



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS **Nº 121.743 - RN (2008/0260223-4)**

RELATORA : **MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE : **BRUNO MACEDO DANTAS**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE**
PACIENTE : **RUY DA SILVA MARIZ**

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. ADITAMENTO DA DENÚNCIA QUE REALIZA NOVA CLASSIFICAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS APÓS VERIFICADA A PRESCRIÇÃO DAS INFRAÇÕES INICIALMENTE ATRIBUÍDAS. RECEBIMENTO DO ADITAMENTO APÓS JÁ DECLARADA A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE ESTATAL COM BASE NOS CRIMES ORIGINALMENTE CAPITULADOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. Este Superior Tribunal de Justiça já se manifestou, por diversas vezes, no sentido de que o réu se defende dos fatos que lhe são imputados, e não de sua capitulação jurídica. Assim, pode o Ministério Público proceder à alteração da classificação dos fatos, por meio de aditamento, antes de sentenciado o feito, oportunizando-se ao acusado o exercício do direito de defesa. Precedentes.

2. O aditamento da denúncia que apenas promove novo enquadramento típico – por não narrar fato criminoso diverso – não constitui causa interruptiva do prazo prescricional.

3. Embora seja provisória a classificação dada pelo Ministério Público na denúncia, a prescrição pela pena em abstrato deve ser averiguada com base na capitulação nela proposta e recebida pelo Magistrado. Se, porém, sobrevier aditamento promovido pelo órgão ministerial, validamente recebido, que altere o enquadramento típico da conduta, ou se o Magistrado, por ocasião da prolação da sentença, promover nova definição jurídica do fato, o prazo prescricional, nessas hipóteses, observará a pena cominada à nova capitulação. Precedente.

4. Na situação dos autos, contudo, o oferecimento do aditamento para imputação de crimes mais graves somente ocorreu após verificada a prescrição da pretensão punitiva do Estado. Ademais, o seu recebimento válido apenas se deu quando já reconhecida a extinção da punibilidade em relação aos delitos inicialmente atribuídos.

5. Nesse contexto, incabível o prosseguimento da ação penal, porquanto a decisão que reconhece a prescrição possui natureza declaratória, produzindo efeitos *ex tunc*, isto é, desde a data do prazo extintivo da punibilidade, o que, na hipótese, ocorreu no ano de 2004.

6. Por se tratar de matéria de ordem pública, é prescindível a provocação da parte ou a apreciação pelo órgão jurisdicional *a quo* para o reconhecimento da prescrição, devendo ser declarada, de ofício, em qualquer fase do processo, a teor do art. 61 do Código de Processo Penal, c.c. o art. 107, inciso IV, do Código Penal.

7. Ordem concedida para, cassando o acórdão impugnado e, em relação ao Paciente, a decisão que recebeu o aditamento da denúncia, determinar o trancamento da ação penal contra este instaurada, tendo em vista a extinção da punibilidade estatal pela ocorrência da prescrição. Prejudicada a análise das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

demais questões arguidas na impetração.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 16 de dezembro de 2010 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 121.743 - RN (2008/0260223-4)

IMPETRANTE : BRUNO MACEDO DANTAS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PACIENTE : RUY DA SILVA MARIZ

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de RUY DA SILVA MARIZ, denunciado pela prática, em tese, dos delitos capitulados nos arts. 335, do Código Penal, e 90 e 91, da Lei n.º 8.666/93, que foram, posteriormente, em razão de aditamento à denúncia, substituídos pelos delitos tipificados nos arts. 171 e 304, ambos do Código Penal, em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, proferido nos autos do HC n.º 2008.003361-8, que restou assim ementado, *in verbis*:

"HABEAS CORPUS PARA TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. PRESCRIÇÃO DOS DELITOS NARRADOS NA DENÚNCIA E NO ADITAMENTO. REITERAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. EXAME APROFUNDADO. VIA INADEQUADA. DENÚNCIA QUE NARRA FATOS, QUE CONSTITUEM, EM TESE, ILÍCITO PENAL. IMPOSSIBILIDADE DE TRANCAMENTO DA AÇÃO. PRECEDENTES. DENEGAÇÃO.

- A existência de anterior Habeas Corpus com pedido idêntico, julgado e denegado, configura reiteração, o que autoriza o não conhecimento do writ, com relação ao fundamento já invocado.

- O trancamento de ação penal por meio de Habeas Corpus é medida excepcional só admitida quando demonstrada, quantum satis, sem valoração e cotejo de provas, a tipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria e de prova da materialidade.

- Se a atipicidade da conduta do paciente depender de exame do conjunto fático-probatório, não será o writ o instrumento adequado para sua análise, por ser tal apreciação inviável na espécie." (fl. 85)

O Impetrante, de início, narra que "o subscritor do aditamento afastou os crimes capitulados nos artigos 335 do CP, 90 e 91 da Lei n.º 8.666, de 1993 - pois sabia que já estava prescrita a pretensão punitiva do Estado -, para adequar os fatos narrados aos crimes previstos nos artigos 171 e 304, ambos do CP." (fls. 05/06)

Sustenta, nas razões da presente impetração, a ausência de reiteração no *habeas corpus* originário, uma vez que, no primeiro writ, "abordou, tão-somente, as matérias relativas a prescrições dos crimes previstos nos artigos 335 do Código Penal, 90 e 91 da Lei n.º



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

8.666, de 1993." (fl. 09)

Alega, ainda, *"que a conduta atribuída ao Paciente, à luz do princípio da especialidade, configuraria, em tese, o crime de fraude à licitação (art. 90 da Lei n.º 8.666, de 1993), e não o crime de estelionato (CP, art. 171)"* (fl. 12), e que *"o falso não foi utilizado além da licitação, de modo que não se conforma como uma conduta autônoma"* (fl. 14), devendo, assim, ser absorvido pelo crime de fraude à licitação.

Por fim, aduz que, *"ainda que não se aplique o princípio da consunção ou absorção em relação ao crime de uso de documento falso - o que se admite apenas segundo critérios de eventualidade e oportunidade -, é atípica, neste específico ponto, a conduta descrita na denúncia, bem como no seu aditamento."* (fl. 16)

Requer, pois, liminarmente, a suspensão da ação penal n.º 157.01.000075-0, até o julgamento final do writ, quando deverá ser concedida a ordem para determinar o trancamento da referida ação, declarando a extinção da punibilidade, em relação ao Paciente, pela prescrição, nos moldes do art. 107, inciso IV, do Código Penal.

O pedido liminar foi indeferido nos termos da decisão de fls. 108/109.

Por estarem os autos devidamente instruídos, foram dispensadas as informações da Autoridade Impetrada.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 112/115, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 121.743 - RN (2008/0260223-4)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. ADITAMENTO DA DENÚNCIA QUE REALIZA NOVA CLASSIFICAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS APÓS VERIFICADA A PRESCRIÇÃO DAS INFRAÇÕES INICIALMENTE ATRIBUÍDAS. RECEBIMENTO DO ADITAMENTO APÓS JÁ DECLARADA A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE ESTATAL COM BASE NOS CRIMES ORIGINALMENTE CAPITULADOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. Este Superior Tribunal de Justiça já se manifestou, por diversas vezes, no sentido de que o réu se defende dos fatos que lhe são imputados, e não de sua capitulação jurídica. Assim, pode o Ministério Público proceder à alteração da classificação dos fatos, por meio de aditamento, antes de sentenciado o feito, oportunizando-se ao acusado o exercício do direito de defesa. Precedentes.

2. O aditamento da denúncia que apenas promove novo enquadramento típico – por não narrar fato criminoso diverso – não constitui causa interruptiva do prazo prescricional.

3. Embora seja provisória a classificação dada pelo Ministério Público na denúncia, a prescrição pela pena em abstrato deve ser averiguada com base na capitulação nela proposta e recebida pelo Magistrado. Se, porém, sobrevier aditamento promovido pelo órgão ministerial, validamente recebido, que altere o enquadramento típico da conduta, ou se o Magistrado, por ocasião da prolação da sentença, promover nova definição jurídica do fato, o prazo prescricional, nessas hipóteses, observará a pena cominada à nova capitulação. Precedente.

4. Na situação dos autos, contudo, o oferecimento do aditamento para imputação de crimes mais graves somente ocorreu após verificada a prescrição da pretensão punitiva do Estado. Ademais, o seu recebimento válido apenas se deu quando já reconhecida a extinção da punibilidade em relação aos delitos inicialmente atribuídos.

5. Nesse contexto, incabível o prosseguimento da ação penal, porquanto a decisão que reconhece a prescrição possui natureza declaratória, produzindo efeitos *ex tunc*, isto é, desde a data do prazo extintivo da punibilidade, o que, na hipótese, ocorreu no ano de 2004.

6. Por se tratar de matéria de ordem pública, é prescindível a provocação da parte ou a apreciação pelo órgão jurisdicional *a quo* para o reconhecimento da prescrição, devendo ser declarada, de ofício, em qualquer fase do processo, a teor do art. 61 do Código de Processo Penal, c.c. o art. 107, inciso IV, do Código Penal.

7. Ordem concedida para, cassando o acórdão impugnado e, em relação ao Paciente, a decisão que recebeu o aditamento da denúncia, determinar o trancamento da ação penal contra este instaurada, tendo em vista a extinção da punibilidade estatal pela ocorrência da prescrição. Prejudicada a análise das demais questões arguidas na impetração.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ(RELATORA):

Passo à análise da arguida impossibilidade de o Ministério Público proceder à nova capitulação jurídica dos fatos, tendo em vista a verificação da extinção da punibilidade do agente pela ocorrência da prescrição, com base na tipificação originalmente realizada.

Na hipótese em comento, o Procurador-Geral de Justiça ofereceu denúncia, no dia 13 de novembro de 1998, em desfavor de Aluizio Viana de Miranda, ex-prefeito de Taipu (RN); José Viana Júnior; Francisco Canindé Viana; Marcônio Dantas Nepomuceno; Sebastião Correia de Melo e RUY DA SILVA MARIZ, ora Paciente. Ao Paciente, foram imputados os crimes descritos nos arts. 90 e 91, da Lei n.º 8.666/93 e 335 do Código Penal (fls. 20/32).

A exordial acusatória foi recebida em 03 de maio de 2005 (fl. 36).

Em 31 de agosto de 2005, a Promotoria de Justiça da Comarca de Taipu (RN) apresentou aditamento à denúncia, aduzindo a ocorrência de fatos novos. Na oportunidade, incluiu os réus Deusimar Silva do Nascimento; Adauto Evangelista Neto e Francisco Guedes Júnior e promoveu nova capitulação jurídica dos fatos. Ao Paciente, imputou os delitos tipificados nos arts. 171 e 304, ambos do Código Penal.

Em 21 de agosto de 2006, o Juízo processante recebeu o aditamento da peça de acusação (fls. 51/52).

Impetrado *habeas corpus* na Corte de origem (HC n.º 2008.000795-0), foi deferida liminar para suspender o processo em relação ao Paciente até a decisão de mérito.

Em 04 de março de 2008, a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte concedeu parcialmente a ordem, para "*decretar a extinção da punibilidade dos delitos previstos nos arts. 90 e 91 da Lei n.º 8.666/93 e 335 do Código Penal, imputados ao paciente, com extensão aos co-denunciados, devendo prosseguir a ação penal em relação aos delitos do art. 171 de 304 do Código Penal, mencionados no aditamento à denúncia.*" (fls. 61/68)

Posteriormente, foi realizada audiência na qual se verificou a inexistência de intimação da Defesa para se pronunciar acerca do aditamento da denúncia, tendo sido anulados, por esse motivo, todos os atos decisórios até então proferidos, desde o mencionado termo aditivo.

A nova magistrada condutora do feito, conforme se constata da decisão que ora faço juntar aos autos, recebeu, em 22 de outubro de 2009, o aditamento formulado, mediante a seguinte fundamentação, *ad litteram*:

"Inicialmente, é de se registrar que embora este juízo tenha dito que houve recebimento implícito do pedido de aditamento, no despacho de fls.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1992, é certo que, antes do recebimento, a defesa deve se pronunciar.

Desta forma, não poderia ter havido recebimento implícito do aditamento à denúncia sem o pronunciamento de todos os denunciados, sob pena de violação aos princípios constitucionais de ampla defesa e do contraditório.

Na verdade, o aditamento à denúncia, em razão da anulação dos atos decisórios a partir da sua interposição, ainda pende de decisão judicial, o que adiante será pronunciado, já que, agora, todos os acusados já puderam sobre ele se pronunciar.

Pois bem. O MP, no pedido de aditamento, alegou a ocorrência de novos fatos e requereu a inclusão dos réus Deusimar Silva do Nascimento, Adauto Evangelista Neto e Francisco Guedes Júnior. Requereu, ainda, o afastamento dos crimes dos arts. 90, 91, 92 e 95, da Lei das Licitações e do art. 335, do CP.

Por outro lado, pediu a inclusão dos arts. 171 e 299, do CP, bem como do art. 89 da citada lei especial e a prescrição do crime de prevaricação com relação aos denunciados José Viana Júnior e Francisco Canindé Viana.

O que se observa é um pedido de nova capitulação jurídica dada aos fatos e a inclusão do crime previsto no art. 89 da Lei de Licitações.

Ao que parece, o MP entendeu, no curso da ação, que não teriam havido irregularidades nos procedimentos licitatórios, mas, sim, uma farsa, uma simulação da ocorrência de licitação que na verdade não houve, afastando, assim, ao seu ver, a aplicação da lei de licitação, pelo menos em parte, restando a dispensa indevida de licitação prevista no art. 89 da Lei nº 8.666/93.

Ante de adentrar nessa questão, é de registrar que, de acordo com decisão do TJRN, em sede de Habeas Corpus, foram afastados, pela prescrição, os delitos dos arts. 90 e 91 da Lei nº 8.666/93 e do art. 335, do CP para todos os denunciados.

Ocorre que este juízo confere razão ao MP, mas apenas em parte.

É que o atual representante do MP classificou os mesmos fatos narrados inicialmente pelo Procurador Geral de Justiça como sendo estelionato, falsidade ideológica e dispensa de licitação fora dos casos permitidos em lei, ao contrário da capitulação inicial que previa crime de responsabilidade impróprio do ex-prefeito (art. 1º, I, do Dec.Lei 201/67) e outros crimes previstos na Lei nº 8.666/93 – Lei de Licitações (arts. 90, 91, 92, 95) e no Código Penal (arts. 298, 319 e 335) para os demais.

Entretanto, vê-se que as novas capitulações preferidas pelo MP, de estelionato e de falsidade ideológica não se aplicam ao fato. No caso dos autos, deve prevalecer a lei especial em detrimento da geral no caso de existência daquela. Como se sabe, há previsão expressa na Lei 8.666/93 para a ocorrência de crime de dispensa de licitação fora dos casos previstos em lei e para as hipóteses de fraude, ajuste ou combinação que vise afastar o caráter competitivo da licitação.

Assim, se o MP entendeu que houve fraude ou farsa, produção de documentos que resultaram por afastar a competitividade necessária para a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

proteção do patrimônio público, este fato é perfeitamente subsumível nos arts. 89 e 91 da citada lei especial, não se aplicando a lei geral.

Com relação ao crime do art. 91, repita-se, este já fora afastado pelo TJRN, considerando que houve prescrição da pretensão punitiva estatal.

Registre-se, ademais, que no crime de estelionato, é necessário que a vítima, determinada, seja usurpada de seu patrimônio, estando induzida em erro, acreditando estar fazendo algo de proveitoso para si própria, não podendo, então, tal dispositivo ser aplicado para proteger a sociedade de Taipu-RN, genericamente, como entendeu o atento promotor de justiça.

Desta forma, deve ser recebido o aditamento à denúncia apenas no que respeita à inclusão dos réus Deusimar Silva do Nascimento, Adauto Evangelista Neto e Francisco Guedes Júnior, bem como para incluir o crime previsto no art. 89, da Lei de Licitações, que dispõe sobre dispensa de licitação fora dos casos previstos em lei para todos os denunciados.

Registre-se que esse aditamento à denúncia não tem o condão de interromper a prescrição, tendo em vista que não foram incluídos fatos novos, mas apenas réus na ação e atribuídas novas capitulações jurídicas ao fato já expostos.

Assim, é de destacar, para que não haja dúvida para os réus, prejudicando suas defesas no processo, que Aluizio Viana de Miranda se defende dos crimes: 89, 92 e 95 da lei de licitações e ainda pelo art. 1º, I, §§ 1º e 2º do Decreto-Lei nº 201/67.

Com relação aos réus Ruy da Silva Mariz, José Viana Júnior e Francisco Canindé Viana, é de se declarar extintas as suas punibilidades pela ocorrência da prescrição no que respeita aos crimes originariamente denunciados. É que o TJRN já afastou, em decisão anterior, os crimes dos arts. 90 e 91 da Lei de Licitações e art. 335, do CP. O art. 319, do CP, imputado ao segundo e ao terceiro, com pena máxima em abstrato de 01 (um) ano, a prescrição ocorre em 02 (dois) anos, o que também já se operou, restando apenas o crime do art. 89, da Lei 8.666/93, que tem pena máxima prevista em abstrato de 05 (cinco) anos.

No que respeita aos réus Marcônio Dantas Nepomuceno e Sebastião Correia de Melo, estes se defendem dos crimes do art. 298, do CP (pena máxima em 05 anos), já que o art. 90, da Lei de Licitações está prescrito e ainda daquele previsto no art. 89, da Lei nº 8.666/93.

Em relação aos réus Deusimar Silva do Nascimento e Adauto Evangelista Neto, o aditamento à denúncia deve ser recebido apenas no que respeita ao crime previsto no art. 89, da Lei de Licitações, tendo em vista que o art. 299, do CP é aplicado de forma geral, não havendo lei especial que discipline o fato, o que não é o caso.

Por fim, quanto a Francisco Guedes Júnior, sua conduta também deve ser melhor enquadrada no art. 95, da Lei de Licitações e não na regra geral do art. 299, do CP que disciplina a falsidade ideológica, pois que, conforme narrado no aditamento, teria concorrido para afastar licitante de forma fraudulenta. Entretanto, considerando-se que a pena máxima em abstrato para o crime é de 04 (quatro) anos, a prescrição ocorre em 08



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(oito) anos, devendo ser declarada a extinção de sua punibilidade.

Em resumo, para melhor compreensão dos fatos, tem-se que todos os réus, exceto Francisco Guedes Júnior, que deve ser excluído do processo ante o reconhecimento da prescrição do crime a ele imputado, se defendem do delito previsto no art. 89, da Lei de Licitações, permanecendo, além desse, os crimes dos arts. 92 e 95, da Lei de Licitações e do art. 1º, I, na forma dos §§1º e 2º, do Decreto-Lei nº 201/67 (dispõe sobre a responsabilidade de prefeitos e vereadores e dá outras providências) para o primeiro denunciado Aluizio Viana de Miranda.

Ante o exposto, RECEBO, EM PARTE, O ADITAMENTO À DENÚNCIA para incluir os réus Deusimar Silva do Nascimento, Adauto Evangelista Neto e Francisco Guedes Júnior e ainda o crime do art. 89, da Lei nº 8.666/93 - Lei de Licitações, ao mesmo tempo em que julgo EXTINTA A PUNIBILIDADE DO RÉU FRANCISCO GUEDES JÚNIOR, ante a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, com base no art. 109, IV, do CP.

Por outro lado, diante da inocorrência de alteração fática, tenho por válidos os interrogatórios dos réus Aluizio Viana de Miranda, José Viana Júnior e Francisco Canindé Viana, mormente porque tomados antes do pedido de aditamento à denúncia. É de se registrar que o processo prosseguirá com base no procedimento anterior do CPP, posto que a instrução já havia sido iniciada sob a égide da lei anterior." (grifos acrescidos)

Contra essa decisão, o Paciente impetrou, na origem, o *habeas corpus* n.º 2010.001156-1, tendo sido denegada a ordem em acórdão assim ementado:

"HABEAS CORPUS. CRIME PREVISTO NO ARTIGO 89, DA LEI N.º 8.666/93. ALEGADA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. INOCORRÊNCIA. O MARCO INTERRUPTIVO SE DEU COM O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA, E NÃO COM O SEU ADITAMENTO, QUE TROUXE NOVA CAPITULAÇÃO JURÍDICA, E NÃO NOVOS ELEMENTOS. DECISÃO JUDICIAL QUE APENAS ADEQUA O FATO NARRADO NA DENÚNCIA À CORRETA CLASSIFICAÇÃO DO CRIME. NÃO SE VERIFICA A MANIFESTA AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. DENEGADO (sic) A ORDEM."

Registre-se, inicialmente, que não poderia o Juízo processante ter recebido o aditamento por crime diverso daqueles imputados pelo Ministério Público na referida peça – já que o órgão ministerial atribuiu ao Paciente a prática dos delitos previstos nos arts. 171 e 304, do Código Penal, enquanto a Magistrada concluiu que a sua conduta estaria subsumida à infração do art. 89 da Lei n.º 8.666/93 –, tendo em vista que descabe ao Magistrado precipitar-se no exame prematuro da correção da capitulação efetivada pelo *Parquet*, ato que não encontra respaldo na legislação processual penal em vigor. Com efeito, a *emendatio* ou a *mutatio libelli*, previstas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

respectivamente, nos arts. 383 e 384 do Código de Processo Penal, são institutos de que pode se valer o Juiz por ocasião da prolação da sentença, não havendo previsão legal para sua realização em momento anterior, muito menos no juízo de prelibação.

A propósito:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. USO DE DOCUMENTO FALSO E FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. TESE DE ERRO NA CAPITULAÇÃO DO CRIME PELA EXORDIAL ACUSATÓRIA. ALEGAÇÃO DE QUE A CONDUTA CONFIGURA O DELITO DE FALSIDADE MATERIAL DE ATESTADO, JÁ PRESCRITO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. A emendatio ou a mutatio libelli, previstas, respectivamente, nos arts. 383 e 384 do Código de Processo Penal, são institutos de que pode se valer o Juiz quando da prolação da sentença, não havendo previsão legal para sua realização em momento anterior, muito menos no juízo de prelibação. Precedentes.

2. A existência de eventual erro na tipificação da conduta pelo Órgão Ministerial não torna inepta a denúncia e, menos ainda, é causa de trancamento da ação penal, pois o acusado se defende do fato delituoso narrado na exordial acusatória e, não, da capitulação legal dela constante.

3. Eventual desclassificação do delito previsto no no art. 304, c.c. o art. 297, do Código Penal para o de falsidade material de atestado ou certidão, como almeja o Recorrente, somente poderá ser discutida na instrução criminal, ainda em andamento, durante o livre exercício do contraditório.

4. Recurso desprovido." (RHC 22.353/PA, 5.^a Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 08/02/2010.)

Independente da impropriedade, verifica-se a impossibilidade de o Ministério Público proceder à nova capitulação jurídica dos fatos, por já se encontrar prescrita a pretensão punitiva do Estado.

Pois bem. Este Superior Tribunal de Justiça já se manifestou, por diversas vezes, no sentido de que o réu se defende dos fatos que lhe são imputados, e não de sua capitulação jurídica. Assim, pode o Ministério Público proceder à alteração da classificação dos fatos, por meio de aditamento, antes de sentenciado o feito, oportunizando-se ao acusado o exercício do direito de defesa.

Nesse sentido, colaciono, dentre outros, os seguintes precedentes, *in verbis*:

"RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. ADITAMENTO DA DENÚNCIA QUE ALTERA TÃO SOMENTE A CAPITULAÇÃO DO CRIME. AUSÊNCIA DE NULIDADE.

1. Esta Corte tem se posicionado no sentido de que é permitido ao Ministério Público proceder à correção da capitulação do crime, sem que isso implique em cerceamento de defesa, uma vez inalterados os fatos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

descritos na exordial.

2. No caso, a partir da leitura da peça acusatória e de seu posterior aditamento, vê-se que houve somente alteração na capitulação jurídica dos fatos. A narrativa, entretanto, foi a mesma, conforme inclusive asseverado no acórdão recorrido, o que culminou com a condenação dos Réus nos termos da nova tipificação.

3. Como é cediço o Réu se defende dos fatos e não da capitulação dada ao crime. Assim, descabe falar em nulidade do decisum, na hipótese de mero ajustamento do nomen juris.

4. Recurso ao qual se dá provimento para afastar a nulidade da decisão condenatória e determinar que o Tribunal a quo prossiga na análise do recurso de apelação interposto." (REsp 710.522/SP, 6.^a Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 05/04/2010.)

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ARTS. 121, §2º, III E V, 157, §2º, II E 211, C/C 29, CAPUT, TODOS DO CÓDIGO PENAL. ALTERAÇÃO DA CAPITULAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS. DECLINAÇÃO DE COMPETÊNCIA. ADITAMENTO À DENÚNCIA. RECEBIMENTO DE DENÚNCIA E SEGREGAÇÃO PREVENTIVA DECRETADA.

I - É permitido ao Parquet realizar o aditamento à denúncia a qualquer tempo, desde que o faça antes da prolação da sentença, consoante o disposto no art. 569 do Código de Processo Penal (precedentes). Desta forma, a alteração da capitulação jurídica dos fatos, ainda que motivados pelo Juízo, não se reveste de ilegalidade, pois operada, na hipótese, pelo titular da ação penal.

II - Ademais, não há que falar em nulidade, eis que não decorreu para a paciente nenhum prejuízo. Isto porque, diante da desclassificação operada, verifica-se, na hipótese, que a pena em abstrato se mostra mais favorável à paciente.

III - Tendo em vista a alteração da competência para o processo e julgamento do feito em razão da nova tipificação legal atribuída aos fatos pelo Ministério Público (art. 121, CP), revela-se legal a decisão do Juízo do Tribunal do Júri que decretou a prisão preventiva da paciente.

Ordem denegada." (HC 84.962/SP, 5.^a Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ de 19/11/2007; sem grifo no original.)

Ressalte-se que, no caso em apreço, o aditamento – por não narrar fato criminoso diverso – não constitui causa interruptiva do prazo prescricional.

Por oportuno, confirmam-se as seguintes manifestações doutrinárias, *in verbis*:

"Tratando-se de prescrição retroativa, o recebimento do aditamento da denúncia não interrompe o prazo prescricional nem constitui seu termo a quo. Exceção feita à hipótese em que o aditamento narra fato criminoso novo. Neste caso, a data do despacho do recebimento do aditamento constitui o termo inicial do prazo prescricional retroativo, mas tão-somente em relação ao delito posteriormente descrito. Assim, nenhum efeito possui no tocante ao impedimento de curso da prescrição retroativa o aditamento da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

denúncia que, nos termos do art. 569 do CPP, lhe acrescenta circunstâncias modais (de tempo e lugar), retifica a qualificação legal do fato, a inclusão de novos acusados, o agravamento da lesão corporal etc." (JESUS, Damásio E. de. Prescrição penal. – 17. ed. – São Paulo: Saraiva, 2008, p. 161/162.)

"[...] Eventual retificação ou ratificação do recebimento da denúncia não tem o efeito de interromper a prescrição, valendo sempre, portanto, a data do despacho original. Entretanto, o recebimento do aditamento da peça inicial, interrompe a prescrição apenas quando é descrito novo ilícito penal ou incluído novo acusado, por corresponder assim a recebimento da denúncia, estendendo-se a interrupção a todos os co-réus (art. 117, § 1.º)." (MIRABETE, Julio Fabbrini. Código penal interpretado. – 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2001, p. 713)

Vê-se, portanto, que não existiria, em princípio, nenhum óbice à nova tipificação realizada pelo *Parquet*, com base nos mesmos fatos originalmente descritos na inicial acusatória.

Ocorre, contudo, que o oferecimento do aditamento para imputação de crimes mais graves se deu após ultrapassado o lapso prescricional correspondente aos delitos inicialmente atribuídos ao Paciente, embora ainda não declarada a prescrição da pretensão punitiva estatal, o que, a meu ver, não se mostra cabível.

Com efeito, embora seja provisória a classificação dada pelo Ministério Público na denúncia, a prescrição pela pena em abstrato deve ser averiguada com base na capitulação nela proposta e recebida pelo Magistrado. Se, porém, sobrevier aditamento promovido pelo órgão ministerial, validamente recebido, que altere o enquadramento típico da conduta, ou se o Magistrado, por ocasião da prolação da sentença, promover nova definição jurídica do fato, o prazo prescricional, nessas hipóteses, observará a pena cominada à nova capitulação.

A propósito:

"HABEAS CORPUS. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO. ADITAMENTO A DENÚNCIA. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 384, E PARÁGRAFO ÚNICO. A classificação dada pela denuncia ao crime é de caráter provisório. O juiz pode não concordar com a capitulação contida na acusação. Código de Processo Penal, arts. 383 e 384 e seu parágrafo único. Na conformidade da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o réu defende-se do fato descrito e não do crime capitulado. A matéria relativa à prescrição, em face da pena em abstrato, deve ser examinada nos termos em que proposta e recebida a denúncia, salvo se alterada pelo aditamento do Ministério Público recebido ou pela sentença. Prevalece a nova classificação do delito, para o cálculo do prazo prescricional da ação penal. Aditamento da denúncia que se fez com cumprimento do art. 384, parágrafo único, do Código de Processo Penal. Não cabe, no caso, alegar cerceamento de defesa ou não observância do devido processo legal. Habeas corpus denegado. Recurso desprovido." (STF,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RHC 66.432/SP, 1.^a Turma, Rel. Min. NERI DA SILVEIRA, DJ de 26/05/1989.)

Na situação dos autos, o aditamento da denúncia, com alteração da classificação jurídica dos fatos imputados ao Paciente, somente ocorreu após verificada a prescrição da pretensão punitiva do Estado. Ademais, o seu recebimento válido apenas se deu quando já reconhecida a extinção da punibilidade em relação aos delitos inicialmente atribuídos.

Nesse contexto, incabível o prosseguimento da ação penal, porquanto a decisão que reconhece a prescrição possui natureza declaratória, produzindo efeitos *ex tunc*, isto é, desde a data do prazo extintivo da punibilidade (HC 56.128/ES, 5.^a Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJ de 06/08/2007), o que, na hipótese, ocorreu no ano de 2004.

Ressalte-se, ainda, que, por se tratar de matéria de ordem pública, é prescindível a provocação da parte ou a apreciação pelo órgão jurisdicional *a quo* para o reconhecimento da prescrição, devendo ser declarada, de ofício, em qualquer fase do processo, a teor do art. 61 do Código de Processo Penal, c.c. o art. 107, inciso IV, do Código Penal.

Ante o exposto, CONCEDO a ordem para, cassando o acórdão impugnado e, em relação ao Paciente, a decisão que recebeu o aditamento da denúncia, determinar o trancamento da ação penal contra este instaurada, tendo em vista a extinção da punibilidade estatal pela ocorrência da prescrição.

Outrossim, resta prejudicada a análise das demais questões arguidas na impetração.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2008/0260223-4

HC 121.743 / RN
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 157010000750 20080033618

EM MESA

JULGADO: 16/12/2010

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : BRUNO MACEDO DANTAS

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

PACIENTE : RUY DA SILVA MARIZ

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Estelionato

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 16 de dezembro de 2010

LAURO ROCHA REIS
Secretário