

## O Fim da Emendatio Libelli no Processo Penal Garantista

Fabiano Pimentel

Durante anos, a doutrina processual penal tradicional vem descrevendo a célebre distinção entre *mutatio libelli* e *emendatio libelli*, partindo do brocado de que "o réu se defende dos fatos descritos na denúncia ou queixa e não do tipo penal". Tal entendimento, sempre usado como um enunciado intocável pelos processualistas, foi fundamento para a confecção dos arts. 383 e 384 do CPP, mantidos, inclusive, pelas novas reformas processuais penais.

A origem de tais dispositivos é o princípio da correlação, que, na visão de Elmir Duclerc, impede ao magistrado considerar em desfavor do acusado aspectos que não foram mencionados pelo acusador na inicial, sendo uma consequência direta do princípio do devido processo legal. Na mesma linha é o entendimento de Paulo Rangel ao afirmar que o juiz deve decidir o caso penal nos limites em que foi proposto, não sendo permitido conhecer de questões não suscitadas na inicial, que exigem a iniciativa das partes.

Para Rômulo Moreira, os fatos delineados em uma peça acusatória limitam o julgador em seu pronunciamento final, que deve circunscrever-se à narração fática feita pelo órgão acusador e sobre as quais o imputado exercitou o seu amplo direito de defesa. Para ele, a correlação que a sentença deve guardar com o fato narrado é medida que obstaculiza a ocorrência de julgamentos *extra petita* ou *ultra petita*, a impedir qualquer desobediência ao sistema acusatório assumido pela atual Constituição Federal.

Assim, deve haver correlação direta entre os aspectos descritos na denúncia ou queixa e a sentença, sob pena de ser o acusado surpreendido por fatos novos não descritos na inicial, dificultando, sobremaneira, o pleno exercício da defesa.

Nesse sentido, vale a jurisprudência do STJ:

**"HABEAS CORPUS. DESCLASSIFICAÇÃO DE ROUBO QUALIFICADO PARA RECEPÇÃO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO ENTRE A ACUSAÇÃO E A CONDENAÇÃO. EMENDATIO EM SEGUNDO GRAU. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 453 DO STF. 1. A inobservância do princípio da correlação entre a imputação e a condenação viola o princípio da ampla defesa e do contraditório porque a nova realidade resulta de imputação tomada de surpresa no âmbito da instrução. 2. No caso, o Juiz de primeiro grau alertou a acusação para a modificação do fato típico, inclusive para a mudança da situação fática da imputação, o que não foi levado em conta, não podendo, por isso, uma vez firmada a absolvição, o Tribunal *a quo* fazer o ajuste da tipicidade. Aplicação do Enunciado nº 453 do STF. 3. Ordem concedida para anular o acórdão condenatório e manter a absolvição do acusado, estendendo ao corréu W.M.S." (HC 116.077/SP, Relª Minª Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, j. 31.05.2011, DJe 15.06.2011)**

Em virtude disso, criou-se o enunciado de que o réu se defende dos fatos narrados na acusação e não do tipo penal. Havendo correlação entre os fatos descritos e a sentença, pode o magistrado dar nova definição jurídica ao crime, ajustando-o ao tipo penal mais adequado, inclusive aplicando-lhe pena mais grave.

Na expressão de Fernando da Costa Tourinho Filho, aplica-se ao caso o brocado latino narra *mihi factum dabo tibi jus*. Para o autor, deve haver correlação entre a sentença e a acusação, mas essa relação deve verificar-se entre a sentença e o fato contestado e não entre a decisão e o tipo violado. Por isso defende que sendo o mesmo fato, pode o juiz limitar-se a corrigir a qualificação jurídico-penal.

Conforme entendimento de Guilherme Nucci, o juiz pode alterar a classificação jurídica do crime sem qualquer cerceamento de defesa, pois, para o autor, o que está em jogo é a sua visão da tipicidade, que pode variar de acordo com o seu livre-convencimento. Para ele, se o Promotor descreveu, por exemplo, um furto com fraude, mas terminou classificando como estelionato, nada impede que o magistrado corrija essa classificação, condenando o réu por furto qualificado, embora tenha que aplicar pena mais grave.

Como se vê pela doutrina citada acima e com base no quanto disposto no art. 383 do CPP, o juiz pode dar ao fato definição jurídica nova, mesmo que ao final tenha que fixar pena mais grave, sem oportunizar à defesa que se manifeste sobre o tipo novo, pois, nesse caso, estará apenas fazendo uma adequação dos fatos ao delito, em tese, mais adequado.

Nesse sentido:

"PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO ENTRE A DENÚNCIA E A SENTENÇA. FATOS NARRADOS CORRETAMENTE. CAPITULAÇÃO ERRÔNEA. EMENDA FEITA INDEPENDENTE DE FORMALIDADES. ATENUANTE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. CONCEDIDA PARCIALMENTE A ORDEM PARA RETIRAR O ÓBICE A EVENTUAL PROGRESSÃO DE REGIME. 1. A defesa é feita quanto aos fatos e não quanto à capitulação, podendo o juiz emendá-la na sentença, sempre que os fatos estiverem narrados corretamente, pois a ele é dado dizer o direito. 2. A existência de atenuante genérica não pode levar a pena aquém do mínimo legal, não podendo ser aplicada quando a reprimenda-base nele já se encontra. 3. O regime inicial fechado que possibilita eventual progressão deve ser estabelecido como medida individualizadora da pena, na fase de execução, mostrando-se não só favorável ao réu como também para garantir a sociedade, a ela restituindo-se pessoa que contribuiu com seu comportamento para a sua liberdade e foi rigorosamente observada durante o cumprimento da pena, através dos estágios de progressão por ela conquistados, mostrando-se capaz de viver na sociedade da qual se alijou e foi alijado. 4. Restituir à sociedade o apenado, tão só pelo cumprimento de dois terços da pena, sem qualquer progressão anterior que possa ensejar uma melhor observação de sua conduta, é contribuir para o aumento da violência social. 5. Inadmissível a imposição de regime integralmente fechado quando o Supremo Tribunal Federal declarou a sua inconstitucionalidade, estendendo os seus efeitos a todas as penas em execução. 6. A aplicação da Lei nº 11.464/07, que modificou o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, substituindo a expressão 'integralmente' por 'inicialmente', deve retroagir para alcançar os fatos criminosos ocorridos antes de sua vigência, por se

tratar de *Lex Mitior*, segundo comando constitucional (art. 5º, XL, da Constituição da República). Ordem parcialmente concedida para substituir o regime integralmente fechado pelo inicialmente fechado." (HC 77.433/MS, Relª Minª Jane Silva [Desembargadora Convocada do TJMG], Quinta Turma, j. 07.08.07, DJ 03.09.07, p. 205)

Ressalte-se, ainda, que isso, na visão tradicional, pode ser realizado até mesmo em nível de recurso de apelação, já que há apenas uma adequação dos fatos narrados ao tipo correto, sem que isso importe em nulidade processual, pois o "réu se defende dos fatos e não tipo narrado na acusação".

Tal entendimento vem sendo utilizado pelo STJ:

"(...) Não há ilegalidade no procedimento adotado pelo magistrado de origem, que condenou os pacientes pelo crime de roubo consumado, já que, nos exatos termos do art. 383 do Código de Processo Penal, o juízo pode atribuir definição jurídica diversa aos fatos contidos na inicial, desde que não os modifique, ainda que, por consequência, tenha que aplicar pena mais grave. (...) Não há ilegalidade na condenação dos pacientes pelo crime de roubo consumado quando o Ministério Público oferece denúncia e sustenta nas alegações finais que o delito teria sido praticado na forma tentada. 5. O entendimento firmado pelas instâncias de origem está de acordo com o sufragado nesta Corte Superior de Justiça, pelo qual o crime de roubo, assim como o de furto, se consuma quando o agente obtém a posse, ainda que breve, do bem subtraído, não sendo necessário que esta se dê de forma mansa e pacífica (...). 3. *Habeas corpus* não conhecido." (HC 197.068/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. 16.04.2013, DJe 24.04.2013)

No mesmo sentido:

"(...) O réu, em nosso sistema processual penal, defende-se da imputação fática, e não da imputação jurídica; logo, se os fatos sobre os quais incide são sempre os mesmos, restando caracterizada a *emendatio libelli*, e não a *mutatio libelli*, desnecessária a observância de providência ou procedimento prévio, ainda que o juiz deva aplicar pena mais elevada em virtude da nova classificação, inexistindo

nisso qualquer cerceamento de defesa. 3. *Habeas corpus* não conhecido." (HC 255.512/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. 21.03.2013, DJe 10.04.2013)

Vale colacionar, ainda, o seguinte julgado do STJ:

"**HABEAS CORPUS. NULIDADES PROCESSUAIS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. TENTATIVA. MODIFICAÇÃO NA CAPITULAÇÃO. CRIME CONSUMADO. AUSÊNCIA DE IMPUTAÇÃO DE FATO NOVO. EMENDATIO LIBELLI.** 1. Não configura nulidade a atribuição pelo magistrado de definição jurídica diversa, sem imputação de fato novo. O afastamento, na sentença, da modalidade tentada foi feito com base nos fatos já narrados na peça acusatória. 2. O equívoco na denúncia quanto à capitulação do crime imputado ao acusado - modalidade tentada, em vez de consumada - pode ser corrigido na sentença, por meio da *emendatio libelli*, prevista no art. 383 do Código de Processo Penal. O réu se defende dos fatos imputados na denúncia, e não da classificação a eles atribuída. 3. Ordem denegada." (HC 158.545/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. 19.11.2012, DJe 27.11.2012)

Como visto, o entendimento jurisprudencial é no sentido de que é permitido ao juiz fazer nova adequação do tipo, desde que não mude os fatos, podendo aplicar até mesmo pena mais grave.

Diferente da *emendatio libelli* é a *mutatio libelli*. Nesse caso, ocorre uma mudança dos fatos narrados pela acusação. Havendo mudança dos fatos, para a doutrina tradicional, há uma mudança na acusação, e por isso o art. 384 deve ser aplicado: "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 cinco dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública (queixa subsidiária, portanto), reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente".

Para Rômulo Moreira, as alterações procedidas no referido art. 384 do CPP, com as novas reformas processuais penais, foram para melhor. O autor assevera que, em primeiro lugar, excluiu-se a expressão "circunstância elementar", que confundia coisas diferentes: circunstância e elementar do tipo. Agora a Lei refere-se à circunstância ou ao elemento da infração penal. Para ele, outra mudança importante é a exclusão do advérbio "implicitamente", que dava a entender ser possível uma denúncia ou queixa com elementos ou circunstâncias implícitos, possibilidade absolutamente estranha aos postulados do devido processo legal, especialmente a ampla defesa.

Com a *mutatio libelli*, em virtude da mudança do fato, deve o juiz, em respeito ao contraditório e à amplitude de defesa, dar vistas ao defensor para que, no prazo de cinco dias, possa arrolar até três testemunhas, com novo interrogatório, ou seja, com nova instrução, já que houve a mudança da acusação.

No entendimento de Renato Brasileiro de Lima, a *mutatio libelli* ocorre quando, no curso da instrução, surge prova nova não contida na acusação. Para o autor, como há uma alteração dos fatos, fica evidente a necessidade de aditamento da inicial, com posterior oitiva da defesa e renovação da instrução e do interrogatório, festejando, assim, os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Como se vê, para a doutrina clássica, não havendo mudança do fato descrito na acusação, o juiz pode fazer a adequação do tipo, ocorrendo a *emendatio libelli*, pois o réu se defende dos fatos e não do tipo, mesmo que tenha de aplicar pena mais grave. Havendo mudança dos fatos, ocorre a *mutatio libelli*, devendo o magistrado intimar o Ministério Público para realizar o aditamento da inicial, abrindo prazo para a defesa arrolar novas testemunhas, com novo interrogatório, no prazo de cinco dias.

Ocorre que esse pensamento, defendido por maioria doutrinária, não mais pode prevalecer diante de um processo penal garantista. Essa doutrina parte de uma premissa falsa, ou seja, o réu não se defende só dos fatos, mas do tipo penal também. Prova disso é a tese referente à atipicidade, largamente utilizada pela

defesa, quando busca demonstrar que os fatos narrados na denúncia não se adequam ao tipo penal imputado pelo Ministério Público. Não, o réu não se defende só dos fatos, mas do tipo penal também.

De tal modo, mesmo havendo *emendatio libelli*, deve sempre ser concedida vista à defesa para manifestar-se sobre a mudança do tipo. Tal entendimento vem sendo utilizado pelo STF em suas decisões:

"AÇÃO PENAL. CRIME ELEITORAL. CONTROVÉRSIA A RESPEITO DA IMPRESCINDIBILIDADE DA REALIZAÇÃO DO INTERROGATÓRIO DO ACUSADO EM PROCESSO ELEITORAL QUE, APÓS A INSTRUÇÃO, FOI REMETIDO A ESTA CORTE. *EMENDATIO LIBELLI* APRESENTADA PELO PARQUET EM ALEGAÇÕES FINAIS. NECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO DO DENUNCIADO. QUESTÃO DE ORDEM. DELIBERAÇÃO DO PLENÁRIO PELA REALIZAÇÃO DE INTERROGATÓRIO DO RÉU E PELA OPORTUNIDADE DE DEFESA DIANTE DA *EMENDATIO LIBELLI*. 1. Processo criminal eleitoral submetido à jurisdição do Supremo Tribunal Federal. Superveniência da Lei nº 10.732/03, que alterou o art. 359 do Código Eleitoral, e da Lei nº 11.719/08, que deslocou para após a oitiva de testemunha a realização do interrogatório do denunciado. Imprescindibilidade da realização da audiência de interrogatório, embora o procedimento penal tenha obedecido ao rito previsto à época da vigência do art. 359 do Código Eleitoral, na redação originária. 2. *Emendatio libelli* apresentada pelo Ministério Público Federal em alegações finais. Manifestação da defesa. 3. Questão de ordem resolvida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no sentido da realização da audiência de interrogatório do denunciado e da indispensabilidade da intimação da defesa para se manifestar a respeito da *emendatio libelli* apresentada pelo Parquet em alegações finais." (AP 545 QO, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 17.10.2012, DJe 05.02.2013, publ. 06.02.2013)

Aury Lopes Júnior também é favorável a esse entendimento ao afirmar que, infelizmente, o senso comum teórico segue afirmando que o réu se defende dos fatos, de modo que a *emendatio libelli* seria uma mera correção do tipo penal descrito na acusação, podendo o juiz fazer uso do art. 383 sem qualquer

preocupação. Para o autor, tal postura peca pelo reducionismo, numa visão simplista do processo penal, incompatível com a Constituição Federal. Para ele, é elementar que o réu se defende dos fatos, mas incumbe também ao defensor debruçar-se sobre os limites semânticos do tipo, possíveis causas de exclusão da tipicidade, ilicitude e culpabilidade e em toda a complexidade que envolve o injusto penal, não apenas dedicando-se à análise fática.

Ora, quando o juiz modifica o tipo penal, mesmo sem alterar os fatos descritos na acusação, ele surpreende a defesa com nova definição jurídica para o crime, trazendo prejuízo para o acusado. Por isso, havendo qualquer mudança na acusação, em qualquer circunstância, deve ser determinada intimação para que a defesa se manifeste sobre a mudança, evitando-se o cometimento de nulidades por ofensa ao princípio da ampla defesa.

A premissa de que o réu se defende dos fatos é falsa e, partindo-se de uma premissa falsa, falsa é a conclusão do discurso doutrinário tradicional. A *emendatio libelli*, da forma como está proposta, não se compatibiliza com os princípios da amplitude de defesa e contraditório, violando, sobremaneira, a Constituição Federal de 1988.

O art. 41 do Código de Processo Penal exige que a inicial acusatória descreva a classificação do crime, a qualificação das partes, a exposição minuciosa dos fatos e, quando necessário, o rol de testemunhas. Dessa forma, percebe-se que a classificação jurídica dada pelo acusador na sua inicial não é uma faculdade, ou um ato discricionário, mas, sim, um ato vinculado, ou seja, o acusador deve descrever o tipo penal supostamente violado pelo acusado, sob pena de inépcia da inicial.

Dizer-se que o juiz pode mudar essa classificação jurídica é gerar nova acusação sem defesa, é dar ao magistrado o poder de alterar a acusação, aplicando pena mais gravosa ao réu, com violação ao sistema acusatório constitucional. É, enfim, e mais uma vez, surpreender o acusado ao final do processo com uma acusação desconhecida, reduzindo o contraditório e cerceando o princípio da amplitude de defesa.



Por isso, sustentamos que a *emendatio libelli* descrita pelo art. 383 do Código de Processo Penal deve ser abolida do ordenamento jurídico por sua total inconstitucionalidade, não se adequando aos princípios garantistas do processo penal atual. Qualquer mudança na acusação (seja na descrição fática, seja na classificação do crime) deve ser feita pelo Ministério Público, titular da ação penal e não pelo juiz que deve se manter imparcial e equidistante das partes, gerando sempre hipótese de *mutatio libelli*.

Se assim entender, o Ministério Público adita a denúncia, concedendo novo prazo para a defesa arrolar até três testemunhas, com novo interrogatório e nova instrução criminal. Qualquer alteração da acusação deve gerar uma *mutatio libelli*, pois o réu não se defende somente dos fatos, mas do tipo penal de igual forma. Com isso, propõe-se o fim da *emendatio libelli*, adequando o brocado latino narra *mihi factum dabo tibi jus* ao sistema constitucional vigente.

É hora de quebrar paradigmas, de mudar o curso do rio e, somente assim, poderemos festejar o poeta Fernando Pessoa ao afirmar: "há um tempo em que é preciso abandonar as roupas usadas, que já têm a forma do nosso corpo, e esquecer os nossos caminhos, que nos levam sempre aos mesmos lugares. É o tempo da travessia: e, se não ousarmos fazê-la, teremos ficado, para sempre, à margem de nós mesmos".