natal), que se manifestou pela denegação da ordem. O parecer portou esta ementa (fls. 506/518):

HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PECULATO. INSTITUTO CANDANGO DE SOLIDARIEDADE. CAPITULAÇÃO DOS FATOS NA DENÚNCIA. PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 513 E SEQUINTE DO CPP. INAPLICABILIDADE. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

1. Eventual erro na capitulação dos fatos na denúncia não a macula de nulidade, nem ao processo, desde que os fatos estejam devidamente narrados e possibilitem ao acusado a ampla defesa.
2. Comunica-se ao corréu circunstância de caráter pessoal elementar do crime imputado, da qual o corréu tinha conhecimento.
3. O procedimento previsto no art. 514 do CPP não se aplica ao corréu em crime de peculato que não seja funcionário público.
4. Parecer pela denegação da ordem.

Em contato telefônico com a Primeira Vara Criminal de Brasília obteve-se a informação de que ainda não há transito em julgado de nenhuma das ações penais.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 102.816 - DF (2008/0064328-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. PECULATO. 1. NOTIFICAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE RESPOSTA ANTES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. ARTIGO 514 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PACIENTE QUE NÃO OSTENTA A QUALIDADE DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. 2. SUPOSTO ERRO NA CAPITULAÇÃO JURÍDICA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. RÉU QUE SE DEFENDE DOS FATOS NARRADOS NA INICIAL. ORDEM DENEGADA.

1. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a notificação do acusado para apresentar defesa antes do recebimento da denúncia, nos termos do artigo 514 do Código de Processo Penal, somente se aplica ao funcionário público, não se estendendo ao particular que seja coautor ou partícipe. Precedentes.

2. Diante da ausência de prejuízo concreto decorrente da classificação jurídica contida na denúncia, prevalece a jurisprudência desta Corte, aplicável à generalidade dos casos, de que, como o réu se defende dos fatos, não há constrangimento corrigível pela via do *habeas corpus* se eles, tal como narrados na inicial acusatória, ao menos em tese, constituem crime.

3. Ordem denegada.

VOTO

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Conforme relatado, o primeiro pedido do impetrante é a decretação da nulidade das Ações Penais instauradas em desfavor do paciente, tendo em vista a inobservância pelo Juízo Singular do disposto no art. 514 do Código de Processo Penal.

Razão não assiste ao impetrante.

Consta dos autos que o paciente, advogado, foi denunciado pela suposta prática da conduta descrita no art. 312 do Código Penal, delito este que envolveu a participação de dois servidores públicos - dirigentes do Instituto Candango de Solidariedade - denunciados, nas mesmas ações penais, pelos crimes de peculato e de lavagem de dinheiro.

De efeito, é firme o entendimento doutrinário e jurisprudencial quanto à não extensão do benefício previsto no art. 514 do Código de Processo Penal àqueles que não detém a qualidade de funcionário público.

A propósito, as lições de Fernando da Costa Tourinho, Julio Fabbrini Mirabete e Guilherme de Souza Nucci:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É se houver corréu que não seja funcionário público? O objetivo da lei, na espécie, é proteger o funcionário e, por via oblíqua, a própria Administração. O estranho não faz jus à contestação (Fernando da Costa Tourinho *in* Código de Processo Penal Comentado. São Paulo: 1999, p. 166).

Não se estende a notificação ao corréu que não ostenta a condição de funcionário público (Julio Fabbrini Mirabete *in* Código de Processo Penal Interpretado. São Paulo: Atlas, 2001, p. 1.106).

Particular, co-autor, não tem direito a resposta: a notificação do acusado para, previamente ao recebimento da denúncia, manifestar-se sobre o tema, apresentando sua defesa e evitando que seja a inicial recebida, é privativa do funcionário público, não se estendendo ao particular que seja co-autor ou partícipe (Guilherme de Souza Nucci *in* Código de Processo Penal Comentado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 857).

No mesmo sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. PACIENTE DENUNCIADO PORQUE TERIA PRATICADO OS DELITOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 319 (POR QUATRO VEZES) E 333, COMBINADOS COM O ARTIGO 29, TODOS DO CÓDIGO PENAL; NOS ARTIGOS 90, 94 E 95 (ESTE ÚLTIMO POR TRÊS VEZES), DA LEI 8.666/1993, COMBINADOS COM O ARTIGO 29 DO CÓDIGO PENAL, E NO ARTIGO 288, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL, TODOS COMBINADOS COM O ARTIGO 69 DO MESMO DIPLOMA LEGAL. SUPOSTA PARTICIPAÇÃO DE PREFEITO NOS CRIMES. ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DA VARA DE ORIGEM EM FACE DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO DO CHEFE DO EXECUTIVO MUNICIPAL. INEXISTÊNCIA DE ACUSAÇÃO FORMAL CONTRA O PREFEITO. NULIDADE NÃO CONFIGURADA.

1. Na hipótese vertente, verifica-se que sequer houve o oferecimento de denúncia contra o Prefeito do Município de Sertãozinho, autoridade detentora do foro por prerrogativa de função.
2. Assim, ainda que existam indícios da participação do chefe do Executivo municipal nos delitos em apuração, como inexistente acusação formal contra ele, não há como deslocar a competência da 3ª Vara de Sertãozinho para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.
3. Em sendo iniciada ação penal contra a referida autoridade, aí sim se poderá discutir a necessidade de um único processo perante a Corte bandeirante, pois somente então poderá se falar em foro por prerrogativa de função.

NOTIFICAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE RESPOSTA ANTES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. ARTIGO 514 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PACIENTE QUE NÃO OSTENTA A QUALIDADE DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO. DESNECESSIDADE. AÇÃO PENAL PRECEDIDA DE INQUÉRITO POLICIAL. SÚMULA 330 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

1. A notificação do acusado para apresentar defesa antes do recebimento da denúncia, prevista no artigo 514 do Código de Processo Penal, somente se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplica ao funcionário público, não se estendendo ao particular que seja coautor ou partícipe. Precedentes.

2. Ainda que assim não fosse, no caso concreto a ação penal foi precedida de inquérito policial, pelo que incide o entendimento consagrado na Súmula 330 deste Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual 'é desnecessária a resposta preliminar de que trata o artigo 514 do Código de Processo Penal, na ação penal instruída por inquérito policial.'

INDICIAMENTO FORMAL. DENÚNCIA OFERTADA E RECEBIDA. DESNECESSIDADE DE PROSSEGUIMENTO DO PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

[...]

4. Habeas corpus parcialmente conhecido, denegando-se ordem, e concessão de ofício do writ apenas para cassar a decisão que determinou o indiciamento do paciente. (HC 78.984/SP, Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe de 13.12.2010.)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. RECORRENTE, ADVOGADO, DENUNCIADO POR CORRUPÇÃO ATIVA (ART. 333, PAR. ÚNICO DO CPB), JUNTAMENTE COM OUTROS CO-ACUSADOS - SENDO DOIS DELES SERVIDORES PÚBLICOS (OFICIAIS DE JUSTIÇA), DENUNCIADOS POR CORRUPÇÃO PASSIVA. DEFESA PRELIMINAR. ART. 514 DO CPP. BENEFÍCIO NÃO EXTENSÍVEL A PARTICULARES. PROTEÇÃO EXCLUSIVA AOS SERVIDORES PÚBLICOS NO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES E, INDIRETAMENTE, À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. O TIPO DESCRITO NO ART. 333, PAR. ÚNICO DO CPB (CORRUPÇÃO ATIVA) CONSUBSTANCIA CRIME COMETIDO POR PARTICULAR CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, NÃO SE SUBMETENDO AO RITO PREVISTO NOS ARTS. 513 E SEQUENTES DO CPP. PRECEDENTE DO STJ. PARECER DO MPF PELA DESPROVIMENTO DO RECURSO. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

1. Contrariamente ao alegado, firme é o entendimento doutrinário quanto à não extensão do benefício previsto no art. 514 do CPP àqueles que não detém o status de funcionário público.

2. A fase processual prevista no art. 514 do CPP diz respeito, tão-somente, ao acusado servidor público, e tem como finalidade resguardar os interesses da Administração Pública, no que diz respeito, especialmente, à segurança e ao decoro do serviço público.

[...]

4. Parecer do MPF pelo desprovimento do recurso.

5. Recurso Ordinário desprovido. (RHC 22.164/MG, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, DJe de 15.03.2010.)

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL. DENÚNCIA. SERVIDOR PÚBLICO E PARTICULAR. CRIMES DO ART. 89 DA LEI N.º 8.666/93, E ART. 299, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL. CONCURSO DE CRIME FUNCIONAL E OUTRO NÃO-FUNCIONAL. DEFESA PRELIMINAR (ART. 514 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL). INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

3. Mesmo se o caso ensejasse a defesa preliminar, esta diz respeito apenas ao servidor público, não ao co-réu particular.

4. Ordem denegada. Pedido de reconsideração prejudicado. (HC 79.220/DF, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ de 13.08.2007.)

Quanto à afirmativa de que seria imprescindível a correta capitulação do fato na denúncia para viabilizar a eficaz realização da defesa, melhor sorte não assiste ao impetrante. Ocorre que, como bem lembrou a douta Subprocuradoria-Geral da República, é ponto pacífico, tanto na doutrina como na jurisprudência, que o acusado se defende dos fatos narrados na peça acusatória e não da classificação que faz deles o *dominus litis*. Nestes termos, importa transcrever as ementas dos seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. SUBTRAÇÃO DE BENS DE QUATRO VÍTIMAS. TENTATIVA DE MATAR TRÊS DELAS. RÉU DENUNCIADO POR TRÊS TENTATIVAS DE LATROCÍNIO E UM ROUBO. CONDENAÇÃO POR QUATRO TENTATIVAS DE LATROCÍNIO. MESMA DESCRIÇÃO DOS FATOS. DEFINIÇÃO JURÍDICA DIVERSA. EMENDATIO LIBELLI. ART. 383 DO CPP. ORDEM DENEGADA.

1. Hipótese em que o paciente foi denunciado por três tentativas de latrocínio e um roubo, porque teria subtraído o patrimônio de quatro pessoas, tentando matar três delas. Ao proferir a sentença, o magistrado de primeiro grau, analisando os mesmos fatos, o condenou por quatro tentativas de latrocínio.

2. Se as circunstâncias dos delitos narradas na denúncia e consideradas na sentença condenatória são as mesmas (subtração de bens de quatro pessoas e tentativa de matar três delas), mas apenas a tipificação dos crimes foi alterada, a hipótese é de emendatio libelli, nos termos do art. 383 do Código de Processo Penal, não de mutatio libelli (art. 384 do CPP).

3. É pacífica a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça no sentido de que o réu defende-se dos fatos narrados na denúncia, não da capitulação legal a eles atribuída pelo Ministério Público.

4. Destaque-se que o Juiz de primeiro grau, ao condenar o paciente por quatro delitos de latrocínio, em concurso formal, aplicou a pena de um deles e acresceu 1/6 (um sexto), mínimo previsto no art. 70 do Código Penal. Assim, não há interesse à Defesa em se avaliar se foi correta a capitulação conferida aos fatos pelo magistrado a quo, pois não resultaria no abrandamento da reprimenda imposta ao paciente.

5. Ordem denegada. (HC 89.232/SP, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe de 13.09.2010.)

HABEAS CORPUS. CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. FATOS OCORRIDOS ANTES DA LEI N.º 9.983/2000. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INEXISTÊNCIA. ABOLITIO CRIMINIS. NÃO OCORRÊNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. A Lei n.º 9.983/00, ao acrescentar o artigo 168-A, § 1º, ao Código Penal, revogando o art. 95 da Lei n.º 8.212/91, manteve a figura típica anterior no seu aspecto substancial, logo sua aplicação não configura medida mais gravosa ao agente.
2. A existência de erro na tipificação da conduta pelo órgão ministerial não torna inepta a denúncia, pois o acusado se defende do fato delituoso narrado na exordial acusatória e, não, da capitulação legal dela constante.
3. Não há falar, assim, em inépcia da peça acusatória que não obstrui o exercício da ampla defesa, porque descreve precisamente os fatos criminosos, com suas circunstâncias, e qualifica os acusados, em consonância com o disposto no art. 41, do Código de Processo Penal.
4. Ordem denegada. (HC 68.959/SC, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe de 24.03.2008.)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DENÚNCIA POR ESTELIONATO. ADITAMENTO. PECULATO. CONDENAÇÃO PELO CRIME MENOS GRAVE. EMENDATIO LIBELLI. DEFESA DOS FATOS NARRADOS. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O aditamento à denúncia limitou-se a acrescentar que a paciente tinha conhecimento de ser a co-ré funcionária pública, possibilitando a caracterização do peculato, descrito no art. 312 do Código Penal, que comina sanção mais grave que o estelionato, previsto no art. 171, § 3º, do mesmo diploma, referido anteriormente na inicial acusatória.
2. Não restando caracterizado, ao final, o peculato, por falta de provas de que a co-ré apropriou-se de bem de que tinha a posse em razão do cargo, levando à desclassificação do crime para o de estelionato, e não tendo sido alterada, com o aditamento, a descrição dos fatos criminosos, não é de falar em mutatio libelli.
3. É pacífico o entendimento jurisprudencial desta Corte de que o réu se defende dos fatos narrados na denúncia, não da capitulação legal a eles emprestada.
4. Não é de reconhecer qualquer prejuízo à paciente se ela pôde se defender amplamente do fato criminoso que lhe foi imputado e, ao final, foi condenada como incurso no art. 171, § 3º, do Código Penal, que prevê pena inferior à do art. 312 daquele diploma legal.
5. Recurso a que se nega provimento. (RHC 18.100/ES, Relator Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, DJ de 19.12.2007.)

HABEAS CORPUS PARA ALCANÇAR NOVA CAPITULAÇÃO JURÍDICO-PENAL DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE DE REALIZAR-SE A PERFEITA SUBSUNÇÃO DO FATO AO TIPO SEM EXAME ACURADO DE PROVAS. IMPROCEDENTE O PEDIDO DIANTE DA EXISTÊNCIA DE NARRATIVA FÁTICA DO CRIME IMPUTADO AO PACIENTE. RAZOABILIDADE DA CONDENAÇÃO. EXISTÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE E COERENTE COM A CONCLUSÃO. ATRIBUIÇÃO DE CRIMES QUE NÃO SE REVELA ABSURDA FACE A SIMPLES ANÁLISE DA PROVA PRODUZIDA. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS FÁTICOS REVELADORES DA PARTICIPAÇÃO DO PACIENTE EM CRIME FUNCIONAL IMPRÓPRIO. APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ARTIGO 30 DO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CÓDIGO PENAL. CAUSALIDADE DA PARTICIPAÇÃO MATERIAL. AFERIÇÃO EM CONCRETO E NÃO EM ABSTRATO. DEPOIMENTOS COLHIDOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. FORTE SUSPEITA DE ENVOLVIMENTO DE AGENTE PÚBLICO DE RELEVANTE POSIÇÃO NA PRÁTICA DE PECULATO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. INQUÉRITO POLICIAL. AUSÊNCIA.(...) INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. COMUNICABILIDADE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. FIXAÇÃO CONJUNTA DO QUANTUM CONDENATÓRIO. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. CAUSA DE AUMENTO DE PENA DO PARÁGRAFO 2º DO ARTIGO 327 DO CÓDIGO PENAL. INCOMUNICABILIDADE ENTRE OS AGENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. PEDIDO PARCIALMENTE CONCEDIDO, MANTIDA A CONDENAÇÃO.

1. '(...) É verdade que o réu se defende tendo em vista o fato descrito pelo Ministério Público e não a mera classificação que lhe foi dada. Presente ao menos alguma descrição do fato delituoso, a questão que se coloca não é a da atipicidade da conduta, mas outra: aquela relativa à correspondência entre a narrativa fática e a classificação jurídico-penal. Não é no âmbito da ação de habeas corpus, todavia, que será dada ao crime sua exata definição jurídica, visto que tal providência requer discussão aprofundada da prova e um verdadeiro esforço interpretativo próprio do exame de mérito da ação penal condenatória. Assim, entendo não ser possível proceder-se à nova capitulação do fato em sede de habeas corpus, sobretudo aquela já realizada na sentença está em plena sintonia com a fundamentação: o que acontece no caso presente. Resulta do exame simples da prova coligida na sentença não identificado erro grosseiro de subsunção a bradar por emenda. Isso porque mostra-se perfeitamente razoável o convencimento judicial, expresso tanto na sentença de primeiro grau quanto no acórdão que manteve a capitulação dos fatos feita na denúncia, de que houve participação do paciente na prática da ação descrita no tipo penal do artigo 312 do Código Penal brasileiro. Procedente, portanto, a consideração, em desfavor do paciente, da comunicabilidade da circunstância de caráter pessoal elementar do tipo penal do peculato, ainda que, ao tempo da ação, afastado estivesse do cargo ou mesmo que já não mantivesse qualquer vínculo com o serviço público. Trata-se de aplicação pura e simples do disposto no artigo 30, do Código Penal brasileiro. Por força do princípio da equivalência dos antecedentes (artigo 13, CP), a causalidade da participação é sempre aferida em concreto e a posteriori, jamais em abstrato. Não é omissa a denúncia também quanto à narrativa de fato a sustentar a atribuição da prática do crime de quadrilha ou bando que, de resto, como crime formal, não exige a efetiva prática dos crimes. Há razoabilidade na conclusão de que havia associação para cumprimento do escopo comum. A formação de quadrilha ou bando não afasta a aplicação da hipótese do concurso eventual de pessoas (artigo 29, CP). Não há duas investigações paralelas, uma levada a cabo pela polícia civil, outra dirigida pelo MP. Não há duplicidade de procedimentos. Outrossim, não há como exigir-se do Ministério Público que aguarde a instauração de inquérito pela autoridade policial, ao invés de cumprir o seu mister, como titular da ação penal pública incondicionada. (...)'

2. A jurisprudência dos tribunais superiores tem admitido a consideração conjunta de circunstâncias judiciais, desde que comunicáveis, in concreto et in abstracto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Comunicáveis, em abstrato, são aquelas circunstâncias judiciais de natureza objetiva - motivos, circunstâncias e consequências do crime, que em nada se identificam com as denominadas circunstâncias judiciais subjetivas, tais como a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente.

4. Havendo, na motivação múltipla, fundamento suficiente a justificar o afastamento da pena-base do mínimo legal, descabe falar em constrangimento ilegal a ser reparado pelo habeas corpus.

5. Não há falar em comunicabilidade da causa de aumento de pena do parágrafo 2º do artigo 327 do Código Penal, eis que não se cuida de circunstância subjetiva elementar, alcançando na sua incidência apenas os agentes autores, que, no tempo do crime, ocupavam cargos em comissão ou função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

6. Writ parcialmente concedido. (HC 32.106/RO, Relator Ministro Paulo Medina, Sexta Turma, DJ de 20.09.2004.)

O Supremo Tribunal Federal igualmente consagra esta orientação, destacando-se:

EMENTA: HABEAS CORPUS. DENEGAÇÃO DA ORDEM NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ALEGAÇÃO DE QUE TERIA HAVIDO ERRO NA CAPITULAÇÃO DO FATO, O QUE OCASIONARIA PREJUÍZO PARA A DEFESA. A exigência legal de que a denúncia contenha a classificação do crime visa, entre outros, a permitir a afirmação inicial da competência para fins de distribuição do feito e a possibilitar ao acusado o mais amplo conhecimento da pretensão punitiva que contra ele se aduz. Possível erro na capitulação jurídico-penal não acarreta prejuízo à defesa, uma vez que o acusado se defende do fato que lhe é imputado na denúncia ou na queixa, e não do tipo indicado pelo Ministério Público ou pelo querelante, o qual pode vir a ser modificado em momento processual oportuno. (HC 84.703/RJ, Relator Ministro Carlos Britto, Primeira Turma, DJ de 04.02.2005.)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MATÉRIA CRIMINAL. RÉU CONDENADO NAS PENAS DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART 317 DO CÓDIGO PENAL. ALEGADA AFRONTA À AMPLA DEFESA (INCISO LV DO ART. 5º DA CF/88). NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE MATERIAL PROBATÓRIO. ÓBICE DA SÚMULA 279/STF. OFENSA MERAMENTE REFLEXA AO MAGNO TEXTO. 2. ALEGAÇÃO DE QUE TERIA HAVIDO ERRO NA CAPITULAÇÃO DO FATO, O QUE OCASIONARIA PREJUÍZO PARA A DEFESA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A alegada ofensa à Constituição Federal, se existente, ocorreria de forma reflexa ou indireta, o que não enseja a abertura da via extraordinária. Logo, para se chegar à conclusão pretendida pela parte agravante, seria necessário o reexame do conjunto probatório dos autos, providência vedada pela Súmula 279 desta excelsa Corte. 2. Por outra volta, possível erro na capitulação jurídico-penal não acarreta prejuízo à defesa, uma vez que o acusado se defende do fato que lhe é imputado na denúncia ou na queixa, e não do tipo indicado pelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministério Público ou pelo querelante, o qual pode vir a ser modificado em momento processual oportuno. 3. Agravo desprovido. (AI 625.389/SC, Relator Ministro Carlos Britto, Primeira Turma, DJ de 18.06.2009.)

No caso, a imputação contida na denúncia diz respeito ao desvio de valores advindos do Tesouro do Distrito Federal, por meio de empresa interposta - Neves Barbosa Advocacia e Consultoria. Narra a exordial que Lázaro Severo Rocha - Diretor Financeiro do Instituto Candango de Solidariedade - autorizou transferências periódicas de vultosas quantias à Neves Barbosa Advocacia e Consultoria, cujo comando financeiro incumbia ao paciente, que promoveu a reversão de parte dos valores ao primeiro e a seus familiares. Tais fatos são, ao menos em tese, tipicamente relevantes para o Direito Penal, seja como crime de peculato, como entendeu o Ministério Público na peça acusatória, seja como o delito previsto no art. 168 do Código Penal, como quis fazer crer o impetrante.

Assim, a modificação da capitulação descrita na denúncia deverá ser analisada na decisão final da ação de conhecimento. Isso porque, como se sabe, a decisão que recebe ou rejeita a denúncia não examina o mérito da lide penal, limitando-se a aferir os requisitos do art. 395 do Código de Processo Penal.

A definição jurídica da conduta é ato provisório, lembrando Julio Fabbrini Mirabete que: "eventual alternatividade da classificação jurídica ou o equívoco quanto ao tipo penal não torna, porém, a denúncia inepta. Mesmo que o Juiz esteja impedido de alterar a classificação do crime por ocasião do recebimento da denúncia, não é ela definitiva, podendo ser alterada no decorrer do processo, quer em aditamento do Ministério Público, quer pelo próprio magistrado (arts. 383 e 384). Isto porque o acusado se defende da imputação contida no fato descrito na denúncia e não da classificação que lhe deu o requerente" (*in* Código de Processo Penal Interpretado. São Paulo: Atlas, 2001, p. 106).

Não se desconhece que a doutrina e a jurisprudência têm se posicionado pela correção da capitulação quando se divisa que a denúncia encerra verdadeiro abuso de poder do titular da ação penal, quer pela brutal distorção dos fatos apurados no inquérito, quer pelo gravame que a capitulação errônea pode acarretar, como, por exemplo, sustentando qualificadoras inexistentes, apenas para obstar possível benefício de ordem processual, como a suspensão condicional do processo.

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que a análise de suposto erro na capitulação jurídica feita na denúncia depende, no âmbito do *habeas corpus*, que do eventual equívoco advenha efetivo prejuízo ao paciente (*Habeas Corpus* n.º 88.156/SP, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ de 15.09.2006). Além disso, a correção somente é admitida quando o prejuízo verifica-se *ex promptu*, sem a necessidade de se aprofundar no exame da prova, o que não ocorre no caso.

Assim, dada a ausência de efetivo prejuízo concreto decorrente da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

classificação jurídica contida na inicial acusatória, prevalece a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, aplicável à generalidade dos casos, de que, como o réu se defende dos fatos, não há constrangimento corrigível pela via do *habeas corpus* se eles, ao menos em tese, constituem crime.

Ante o exposto, denego a ordem.

É como voto.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA

Número Registro: 2008/0064328-0

HC 102.816 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20060111247480 20060111247914 20060111330942 20070020124126
20070110178095 2007011178095

EM MESA

JULGADO: 22/08/2011

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO FRANCISCO SOBRINHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : VIVIANE NUNES DE MIRANDA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : ROBSON NEVES FIEL DOS SANTOS

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, denegou a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

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