



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 757322 - ES (2022/0222505-3)

RELATOR : **MINISTRO MESSOD AZULAY NETO**
AGRAVANTE : J M DA C
ADVOGADO : ALAN MANTUAN LONGO - ES019042
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. NULIDADE PROCESSUAL POR AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA SENTENÇA. ARGUIÇÃO TARDIA. NULIDADE DE ALGIBEIRA. EMENDATIO LIBELLI EM 2º GRAU. POSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

I. Caso em exame

1. Agravo regimental interposto contra decisão monocrática que não conheceu do habeas corpus, alegando nulidade dos atos processuais por ausência de intimação pessoal do paciente sobre a sentença condenatória e aplicação equivocada do instituto da emendatio libelli pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo.

II. Questão em discussão

2. A questão em discussão consiste em saber se a ausência de intimação pessoal do paciente e de seu advogado sobre a sentença condenatória gera nulidade absoluta dos atos processuais, e se a aplicação do instituto da emendatio libelli pelo Tribunal de Justiça foi realizada de forma correta.

III. Razões de decidir

3. A ausência de intimação pessoal do paciente ou do advogado quanto à sentença não gera nulidade absoluta, pois a defesa técnica teve oportunidade de alegar a nulidade em dois momentos processuais (quando da intimação para contrarrazões de apelação e quando da intimação do acórdão condenatório), mas não o fez, configurando preclusão.
4. A estratégia processual de alegar nulidade de algibeira, sem demonstração de prejuízo concreto, não é aceita, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.
5. A aplicação do instituto da emendatio libelli pelo Tribunal de Justiça foi correta, pois a definição jurídica dos fatos foi ajustada sem inovação quanto aos fatos descritos na denúncia.

IV. Dispositivo e tese

6. Agravo regimental desprovido.

Tese de julgamento: "1. A ausência de intimação pessoal do réu ou do advogado quanto à sentença condenatória não gera nulidade absoluta se a defesa teve oportunidade de alegar a nulidade e não o fez. 2. A emendatio libelli pode ser aplicada em segunda instância, desde que não haja inovação nos fatos descritos na denúncia."

Dispositivos relevantes citados: CPP, arts. 383, 392, 563, 564, 571; CF/1988, art. 5º, LV.

Jurisprudência relevante citada: STJ, AgRg no HC 624368, Rel. Min. Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 24.05.2022; STJ, AgRg no AREsp 2348392, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 22.08.2023.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Carlos Cini Marchionatti (Desembargador Convocado TJRS) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 24 de março de 2025.

Ministro Messod Azulay Neto
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 757322 - ES (2022/0222505-3)

RELATOR : **MINISTRO MESSOD AZULAY NETO**
AGRAVANTE : J M DA C
ADVOGADO : ALAN MANTUAN LONGO - ES019042
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. NULIDADE PROCESSUAL POR AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA SENTENÇA. ARGUIÇÃO TARDIA. NULIDADE DE ALGIBEIRA. EMENDATIO LIBELLI EM 2º GRAU. POSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

I. Caso em exame

1. Agravo regimental interposto contra decisão monocrática que não conheceu do habeas corpus, alegando nulidade dos atos processuais por ausência de intimação pessoal do paciente sobre a sentença condenatória e aplicação equivocada do instituto da emendatio libelli pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo.

II. Questão em discussão

2. A questão em discussão consiste em saber se a ausência de intimação pessoal do paciente e de seu advogado sobre a sentença condenatória gera nulidade absoluta dos atos processuais, e se a aplicação do instituto da emendatio libelli pelo Tribunal de Justiça foi realizada de forma correta.

III. Razões de decidir

3. A ausência de intimação pessoal do paciente ou do advogado quanto à sentença não gera nulidade absoluta, pois a defesa técnica teve oportunidade de alegar a nulidade em dois momentos processuais (quando da intimação para contrarrazões de apelação e quando da intimação do acórdão condenatório), mas não o fez, configurando preclusão.

4. A estratégia processual de alegar nulidade de algibeira, sem demonstração de prejuízo concreto, não é aceita, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

5. A aplicação do instituto da *emendatio libelli* pelo Tribunal de Justiça foi correta, pois a definição jurídica dos fatos foi ajustada sem inovação quanto aos fatos descritos na denúncia.

IV. Dispositivo e tese

6. Agravo regimental desprovido.

Tese de julgamento: "1. A ausência de intimação pessoal do réu ou do advogado quanto à sentença condenatória não gera nulidade absoluta se a defesa teve oportunidade de alegar a nulidade e não o fez. 2. A *emendatio libelli* pode ser aplicada em segunda instância, desde que não haja inovação nos fatos descritos na denúncia."

Dispositivos relevantes citados: CPP, arts. 383, 392, 563, 564, 571; CF/1988, art. 5º, LV.

Jurisprudência relevante citada: STJ, AgRg no HC 624368, Rel. Min. Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 24.05.2022; STJ, AgRg no AREsp 2348392, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 22.08.2023.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por **J M DA C** contra decisão monocrática que não conheceu do *habeas corpus* (fl. 386-391).

O paciente foi condenado à pena de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, pela prática do crime tipificado no art. 215 do Código Penal.

O impetrante sustenta a nulidade dos atos processuais, em virtude da ausência de intimação pessoal do paciente sobre a sentença parcialmente condenatória, e pondera que o Tribunal de origem aplicou o instituo da *emendatio libelli* em manifesto equívoco, piorando a situação do paciente, com provas que não foram analisadas pelo magistrado de primeira instância.

A decisão monocrática de fl. 386-391 não conheceu do *habeas corpus*, por se tratar de substitutivo do recurso próprio, e não concedeu a ordem de ofício, por não vislumbrar flagrante ilegalidade nas decisões da origem.

No presente agravo regimental, a defesa reitera os argumentos da petição inicial, sustentando que não houve má-fé caracterizadora da nulidade de algibeira e que a nulidade foi arguida logo após a ciência do acórdão do Tribunal. Alegou que a decisão do Tribunal de aplicação da *emendatio libelli* é teratológica e gerou prejuízo ao paciente. Asseverou que o manejo e improcedência da revisão criminal no Tribunal de Justiça não impede o conhecimento das matérias em *habeas corpus*. Pediu o recebimento e provimento do recurso (fl. 397-403).

Por manter a decisão agravada, submeto o agravo regimental à apreciação da Quinta Turma.

É o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do agravo regimental.

É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a decisão recorrida, pelos próprios fundamentos.

Conforme já mencionado na decisão agravada, a controvérsia gira em torno da nulidade dos atos processuais em virtude da ausência de intimação pessoal do paciente sobre a sentença condenatória; e quanto à aplicação do instituto da *emendatio libelli* pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo no julgamento do recurso de apelação.

O art. 392 do Código de Processo Penal estabelece que a intimação da sentença será feita pessoalmente ao réu que estiver preso (inciso I); pessoalmente, ou a defensor por ele constituído, quando estiver solto ou tiver prestado fiança (inciso II) ou mediante edital se não localizados o réu ou seu defensor (incisos III a VI), e a ausência de intimação enseja a nulidade absoluta do ato (art. 564, inciso III, alínea o, do Código de Processo Penal).

Entretanto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça afirma que o reconhecimento da nulidade, ainda que absoluta, reclama a efetiva demonstração do prejuízo à parte, sem a qual prevalecerá o princípio da instrumentalidade das formas, positivado no art. 563 do Código de Processo Penal (*pas de nullité sans grief*).

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS.

PROCESSUAL PENAL. FURTOS QUALIFICADOS (CONSUMADO E TENTADO). NULIDADE PROCESSUAL. QUESTÃO NÃO SUSCITADA NO MOMENTO OPORTUNO. PRECLUSÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Conforme a jurisprudência desta Corte, tanto nos casos de nulidade relativa quanto nos casos de nulidade absoluta, o reconhecimento de vício que enseje a anulação de ato processual exige a efetiva demonstração de prejuízo, devendo a parte prejudicada suscitar-lo no decorrer da ação penal até as alegações finais, sob pena de preclusão, nos termos do art. 571, inciso II, do Código de Processo Penal. No caso, verifica-se que a Defesa, seja na audiência de instrução, na qual estava presente, seja ao apresentar as alegações finais, não alegou qualquer nulidade acerca do ato de intimação do ora Agravante nem a existência de qualquer prejuízo, vindo a fazê-lo apenas nas razões da apelação, motivo pelo qual o Tribunal de origem entendeu estar preclusa a matéria. Assim, não se evidencia a existência de constrangimento ilegal a ser sanado.

2. Agravo regimental desprovido" (STJ - AgRg no HC 624.368/SE, Data de Julgamento: 24/05/2022, Sexta Turma, DJe 31/05/2022). Destaque nosso.

No caso dos autos, não houve a intimação pessoal do paciente quanto à sentença; contudo, a defesa técnica constituída pelo paciente teve, ao menos, duas oportunidades para se manifestar acerca da nulidade: (i) quando intimado a apresentar contrarrazões ao recurso de apelação e (ii) após intimação do acórdão condenatório, e não o fez, configurando a estratégia denominada nulidade de algibeira, em que a nulidade não arguida no momento oportuno é suscitada de maneira a se aproveitar do vício de forma no futuro.

Corroborar essa assertiva o fato de a defesa do paciente somente ter apresentado pedido de reconhecimento de nulidade em 03/06/2022 (e-STJ fls. 349-350), após o trânsito em julgado do acórdão, que se deu em 11/04/2022.

A manobra fere o princípio da boa-fé objetiva que deve nortear as relações jurídico-processuais e é rechaçada pelo Superior Tribunal de Justiça, vejamos:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. NULIDADE DE ALGIBEIRA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A jurisprudência dos Tribunais Superiores é pacífica em

rechaçar a estratégia processual denominada nulidade de algibeira, a qual ocorre quando a Defesa não alega a existência de vício formal em momento oportuno, quedando-se inerte até que seja verificado, no futuro, que a tese acarretará mais benefícios ao Agente, em explícita ofensa aos princípios da boa-fé processual e da cooperação.

2. Na hipótese, a matéria está preclusa, porquanto o art. 571, inciso II, do Código de Processo Penal, preconiza que as eventuais nulidades ocorridas na fase de instrução criminal devem ser alegadas até as alegações finais, o que não ocorreu na hipótese.

3. A tese suscitada neste writ, além de não ter sido mencionada nas alegações finais, não foi apresentada nas razões do recurso de apelação, bem como não foi arguida em razão da interposição dos recursos extraordinário e especial.

4. Registro, ainda, que "a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que 'o princípio do pas de nullité sans grief exige, em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, podendo ser ela tanto a nulidade absoluta quanto a relativa, pois não se decreta nulidade processual por mera presunção' (HC 132.149-AgR, Rel. Min. Luiz Fux)". (HC 184709 AgR, Rel. Ministro ROBERTO BARROSO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/06/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-177 DIVULG 14-07-2020 PUBLIC 15-07-2020), circunstância não verificada no caso.

5. Agravo regimental desprovido" (STJ - AgRg no HC 746.715/SE, Relatora Ministra Laurita Vaz, Data de Julgamento: 22/05/2023, Sexta Turma, DJe 26/05/2023).

No presente agravo regimental, a defesa sustenta que, por ocasião da intimação para contrarrazões ao recurso de apelação, não tinha como saber se o réu ainda seria ou não intimado pessoalmente. Ora, se tinha esta dúvida, poderia ao menos ter questionado o fato e alertado o juízo para a necessidade de intimação do acusado, desincumbindo-se do dever de cooperação (art. 6º do Código de Processo Civil), e não permanecido silente.

Nesse contexto, não deve ser reconhecida a nulidade aventada, seja porque a defesa técnica teve acesso e ciência plena do processo em duas oportunidades, quando poderia/deveria ter alegado a nulidade e apresentado o recurso de apelação, caso desejasse; seja porque a alegação tardia da nulidade configura conduta de má-fé processual.

No tocante à aplicação do instituto da *emendatio libelli* pelo Tribunal de origem, na hipótese de erro na capitulação na denúncia, o magistrado procederá à correção e adequação aos fatos definição jurídica diversa, ainda que advenha pena mais

severa (art. 383, do Código de Processo Penal), o que é aplicável à segunda instância, consoante Súmula 453, do STF.

Esse foi o entendimento da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça no AgRg no AREsp 2348392-TO, *in verbis*:

"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PECULATO. DESCALSSIFICAÇÃO PARA FURTO QUALIFICADO COM EMPREGO DE FRAUDE. QUALIFICADORA. EMENTATIO LIBELLI. LEGALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O Estatuto Processual Penal estabelece que, na hipótese de erro de capitulação na exordial acusatória, o magistrado procederá à correção e adequação da tipificação, atribuindo aos fatos definição jurídica diversa, ainda que advenha pena mais severa. Cuida-se, nesse caso, da emendatio libelli, prevista no art. 383 do CPP. Não há, nessa hipótese, a superveniência de fato novo, que impõe o aditamento da denúncia - tal como ocorre com a mutatio libelli, prevista no art. 384 do CPP - e, conseqüentemente, da abertura de prazo para a defesa se manifestar com a indicação de novas testemunhas (AgRg no REsp n. 1.923.057/DF, Relator Ministro MESSOD AZULAY NETO, Quinta Turma, julgado em 17/4/2023, DJe de 20/4/2023).

2. Assim, é pacífico o entendimento desta Corte Superior de que o acusado se defende dos fatos narrados na denúncia e não da capitulação legal nela contida - que é dotada de caráter provisório. É permitido ao Juiz sentenciante, na oportunidade da prolação da sentença, conferir definição jurídica da conduta diversa, conforme dispõe o art. 383 do Código de Processo Penal (AgRg no AREsp n. 1.441.689/PR, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 23/8/2022, DJe de 31/8/2022).

3. Segundo a Súmula 453/STF, não se aplicam à segunda instância o art. 384 e parágrafo único do Código de Processo Penal, que possibilitam dar nova definição jurídica ao fato delituoso, em virtude de circunstância elementar não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou queixa.

4. Ao contrário do alegado pela defesa, a Corte de origem, ao desclassificar o delito de peculato (artigo 312 do Código Penal) para o de furto qualificado (artigo 155, § 4º, inciso II, do Código Penal) não inovou quanto aos fatos originariamente descritos na denúncia oferecida, mas, apenas, deu definição jurídica diversa a eles, tratando-se, portanto, de emendatio libelli e não mutatio libelli, não havendo qualquer ilegalidade a ser sanada.

5. Agravo regimental não provido" (STJ - AgRg no AREsp: 2.348.392/TO, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Data de Julgamento: 22/08/2023, Quinta Turma, DJe 28/08/2023). Destaque

nosso.

Ademais, a definição jurídica dada aos fatos pelo Tribunal de origem beneficiou o paciente, visto que a inicial acusatória imputou o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A) e o acórdão reformou a decisão *a quo* para condená-lo pelo crime de estupro mediante fraude, cuja pena é inferior.

Cabe ressaltar que, havendo recurso do Ministério Público, o Tribunal de Justiça não está adstrito ao que foi decidido na sentença, podendo reformá-la dentro dos limites da moldura fático-jurídica estabelecida pela denúncia e pelo recurso de apelação.

Por fim, em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, verifica-se que no dia 25/07/2022, após a impetração deste (19/07/2022), foi distribuída a Revisão Criminal n. 5006511-61.2022.8.08.0000, na qual foi requerida a reforma da sentença em razão da atipicidade; por ter sido utilizado equivocadamente o procedimento da Lei nº 12.431/2017 para oitiva da vítima; reconhecimento da obtenção ilícita da gravação e reforma do acórdão por ter sido realizada a *emendatio libelli* em grau recursal, a qual foi julgada improcedente e transitou em julgado em 02/08/2024, acarretando a perda superveniente do objeto deste quesito.

Assim, não identifico a existência de flagrante ilegalidade que justifique a concessão da ordem, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Destaque-se que, no presente agravo regimental, não se aduziu qualquer argumento apto a ensejar a alteração da decisão ora agravada, devendo ser mantida por seus próprios fundamentos

Ante o exposto, **nego provimento ao agravo regimental.**

É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2022/0222505-3

AgRg no
HC 757.322 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00008612720188080011 00061689220188080000 011180007897 11180007897
61689220188080000 8612720188080011

EM MESA

JULGADO: 20/03/2025
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MESSOD AZULAY NETO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MÔNICA NICIDA GARCIA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ALAN MANTUAN LONGO
ADVOGADO : ALAN MANTUAN LONGO - ES019042
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : J M DA C
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Dignidade Sexual - Estupro de vulnerável

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : J M DA C
ADVOGADO : ALAN MANTUAN LONGO - ES019042
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

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, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Carlos Cini Marchionatti (Desembargador Convocado TJRS) votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.