

20/03/2012

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 109.098 RIO DE JANEIRO

RELATOR : **MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**
PACTE.(S) : **ANDRÉ LUIZ RANGEL ALZEMAN**
PACTE.(S) : **EDUARDO FERREIRA DE MESQUITA**
PACTE.(S) : **JOSÉ FELIPE DO NASCIMENTO**
IMPTE.(S) : **DANIELLE RANGEL ALZEMAN**
COATOR(A/S)(ES) : **RELATOR DO HABEAS CORPUS 148190 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. NULIDADE DO JULGAMENTO DO WRIT NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO DA IMPETRANTE PARA AQUELE ATO. NÃO OCORRÊNCIA. NÃO COMPROVAÇÃO DE PEDIDO EXPRESSO AO RELATOR. *MUTATIO LIBELLI*. PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 348 DO CPP. REDAÇÃO ANTERIOR. ADITAMENTO DA DENÚNCIA OCORRIDO DURANTE O PERÍODO DE *VACATIO LEGIS* DA LEI 11.719/2008, QUE ALTEROU AQUELE DISPOSITIVO. LEGALIDADE DO ATO PRATICADO. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO. ORDEM DENEGADA.

I – De fato, esta Corte tem manifestado o entendimento de que, sendo revelada, pela defesa, a intenção de sustentar oralmente as teses da impetração, deve ser assegurada a ela tal possibilidade. Precedentes.

II – Por essa razão este Tribunal, por meio da Emenda Regimental 30/2009, incluiu o § 2º no art. 192 do Regimento Interno, de maneira a prever a cientificação da defesa, por qualquer meio, da data do julgamento dos *habeas corpus*, se assim ela o requerer.

III – A impetrante não logrou demonstrar, nestes autos, a existência de manifestação prévia na qual estivesse evidenciado o interesse em realizar sustentação oral no STJ, tornando-se impossível aferir eventual violação ao princípio da ampla defesa. A mera alegação de pedido verbal ao gabinete do Ministro Relator, destituída de qualquer prova pré-constituída, não legitima o pedido.

HC 109.098 / RJ

IV – A recepção do aditamento da denúncia deu-se em 2/7/2008, enquanto ainda vigorava a redação original do parágrafo único do art. 384 do Código de Processo Penal (*mutatio libelli*), considerando que, embora a Lei 11.719/2008 (modificadora) tenha sido publicada em 23/6/2008, ela entrou em vigor somente em 22/8/2008, em respeito à *vacatio legis* de 60 dias, prevista no seu art. 2º.

V – Assim, não há qualquer nulidade a ser sanada por meio deste *habeas corpus*, uma vez que a juíza de primeiro grau deu plena aplicação à norma processual vigente à época dos fatos, não sendo suficientes os argumentos de que a nova regra seria mais benéfica aos réus e que a redação primitiva do art. 384 afrontava o princípio da imparcialidade do órgão jurisdicional.

VI – Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Ayres Britto, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por decisão unânime, denegar a ordem, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello.

Brasília, 20 de março de 2012.

RICARDO LEWANDOWSKI – RELATOR

20/09/2011

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 109.098 RIO DE JANEIRO

RELATOR : **MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**
PACTE.(S) : **ANDRÉ LUIZ RANGEL ALZEMAN**
PACTE.(S) : **EDUARDO FERREIRA DE MESQUITA**
PACTE.(S) : **JOSÉ FELIPE DO NASCIMENTO**
IMPTE.(S) : **DANIELLE RANGEL ALZEMAN**
COATOR(A/S)(ES) : **RELATOR DO HABEAS CORPUS 148190 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO **RICARDO LEWANDOWSKI** (RELATOR): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de medida liminar, impetrado por Danielle Rangel Alzeman em favor de **ANDRÉ LUIZ RANGEL ALZEMAN**, **EDUARDO FERREIRA DE MESQUITA** e **JOSÉ FELIPE DO NASCIMENTO**, contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem no HC 148.190/RJ, Rel. Min. Adilson Vieira Macabu (Desembargador Convocado do TJ/RJ).

A impetrante narra, de início, que os pacientes foram presos em flagrante pela suposta prática do crime de concussão, porque, em 4/2/2008, teriam abordado Marco Antônio de Moraes Gimenez Júnior e Renan Vieira Ferreira, no município de Arraial do Cabo/RJ, e os conduzidos até a 15ª Delegacia de Polícia Civil, na cidade do Rio de Janeiro/RJ, ocasião em que teriam exigido vantagem econômica para não cumprir um mandado de prisão expedido contra Marco Antônio pelo Juízo da 37ª Vara Criminal do Rio de Janeiro, nos autos da ação penal em que é processado pelo delito de tráfico de drogas.

Aduz, mais, que, após o encerramento do inquérito policial, os pacientes foram denunciados por terem realizado, em tese, as condutas descritas no art. 148 (sequestro e cárcere privado - duas vezes),

HC 109.098 / RJ

combinado com o art. 70, art. 157, § 2º, II (roubo qualificado pelo concurso de pessoas), e art. 316 (concussão), todos combinados com o art. 69 do Código Penal. Nessa mesma oportunidade, Marco Antônio de Moraes Gimenez Júnior, a suposta vítima, também foi denunciado como incurso no art. 304 do Código Penal (uso de documento falso), por ter apresentado, no momento da abordagem, um documento de identidade falso.

Prossegue, informando que, com o término da instrução criminal, as partes apresentaram alegações finais, tendo o Ministério Público Estadual, na sequência, formulado aditamento à denúncia para dar nova definição jurídica aos fatos e atribuir aos pacientes a autoria do delito previsto no art. 159 (extorsão mediante sequestro), e não mais a infração do art. 316, uma vez que teriam exigido R\$ 10.000,00 da suposta vítima, como condição de preço ou resgate, pois, caso contrário, a matariam.

Em 8/7/2008, os pacientes foram condenados à pena de dez anos e seis meses de reclusão, pela prática do crime do art. 148, quanto à vítima Renan, e do art. 159, em relação à vítima Marco Antônio, em concurso material (art. 69 do CP), sendo este absolvido da imputação que lhe foi feita.

Relata, ainda, que, contra a sentença condenatória, a defesa apelou para o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que negou provimento ao recurso, mantendo íntegro o édito condenatório. Desse *decisum* foi interposto recurso especial, não admitido, sendo apresentado o respectivo agravo de instrumento para o Superior Tribunal de Justiça, o qual se encontra pendente de apreciação.

Acrescenta, outrossim, que a defesa também manejou *habeas corpus* no STJ, no qual alegou a nulidade do aditamento da denúncia, sendo a ordem denegada.

HC 109.098 / RJ

É contra essa última decisão que se insurge a impetrante.

Suscita, preliminarmente, a nulidade do julgamento do HC 148.190/RJ, realizado no Superior Tribunal de Justiça, alegando que não foi intimada para aquele ato processual.

Afirma, para tanto, que compareceu ao gabinete do então Relator, o Ministro Arnaldo Esteves Lima, e requereu, verbalmente, “*sua intimação da data de julgamento do referido writ a fim de sustentar oralmente as razões do remédio constitucional impetrado, tendo sido cientificada de que sua solicitação de sustentação oral havia sido cadastrada no sistema interno do Superior Tribunal de Justiça*”.

Diz que, apesar desse pedido, a Quinta Turma do STJ, em 22/3/2011, denegou a ordem, “*sem que a impetrante fosse intimada da data da sessão de julgamento, em flagrante violação à ampla defesa dos pacientes diante do pedido expresse realizado*”.

Argumenta, em abono, que, além do pedido verbal formalizado no gabinete do Ministro Relator, para realizar sustentação oral no julgamento do HC 148.190/RJ, já havia apresentado solicitação por escrito nos autos do HC 125.568/RJ, também distribuído ao Ministro Arnaldo Esteves Lima, no qual se discutia a validade das prisões cautelares dos mesmos pacientes, de modo que teria condições de sustentar oralmente as duas impetrações.

Pede, então, quanto a essa preliminar, seja anulado o referido julgamento para que outro seja realizado com a presença da impetrante, oportunizando a sustentação oral das teses veiculadas no *writ*.

No que concerne ao mérito do HC, sustenta, inicialmente, que a baixa dos autos pelo magistrado processante, após a apresentação das alegações finais, para que o *Parquet* Estadual procedesse ao aditamento da

HC 109.098 / RJ

denúncia, viola frontalmente o princípio da imparcialidade do juiz, tendo em vista a nova redação do art. 384 do Código de Processo Penal (dada pela Lei 11.719/2008), que não mais permite esta iniciativa.

Ressalta, ainda, que “o despacho que determinou a remessa dos autos ao Ministério Público já descrevia a conduta vislumbrada pelo Juízo, consistindo mais em uma ordem velada de aditamento do que em concessão de oportunidade de revisão dos fatos pelo Ministério Público” (grifos no original).

Assevera, outrossim, que, apesar de o despacho ordinatório ter sido exarado durante a *vacatio legis* da Lei 11.719/2008, o juízo processante deveria ter prestigiado a nova redação conferida ao art. 384 do Código de Processo Penal. Primeiro, por se tratar de um período de conformação dos novos comandos processuais e, segundo, porque a redação anterior daquele dispositivo afrontava o princípio da imparcialidade do órgão jurisdicional.

Destaca, em seguida, que não foi oportunizado à defesa o oferecimento de alegações finais após o aditamento à denúncia pelo *Parquet*, o que torna a sentença nula de pleno direito, por violação dos princípios do devido processo legal e da ampla defesa.

Alega, ainda, quanto a esse ponto, que, após o reinterrogatório dos pacientes, concedeu-se prazo à defesa apenas para a produção de novas provas, *“o que não pode, de forma alguma, ser confundido com abertura de prazo para apresentação de alegações finais, que, nos termos da legislação em vigor, deveriam ser escritas, mediante a abertura de prazo e vista às partes”*, conforme disciplinavam os arts. 499 e 500 do Código de Processo Penal.

Requer, ao final, a concessão de medida liminar para que os pacientes possam aguardar em liberdade o julgamento deste *writ*, uma vez que, reconhecida a nulidade da sentença condenatória, estará configurado o excesso de prazo das prisões cautelares.

HC 109.098 / RJ

No mérito, postula, preliminarmente, a anulação do julgamento do HC 148.190/RJ no STJ para que outro seja realizado com a presença da impetrante, oportunizando a sustentação oral. Ultrapassada a preliminar, pede a concessão da ordem para que a sentença seja anulada, a partir do despacho que determinou a baixa dos autos para o aditamento da denúncia.

Alternativamente, pede a anulação da sentença de primeiro grau desde o reinterrogatório dos pacientes, abrindo prazo para que a defesa apresente novas alegações e possa se manifestar sobre a nova definição jurídica imputada aos pacientes, quanto ao delito do art. 159 do CP, pleiteando, em qualquer das hipóteses acima, a consequente expedição de alvará de soltura por excesso de prazo das prisões cautelares.

Por derradeiro, solicita a sua intimação para a sessão de julgamento deste *habeas corpus*, a fim de sustentar oralmente os termos da impetração.

Em 30/6/2011, indeferi a medida liminar, solicitei informações ao Juízo da 19ª Vara Criminal da Comarca da Capital (Rio de Janeiro) e determinei, na sequência, fosse ouvido o Procurador-Geral da República.

As informações foram prestadas por meio do Ofício 39/GAB/2011, de 18/7/2011.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Mario José Gisi, manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

20/09/2011

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 109.098 RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR): Bem examinados os autos, tenho que o caso é de denegação da ordem.

Inicialmente, quanto à arguição de nulidade do julgamento do HC 148.190/RJ no Superior Tribunal de Justiça, em virtude da ausência de intimação da defesa para sustentar oralmente os termos da impetração, penso que não tem razão a impetrante.

De fato, esta Corte tem manifestado o entendimento de que, sendo revelada, pela defesa, a intenção de sustentar oralmente as teses da impetração, deve ser assegurada a ela tal possibilidade (nesse sentido: RHC's 90.891/GO e 89.135/SP, Rel. Min. Cezar Peluso; HC-MC 88.504/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, entre outros).

Por essa razão, este Tribunal, por meio da Emenda Regimental 30/2009, incluiu o § 2º no art. 192 do Regimento Interno, de maneira a prever a cientificação da defesa, por qualquer meio, da data do julgamento dos *habeas corpus*, se assim ela o requerer.

Eis a redação deste dispositivo:

“Art. 192. Quando a matéria for objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal, o Relator poderá desde logo denegar ou conceder a ordem, ainda que de ofício, à vista da documentação da petição inicial ou do teor das informações.

(...)

§ 2º Não apresentado o processo na primeira sessão, o impetrante poderá requerer seja cientificado pelo Gabinete, por qualquer via, da data do julgamento”.

HC 109.098 / RJ

Contudo, verifico que a impetrante não logrou demonstrar, nestes autos, a existência de manifestação prévia na qual estivesse evidenciado o interesse em realizar sustentação oral no STJ, tornando-se impossível aferir eventual violação ao princípio da ampla defesa. A mera alegação de pedido verbal ao gabinete do Ministro Relator, destituída de qualquer prova pré-constituída, não legitima o pedido.

Nesse sentido foi o parecer do Ministério Público Federal, que destacou o seguinte:

“(…)

Todavia, consoante andamento processual do HC nº 148.190/RJ, extraído da página eletrônica do Superior Tribunal de Justiça, não se constata o registro, na hipótese, de qualquer requerimento expresso da defesa objetivando a realização de sustentação oral.

Convém frisar, no ponto, que a defesa dos pacientes não cuidou de trazer para os autos a necessária comprovação de que esteve no Gabinete do então Relator do feito, o Ministro Arnaldo Esteves Lima, e manifestou, verbalmente, a sua intenção de promover a sustentação oral, tendo sido informada, naquele momento, de que o seu pleito fora lançado no sistema interno daquela Corte Superior.

A impetração deve vir adequadamente instruída e, na espécie, não há qualquer prova pré-constituída relativa à existência de requerimento – ainda que verbal – para prévia cientificação da data do julgamento do writ, buscando a realização de sustentação oral, motivo pelo qual nada há a prover. O ônus da prova, também em sede de habeas corpus, cabe a quem alega”.

Quanto aos argumentos de mérito, melhor sorte não assiste à impetrante.

O acórdão ora questionado tem a seguinte ementa:

“HABEAS CORPUS. CÁRCERE PRIVADO E EXTORSÃO

HC 109.098 / RJ

MEDIANTE SEQUESTRO. ADITAMENTO DA DENÚNCIA. NOVA DEFINIÇÃO JURÍDICA. PRINCÍPIOS DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NULIDADE INOCORRENTE. ORDEM DENEGADA.

1. Não há que se falar em violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, porquanto incorre o alegado cerceamento, vez que obedecido o disposto no art. 384, do CPP, designando a Magistrada, naquela ocasião, reinterrogatório dos réus, abrindo prazo, sem prejuízo, para a Defesa pronunciar-se concedendo aos acusados a oportunidade de apresentação das alegações finais, não havendo, portanto, nulidade no julgamento proferido.

2. Inexiste violação ao princípio da imparcialidade do juiz, que representa verdadeira garantia de um julgamento estreme de dúvidas, tratando-se de um dos mais importantes princípios relativos aos órgãos julgadores, quando o Magistrado, sempre agindo com o zelo que lhe é peculiar e vislumbrando a hipótese de enquadramento de fato típico com aplicação de pena mais severa aos pacientes, abre vista ao Parquet e, logo após o recebimento do aditamento, faculta à Defesa a oportunidade de manifestar-se, bem como requerer as providências e medidas que entendesse cabíveis.

3. Ausência de constrangimento ilegal de que tratam os arts. 5º, LXVIII, da CF/88 e 647, do diploma processual penal.

4. Ordem Denegada”.

Conforme relatado, a impetrante sustenta que a baixa dos autos pela magistrada de primeiro grau, após a apresentação das alegações finais, para que o *Parquet* Estadual procedesse ao aditamento da denúncia, viola frontalmente o princípio da imparcialidade do juiz, tendo em vista que a nova redação do art. 384 do Código de Processo Penal (dada pela Lei 11.719/2008) não mais permite esta iniciativa.

Não tem razão, contudo.

Tem-se que, depois de apresentadas as alegações finais, os autos

HC 109.098 / RJ

foram conclusos para sentença, momento em que a magistrada de primeiro grau, vislumbrando a possibilidade de dar-se nova definição jurídica aos fatos, o que poderia importar na aplicação de pena mais grave aos réus, determinou, em 26/6/2008, a baixa do processo para que o Ministério Público analisasse a viabilidade de aditamento da denúncia (*mutatio libelli*), nos termos do, então vigente, parágrafo único do art. 384 do Código de Processo Penal. Em outras palavras, não obrigou, mas apenas facultou o aditamento, tanto que, ao final do *decisum*, assim despachou: “*E caso entenda que não seja o caso de aditamento, voltem*”.

Realizado o aditamento, designou novo interrogatório dos réus e abriu o prazo de três dias para que a defesa produzisse prova oral, com a possibilidade de arrolar até três testemunhas, conforme preceituava aquele dispositivo.

O Ministério Público Estadual, por sua vez, aditou a denúncia para, ao invés de denunciar os réus pelo delito do art. 316, incriminá-los pelo crime de extorsão mediante sequestro, previsto no art. 159, ambos do Código Penal, mantendo, no mais, a denúncia originária. Recebido o aditamento em 2/7/2008, os réus foram reinterrogados, tendo a defesa, nessa assentada, dito que não tinha testemunhas a arrolar.

Voltando os autos para sentença, os pacientes restaram condenados à pena de dez anos e seis meses de reclusão, pela prática do crime do art. 148, quanto à vítima Renan, e do art. 159, em relação à vítima Marco Antônio, em concurso material (art. 69 do CP), sendo a suposta vítima Marco Antônio absolvido da imputação que lhe foi feita.

Ora, a recepção do aditamento da denúncia deu-se em 2/7/2008, e não em 23/6/2008, como constou da inicial, enquanto ainda vigorava a redação originária do parágrafo único do art. 384 do Código de Processo Penal (*mutatio libelli*), sendo que, embora a Lei 11.719/2008 (modificadora) tenha sido publicada em 23/6/2008, esta somente passou a vigorar em

HC 109.098 / RJ

22/8/2008, em respeito à *vacatio legis* de 60 dias, prevista no seu art. 2º.

Por outro lado, a alegação da impetrante de que a redação original do art. 384 afrontava o princípio da imparcialidade do órgão jurisdicional, devendo, por isso, ser aplicada a nova redação mesmo durante o período de *vacatio legis*, não convence, pois, em momento algum, foi declarada a inconstitucionalidade do dispositivo então em vigor.

Assim, a meu ver, não há qualquer nulidade a ser sanada por meio deste *habeas corpus*, uma vez que a juíza de primeiro grau deu plena aplicação à norma processual vigente à época dos fatos, não havendo falar em aplicação antecipada de dispositivo destituído de força normativa, apenas porque a nova regra seria mais benéfica aos réus.

Foi no mesmo sentido o parecer ministerial, que assim se pronunciou sobre essas questões:

“(…)

O caso em comento nada mais é do que mutatio libelli e a decisão que recebeu o aditamento da denúncia foi prolatada, conforme a inicial, em 23/6/2008, quando ainda vigorava a redação original do art. 384 do Código de Processo Penal, in verbis:

’Art. 384. Se o juiz reconhecer a possibilidade de nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de circunstância elementar, não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou na queixa, baixará o processo, a fim de que a defesa, no prazo de oito dias, fale e, se quiser, produza prova, podendo ser ouvidas até três testemunhas.

Parágrafo único. Se houver possibilidade de nova definição jurídica que importe aplicação de pena mais grave, o juiz baixará o processo, a fim de que o Ministério Público possa aditar a denúncia ou a queixa, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, abrindo-se, em seguida, o prazo de três dias à defesa, que poderá oferecer prova, arrolando até três testemunhas’.

HC 109.098 / RJ

Na hipótese, verifica-se que o magistrado de primeiro grau, ao se deparar com a possibilidade de nova definição jurídica do fato, em razão de prova indicativa nos autos de circunstância elementar, não contida na denúncia, baixou o processo com o propósito de oferecer ao Ministério Público a oportunidade de aditar a peça acusatória, nos termos do art. 384 do Código de Processo Penal, na redação à época vigente.

(...)

Desse modo, não há que se reconhecer vulneração aos princípios do contraditório e da ampla defesa, tendo sido facultada aos réus, na forma do art. 384 do Código de Processo Penal, a oportunidade de serem novamente ouvidos, produzir prova oral e, ao contrário do quanto afirma a impetrante, apresentar alegações finais, inexistindo, pois, qualquer nulidade na sentença que condenou os pacientes pelos delitos de sequestro e cárcere privado, em concurso material com extorsão mediante sequestro.

Por outro lado, o fato de o magistrado de primeira instância ter vislumbrado a hipótese de enquadramento do fato em tipo penal distinto, com aplicação de reprimenda mais severa aos pacientes, não implica em afronta ao princípio da imparcialidade do juiz, pois, ao que se tem, atuou com zelo, provendo a regularidade do processo, nos termos do que determinava o art. 384 do Código de Processo Penal.

O certo é que, no caso, após o aditamento da denúncia, permitiu-se o exercício da ampla defesa e do contraditório”.

Ante o exposto, denego a ordem de *habeas corpus*.

20/09/2011

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 109.098 RIO DE JANEIRO

RELATOR : **MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**
PACTE.(S) : **ANDRÉ LUIZ RANGEL ALZEMAN**
PACTE.(S) : **EDUARDO FERREIRA DE MESQUITA**
PACTE.(S) : **JOSÉ FELIPE DO NASCIMENTO**
IMPTE.(S) : **DANIELLE RANGEL ALZEMAN**
COATOR(A/S)(ES) : **RELATOR DO HABEAS CORPUS 148190 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Senhor Presidente, fiquei inicialmente em dúvida em relação à questão que me foi trazida, da **emendatio libelli**, mas, tal qual o eminente Relator, entendo que as medidas foram tomadas **secundum legem**, segundo lei em vigor, de modo que não vislumbro, aqui, qualquer arbitrariedade.

Em relação ao Habeas Corpus 109.099, também entendo que, na linha da jurisprudência, é de se conceder a ordem. E, a partir daí, as questões nele postas realmente ficam prejudicadas porque o julgamento há de ser renovado no STJ e, certamente, se confirmada a orientação da Turma naquela Corte, a matéria voltará, então, a este colendo Colegiado.

De modo que também me manifesto nesse sentido.

20/09/2011

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 109.098 RIO DE JANEIRO

VISTA

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Senhor Presidente, tendo em vista o debate que se trava e também a mudança que se operou na legislação, e diz o Ministro Celso, já com o sentido que era apreendido na jurisprudência do Supremo, citando o acórdão de 1995, se todos me permitirem, vou pedir vista para trazer, então, uma análise sobre a questão que, pela primeira vez, está sendo debatida agora à luz dos influxos eventuais da modificação – se for o caso – ou mesmo do entendimento que já presidia a orientação do 384, parágrafo único, tal como sustenta Sua Excelência.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Ministro Gilmar Mendes, Vossa Excelência me permite apenas uma observação? Aliás, como sempre, o eminente Ministro Celso de Mello traz novas luzes sobre antigas questões.

Aqui, neste caso, eu pediria que Vossa Excelência, se pudesse, dirigisse sua especial atenção para o fato de que a defesa dos réus, ora pacientes, desde o começo, sempre foi no sentido da negativa de autoria. Inclusive, da tribuna, isso agora ocorreu. Quer dizer, a nobre Advogada negou a autoria dos fatos. Portanto, a capitulação pouco importa, *data venia*, ou seja, a eventual falta de contradita no aditamento da denúncia, em termos de alteração da capitulação, no caso concreto que nós examinamos, não tem relevância jurídica.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MARIO JOSÉ GISI (SUBPROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA) - Uma questão de fato, Excelência.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - Eminente Relator, uma questão de fato o Ministério Público pretende

HC 109.098 / RJ

suscitar.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Pois não.

O SENHOR MARIO JOSÉ GISI (SUBPROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA) - Eu só gostaria de lembrar que foi oferecido prazo para as alegações finais e o dispositivo do parágrafo único fala que "*prazo de três dias à defesa, que poderá oferecer prova*". Portanto, ele oferece prova e produz sua defesa. Não é especificamente para oferecer defesa. Apenas isso.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - Acho que foi oportuníssimo o pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes para fixarmos um precedente mais atual.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Para discutirmos a questão, inclusive com essas implicações recíprocas entre o sistema anterior e o sistema agora desenhado, que atendeu, de certa forma, às críticas que se faziam ao modelo anterior.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 109.098

PROCED. : RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

PACTE.(S) : ANDRÉ LUIZ RANGEL ALZEMAN

PACTE.(S) : EDUARDO FERREIRA DE MESQUITA

PACTE.(S) : JOSÉ FELIPE DO NASCIMENTO

IMPTE.(S) : DANIELLE RANGEL ALZEMAN

COATOR(A/S) (ES) : RELATOR DO HABEAS CORPUS 148190 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Após o voto do Ministro Relator, que afastava todas as preliminares e denegava a ordem, pediu vista o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Falou, pelos pacientes, a Dra. Danielle Rangel Alzeman e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Mário José Gisi. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. **2ª Turma**, 20.09.2011.

Presidência do Senhor Ministro Ayres Britto. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Mário José Gisi.

Karima Batista Kassab
Coordenadora

20/03/2012

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 109.098 RIO DE JANEIRO

VOTO – VISTA

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Volta-se o presente *habeas corpus* contra acórdão da 5ª Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça nos autos do *Habeas Corpus* nº 148.190/RJ, cuja ementa destaco:

“HABEAS CORPUS. CÁRCERE PRIVADO E EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. ADITAMENTO DA DENÚNCIA. NOVA DEFINIÇÃO JURÍDICA. PRINCÍPIOS DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NULIDADE INOCORRENTE. ORDEM DENEGADA.

1. Não há que se falar em violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, porquanto incorre o alegado cerceamento, vez que obedecido o disposto no art. 384, do CPP, designando a Magistrada, naquela ocasião, reinterrogatório dos réus, abrindo prazo, sem prejuízo, para a Defesa pronunciar-se concedendo aos acusados a oportunidade de apresentação das alegações finais, não havendo, portanto, nulidade no julgamento proferido.

2. Inexiste violação ao princípio da imparcialidade do juiz, que representa verdadeira garantia de um julgamento estreme de dúvidas, tratando-se de um dos mais importantes princípios relativos aos órgãos julgadores, quando o Magistrado, sempre agindo com o zelo que lhe é peculiar e vislumbrando a hipótese de enquadramento de fato típico com aplicação de pena mais severa aos pacientes, abre vista ao Parquet e, logo após o recebimento do aditamento, faculta à Defesa a oportunidade de manifestar-se, bem como requerer as providências e medidas que entendesse cabíveis.

3. Ausência de constrangimento ilegal de que tratam os arts. 5º, LXVIII, da CF/88 e 647, do diploma processual penal.

4. Ordem Denegada”.

HC 109.098 / RJ

Argumenta a impetrante, em síntese: *a) violação ao princípio da ampla defesa, em razão da ausência de intimação acerca da data de julgamento do referido habeas corpus, mormente porque manifestado seu interesse em fazer sustentação oral; b) violação ao sistema acusatório, em face do aditamento da denúncia mediante provocação do órgão judicial; e c) violação aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, decorrente da ausência de abertura de prazo às partes para alegações finais após o aditamento da denúncia.*

Após voto do eminente relator, Min. RICARDO LEWANDOWSKI, que denegou a ordem, pedi vista para melhor refletir sobre o argumento lançado pela impetrante de violação ao sistema acusatório, em face do aditamento da denúncia mediante provocação do órgão judicial, este efetivado com fundamento no artigo 384, parágrafo único, do CPP.

Inolvidável que a questão – *possibilidade de aditamento da denúncia por provocação do juiz* – não é nova nesta Corte, mas, no caso, a par dos argumentos da impetração, subjaz a questão da modificação legal operada pela Lei nº 11.719/08.

Sustenta a impetrante que a nova redação do artigo 384 do CPP “*veio a sanar inconstitucionalidade que viciava o referido dispositivo, fazendo como que o aditamento à denúncia, quando oferecido após provocação do Juízo, fosse NULO, em razão da violação do princípio da imparcialidade do órgão jurisdicional*”. Prossegue a impetrante: “*a Constituição Federal assegura o princípio do contraditório na literalidade do seu art. 5º, LV. A finalidade do referido princípio que consiste em garantia processual elementar do estado Democrático de Direito remonta à garantia do devido processo legal, que somente pode ser concretizado mediante a imparcialidade do juiz*”.

A nova redação do artigo 384 do CPP é:

“Art. 384. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos, de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado

HC 109.098 / RJ

o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.

§1º Não procedendo o órgão do Ministério Público ao aditamento, aplica-se o art. 28 deste Código.

§2º Ouvido o defensor do acusado no prazo de 5 (cinco) dias e admitido o aditamento, o juiz, a requerimento de qualquer das partes, designará dia e hora para a continuação da audiência, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado, realização de debates e julgamento.

§3º. Aplicam-se as disposições dos §§1º e 2º do art. 383 ao caput deste artigo.

§4º Havendo aditamento, cada parte poderá arrolar até 3 (três) testemunhas, no prazo de 5 (cinco) dias, ficando o juiz, na sentença, adstrito aos termos do aditamento.

§5º Não recebido o aditamento, o processo prosseguirá”.

A antiga redação do artigo 384, por sua vez, prescrevia que: *“Se o juiz reconhecer a possibilidade de nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de circunstância elementar, não contida , explícita ou implicitamente na denúncia ou na queixa, baixará o processo, a fim de que a defesa, no prazo de 8 (oito) dias, fale e, se quiser, produza prova, podendo ser ouvidas até três testemunhas. E no seu parágrafo único: “Se houver possibilidade de nova definição jurídica que importe aplicação de pena mais grave, o juiz baixará o processo a fim de que o Ministério Público possa aditar a denúncia ou a queixa, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, abrindo-se, em seguida, o prazo de 3 (três) dias à defesa, que poderá oferecer prova, arrolando até três testemunhas”.*

Sobressai, de plano, no ponto que interessa ao debate neste processo, que a alteração legislativa, embora tenha suprimido a possibilidade de o próprio juiz “alterar a acusação”, incluiu novo mecanismo de “controle” sob a forma de remessa dos autos ao Procurador-Geral nos termos do artigo 28 do CPP (§1º do art. 384).

Malgrado a atecnia e os problemas que advirão na prática, é certo que a referida modificação almejou adequar a legislação processual a um modelo de sistema acusatório. Todavia, não ousou afirmar que ela veio

HC 109.098 / RJ

corrigir anterior vício de inconstitucionalidade que, frise-se, jamais foi afirmado pelo Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, tem-se que a *“mutatio libelli ocorre, então, a partir do reconhecimento da existência de provas que, em princípio, indicariam a presença de outros fatos e/ou circunstância, suficientes para alterar, de modo relevantes, a acusação inicial. É dizer, na mutatio, não se dá nova definição jurídica ao fato imputado, mas, para além disso, permite-se nova imputação de fato, o que, obviamente, implicará a alteração do tipo penal. Mas, veja-se: não por uma questão de interpretação do fato à norma (juízo de subsunção); mas pela constatação de novo fato (ou circunstância) que justifica alteração na definição jurídica esboçada na inicial”*. (Eugênio Pacelli de Oliveira e Douglas Fischer, *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*, 3ª edição, p. 700).

O instituto, diferentemente do que parece ser, na verdade, amolda-se orgânica e logicamente ao sistema penal adotado. E a perplexidade que *prima facie* dele advém deve-se ao exame descontextualizado, isolado, que se faz. É que o instituto está embricado com a *obrigatoriedade de atuação do Parquet*, com a *correlação entre acusação e sentença*, com o *contraditório* e com a *coisa julgada em matéria penal*.

Sobreleva destacar que *“o processo penal brasileiro não expõe o seu conteúdo – a imputação da prática de crime – à disposição das partes. Não se trata de um duelo ou confronto, ao final do qual aquele que melhor atuou logra êxito na sua pretensão (autor) ou na sua resistência (réu). Não se trata de processo de partes, nesse sentido, isto é, naquele em que a acusação pode dispor da persecução, retirando a acusação ou negociando a reprimenda (e a pena) ao seu livre e discricionário talante (o plea bargaining, do direito estadunidense). Aqui, a regra (ou princípio) é da obrigatoriedade ou da legalidade, segundo o qual o Ministério Público atua objetivamente, ou seja, nos limites da lei, como verdadeiro custos legis”*. (Eugênio Pacelli de Oliveira e Douglas Fischer, *ob. cit.*, p. 699).

E nessa quadra, importa recordar que o artigo 251 do CPP atribui ao juiz o poder-dever de *“prover a regularidade do processo e manter a ordem no curso dos respectivos atos”*. Essa atribuição de *“prover à regularidade do*

HC 109.098 / RJ

processo consiste não só em evitar que se escoe a substância dos atos processuais por meio de irregularidades de rito e ordem formal, mas também em promover as medidas que assegurem a justa aplicação da lei penal". "Órgão estatal da aplicação da lei, não pode o juiz permanecer inerte durante o processo e limitar-se ao passivo papel de espectador de uma luta onde apenas intervém quando solicitado por alguns dos contendores". (José Frederico Marques, Elementos de Direito Processual Penal, 1998, vol. II, p. 25/26).

Portanto, "no processo penal, quando o juiz é chamado a verificar a ocorrência de um fato, deve analisá-lo como um todo. Assim, se a peça acusatória deixou de imputar algum aspecto de tal fato, e sendo necessário que o juiz julgue todo o fato, é permitida a alteração do objeto do processo até o momento da sentença, para incluir na imputação novos dados fáticos, descobertos após a denúncia ou queixa". (Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, Correlação entre acusação e sentença, RT, p. 170).

Ora, a constatação, pelo juiz, deste fato – que aflora da instrução processual –, com seu desvelamento sob a forma de despacho, não torna o magistrado, em meu sentir, parcial. Não se trata de criação, inovação ou mesmo valoração de um fato, mas de percepção das circunstâncias e elementos daquele contexto fático *sub judice*. Na verdade, é o que se espera do juiz, que ele, na busca da verdade real, por meio da instrução processual, consiga apreender o fato com todas as suas circunstâncias, inclusive colhendo aquilo que as partes – por limitação ou vontade – deixaram de narrar.

E, ao constatar a existência deste *fato omitido/desconhecido*, instaurar o devido contraditório. É o que se extrai, principalmente, do parágrafo único do artigo 384 do CPP, quando se refere à necessidade de provocação do Ministério Público para eventual aditamento.

Sempre se emprestou maior relevância *"a violação ou prejuízo que a alteração do fato processual causa ao direito de defesa"*. Ocorre que *"a alteração fática pode não afrontar o direito de defesa, mas pode prejudicar a acusação. O direito de defesa não pode ser o critério exclusivo na determinação da relevância da alteração do fato imputado. É necessário pensar na acusação, outro pólo da relação processual que irá integrar o contraditório. Se a regra da correlação entre*

HC 109.098 / RJ

acusação e sentença tem por objetivo preservar o princípio do contraditório, e se este diz respeito não só à defesa, mas à possibilidade de ambas as partes estarem em condição de se contradizer, violação do exercício da acusação é também violação ao princípio do contraditório". (Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, ob.cit., p. 137-138).

Portanto, "nessas situações, em que a alteração fática tem repercussão relevante tanto na órbita processual quanto penal, a regra da correlação entre acusação e sentença exigirá o aditamento da denúncia por parte do Ministério Público, não para preservar o direito de defesa, mas para não se violar o contraditório, por usurpação da principal função do órgão acusador. Imperativa, pois, a mutatio libelli, ainda que a pena do crime que resulte da alteração fática seja mais branda. O que está em jogo, repita-se, não é o direito de defesa, mas o poder-dever de acusar. (Gustavo Badaró, ob. cit., p. 139). Neste mesmo sentido, também, a doutrina de Eugênio Pacelli de Oliveira e Douglas Fischer, ob.cit.).

Prosseguindo na argumentação, importa recordar, também, que no curso do processo o magistrado é provocado a decidir várias questões, imprimindo, em algumas, inequívoco juízo de valor, sem, contudo, reputar-se que, ao fazê-lo, perdeu a imparcialidade. E para essas valorações, bem como para seu agir na condução do processo, a legislação instrumentalizou as partes com medidas e recursos. É a organicidade e a lógica do sistema.

Logo, não verifico que o desvelamento, objetivo, de um fato verificado durante a instrução processual, por si só, seja hábil a comprometer a imparcialidade do juiz.

E, no caso, é incensurável a decisão, como se pode observar, pois a juíza, encaminhou os autos para que, **se entendesse** necessário, fosse promovido o aditamento.

Acompanho o voto do eminente Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, também nos demais pontos da impetração. Pois, como destacado por sua Excelência, não demonstrou a impetrante a existência de manifestação prévia na qual estivesse evidenciado o interesse em realizar a sustentação oral perante o Superior Tribunal de Justiça. De

HC 109.098 / RJ

igual forma, uma vez promovido o aditamento pelo Ministério Público e recebido pelo juízo, foi, na forma do parágrafo único do art. 384 do CPP, designada audiência para reinterrogatório do acusado. Nessa oportunidade declinou a defesa da produção de outras provas e, por sua vez, não protestou por eventual aditamento das alegações finais. Importante observar que a opção legislativa à época vigente não foi a defesa técnica e formal, propriamente, mas a *autodefesa* – interrogatório – do acusado. E isso porque, a alteração da denúncia, decorrente da *mutatio libelli*, não importa em ampla modificação dos fatos imputados. Ademais, é consequência de prova existente nos autos.

Por fim, observada a cronologia dos fatos e a *vacatio legis*, ainda que se pudesse cogitar de *medida de precaução da juíza*, não estava ela obrigada a aplicar norma projetada a vigor no futuro, mesmo que próximo aos atos.

Nesses termos, acompanho o voto do relator.

É o voto.

20/03/2012

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 109.098 RIO DE JANEIRO

DEBATE

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Nós temos essa discussão, por exemplo, na sentença de pronúncia, em que o magistrado emite um juízo, ainda que dentro de determinados limites, até porque é necessária aquela aferição mínima para que se decida sobre a submissão de alguém ao Tribunal do Júri.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - Para fundamentar a própria pronúncia e não impronúncia.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não impronúncia, não é? Tanto é que nós temos aqui casos, e já concedemos *habeas corpus* vários em casos em que a percepção de que há uma defesa apaixonada, excessiva – o chamado excesso de linguagem na pronúncia –, permite, então, eventual anulação por conta da quebra da ideia da imparcialidade.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 109.098

PROCED. : RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

PACTE.(S) : ANDRÉ LUIZ RANGEL ALZEMAN

PACTE.(S) : EDUARDO FERREIRA DE MESQUITA

PACTE.(S) : JOSÉ FELIPE DO NASCIMENTO

IMPTE.(S) : DANIELLE RANGEL ALZEMAN

COATOR(A/S) (ES) : RELATOR DO HABEAS CORPUS 148190 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Após o voto do Ministro Relator, que afastava todas as preliminares e denegava a ordem, pediu vista o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Falou, pelos pacientes, a Dra. Danielle Rangel Alzeman e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Mário José Gisi. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. **2ª Turma**, 20.09.2011.

Decisão: ordem denegada, nos termos do voto do Relator. Decisão unânime. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. **2ª Turma**, 20.03.2012.

Presidência do Senhor Ministro Ayres Britto. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo da Rocha Campos.

Karima Batista Kassab
Coordenadora