



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no HABEAS CORPUS Nº 391.384 - PR (2017/0050588-5)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
EMBARGANTE : MARCUS DE OLIVEIRA SALLES REIS
ADVOGADO : JORGE VICENTE SILVA - PR014987
EMBARGADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. CARÁTER INFRINGENTE. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Embargos de declaração opostos com caráter infringente, que devem ser recebidos como agravo regimental, em homenagem ao princípio da fungibilidade recursal, uma vez ausentes os vícios previstos no art. 619 do CPP.

2. Assentou a decisão embargada que, tendo o agente se passado pelo cliente para burlar a vigilância do banco, de acordo com o entendimento desta Corte, (...) *não há discussão de que "a subtração de valores de conta corrente, mediante transferência fraudulenta, utilizada para ludibriar o sistema informatizado de proteção de valores, mantidos sob guarda bancária, sem consentimento da vítima, configura crime de furto mediante fraude, previsto no art.155, § 4o, inciso II, do Código Penal."*

3. De outro lado, quanto à alegada omissão decorrente do não reconhecimento da demonstração de prejuízo sofrido pelo paciente, também restou assentado na decisão atacada que, de acordo com o Tribunal *a quo*, o patrono atuou de forma diligente em diversas ocasiões e que, no momento em que o defensor constituído manteve-se inerte, foi nomeado defensor dativo para o ato em defesa do acusado.

4. O simples descontentamento da parte com o julgado não tem o condão de tornar cabíveis os embargos declaratórios, recurso de rígidos contornos processuais que serve ao aprimoramento da decisão, mas não à sua modificação, que só muito excepcionalmente é admitida.

5. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, receber os embargos como agravo regimental, ao qual negar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de maio de 2017 (Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no HABEAS CORPUS Nº 391.384 - PR (2017/0050588-5)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
EMBARGANTE : **MARCUS DE OLIVEIRA SALLES REIS**
ADVOGADO : **JORGE VICENTE SILVA - PR014987**
EMBARGADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de embargos de declaração, com efeitos infringentes, opostos por Marcus de Oliveira Salles Reis, em face de decisão monocrática que denegou a ordem de *habeas corpus*, nos termos da Súmula 568/STJ.

Alega o embargante, preliminarmente, que a decisão apresentou contradição porquanto (...) *O primeiro quando a readequação da qualificadora de abuso de confiança para furto mediante fraude, haja vista que a denúncia não descreveu esta modalidade de conduta, razão pela qual não se aplica ao presente caso a disposição do artigo 383 do Código de Processo Penal* (fl. 402).

Sustenta, ainda, que também há contradição já que (...) *havendo decisão do Tribunal de Justiça do Paraná no sentido de não conhecer as provas apresentadas em segunda instância (...) isso só deixa claro o prejuízo que o paciente teve por esta prova não ter sido requerida no momento próprio da instrução do feito, com isso sacramentando a omissão daquele defensor e o prejuízo ao paciente* (...) (fl. 403).

Aduz, ainda, que há omissão na decisão porquanto restou devidamente demonstrado o prejuízo causado ao paciente diante da desídia do defensor constituído.

Requer, por isso, sejam conhecidos e providos os presentes embargos a fim de declarar a nulidade do processo *desde o momento em que a defesa quedou-se omissa no sentido de requerer a produção de prova, que é a fase do artigo 402 do Código de Processo Penal* (fl. 407).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no HABEAS CORPUS Nº 391.384 - PR (2017/0050588-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

De início, tendo em vista não se vislumbrar nenhuma contradição no julgado recorrido, e, em homenagem ao princípio da fungibilidade recursal, recebo os presentes aclaratórios como agravo regimental, pois se nota que os embargantes efetivamente não pretendem sanar omissão, contradição ou obscuridade que, porventura, maculem o decisum impugnado, mas emprestar-lhes efeitos infringentes.

A decisão impugnada assim consignou (fls. 387/396):

(...)

Trata-se de habeas corpus, impetrado em favor de Marcus de Oliveira Salles Reis, em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná, que negou provimento a apelação lá interposta.

Extrai-se dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito previsto no art. 155, § 4º, com aplicação das regras do art. 71, do Código Penal, a 10 anos de reclusão em regime fechado.

Alega o impetrante, em síntese, as seguintes nulidades: (i) deficiência de defesa técnica; (ii) ausência de fundamentação da sentença quanto à qualificadora de furto; (iii) ausência de correlação entre denúncia, sentença e acórdão quanto à incidência da qualificadora no delito de furto.

Requer, por isso, a declaração de nulidade do acórdão ou a exclusão da qualificadora do crime de furto ou, ainda, a declaração da nulidade do processo desde o momento em que não ocorreu a manifestação da defesa sobre as informações relativamente aos IPs utilizados para numerários de internet (...) (fl. 29).

A liminar foi indeferida (fl. 373).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 376/384).

É o relatório.

DECIDO.

De início, alega o impetrante falta de correlação entre a denúncia, sentença e acórdão porquanto (...) a r. sentença condenou o paciente pela prática de furtos qualificados pelo abuso de confiança, e não mediante fraude, conforme concluiu o acórdão (fl. 7), bem como a nulidade da sentença, pois não estaria suficientemente fundamentada quanto à incidência da qualificadora.

O Tribunal a quo assim se pronunciou (fl. 204/232):

(...)

Neste recurso de apelação, ressaltando que as razões



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

complementares abrangem as primeiras ofertadas pelo defensor dativo, razão pela qual serão analisadas em conjunto, a defesa requer preliminarmente o reconhecimento de cerceamento de defesa e a nulidade das provas telefônicas, e no mérito a absolvição do acusado pelos delitos de estelionato e furto qualificado, com pleito de afastamento da qualificadora. Afirma, em breve síntese, que não há provas de que efetivamente o acusado tenha transferido os valores para si e praticado os crimes de estelionato e furto qualificado. Ao final, pede a diminuição das penas privativas de liberdade e de multa, bem como do valor mínimo de reparação de danos, para o patamar definido na denúncia.

Inicialmente, registro a higidez de todo o curso do processo penal no tocante ao presente caso e a ausência de qualquer nulidade. Ao contrário do que pretende a defesa, até porque o acusado utilizou-se de subterfúgios para escapar da aplicação da lei penal, tendo inclusive fugido da intimação nos autos de Seqüestro/Arresto de Bens Móveis, as alegações de nulidade são insubsistentes e desconexas com a marcha processual desenvolvida no caso dos autos.

Apesar da tentativa de desqualificar o anterior patrono, que atuou de forma diligente em diversas ocasiões, conforme a cronologia de todo o desenvolvimento processual, ajuizando "pedido de providências", em face do BANCO HSBC BANK BRASIL S/A, impetrando mandado de segurança para impedir o bloqueio judicial de numerário, além de extensa contestação naqueles autos, bem como demonstrando elevado zelo pela causa, não se pode olvidar que a defesa requereu inúmeras diligências e inclusive pleiteou a intimação de testemunha com endereço incorreto, além de diversas outras sem qualquer relação com os fatos, até mesmo deixando de comparecer a um dos dias designados para as diversas audiências de instrução, ocasião em que foi nomeado defensor para o ato, fato que a presente defesa considerou desídia, mas em verdade configura estratégia de defesa com o fim de levar o feito a prescrição, como bem asseverou o Ministério Público em contrarrazões.

A defesa chega a afirmar que o apelante não assinou o termo da audiência onde consta a advertência para comparecimento ao ato processual seguinte (fl. 1.336), mas por outro lado consta expressamente as assinaturas do defensor e do acusado no termo de instrução e julgamento mencionado. Ademais, caso realmente existisse, e não existiu, pois, o réu for devidamente intimado, a alegada nulidade seria meramente relativa (STF, HC 8444214) e, portanto, irrelevante para o deslinde dos fatos. Ressalte-se que na posterior audiência, para a oitiva de testemunhas de defesa, aliás irrelevantes para o deslinde dos fatos, realizada sem a presença do advogado constituído e do acusado, foi nomeado defensor para o ato (fl. 1.356) e, em casos tais, sem a demonstração de efetivo prejuízo para o acusado, não pode haver nulidade (STJ, RHC 60.614/CE15) . Tanto não houve prejuízo que a oitiva



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de uma das testemunhas de defesa (ressalte-se: todas desnecessárias), foi declarada preclusa (fl. 1.364), com a intimação do defensor constituído em defesa do acusado (fl. 1.368), que logo em seguida manifestou-se nos autos (fls.1.369/1.375), requerendo inúmeras diligências e nada mencionando acerca da audiência perdida.

Da mesma forma, para apresentar as alegações finais, consta nos autos que a defesa foi devidamente intimada (fls. 1.440/1.435, 1.455/1.456 e 1.470/1.472) e, tendo em vista que o procurador do acusado, embora devidamente intimado na audiência e pelo Diário da Justiça Eletrônico, manteve-se inerte, ao mesmo tempo em que compareceu aos autos para informar o endereço atualizado do réu (fl. 1.459), portanto com ciência inequívoca dos atos processuais realizados, não há nulidade alguma na nomeação de defensor dativo para o ato em defesa do acusado (fl. 1.473).

Ora, apenas a falta de alegações finais é capaz de gerar nulidade (STF, HC 94168) e não a sua apresentação por defensor dativo, pois "a providência de nomear defensor dativo ao réu, cujo advogado não apresentou alegações finais, a despeito da sua regular intimação, afasta a alegação de nulidade do processo penal" (STF, HC 107780). É certo que "anão apresentação de alegações finais por advogada constituída, suprida pela apresentação de regular peça defensiva por dativo, sem prejuízos demonstrados, não revela falta de defesa ou causa especial de nulidade do processo" (STJ HC192.7 96/RJ).

Ainda, igualmente a primeira alegação de nulidade, inexistente irregularidade nas gravações telefônicas efetuadas pelo assistente de acusação, ainda que a defesa alegue que os áudios foram obtidos mediante provocação de funcionários do Banco HSBC, para obter de forma ilícita registro da voz do acusado, com o fim de compará-la com outras gravações lícitamente obtidas. Ora, a alegação de que a instituição financeira teria utilizado agente provocador 16 é totalmente desconexa com o caso dos autos, pois não se trata de provocação que leva o provocado ao cometimento do delito, simplesmente porque se os inúmeros delitos estavam sendo investigados pelo "Departamento de Investigação de Fraudes do Banco HSBC" (fl. 1.559) é porque já estavam consumados e seria impossível qualquer provocação. No escólio de LIMAI7, não se deve confundir interceptação com escuta telefônica, tampouco com gravação telefônica, pois a gravação telefônica é a captação feita diretamente por um dos comunicadores, sem a interveniência de um terceiro, normalmente chamada de gravação telefônica clandestina.

(...)

Afastadas as nulidades, no mérito, apesar do esforço argumentativo das razões de recurso, as provas colhidas são suficientes para demonstrar a materialidade e a autoria dos fatos narrados na denúncia, tornando incontestável a existência de dados fáticos capazes de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concluir pela participação do réu na empreitada criminoso.

O caso envolve diversos crimes de estelionato e furto qualificado, praticados contra o falecido DIRCEU CARNEIRO 19 e o BANCO HSBC BRASIL S/A, consubstanciados em transferências realizadas de conta bancária, após o falecimento da primeira vítima, por meio de atendimento telefônico e operações realizadas via internet, de acordo com os fatos narrados na denúncia.

Com efeito, as transferências foram objeto de investigação interna da instituição financeira vitimada - BANCO HSBC BANK BRASIL S/A tanto em razão do falecimento do correntista quanto pelos altos valores envolvidos, eis que na sentença foi declarado que os desvios atingiram o montante de R\$ 284.107,50 (duzentos e oitenta e quatro mil, cento e sete reais e cinquenta centavos). Para impedir a continuidade dos delitos, a instituição financeira vítima imediatamente acionou o setor interno de investigação, noticiou o crime e, nestes autos de ação penal, pleiteou o bloqueio de bens do acusado 20.

Formando a materialidade dos crimes, consta nos autos de ação penal a notitia criminis formalizada pela instituição financeira (fls. 24/34), a certidão de óbito do correntista DIRCEU CARNEIRO (fl. 38), o laudo técnico-pericial (fls. 40/50), a certidão de bloqueio de bens (fl. 396), as gravações em áudio e vídeo (nas mídias digitais juntadas aos autos), os diversos extratos bancários (fls. 687/710 e 892/915-v.), o termo de cadastramento de- senha provisória (fl. 737), os comprovantes de desbloqueio de módulo financeiro (fls. 738/740), a tabela de consulta a número de IP das transações de internet banking (fls. 1.379/1.380-v.), além das oitivas de testemunhas, que confirmaram a existência dos delitos e imputaram a autoria inequívoca ao acusado MARCUS DE OLIVEIRA SALLES REIS.

De fato, conforme as provas dos autos, por meio da livre circulação às dependências da instituição financeira, pois era gerente e cliente da instituição financeira, o acusado utilizou um terminal do Banco HSBC para alterar a senha de acesso ao serviço telefônico da conta de DIRCEU CARNEIRO 21, e identificando-se como DIRCEU CARNEIRO no serviço telefônico 22, utilizou o mesmo serviço para recadastrar o endereço do falecido para o seu próprio 23 e pleitear um novo cartão de débito 24. Da mesma forma, identificando-se como DIRCEU CARNEIRO, e de posse de sua senha, de acordo com as diversas provas de gravações telefônicas, realizou transações financeiras, descritas como resgates de investimentos.

Ainda, de posse do cartão do correntista e de sua senha, utilizando terminais de acesso de outros funcionários, o acusado facilmente desbloqueou um específico módulo destinado a transações financeiras a distância (internet banking), por meio do qual transferiu grandes quantias a terceiros, algumas delas na própria rede interna do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HSBC (fl. 1.384), gerando um prejuízo calculado na sentença de RS 284.107,50 (duzentos e oitenta e quatro mil, cento e sete reais e cinquenta centavos), já bloqueados nestes autos de ação penal, com fins de reparação dos danos causados.

Em outro 'sentido, ainda que não faça parte da denúncia, consta nos autos que foram emitidos talonários de cheques em nome da vítima, conforme os relatos testemunhais, ainda que inclusive a sua gerente de conta, ouvida em juízo, como se verá, tenha atestado que o correntista DIRCEU CARNEIRO em nenhum momento utilizou cheques, em qualquer ocasião. Nos presentes autos, há cópias de cheques utilizados após o falecimento da vítima (fl.876) e informações de que a pessoa de ANTONIO AVELINO DA SILVA teria recebido (03) três cheques, como pagamento de venda de bens imóveis (cf. o interrogatório perante a autoridade policial de fls. 490/494 e as informações provenientes do assistente de acusação de fls.609 e 807).

(...)

Para comprovar as operações fraudulentas, são de grande valia as provas fornecidas pelo assistente de acusação, a também vítima instituição financeira BANCO HSCB BANK S/A, especialmente a partir das provas fotográficas (retiradas das gravações em vídeo) copiadas às fls.1.424/1.429, que demonstram o modus operandi da ação delitiva, pela utilização de terminais bancários para desbloquear o acesso à conta do falecido. Não somente houve a comprovação nos autos de que as liberações e operações ilícitas foram realizadas na presença do acusado na agência, da mesma forma, o acusado, com as senhas e liberações, depois de transferir o endereço da conta a seu próprio e realizar ligações ao banco, de acordo com as provas testemunhais e documentais, facilmente transferiu as grandes quantias de dinheiro narradas na denúncia (conforme os extratos de fls. 892/893 e 687), a partir da conta de nº 0054.4 9520-06, da titularidade de DIRCEU CARNEIRO 41, exatamente as declinadas na sentença:

Sendo assim, ainda que a defesa alegue a ausência de prova de que a subtração tenha sido para si, é suficiente, para a consumação do furto, que haja a subtração, com o fim de assenhoreamento definitivo, de coisa alheia móvel, seja para si ou para terceiros 42, no caso as pessoas de MORVAN TACLA, FÁCIL MULTIMARCAS LTDA - ME, NOEME BIJUTERIAS LTDA - ME e KHAWANNY BIJUTERIAS LTDA, descritas na denúncia como titulares das contas utilizadas para o recebimento dos valores fraudulentos.

E fato, também, que as fraudes foram perpetradas tanto diretamente pelo acusado, presente na instituição financeira, de forma que no interrogatório em juízo o próprio denunciado reconheceu sua imagem em gravações de vídeo, e indiretamente, a distância, por meio do serviço telefônico e de internet, de acordo com os extratos de contas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

bancárias de terceiros juntados aos autos.

Portanto, com o efetivo desfalque do patrimônio alheio, resta consumado o delito. Neste ponto, ao contrário de toda a fundamentação da defesa, que pretende afastar a qualificadora adotando a tese de ausência de relação de confiança, tanto a denúncia quanto a sentença inseriram a conduta do acusado ao furto qualificado mediante fraude, tal como consta na exordial acusatória e na fundamentação da sentença condenatória. Ora, não há discussão de que "a subtração de valores de conta corrente, mediante transferência fraudulenta, utilizada para ludibriar o sistema informatizado de proteção de valores, mantidos sob guarda bancária, sem consentimento da vítima, configura crime de furto mediante fraude, previsto no art. 155, § 4º, inciso II, do Código Penal.

Igualmente para que se reconheça o estelionato, via de regra, o agente deve obter a coisa induzindo a erro o dominus; e ainda quando este (ou alguém com poder de jure ou de facto sobre a coisa) julgue que está apenas confiando ou entregando a res a título precário (causa mandati, causa depositi, causa commodati, transportandi causa, locationis causa, etc.), outra é a intenção do agente, isto é, a de obter astuciosamente a posse da coisa em confiança ou a título precário, para dela, em seguida, se assenhorear⁴³.

Portanto, é imprescindível que o emprego dos meios fraudulentos seja a causa da obtenção da coisa. Comumente, a fraude, para assegurar o próprio êxito, procura cercar-se de uma certa encenação material (artifício) ou recorre a expedientes mais ou menos insidiosos ou astutos (ardis), para provocar ou manter (entreter, fazer persistir, reforçar) o erro da vítima. As vezes, porém, prescinde de qualquer mise en scène ou estratagema, alcançando sucesso com a simples mentira verbal e até mesmo com a simples omissão do dever de falar⁴⁴.

No caso, está consumado o estelionato, sendo vítima, além de DIRCEU CARNEIRO, o próprio Banco HSBC, cuja ocorrência restou comprovada nos autos, a partir do elemento específico do delito - a fraude - com a vontade conscientemente dirigida à astúcia que provoca ou mantém o erro alheio e à corre/ativa locupletação ilícita em detrimento de outrem⁴⁵. Ora, há nos autos provas irrefutáveis do artifício⁴⁶ perpetrado pelo acusado, pois fraudou procedimentos bancários passando-se por DIRCEU CARNEIRO, correntista falecido do banco, para obter a posse de sua senha e posteriormente subtrair e transferir o dinheiro para contas de terceiros, com dolo antecedente à fraude, em detrimento de patrimônio alheio. Há no caso dos autos especial consciência de que estava obtendo vantagem ilícita, para si ou para outrem, que decorre das diversas transferências realizadas inequivocamente pelo acusado, pois este fraudou antecipadamente procedimentos bancários, tomando posse dos dados cadastrais da vítima, da senha de conta bancária e de seu cartão, com



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

provas incontestáveis de transferências para outrem, ainda que os valores não tenham sido recuperados, notadamente para as pessoas descritas na denúncia, MORVAN TACLA e FÁCIL MÜLTIMARCAS LTDA ME.

Portanto, no caso concreto, com a subtração mediante fraude, em favor de si ou de outrem, com a mentira verbal e, se o denunciado tinha a idéia preconcebida, o propósito ab initio de obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, mentindo e induzindo em erro a vítima, consumaram-se os delitos previstos no artigo 155, § 4º, inciso II, e no artigo 171, caput, do Código Penal, que depende da efetiva obtenção da vantagem ilícita, correspondente à lesão patrimonial, exatamente como ocorrido no caso dos autos. Sendo assim, por todo o exposto e pela consumação dos delitos narrados na exordial acusatória, a sentença de condenação do acusado MARCUS DE OLIVEIRA SALLES REIS deve ser mantida em sua totalidade.

Especificamente quanto à ausência de fundamentação para a configuração da figura qualificada, também consignou a Corte Estadual que (...) tanto a denúncia quanto a sentença inseriram a conduta do acusado ao furto qualificado mediante fraude, tal como consta na exordial acusatória e na fundamentação da sentença condenatória (..) (fl. 218).

Com efeito, em análise da fundamentação da sentença, extrai-se que o réu, utilizando-se de sua condição de empregado, com base em uma relação anterior de confiança e de credibilidade, obteve dados do cadastro do correntista Dirceu Carneiro, alterou senhas e endereço de correspondência, ou seja, mediante ardil, se passou pelo cliente para transferir valores para si e para terceiros, configurando, portanto, o delito de estelionato, conforme descrito no 1º ao 13º, 15º e 16º fatos narrados na denúncia (fl. 70).

Assim, (...) não há discussão de que "a subtração de valores de conta corrente, mediante transferência fraudulenta, utilizada para ludibriar o sistema informatizado de proteção de valores, mantidos sob guarda bancária, sem consentimento da vítima, configura crime de furto mediante fraude, previsto no art. 155, § 4º, inciso II, do Código Penal (fl. 218).

Nesse sentido também é o entendimento desta corte:

**CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA.
PENAL E PROCESSUAL PENAL. FURTO
MEDIANTE FRAUDE TRANSFERÊNCIA BANCÁRIA VIA INTERNET
SEM O CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. CONSUMAÇÃO NO LOCAL DA
AGÊNCIA ONDE O CORRENTISTA POSSUI A CONTA FRAUDADA.
COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO.**

1. A Terceira Seção desta Corte Superior firmou o entendimento no sentido de que a subtração de valores de conta corrente, mediante transferência fraudulenta, utilizada para ludibriar o sistema informatizado de proteção de valores, mantidos sob guarda bancária, sem consentimento da vítima, configura crime de furto mediante fraude, previsto no art. 155, § 4º, inciso II, do Código Penal -



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CP.

2. O delito em questão consuma-se no local da agência bancária onde o correntista fraudado possui a conta, nos termos do art. 70 do Código de Processo Penal - CPP; no caso, na Comarca de Barueri/SP.

Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Barueri/SP, o suscitado.

(CC 145.576/MA, Rei. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/04/2016, DJe 20/04/2016)

É cediço que o réu se defende dos fatos expostos na peça acusatória e não da tipificação lá disposta, sendo possível a alteração da capitulação jurídica dos fatos mesmo que em segundo grau.

Frise-se que, na espécie, ambas as qualificadoras constam do mesmo inciso II do artigo 155 do Código Penal, tendo o Tribunal a quo apenas readequado a conduta criminosa apurada nos autos à capitulação jurídica que entendeu adequada.

Trata-se o caso, portanto, de situação circunscrita à hipótese definida como *emendatio libelli*, 'segundo o qual, à luz do princípio da *mihi factum, dabo tibi ius*, o juiz, e também o tribunal, poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave (artigo 383 do Código de Processo Penal) (HC 21.239/SP, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, Rei. p/ Acórdão Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 12/12/2002, DJ 04/08/2003, trecho retirado do inteiro teor da decisão).

Neste mesmo sentido, apesar de distintas as condutas típicas:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME DE EXECUÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. CONCURSO DE PESSOAS. EMENDATIO LIBELLI (ART.S 383 E 617 DO CPP). REINCIDÊNCIA.

I - Tópicos não levados ao conhecimento do e. Tribunal a quo não podem ser, sob pena de supressão de instância, apreciados por esta Corte.

II - A adequação típica pode ser alterada, em segundo grau, via *emendatio libelli* (art. 383 do CPP), nos limites do art. 617 do CPP.

III - A mudança, através de emenda, de associação, prevista no art. 14 como tipo independente, para a major ante prevista no art. 18, III, ambos da Lei 6.368/76, não ofende o princípio da *non reformatio in pejus* e nem configura julgamento *extra petita*.

VI - É reincidente o réu condenado anteriormente à pena de multa. Writ parcialmente conhecido, e aí indeferido. (HC 13.328/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

21/11/2000, DJ 18/12/2000, p. 221).

Assim, considerando os fatos narrados na denúncia e sentença, não vejo como acatar o pedido de nulidade do acórdão.

Alega, ainda, o impetrante a ocorrência de nulidades decorrentes do cerceamento de defesa porquanto o (...) causídico, especialmente durante a instrução criminal do referido feito mostrou-se efetivamente negligente ao quedar-se inerte na prática ou comparecimento de atos processuais praticados, o que gerou prejuízo material para a defesa do paciente (fl. 17).

Sustenta que (...) face a não apresentação das alegações finais conforme havia o defensor se comprometido com o paciente, foi nomeado defensor dativo para a prática deste ato, sendo ela apresentada (fl. 19).

Ocorre que, conforme consignado pelo Tribunal a quo, o patrono (...) atuou de forma diligente em diversas ocasiões, conforme a cronologia de todo o desenvolvimento processual, ajuizando "pedido de providências", em face do BANCO HSBC BANK BRASIL S/A, impetrando mandado de segurança para impedir o bloqueio judicial de numerário, além de extensa contestação naqueles autos, bem como demonstrando elevado zelo pela causa (fl. 204).

Quanto à alegação de que o patrono não participou de audiências e sequer protocolou alegações finais, o Tribunal a quo expressamente consignou que (...) na posterior audiência, para a oitiva de testemunhas de defesa, aliás irrelevantes para o deslinde dos fatos, realizada sem a presença do advogado constituído e do acusado, foi nomeado defensor para o ato (fl. 1.356) (fl. 205).

Assentou ainda que (...) Da mesma forma, para apresentar as alegações finais, consta nos autos que a defesa foi devidamente intimada (fls. 1.440/1.435, 1.455/1.456 e 1.470/1.472) e, tendo em vista que o procurador do acusado, embora devidamente intimado na audiência e pelo Diário da Justiça Eletrônico, manteve-se inerte, ao mesmo tempo em que compareceu aos autos para informar o endereço atualizado do réu (fl. 1.459), portanto com ciência inequívoca dos atos processuais realizados, não há nulidade alguma na nomeação de defensor dativo para o ato em defesa do acusado (fl. 1.473) (fl. 205).

Note-se que apenas a ausência de defesa técnica, ou situação a isto equiparável, com prejuízos demonstrados ao acusado, é apta a macular a prestação jurisdicional, na forma da Súmula n. 523 do Supremo Tribunal Federal: "No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu".

No mesmo sentido:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. NÃO COMPARECIMENTO DO ADVOGADO CONSTITUÍDO. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR AD HOC. AUSÊNCIA DE NULIDADE. PREJUÍZO NÃO COMPROVADO. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

Na espécie, o advogado constituído pelo recorrente,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

devidamente intimado, não compareceu à audiência de instrução e julgamento, ocasião em que o Magistrado condutor nomeou defensor dativo para a assistência técnica da parte.

Não há exigência legal de abertura de prazo ou de nomeação de defensor público na hipótese de ausência do profissional constituído pela parte. Com efeito, o que preconiza o art. 265, § 2º, do Código de Processo Penal é que, na ausência injustificada no profissional constituído, o juiz não determinará o adiamento de ato algum do processo, devendo nomear defensor substituto, ainda que provisoriamente ou só para o efeito do ato, bastando a nomeação de defensor ad hoc, como havido na espécie.

Ademais, no processo penal, o reconhecimento de nulidade, ainda que absoluta, dos atos processuais demanda a demonstração de prejuízo concreto, não se afigurando suficiente a simples e alegada deficiência de defesa. Nesse sentido, tem-se o entendimento consagrado pela Súmula n. 523 do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que, no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas sua deficiência só o anulará se houver prova do prejuízo para o réu. Trata-se de aplicação do brocardo jurídico pas de nullité sans grief, positivado no art. 563 do Código de Processo Penal.

Diverge do quadro fático erigido no acórdão recorrido a alegação de que o acusado requererá a assistência de defensor público anteriormente à audiência de instrução e julgamento, revelando-se o habeas corpus inviável para o reexame fático-probatório dos autos.

Outrossim, a afirmação se afigura contraditória com a notícia de que o advogado constituído pela defesa intentou comparecer à audiência, não logrando êxito em razão das condições de trânsito na localidade.

Recurso em habeas corpus a que se nega provimento.

(RHC 71.696/PR, Rei. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 08/11/2016, DJe 16/11/2016)

Ante o exposto, denego a ordem de habeas corpus, nos termos da Súmula 568/STJ.

Publique-se.

Intimem-se.

De início, quanto à alegação de que houve contradição decorrente do não reconhecimento da ausência de correlação entre denúncia e a sentença, a decisão embargada devidamente consignou que (...) *Com efeito, em análise da fundamentação da sentença, extrai-se que o réu, utilizando-se de sua condição de empregado, com base em uma relação anterior de confiança e de credibilidade, obteve dados do cadastro do correntista Dirceu Carneiro, alterou senhas e endereço de correspondência, ou seja, mediante ardil, se passou pelo cliente para transferir valores para si e para*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

terceiros, configurando, portanto, o delito de estelionato, conforme descrito no 1º ao 13º, 15º e 16º fatos narrados na denúncia (...) (fl.393).

Assim, assentou a decisão embargada que, tendo o agente se passado pelo cliente para burlar a vigilância do banco, de acordo com o entendimento desta Corte, (...) *não há discussão de que "a subtração de valores de conta corrente, mediante transferência fraudulenta, utilizada para ludibriar o sistema informatizado de proteção de valores, mantidos sob guarda bancária, sem consentimento da vítima, configura crime de furto mediante fraude, previsto no art.155, § 4º, inciso II, do Código Penal (...) (fl. 393).*

Como se vê, não há que se falar em contradição, no ponto, mas em mera irresignação do embargante com a decisão de mérito prolatada por essa Corte.

De outro lado, quanto à alegada omissão decorrente do não reconhecimento da demonstração de prejuízo sofrido pelo paciente, também restou assentado na decisão atacada que, de acordo com o Tribunal *a quo*, o patrono atuou de forma diligente em diversas ocasiões e que, no momento em que o defensor constituído manteve-se inerte, foi nomeado defensor dativo para o ato em defesa do acusado.

Portanto, também não há que se falar em ausência de defesa técnica apta a ensejar a nulidade do processo.

Assim, realmente nada impedia a readequação típica a fatos denunciados e admitidos pela sentença, sendo irrelevante a tipificação nela contida de tratar-se de abuso de confiança.

De outro lado, não há constatação de ausência de defesa no curso do processo. Ao contrário, bem indica a Corte local ter realizado a defesa providências legais obrigatórias e várias outras adicionais, revelando diligente trabalho do causídico. Finalmente, se provas outras existissem em favor do condenado, não incluídas na instrução, tem-se situação de casuístico exame, na ponderação de provas imprescindíveis, o que por ora não se tem como claramente ocorrido. Não vejo, pois, ilegalidades passíveis de direto reconhecimento nesta via de impugnação.

Por fim, esclareço que o simples descontentamento da parte com o julgado não tem o condão de tornar cabíveis os embargos declaratórios, recurso de rígidos contornos processuais que serve ao aprimoramento da decisão, mas não à sua modificação, que só muito excepcionalmente é admitida.

Ante o exposto, voto por receber os aclaratórios como agravo regimental e negar-lhe provimento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0050588-5

EDcl no
HC 391.384 / PR
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 14782862 147828622000 201052346

EM MESA

JULGADO: 16/05/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. CARLOS FREDERICO SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JORGE VICENTE SILVA
ADVOGADO : JORGE VICENTE SILVA - PR014987
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ
PACIENTE : MARCUS DE OLIVEIRA SALLES REIS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto Qualificado

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGANTE : MARCUS DE OLIVEIRA SALLES REIS
ADVOGADO : JORGE VICENTE SILVA - PR014987
EMBARGADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, recebeu os embargos como agravo regimental, ao qual negou provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.