

HABEAS CORPUS - DENÚNCIA - ALEGAÇÃO DE ERRÔNEA CAPITULAÇÃO JURÍDICA DADA AOS FATOS, QUE TERIA OBSTADO A POSSIBILIDADE DE PROPOSTA DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO - INÉRCIA DA DEFESA EM SUSCITAR A AUSÊNCIA DA PROPOSTA DO BENEFÍCIO, QUE GEROU A PRECLUSÃO

- 1. A análise do alegado erro na classificação jurídica contida na denúncia depende, no *habeas corpus*, de que do equívoco advenha efetivo prejuízo ao paciente.
- 2. No caso, o benefício, de qualquer modo, não poderia ser concedido ao paciente: a ausência de proposta de suspensão condicional do processo constitui nulidade relativa que precluiu, à falta de protesto oportuno da defesa.
- 3. E, dada a ausência de prejuízo concreto decorrente da classificação jurídica contida na denúncia, prevalece a jurisprudência do Tribunal, 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 narrado na denúncia, ao menos em tese, constituem crime. Precedentes.

HABEAS CORPUS Nº 88.156-SP - Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE

Paciente: José Roberto Magalhães. Impetrantes: Alberto Zacharias Toron e outro(a/s) Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Sr. Ministro Sepúlveda Pertence, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em indeferir o pedido de *habeas corpus*.

Brasília, 29 de agosto de 2006. - *Sepúlveda Pertence* - Relator.

Relatório

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence - O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do il. Subprocurador-Geral Mário Gisi, expôs o caso (f. 325/331):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário impetrado em favor de José Roberto Magalhães contra decisão da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem no HC nº 38.618/SP.

O paciente foi denunciado pela prática, em tese, do delito previsto no art. 171, *caput*, do Código Penal, por duas vezes, na forma do art. 69 do mesmo diploma, sendo a denúncia de pronto recebida pelo juízo da 5ª Vara Criminal do Foro Central da Capital (São Paulo - SP) em 17 de novembro de 2003.

Entendendo equivocada a capitulação jurídica dada aos fatos, uma vez que na denúncia teriam sido imputados dois delitos ao paciente e descrito apenas um único crime de estelionato - circunstância que obstou a possibilidade de oferta de suspensão condicional do processo -, os impetrantes aviaram *habeas corpus* junto ao extinto Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, argüindo constrangimento ilegal por excesso de capitulação, sem contudo obter êxito.

Impetraram, então, *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário no Superior Tribunal de Justiça, restando a ordem denegada sob o fundamento de que a capitulação jurídica dos fatos demandaria exame de matéria fática, sujeita à atividade probatória que se encontra

va apenas no início, não sendo possível, na via do *mandamus*, determinar o conceito penal aplicável à espécie. Relativamente à possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, aquela Corte frisou ser caso de aplicação do enunciado da Súmula nº 243.

Na presente via, os impetrantes reiteraram os argumentos anteriormente expendidos, de que a exordial imputou ao paciente a prática de dois delitos, descrevendo, contudo, apenas um crime de estelionato, ainda que o prejuízo causado à vítima se tenha dado em duas etapas.

Afirmaram que, a despeito de não constituir constrangimento ilegal a capitulação jurídica errônea dada aos fatos pela acusação, houve inequívoco prejuízo ao paciente no caso concreto, ante o não-oferecimento da proposta de suspensão condicional do processo pelo *Parquet*, uma vez considerado o somatório das penas mínimas cominadas em abstrato a cada um dos delitos.

Defenderam que o reconhecimento da errônea qualificação jurídica dada aos fatos prescindiria de exame de matéria fática, bastando, para tanto, mera leitura da exordial, sendo a questão passível de conhecimento na via do *habeas corpus*.

Considerando única a imputação, insistiram em que a capitulação jurídica equivocada não poderia constituir óbice à suspensão a que faz jus o paciente, cabendo ao magistrado, quando do recebimento da denúncia, adequar a referida capitulação e dar vista ao Ministério Público para que este oferecesse a mencionada proposta. Assim não procedendo, gerou imediato reflexo no *status libertatis* do paciente.

Por fim, requereram a concessão da ordem para que fosse corrigida a capitulação jurídica dada aos fatos na denúncia e reconhecido o preenchimento pelo paciente do requisito objetivo da proposta de suspensão condicional do processo, determinando-se à autoridade coatora dar vista dos autos ao *Parquet* para que se manifestasse sobre a concessão do benefício, ou fosse considerada a pena mínima cominada a cada delito, isoladamente, e não a soma das penas mínimas, para viabilizar a suspensão condicional do processo, em face da interpretação analógica do art. 119 do Código Penal.

Este o teor da denúncia oferecida contra o paciente (f. 02/06 do Apenso I):

1. Consta do incluso inquérito policial que, no dia 3 de dezembro de 2001, nesta Capital, José Roberto de Barros Magalhães, qualificado às f.

61/62, obteve para si vantagem ilícita no valor de R\$198.260,69, em prejuízo de José Carlos Deluca Magalhães, mediante a utilização de meio fraudulento.

2. Consta ainda que, no dia 19 de fevereiro de 2002, nesta Capital, José Roberto de Barros Magalhães, qualificado às f. 61/62, obteve para si, vantagem ilícita no valor de R\$ 40.000,00, em prejuízo de José Carlos Deluca Magalhães, mediante a utilização de meio fraudulento.

Segundo o apurado, o denunciado era advogado da empresa Xama Agropecuária e Participações Ltda., da qual a vítima e seus filhos eram sócios; a empresa Xama possuía 50% do controle acionário da empresa Laboratórios Sintofarma S.A., sendo que esta última foi vendida para a empresa Solvay do Brasil S.A. A empresa Xama foi encerrada no ano de 2000. Ocorre que, no início do mês de dezembro de 2001, o denunciado, a pretexto de agir ainda como advogado da empresa Xama, procurou a vítima José Carlos Deluca Magalhães e informou que a empresa Xama Agropecuária e Participações Ltda. havia sido notificada pela Receita Federal pela falta de recolhimento de 'impostos sobre dividendos', no valor de R\$ 267.651,93, e que, se os impostos fossem quitados antes do final daquele mês de dezembro de 2001, haveria um desconto e a dívida seria reduzida para R\$ 198.260,69.

O denunciado, então, solicitou à vítima que remetesse o cheque no valor em questão, pois o causídico (denunciado) cuidaria do recolhimento dos referidos tributos, bem como ajuizaria uma ação cível para reaver tais valores da empresa Sintofarma S.A., empresa esta que na verdade seria a responsável pelo pagamento de tais tributos.

Considerando a confiança que a vítima depositava no denunciado, por ter ele atuado como advogado da empresa, o ofendido José Carlos lhe entregou o cheque de sua titularidade nº SW-103.897, do Banco Itaú S.A., agência 0347, no valor de R\$ 198.260,69 (cópia de f. 13/14).

Posteriormente, no mês de fevereiro de 2002, o denunciado entrou em contato novamente com a vítima e solicitou a remessa da importância de R\$ 40.000,00, que seria destinada a atender a determinação do MM. Juiz de Direito da 26ª Vara Cível da Capital, por onde tramitava a ação cível intentada pela empresa Xama contra a empresa Sintofarma S.A., conforme acima mencionado, pois referido Magistrado determinou o depósito do valor para garantir as custas processuais e honorários advocatícios.

Novamente, a vítima, por confiar no advogado José Roberto, atendeu a sua solicitação, emitindo-lhe o cheque de sua titularidade de nº TH-630196, sacado contra o Banco Itaú S.A., agência 0347, no valor de R\$ 40.000,00 (cópia de f. 15/16).

Passado algum tempo, como o denunciado não entregou à vítima nenhum comprovante dos serviços prestados, tal como a guia do recolhimento dos tributos federais, a cópia da inicial da ação proposta e tampouco a guia referente ao depósito judicial mencionado, o ofendido José Carlos solicitou ao denunciado o imediato envio de tais documentos.

Após muita insistência, o denunciado entregou à vítima uma cópia sem autenticação de uma guia de arrecadação estadual, no valor de R\$ 40.000,00, datada de 28 de dezembro de 2001, referente a um Processo nº 2001/000.01.205763-2, com a chancela bancária do Banco Itaú S.A. (conforme cópia de f. 17).

O denunciado também entregou à vítima uma cópia de uma petição inicial de ação de cobrança da empresa Xama contra a empresa Sintofarma, uma cópia de uma transcrição de um despacho contendo a suposta determinação para o depósito pelo autor de 20% do valor da causa e a cópia de um despacho judicial de designação de audiência (cópias de f. 18/24).

Na posse de tais documentos, a vítima acabou descobrindo que havia sido ludibriada pelo denunciado. Primeiro, porque o suposto despacho determinando o depósito teria sido publicado em 08 de fevereiro de 2002 e a guia entregue pelo denunciado era datada de 28 de dezembro de 2001, ou seja, a determinação judicial para depósito foi posterior ao próprio depósito.

Na data marcada para a audiência no processo cível acima mencionado, a vítima se dirigiu ao fórum cível da Capital (26ª Vara Cível) e apurou que não havia nenhuma audiência marcada e que na verdade o denunciado não havia ingressado com nenhuma ação cível da empresa Xama contra a empresa Sintofarma, consoante foi apurado junto ao distribuidor cível da Capital. Os números dos processos que constam da cópia da inicial, no despacho transcrito e na guia de recolhimento, também não correspondem ao processo mencionado pelo denunciado à vítima (pesquisa de f. 25/31).

Foi apurado que a autenticação da guia de recolhimento de R\$ 40.000,00 é falsa, pois ela teria sido autenticada pelo Banco Itaú S.A. (f. 17), e este banco informou que referido

documento não foi arrecadado por nenhuma agência do mencionado banco (f. 32).

Apurou-se que a transcrição do despacho de f. 23 e a cópia do despacho judicial de f. 24 também são falsos.

Foi diligenciado à Receita Federal e foi apurado que não havia qualquer pendência tributária da empresa Xama Agropecuária e Participações Ltda.; aliás, a inscrição da empresa havia sido cancelada em 21 de agosto de 2000, consoante certidões negativas de débitos 34/37.

Depois de confirmar que havia sido ludibriada pelo denunciado, a vítima entrou em contato com o mesmo, e este se recusou em recebê-la, alegando 'quebra' de confiança entre cliente e advogado (f. 33).

Os cheques acima mencionados emitidos pela vítima, foram depositados na conta corrente do denunciado, consoante cópia dos extratos bancários do denunciado às f. 96/109.

Quando o denunciado soube que a vítima o havia representado criminalmente e junto à OAB/SP, depositou na conta corrente da vítima o valor de R\$ 198.267,69, após oito meses do ocorrido, sem qualquer juros e correção monetária, mas recusou-se a ressarcir o valor de R\$ 40.000,00.

Ouvido a respeito, o denunciado disse que a suposta notificação da Receita Federal lhe havia sido informada pela própria vítima e que foi esta quem lhe pediu providências para resolver o problema, entregando-lhe o cheque de R\$ 198.267,69. Em relação ao cheque de R\$ 40.000,00, entregue pela vítima ao denunciado, este alegou que se refere a honorários advocatícios, porém não esclareceu quais foram os serviços advocatícios prestados.

Ante o exposto, denuncio-o a Vossa Excelência como incurso no artigo 171, *caput*, c/c art. 69 (por duas vezes) do Código Penal.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do il. Subprocurador-Geral Mário Gisi, opinou pela denegação da ordem (f. 325/331).

É o relatório.

Voto

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence (*Relator*) - Asseverei no julgamento do HC 84.653 (1ª T., 14.07.05, Pertence, DJ de 14.10.05), *verbis*:

(...) Já não transita hoje na doutrina e na jurisprudência, com o tom apodítico e absoluto

de outrora, a máxima de que não se rejeita a denúncia, nem se corrige liminarmente a capitulação penal nela proposta, se a inicial contém a imputação de um fato definido como crime, seja este qual for.

(...) Mais tormentoso é o problema de dever ou não o juiz, liminarmente, verificar e corrigir, se for o caso, a classificação jurídica dada ao fato pela denúncia.

Constituiu aforismo correntio, para sustentar a resposta negativa, ser irrelevante a capitulação inicial, pois o objeto do processo e, por isso, da defesa do réu são os fatos imputados na denúncia, e não a classificação proposta pela acusação, cujo acerto há de ser relegado para o momento da sentença (Código de Processo Penal, art. 383).

Faz algum tempo, entretanto, esse apotegma encara desafios, dadas as notórias consequências de ordem processual e procedimental geradas pela classificação provisória do fato - aliás, desde o inquérito policial (v.g., Roberto Lira Filho - A classificação da infração penal pela autoridade policial em *Estudos (...) em homenagem a Nelson Hungria*, Forense, 1962, p. 276) - eventualmente gravosas para a liberdade e a defesa do denunciado ou apenas indiciado.

Assim, há quase três décadas, assentava o Tribunal pela voz autorizada do em. Ministro Xavier de Albuquerque - RHC 56726, 21.11.78, RTJ 88/491:

'O acórdão recorrido considerou que as omissões da denúncia podem ser supridas a todo tempo, antes da sentença final, como dispõe o art. 569 do Código de Processo Penal. E que o réu se defende do fato descrito, e não da classificação dada na denúncia.

Tenho esses conceitos como verdadeiros, mas não posso deixar de distinguir certas hipóteses, como a presente, de classificação patentemente errônea e exasperante. Em tais hipóteses, penso que se configura ilegalidade reparável pelo *habeas corpus*.'

O tema ganhou relevo mais dramático a partir da vedação legal da liberdade provisória nos processos por crimes hediondos; e, por isso, tem sido objeto de algumas valiosas reflexões doutrinárias (cf., v.g., Thiago Bottino do Amaral, *A emendatio libelli* no recebimento da denúncia, Direito Federal, *AJUFE* 63/287; José Marçal de Assis - Viabilidade da *emendatio libelli* no recebimento da denúncia, *ICE/ES* 2/117; Luís de Barros Vidal - Homicídio qualificado e procedimento do Júri, *RBCrim* 32/94).

O Superior Tribunal de Justiça - além do acórdão ora questionado - tem significativas decisões a respeito, dentre as quais se distinguem dois arestos conduzidos pelo d. Ministro Felix Fischer (cf. STJ, *HHCC* 5356, 25.08.97; e 12627, 17.08.00, *RT* 787/564.3), que acolheram ambos, como fundamento, um precioso julgado do extinto Tribunal de Alçada do Paraná, da lavra do il. Des. Luiz Viel, no qual se analisa a matéria com precisão e riqueza de informação doutrinária e jurisprudencial.

Dispensando os eminentes Colegas de reproduzir ou resenhar a fundamentação com a qual nele se puseram em xeque, no tópico, as afirmações iterativas de que 'a denúncia é uma proposta a ser provada e o direito de produzir essa prova é irrecusável; e a definição jurídica dos fatos é sempre provisória, e a oportunidade que tem o juiz de retificá-la é na sentença': levá-los, em qualquer hipótese, às últimas conseqüências implicaria fazer abstração dos constrangimentos ilegais que podem advir da errônea qualificação jurídica inicial do fato, visto que provisória (cf. § 35, retro).

Desse modo, impõe-se, ao meu ver, uma distinção elementar.

IV

Se se tem, na denúncia, simples erro de direito na tipificação da imputação de fato idoneamente formulado - sem prejuízo de melhor exame, quando necessário (confira-se, a propósito, a crítica à solução de Luiz de Barros Vidal, ob. loc. cit.) -, admito ser possível ao juiz, sem antecipar formalmente a desclassificação, afastar de logo as conseqüências processuais ou procedimentais decorrentes do equívoco e prejudiciais ao acusado.

Assim sucedia no caso objeto, no STJ, do mencionado *RHC* 12.627, no qual se concedeu liberdade provisória ao réu - não obstante a acusação de homicídio qualificado - porque, conforme o voto condutor do Ministro Fischer - 'Sem que se queira adentrar no campo de confronto das provas, percebe-se de plano, até à *vol d'oiseau*, que a exordial acusatória, em sua narrativa, não descreve situações que se ajustem às qualificadoras dos incisos II (motivo fútil) e IV (recurso que tornou impossível a defesa do ofendido)'. 'A questão' - acentuou, por isso, o Ministro Fischer (*RT* 787/571) - 'não é propriamente de *emendatio libelli* (...). Na verdade, trata-se apenas de não dar os efeitos processuais a uma tipificação, esta sim, precipitada'.

De minha parte - diversamente de S.Exa., que a tacha de afoita -, na mesma hipótese de

erro de direito na classificação do fato descrito na denúncia, não teria objeções de princípio a que pudesse, de logo, proceder-se à desclassificação e receber a denúncia com a tipificação adequada à imputação fática veiculada: essa, por exemplo, a solução adequada, se, no caso, da qualificação jurídica do fato imputado depender a fixação da competência ou a eleição do procedimento a seguir. (...)

Na mesma linha, em tese, caberia a correção inicial da capitulação proposta na denúncia se desta resultasse a inviabilidade da proposta de suspensão condicional do processo.

II

Donde o requerimento inicial contido na impetração, de que, à vista do tradicional entendimento do Tribunal, segundo o qual não cabe a suspensão condicional do processo na hipótese de concurso de crimes - entendimento ao qual não me alinho e que hoje se encontra em discussão no plenário (v.g., *HC* 83.163, *Pertence - Informativos* 317 e 417) -, seja corrigida a capitulação contida na denúncia, possibilitando-se, assim, a proposta do benefício.

De fato, a análise do alegado erro na classificação jurídica contida na denúncia depende, no *habeas corpus*, de que do equívoco advenha efetivo prejuízo ao paciente.

E, no caso, parte a impetração da premissa de que o prejuízo estaria no alegado erro na classificação, o qual, se corrigido, permitiria a proposta do benefício (Lei 9.099/95, art. 89).

A premissa, contudo, é falsa.

Ainda que se considere que os fatos narrados na denúncia constituem um delito único, o benefício, aqui, de qualquer modo não poderia ser concedido ao paciente: a ausência de proposta de suspensão condicional do processo constitui nulidade relativa que, no caso, precluiu, à falta de protesto oportuno da defesa (Apenso II, f. 293/294 - defesa prévia) - v.g., *HC* 86.039, 1ª T., Marco Aurélio, *DJ* de 17.02.06. Colhe-se da ementa do julgado:

Suspensão condicional do processo - Inexistência de manifestação do ministério público - Nulidade - Natureza. - A nulidade decorrente do silêncio, na denúncia, quanto à suspensão condicional do processo é relativa, ficando preclusa se não versada pela defesa no momento próprio.

E, dada a ausência de prejuízo concreto decorrente da classificação jurídica contida na denúncia, prevalece a jurisprudência do Tribunal, 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 narrado na denúncia, ao menos em tese, constituem crime (v.g., *HHCC* 71.669, 2ª T., 31.10.95, Velloso, *DJ* de 02.02.96; 82.208, 1ª T., 29.10.02, Ilmar, *DJ* de 06.12.02; 73.815, 1ª T., 23.04.96, O. Gallotti, *DJ* de 14.11.96; 72.286, 2ª T., M. Corrêa, *RTJ* 160/299; *RHC* 81.059, 2ª T., 14.08.01, Jobim, *DJ* de 14.03.03; *RHC* 58.646, 2ª T., 13.03.81, C. Guerra, *DJ* de 10.04.81).

É solução que se recomenda, ademais, até para que se evite um prejulgamento desnecessário: quem sabe, aqui, se reconhecesse o concurso de crimes quando, no juízo local, eventualmente se possa vir a afirmar a existência de apenas um.

III

A ordem, de outro lado, também deve ser denegada quanto ao pedido subsidiário, qual

seja, para que se determine a proposta do *sursis* processual à vista do entendimento de que o concurso de crimes não o impediria.

A tese, ainda que polêmica e em discussão no Tribunal, não desobriga a defesa do ônus de suscitar a ausência da proposta do benefício, cuja inércia, no caso, gerou a preclusão.

Este o quadro, indefiro a ordem: é o meu voto.

Extrato de ata

Decisão: A Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*. Unânime. 1ª Turma, 29.08.2006.

Presidência do Ministro Sepúlveda Pertence. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Carlos Britto, Ricardo Lewandowski e a Ministra Cármen Lúcia. Compareceu o Ministro Eros Grau a fim de participar de julgamento de processo a ele vinculado, assumindo a cadeira do Ministro Ricardo Lewandowski.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot.

Ricardo Dias Duarte - Coordenador.

(Publicado no *DJU* de 15.09.2006.)
