

1. *Habeas corpus*.

2. Paciente condenado pela prática do delito previsto no art. 168, § 1º, inciso III, na forma do art. 71 do CP.

3. Alegada violação ao art. 384 do CPP e ao princípio *ne bis in idem*, por supostamente considerada a mesma circunstância no estabelecimento da pena-base e na imposição da causa de aumento, qual seja o exercício da função de gerente-geral junto à agência bancária em que trabalhava.

4. É prescindível a menção expressa ao inciso III do § 1º do art. 168 do CP, haja vista que o réu não se defende da capitulação do fato, mas sim do fato descrito na denúncia. Aplicação da regra do art. 383 do CPP.

5. Ausência de ofensa ao princípio *ne bis in idem*, tendo em vista que a fixação da pena-base acima do mínimo legal atendeu a fundamento específico, que não se confunde com a razão para a aplicação da circunstância para aumento de pena, prevista no referido inciso III do § 1º do art. 168 do CP.

HABEAS CORPUS Nº 84.592-4/RJ - Relator: Ministro GILMAR MENDES

Paciente: João Cândido dos Santos. Impetrante: Alan Macabu Araújo. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do Senhor Ministro Celso de Mello, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, indeferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 8 de março de 2005. - *Ministro Gilmar Mendes* - Relator.

Relatório

O Senhor Ministro Gilmar Mendes (Relator) – Cuida-se de *habeas corpus* em que se impugna acórdão proferido pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça.

O eminente Relator do acórdão proferido no STJ, Ministro Hamilton Carvalhido, assim descreveu o caso:

- *Habeas corpus* contra a Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que, provendo parcialmente o apelo interposto por João Cândido dos Santos, extinguiu a punibilidade quanto ao crime tipificado no art. 288 do Código Penal, preservando, no entanto, a pena que lhe foi imposta pela prática do delito tipificado no art. 168, § 1º, inciso III, na forma do art. 71 do Código Penal, em quatro anos, cinco meses e 10 dias de reclusão, a ser cumprida inicial-

mente em regime semi-aberto, em acórdão assim ementado:

“Apropriação indébita. Quadrilha. Preliminares de extinção da punibilidade e de nulidade. Absolvição. Se os réus foram condenados pelas condutas delituosas tipificadas nos art. 168, § 1º, inciso III, n/f do art. 71 e art. 288, *caput*, n/f do art. 69, todos do Código Penal, decorrido lapso temporal capaz de ensejar a extinção da punibilidade pela prescrição, é de ser decretada no que for pertinente. Havendo prova segura da prática da conduta delituosa tipificada no art. 168, § 1º, inciso III, do Código Penal, não alcançada pela prescrição, ratifica-se o decreto condenatório. Provimento em parte dos recursos defensivos” (f. 45).

A impetração está fundada nas seguintes nulidades:

a) violação do art. 384 do Código de Processo Penal, ante a aplicação da causa especial de aumento de pena prevista no inciso III do § 1º do art. 168 do Código Penal, embora não ventilada na denúncia;

b) violação do princípio *ne bis in idem*, por considerada a mesma circunstância no estabelecimento da pena-base e na imposição da causa de aumento, aduzindo que “...o paciente teve sua pena-base fixada acima do mínimo legal, considerando a gravidade de sua conduta, em razão da função que exercia junto à agência bancária, mesma circunstância adotada em razão da qualificadora, ou seja, teve o mesmo sua pena elevada por duas vezes em razão do mesmo argumento (...)” (f. 10).

Pugna, ao final, pela concessão da ordem, para que “seja a pena imposta ao paciente adequada ao mínimo legal, aplicando-se, *in casu*, o mesmo procedimento adotado com relação

aos demais denunciados, declarando, ao final, extinta a punibilidade, em face da ocorrência da prescrição retroativa da pretensão punitiva estatal, já reconhecida no acórdão combatido” (f. 105/106).

A ordem foi denegada pelo STJ, em decisão assim ementada:

Habeas corpus. Direito Processual Penal e Direito Penal. *Mutatio libelli*. Não-caracterização. Individualização da pena. Violação do princípio *ne bis in idem*. Inocorrência.

1. Se os fatos imputados pelo Ministério Público ao réu constituem, na sua identidade, o objeto da decisão judicial, que lhes atribui classificação jurídica diversa da proposta pela Acusação Pública, caracteriza-se a *emendatio libelli*, cuidada no art. 383 do Código de Processo Penal, expressão do princípio *iura novit curia*.

2. Não havendo dupla valoração e função de uma só e mesma circunstância, não há falar em violação do princípio *ne bis in idem*, na individualização da pena.

2. Ordem denegada.

O presente *habeas corpus* repete os argumentos levados ao Superior Tribunal de Justiça.

Indeferi a liminar (f. 86)

Prestadas as informações (f. 102/111), manifestou-se o Ministério Público, em parecer da lavra do ilustre Dr. Haroldo Ferraz da Nóbrega, Subprocurador-Geral da República, no sentido do indeferimento desta ação.

É o relatório.

Voto

O Senhor Ministro Gilmar Mendes (Relator) - O Ministro Carvalhido inicia seu voto com a transcrição de trechos essenciais da denúncia, da sentença de primeiro grau e do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça, *verbis*:

Por primeiro, esta, a letra da exordial acusatória:

“(…)

Com o fim do bloqueio determinado pelo Plano Cruzado e valendo-se da ignorância dos correntistas que não tinham ciência de onde estariam depositadas as quantias ou, ainda, como deveriam proceder para revê-las, os ora denunciados, imediatamente no dia seguinte ao desbloqueio, começaram a efetuar os saques nas referidas contas mediante a falsificação da assinatura do correntista, sendo que um dos gerentes ou outro funcionário dentre os denunciados autorizava o saque, mediante visto de que a firma ali aposta conferia com a mantida na ficha cadastral, apropriando-se do produto dos saques ilegais.

(…)

Que a mecânica delitiva seguia o seguinte padrão:

Que os ora denunciados, todos ex-funcionários do Banco América do Sul S.A., se associaram para a prática de delitos contra o patrimônio, valendo-se das funções que desempenhavam junto à agência de Nova Iguaçu da citada entidade bancária, a saber:

João Cândido dos Santos – Gerente; Valdecir Rosa Pereira – Gerente Administrativo; Mariza Izabel Magalhães – Escriturária; Meyrelucy Braga Luz – Escriturária; Marcelo Araújo de Oliveira – Chefe de Serviço; Pablo Garcia Parga – Subgerente Administrativo; e Heliane Monteiro de Mello – Escriturária.

Que os ora denunciados, no período de 16 de agosto de 1991 a 15 de maio de 1992, na agência de Nova Iguaçu, nessa cidade, em comunhão de ações e desígnios, livre e conscientemente, obtiveram vantagens ilícitas para os próprios, consubstanciadas na apropriação de valores que estavam depositados em contas de 94 (noventa e quatro) clientes, num total de 102 (cento e duas) contas de depósitos remuneradas (DER), contrafazendo a assinaturas dos titulares nos documentos de saques, totalizando o montante da fraude no valor de Cr\$ 33.855.381,87 (trinta e três milhões, oitocentos e cinquenta e cinco mil, trezentos e oitenta e um cruzeiros e oitenta e sete centavos), tendo sido falsificadas 188 (cento e oitenta e oito) fichas retiradas.

(…)

Assim agindo, consciente e voluntariamente, os denunciados, em concurso de ações e desígnios, praticaram em concurso material os crimes de bando ou quadrilha, apropriação indébita e falsificação de documento particular, estando, pois, incursos nas penas dos arts. 288, 168 e 298 c/c o art. 69, todos do Código Penal.

(...)” (f. 12/15).

Esta, a da sentença condenatória, no que interessa à espécie:

“(...

Assim comprovadas a existência e a autoria na pessoa de todos os réus de dois dos delitos narrados nos autos; em sendo os fatos típicos e antijurídicos e culpáveis os agentes, eis que inócenas suas correlatas causas de exclusão, impõe-se acolher parcialmente a pretensão punitiva estatal, em razão do que passo a fixar as penas.

(...

O acusado João Cândido dos Santos é réu primário e portador de bons antecedentes criminais. Em sua FAC, às f. 1.594/1.596, há outra anotação penal, mas datando de 1953 e sendo relativa a um delito de lesão corporal, merece, pois, ser desconsiderada. Todavia, sendo ele o gerente-geral da agência bancária onde ocorreram os fatos delituosos, a sua conduta revela-se sobremaneira agravada, eis que deveria ser o primeiro a estar zelando pela lisura de todas as transações financeiras ali realizadas. Além disto, as provas indicam que ele foi o principal responsável pelos saques fraudulentos realizados, dando início a todo o procedimento e estimulando a atividade dos demais, sendo inclusive o responsável pela remuneração conferida aos demais réus. Atenta, portanto, a todas estas circunstâncias, fixo a pena-base em 2 (dois) anos de reclusão e 24 (vinte e quatro) dias-multa. Tratando-se de crime qualificado, eis que praticado em virtude de emprego, elevo a pena acima fixada em 1/3 (um terço), perfazendo 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 32 (trinta e dois) dias-multa. Finalmente, considerando a continuidade delitiva e o elevado número de correntistas lesados, cerca de 94 (noventa e quatro), elevo a pena até aqui fixada em 2/3 (dois terços), atingindo 4 (quatro) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 53

(cinquenta e três) dias-multa, pena esta que torno definitiva à míngua de outras moduladoras.

(...)” (f. 78).

Por fim, a do acórdão impugnado:

“(...

Com efeito a sentença de primeiro grau abordou com precisão todos os detalhes, fatos e provas para individualizar circunstanciadamente as penas impostas a cada acusado, os quais, embora aleguem insuficiência de provas, não lograram afastar a imputação pelas condutas criminosas, demonstrada a formação de quadrilha e o êxito no empreendimento criminoso, com a retirada de valores em prejuízo de nada menos que 94 (noventa e quatro) correntistas.

(...)” (f. 48).

Em seguida, Carvalhido formula as seguintes considerações:

Tem-se, assim, que, denunciado como incurso nas sanções dos arts. 288, 168, 298, combinado com o art. 69, todos do Código Penal, viu-se o paciente condenado como incurso nas sanções dos arts. 288 e 168, § 1º, inciso III, combinado com o art. 71, todos do Código Penal.

Não há, contudo, falar em nulidade da sentença ou do acórdão, eis que, embora a definição jurídica judicial dos fatos delituosos tenha sido diversa da sua classificação jurídica pelo Ministério Público, um só e mesmo conjunto de fatos constitui o objeto da imputação ministerial e da definição judicial, em identidade perfeita.

Caracteriza-se, pois, a *emendatio libelli*, e não a *mutatio libelli*, incidindo na espécie a regra inserta no art. 383 do Código de Processo Penal.

Passo adiante, recusa-se também a alegação de que violaram a sentença e o acórdão o princípio *ne bis in idem*, não havendo, como não houve, dupla valoração qualquer da mesma circunstância.

O que determinou a fixação da pena-base acima do mínimo legal não foi o fato do estabelecimento do poder de disponibilidade do paciente sobre a coisa, que havia resultado do

seu emprego (art. 168, § 1º, inciso III, do Código Penal), mas, sim, o fato de que, sendo o paciente o gerente-geral da agência bancária, com dever de zelo pela lisura das transações financeiras do banco, “foi o principal responsável pelos saques fraudulentos realizados, dando início a todo o procedimento e estimulando a atividade dos demais, sendo inclusive o responsável pela remuneração conferida aos demais réus (art. 59 do Código Penal).

Por sua vez, o Ministério Público, no parecer do eminente Dr. Haroldo Ferraz da Nóbrega, aduz o seguinte:

Ora, a circunstância especial de aumento de pena (art. 168, parágrafo único, inciso III, do CP) estava perfeitamente descrita na denúncia, mesmo não tendo esta correta capitulação (capitulação apenas no *caput* do art. 168 do CP), ou seja, fez uma capitulação incompleta.

O réu, como é certo, defende-se do fato descrito, e não do fato capitulado.

A omissão da denúncia – que não causou prejuízo ao paciente – consistiu apenas na falta de articulação da circunstância especial de aumento (§ 1º, inciso III, do art. 168 do CP), mas que estava perfeitamente descrita no seu relato.

Não há a nulidade.

Em seguida, valendo-se da fundamentação adotada pelo STJ, o ilustre Subprocurador refutou os demais argumentos da impetração e concluiu seu parecer pelo indeferimento da ordem.

Adoto, integralmente, as razões formuladas pelo Ministro Hamilton Carvalhido, assim como as considerações trazidas pelo Ministério Público.

Na denúncia, está dito claramente que o paciente teria praticado a conduta ilícita, valendo-se da condição de funcionário da referida agência bancária. Não há menção expressa ao inciso III do § 1º do art. 168 do CPP, mas isso obviamente não é necessário, haja vista que o réu não se defende da capitulação do fato, mas sim do fato descrito na denúncia. Aplica-se, nesse ponto, a regra do art. 383 do Código de Processo Penal.

Também não se verifica a afronta ao princípio *ne bis in idem*. Conforme bem expôs o Relator do acórdão impugnado, assim como o Ministério Público, a fixação da pena-base acima do mínimo legal atendeu a fundamento específico, que não se confunde com a razão para a aplicação da circunstância para aumento de pena prevista no referido inciso III do § 1º do art. 168.

Assim, concluo meu voto no sentido do indeferimento do presente *habeas corpus*.

Extrato de ata

Decisão: A Turma, por votação unânime, indeferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. 2ª Turma, 08.03.2005.

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Senhores Ministros Carlos Velloso, Ellen Gracie, Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Haroldo Ferraz da Nóbrega.

Carlos Alberto Cantanhede – Coordenador.

(Publicado no DJU de 08.04.2005.)

-:-:-