

16/09/2014

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 123.733 ALAGOAS

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
PACTE.(S) : ALBERTO PEREZ MACHADO E OUTRO(A/S)
IMPTE.(S) : ADEMAR RIGUEIRA NETO E OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Habeas corpus. 2. Devido processo legal e ampla defesa. Observância. 3. Descrição das elementares e circunstâncias do tipo penal na denúncia. Art. 384 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei 11.719/2008. *Mutatio libelli*. Desnecessidade. 4. A descrição, na denúncia, da ação administrativa que resultou na constituição do crédito tributário, bem como do montante apurado são suficientes ao exercício da ampla defesa quanto à causa de aumento de pena disposta no art. 12, I, da Lei 8.137/90. 5. Ordem denegada.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do ministro Teori Zavascki, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, denegar a ordem, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 16 de setembro de 2014.

Ministro **GILMAR MENDES**

Relator

Documento assinado digitalmente

16/09/2014

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 123.733 ALAGOAS

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES
PACTE.(S) : ALBERTO PEREZ MACHADO E OUTRO(A/S)
IMPTE.(S) : ADEMAR RIGUEIRA NETO E OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de medida liminar, impetrado por Ademair Rigueira Neto e outros, em favor de Alberto Perez Machado e José Joaquim Dias Fernandes, contra acórdão proferido pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça em Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.368.120/AL.

Segundo a denúncia, os pacientes são gerentes e representantes legais da EANE (EMPRESA AGROINDUSTRIAL DO NORDESTE LTDA.), estabelecida em Maceió/AL.

Consta dos autos que os pacientes declararam como inativa a referida empresa junto à Receita no ano-calendário de 1997, no entanto continuaram operando consoante demonstram os balancetes, livro razão e cópias de cheques, com vistas a omitir valor considerável do faturamento da empresa junto ao Fisco Federal, além de terem-se utilizado de notas frias com o mesmo intuito (mais de 250).

Ainda, segundo a inicial acusatória, o caso em tela culminou em uma dívida do contribuinte para com o Fisco equivalente a R\$ 1.805.908,18 (um milhão, oitocentos e cinco mil, novecentos e oito reais e dezoito centavos), valor este corrigido até a data de 28 de dezembro de 1998.

Desse modo, Alberto e José Joaquim foram denunciados pela prática, em tese, dos seguintes delitos: sonegação fiscal (art. 1º, incisos I, II e IV, da Lei 8137/1990) e apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do CP).

Sobreveio condenação pelos mencionados delitos, sendo imposta pena de 2 anos para cada crime, totalizando 4 anos de reclusão, no regime

HC 123733 / AL

inicial aberto.

Ao julgar as apelações, o Tribunal Regional Federal da Quinta Região deu provimento ao recurso do Ministério Público e reconheceu a incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 12, inciso I, da Lei 8.137/90 (*São circunstâncias que podem agravar de 1/3 até a metade as penas previstas nos arts. 1º, 2º e 4º a 7º: I – ocasionar grave dano à coletividade*). Eis a ementa desse julgado (eDOC 6):

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CONJUNTA DOS RÉUS. APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (LEI Nº 8.137/90). CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA (ART. 168-A DO CP). PENAS DE 02 (DOIS) ANOS DE RECLUSÃO PARA CADA DELITO, TOTALIZANDO 04 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO PARA CADA RÉU. MATERIALIDADE E AUTORIA DE AMBAS AS INFRAÇÕES PENAIS RECONHECIDAMENTE POSITIVADAS. NECESSIDADE DE MAJORAÇÃO DAS REPRIMENDAS. DANO À COLETIVIDADE. PREJUÍZO AOS COFRES PÚBLICOS DA ORDEM DE R\$ 1.805.908,18 (UM MILHÃO, OITOCENTOS E CINCO MIL, NOVECENTOS E OITO REAIS E DEZOITO CENTAVOS). INCIDÊNCIA DE CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. REDIMENSIONAMENTO DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. PROVIMENTO APENAS DO APELO MINISTERIAL (EM PARTE).

1. Não se deve acolher argumentação de ausência de procedimento administrativo-fiscal para a propositura da ação penal, quanto ao delito previsto no art. 168-A, do Código Penal, quando a denúncia apresentada pelo Ministério Público Federal se fez acompanhar da respectiva Representação Fiscal para fins penais, originada de Processo Administrativo-fiscal, não sendo outra a justificativa acusatória, senão a de idoneidade de tal documento para uma das imputações em tela (apropriação indébita previdenciária).

HC 123733 / AL

2. Além do mais, torna-se prescindível o perfazimento da instância administrativo-fiscal para iniciar-se a persecução penal na hipótese do crime previsto no art. 168-A, do Código Penal, consoante julgado emanado do Supremo Tribunal Federal – STF, especificamente na decisão da lavra do Min. Luiz Fux, relator dos autos do HC nº 97888-RJ (DJE nº 106, divulgado em 02/06/11).

3. Rechaça-se tese de formulação de denúncia genérica, visto resultar nítida a descrição do *modus operandi* do consórcio delituoso em causa, não procedendo o argumento de confecção de peça acusatória baseada em meras presunções ou forjada, pura e simplesmente, com base na responsabilidade objetiva de sócios/gerentes/administradores/diretores/representantes legais (vedada em nosso ordenamento jurídico-penal), decorrente, unicamente, de suas atribuições e competências delineadas nos contratos sociais das empresas que integram. Preenchidos os requisitos legais do art. 41, do CPP, não resultando comprovada nenhuma ofensa aos princípios do contraditório ou da ampla defesa, durante a instrução processual, vez que a denúncia contém narração longe de ser considerada genérica dos fatos e dos indícios de autoria, justamente por haver sido instruída a peça acusatória pelo procedimento administrativo-fiscal apensado aos autos, com a descrição do agir dos apelantes.

4. Não há que se falar em violação ao direito de defesa, pelo não acolhimento, no juízo de origem, de embargos de declaração. É que a postulação declaratória exigiu novel pronunciamento sobre temática já de todo exaurida, desconsiderando a clareza solar dos termos, por demais explícitos, que forjaram a construção do julgado embargado, carecendo, pois, do preenchimento de qualquer das hipóteses efetivamente caracterizadoras das situações de ambigüidade, obscuridade, contradição e omissão, e que efetivamente possa, comprometer a intelecção do veredicto, inexistindo qualquer das causas elencadas nos arts. 619 e 620 do Código de Processo Penal.

5. Configurado, pois, o elemento subjetivo, na modalidade

HC 123733 / AL

de dolo específico (Lei n 8.137/90), na medida em que a parte apelante omitiu informações ou prestou declarações falsas, consciente e voluntariamente, com o indubitável e especial propósito de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo que sabia derivar dos haveres não declarados. Houve vontade livre e consciente da apelante em produzir o resultado criminoso, consistente na omissão de informações ao Fisco, com a firme intenção de suprimir tributo ou reduzir tributo, caindo por terra a tese de crime impossível.

6. Não se infirma a comprovação da prática delituosa descrita na denúncia, ao se fomentar discussão em tudo paralela à imputação, sobre os valores atribuídos, por arbitramento, na fiscalização levada a efeito pela Receita Federal, vez que o arbitramento do *quantum* devido, verificou-se em razão da omissão e da imprestabilidade da escrita contábil da empresa autuada.

7. Teses recursais de inutilização de ‘notas frias’, e de ausência de declaração de inatividade empresarial da empresa autuada, insuficientes a infirmar a convicção do sentenciante, esta tecnicamente bem fundamentada em sentido diametralmente oposto, à luz dos informes da Receita Federal contidos nos autos, que demonstrou a evidenciação do cometimento da prática delituosa prevista no art. 168-A, do Código Penal, por ausência de comprovação de descontos de contribuições devidas à Previdência.

8. Quanto ao delito do art. 168-A, do CP, inafastável o dolo genérico do crime, pois que caracterizado com a simples omissão de repasse, conforme vem reiteradamente decidindo o Colendo Superior Tribunal de Justiça – STJ, importando salientar, essencialmente, que não restou providenciado, em tempo e modo devidos, o repasse das contribuições previdenciárias em tela.

9. No tocante ao apelo ministerial (*emendatio libelli*), inegável que o vultoso montante dos valores do tributo suprimido da União (R\$ 1.805.908,18) impõe a majoração correspondente da reprimenda, dada a lesão produzida no

HC 123733 / AL

Fisco, abalando os cofres públicos pela falta de recolhimento de tão alta quantia, devendo ser consertada, neste particular, a Sentença, resultando na aplicação de causa especial de pena (art. 12, I, da Lei nº 8.137/90), no seu patamar mínimo, ou seja, em 1/3 (um terço), passando as penas de reclusão de cada um dos apelantes, quanto à prática dos crimes contra a ordem tributária (Lei n. 8.137/90) de 02 (dois) anos, para 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão.

10. Quanto ao crime de apropriação indébita previdenciária, também devem ser reavaliadas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59, do CP, notadamente quanto às conseqüências do delito, de nefasto alcance nas finanças públicas, como também em relação à culpabilidade dos réus/apelantes, acima da mediana, devendo sofrer, em relação a cada réu, o acréscimo de 06 (seis) meses, passando, agora em definitivo, para 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

11. Efetuadas tais majorações, as penas, individualizadas, passarão dos 04 (quatro) anos (somados os 02 anos para cada crime), para o total de 05 (cinco) anos e 02 (dois) meses. Segue-se, no mais, a preservação da pena de multa, ante a ausência de mensuração, nos autos, do real *status* econômico dos sentenciados.

12. Revogam-se a substituição das penas decretadas pelo juízo de origem, ante o redimensionamento aqui operado, tornando incompatível com o regramento do art. 44, do CP, bem como o regime inicial de cumprimento de pena, doravante fixado na modalidade semi-aberto (art. 33, § 2º, 'b', do CP)."

Desse acórdão, foram opostos embargos de declaração, com pedido de efeitos infringentes, que foram providos para absolver os pacientes da imputação relativa à apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do CP), mantido o regime inicial aberto de cumprimento de pena e a substituição da pena decretada pelo Juízo de primeiro grau.

Seguiu-se, então, recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça

HC 123733 / AL

que teve seguimento negado por contrariar a Súmula 83 daquela Corte Superior: “*Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida*”. Daí, o agravo regimental improvido aqui atacado, que possui a seguinte ementa (eDOC 12):

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, DA LEI Nº 8.137/90. *EMENDATIO LIBELLI*. DEFESA DOS FATOS NARRADOS NA DENÚNCIA. RECONHECIMENTO DE CAUSA DE AUMENTO. ART. 12, I, DA LEI Nº 8.137/90. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. É sabido que o réu se defende dos fatos narrados na denúncia e não da tipificação a eles atribuída. Desta forma, no momento da condenação, pode o Juiz alterar a definição jurídica dos fatos, ainda que isso importe em aplicação de pena mais gravosa, nos termos do art. 383, do CPP.

2. Cabível o reconhecimento pelo magistrado da causa de aumento prevista no art. 12, I, da Lei nº 8.137/90, ainda que não conste da denúncia pedido expresso nesse sentido.

- Agravo regimental não provido.”

Neste *habeas corpus*, os impetrantes afirmam o constrangimento ilegal decorrente de a aplicação da causa de aumento ter sido considerada tão somente quando da apreciação do recurso de apelação do Ministério Público, inobservado o quanto disposto pelo art. 384 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei 11.719/08 (*mutatio libelli*).

Dizem tratar-se de hipótese de aditamento obrigatório da denúncia.

Alegam, em síntese, ofensa ao devido processo e à ampla defesa.

Postulam o deferimento de medida liminar para suspensão da Ação

HC 123733 / AL

Penal de n. 2004.80.00.004306-0, até a decisão final deste *habeas corpus*.
Requerem a concessão definitiva da ordem para ser afastada a incidência do art. 12, inciso I, da Lei 8.137/90.

Liminar indeferida.

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

16/09/2014

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 123.733 ALAGOAS

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Conforme relatado, os pacientes foram condenados pela prática de crimes contra a ordem tributária, com a pena agravada (arts. 1º e 12, I, da Lei 8.137/90).

Afirma-se ofensa ao devido processo legal e à ampla defesa em razão da aplicação da causa de aumento (art. 12, I, da Lei 8.137/90) ter sido considerada tão somente no julgamento do recurso de apelação da acusação, sem que tenha havido a baixa dos autos ao Ministério Público para aditamento da denúncia no momento oportuno (*mutatio libelli*).

Não assiste razão aos impetrantes.

Os artigos 383 e 384 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei 11.719/2008, dispõem (grifei):

“Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

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 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

HC 123733 / AL

qualquer das partes, designará dia e hora para 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.”

Para melhor compreensão da causa, reputo importante distinguirmos os institutos da *mutatio libelli* e da *emendatio libelli*.

Eugênio Pacelli de Oliveira e Douglas Fischer esclarecem:

“A *emendatio libelli* é a expressão mais eloquente do compromisso com a preservação da ordem jurídica. Uma vez narrado o fato na denúncia ou queixa, a consequência jurídica que dele extrai o seu autor, Ministério Público ou querelante, não vincula, nem poderia vincular, o juiz da causa. *Narra-me o fato que te darei o direito*, como dizia o antigo brocardo latino. Obviamente, a pena a ser aplicada não resulta da escolha do autor da ação, mas de imposição legal.

Assim, a *emendatio* não é outra coisa senão a correção da inicial (libelo, nessa acepção), para o fim de adequar o fato narrado e efetivamente provado (...) ao tipo penal previsto em lei.

Nos termos do art. 383 do CPP, com a redação dada pela Lei n. 11.719/08, ‘o juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave’.

(...) Dar definição jurídica diversa é alterar a capitulação, isto é, a consequência jurídica do fato imputado na denúncia ou queixa. O fato, evidentemente,

HC 123733 / AL

há de permanecer o mesmo.

(...) Enquanto na *emendatio* a definição jurídica refere-se unicamente à classificação dada ao fato, aqui, na *mutatio libelli*, a nova definição será do próprio fato. Não se altera simplesmente a capitulação feita na inicial, mas a própria imputação do fato” (PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal, Editora Atlas, 2013, p. 648-651).

“A *mutatio* ocorre, então, a partir do reconhecimento da existência de provas que, em princípio, indicariam a presença de outros fatos e/ou circunstâncias, suficientes para alterar, de modo relevante, 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”. (Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência. Editora Lumen Juris, 2011, p. 700). (grifos nossos)

Portanto, para que haja *mutatio libelli*, é necessário um fato novo, não descrito na denúncia, que altere a tipificação dada ao crime pelo Ministério Público.

Diversamente do alegado pela defesa, a agravante prevista no art. 12, I, da Lei 8.137/90 consta expressamente da denúncia, não havendo falar na incidência da norma do artigo 384 do CPP (*mutatio libelli*).

Não é o caso, portanto, de *mutatio libelli*, haja vista que as normas processuais foram fielmente observadas, o que torna insubsistente a alegação de ofensa ao devido processo legal e à ampla defesa.

Nesse sentido, colho da denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal (eDOC 4):

HC 123733 / AL

“(…) Ao ser fiscalizada, foi verificado pelos auditores que a pessoa jurídica em comento registrou em sua contabilidade (Livro Razão 3), através do recurso Nº 22.007/CS conhecido como ‘Nota Fria’, documentos inidôneos da empresa Gonçalves e Gonçalves Ltda., CGC nº 70.012.257/0001-49. Consta, pois, lançamentos de compra ao fornecedor Gonçalves e Gonçalves Ltda., no período de setembro a dezembro de 1996. Entretanto, em diligência realizada pela Secretaria da Fazenda do Estado de Alagoas, constatou-se por meio da declaração do representante legal da empresa Gonçalves e Gonçalves Ltda., o Sr. Manoel Robson Gonçalves dos Santos, que não houve em momento algum transação comercial envolvendo a empresa retro mencionada e a Destilaria Porto Calvo (empresa controlada pela pessoa jurídica fiscalizada, qual seja EANE EMPRESA AGROINDUSTRIAL), e que apenas solicitou autorização para a impressão de Notas Fiscais de ns. 000001 a 000250, correspondentes a 05 (cinco) talões Mod. 01 (conforme autorização nº 2825 de 25.9.95). Por esse fato, tem-se que as notas fiscais com numeração superior a acima descrita são inidôneas, sendo, portanto, apropriação indevida ao custo de matéria prima e omissão de receitas pelos pagamentos das mesmas.

Diante dos elementos constantes nos procedimentos administrativos instaurados junto a Receita Federal verificou-se a existência de mais de oitenta lançamentos de compras. Tais lançamentos se referem a notas fiscais com numeração superior a 250, notas estas que, de acordo com os documentos de fls. 66 do anexo I, não seriam emitidas pela empresa Gonçalves e Gonçalves. Verifica-se, pois, que a autuada, utilizou-se destes documentos fictícios relativos a compras, com o escopo de reduzir indevidamente o lucro, o que se enquadra no conceito de ‘fraude’, ensejando a aplicação da multa agravada de 150% (cento e cinquenta por cento), prevista no artigo 44, II, da Lei nº 9.430, de 1996.

HC 123733 / AL

(...) O caso em tela culminou em uma dívida do contribuinte para com o FISCO equivalente a R\$ 1.805.908, 18 (hum milhão, oitocentos e cinco mil, novecentos e oito reais e dezoito centavos), valor este corrigido até a data de 28 de Dezembro de 1998. O cálculo do montante da receita fora apurado com base no arbitramento do lucro da empresa, vez que a documentação fornecida pela autuada mostrou-se imprestável pela impossibilidade de apuração com base no lucro real, uma vez que a escrituração contábil não possui consistência necessária, consoante a acima exposta inidoneidade dos documentos.”

Sobre o tema, assim se manifestou o STJ:

Como visto, os recorrentes afirmam que a causa especial de aumento de pena aplicada pela Corte a quo (art. 12, I, da Lei nº 8.137/90) não foi incluída nem referida pela denúncia, violando o princípio do contraditório e da ampla defesa.

Todavia, conforme cediço, o réu se defende dos fatos narrados na denúncia e não da tipificação a eles atribuída. Desta forma, no momento da condenação pode o Juiz alterar a definição jurídica dos fatos, ainda que isso importe em aplicação de pena mais gravosa.

Quanto ao tema, o Tribunal *a quo* ressaltou o seguinte:

‘Quanto ao Recurso de Apelação interposto pelo Ministério Público Federal, de fls. 1.301/1.311, observo que foi fundado na necessidade, não atendida pelo sentenciante, de se promover o aumento das penas dos réus, a partir da observância à dicção do art. 12, inciso I, da Lei nº 8.137/90, dado o prejuízo da ordem de R\$ 1.805.908,18 (um milhão, oitocentos e cinco mil, novecentos e oito reais e dezoito centavos), apurado em desfavor dos cofres públicos, reavaliando-se, ainda para fins de majoração das reprimendas, as circunstâncias judiciais do art.

HC 123733 / AL

59, do Código Penal.

Pois bem. Entendo acertado o pleito recursal, formulado a título de emendatio libelli, de aplicação da majorante prevista no inciso I, do art. 12, da Lei nº 8.137/90, que tem a seguinte diretiva, verbis:

- Art. 12. São circunstâncias que podem agravar de 1/3 (um terço) até a metade as penas previstas nos arts. 1º, 2º, 4º e 7º,;

I - ocasionar grave dano à coletividade; (...)

Ora, inegável que, o vultoso montante dos valores do tributo suprimido da União impõe a majoração correspondente da reprimenda, dada à lesão produzida no Fisco, abalando os cofres públicos pela falta de recolhimento de tão alta quantia, devendo ser consertada, neste particular, a Sentença de fls. 1.161/1.181, resultando na aplicação da mencionada causa especial de pena no seu patamar mínimo, ou seja, em 1/3 (um terço), passando as penas de reclusão de cada um dos apelantes, quanto à prática dos crimes contra a Ordem Tributária (Lei nº 8.137/90), de 02 (dois) anos, para 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão'.

Observo dos autos que a denúncia (fl. 7) descreve expressamente o montante do prejuízo levado aos cofres públicos, no importe de R\$ 1.805.908,18 (um milhão, oitocentos e cinco mil, novecentos e oito reais e dezoito centavos), fato esse que atrai a incidência da causa de aumento da pena prevista no art. 12, I, da Lei n. 8.137/90.

Em razão disso, entendo não assistir razão aos recorrentes, porque, no caso, ficou caracterizado o instituto da *emendatio libelli*, previsto no art. 383, do Código de Processo Penal, fundado na máxima de que o réu se defende dos fatos que lhe são imputados e não da capitulação legal apresentada pelo Órgão Ministerial.

Nesse sentido, confirmam-se: (...).

Desse modo, estando o acórdão recorrido em conformidade com a orientação firmada nesta Corte, incide, no

HC 123733 / AL

ponto, o óbice da Súmula 83/STJ.

Ante o exposto, **NEGO SEGUIMENTO** ao recurso especial, com fundamento no artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil”.

Desse modo, observo que a decisão questionada encontra-se harmônica com a jurisprudência assentada nesta Suprema Corte no sentido de que a descrição dos fatos narrados na denúncia são suficientes para regularidade do exercício da ampla defesa (*v.g.*: HC 80.458/SP, rel. min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 1º.2.2013; AP 461/SP AgR-terceiro, rel. min. Ricardo Lewandowski, Pleno, DJe 22.8.2011; AP 372/SE, rel. min. Dias Toffoli, Pleno, DJe 4.4.2011; e HC 94.443/MS, rel. min. Ayres Britto, Primeira Turma, DJe 8.10.2010), sendo transcrita a ementa desse último julgado:

“*HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL. RITO COMUM ORDINÁRIO. RECAPITULAÇÃO DOS FATOS PELO MAGISTRADO. *EMENDATIO LIBELLI*. DESNECESSIDADE DE REABERTURA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. DENÚNCIA QUE BEM NARROU OS FATOS ENSEJADORES DA CONDENAÇÃO. CONSUNÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. QUADRO FÁTICO REVELADOR DA INDEPENDÊNCIA DAS CONDUTAS SUPOSTAMENTE PROTAGONIZADAS PELO PACIENTE. ORDEM DENEGADA.

1. Na concreta situação dos autos, a inicial acusatória tratou explicitamente de todos os fatos ensejadores da condenação do paciente. Fatos, todavia, que receberam do Juízo processante classificação jurídica diversa daquela efetuada pelo órgão de acusação, o que se coaduna com o art. 383 do Código de Processo Penal. Pelo que o caso é mesmo de *emendatio libelli* (correção da inicial) e não de *mutatio libelli* (alteração do próprio fato imputado ao acusado).

2. Não há como se reconhecer, na via processualmente estreita do *habeas corpus*, a incidência do princípio da absorção

HC 123733 / AL

do delito menos grave pelo crime mais grave. É que o quadro fático assentado pelas instâncias ordinárias revela a independência entre as condutas protagonizadas pelo paciente.

3. Ordem indeferida”.

Ante o exposto, ausente constrangimento ilegal a ser reparado, voto no sentido de denegar a ordem.

É como voto.

16/09/2014

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 123.733 ALAGOAS

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Presidente, louvo o rigor da defesa apresentada mas, com os esclarecimentos do Ministro-Relator, eu o acompanho às inteiras.

#

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 123.733

PROCED. : ALAGOAS

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

PACTE.(S) : ALBERTO PEREZ MACHADO E OUTRO(A/S)

IMPTE.(S) : ADEMAR RIGUEIRA NETO E OUTRO(A/S)

COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: A Turma, por votação unânime, denegou a ordem, nos termos do voto do Relator. Falou, pelo paciente, o Dr. Ademar Rigueira Neto. **2ª Turma**, 16.09.2014.

Presidência do Senhor Ministro Teori Zavascki. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco.

Ravena Siqueira
Secretária