

A EMENDATIO LIBELLI E A MUTATIO LIBELLI NA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Danielle Souza de Andrade e Silva

1. INTRODUÇÃO: UMA REFORMA NECESSÁRIA

O Código de Processo Penal brasileiro foi editado pelo Decreto-lei nº 3.689/1941, no contexto de exceção democrática instalado pelo Estado Novo e teve muitas de suas idéias inspiradas no Código Rocco do regime fascista italiano. Conheceu quatro ordens constitucionais sucessivas e, embora sofrendo pontuais reformas ao longo de sua existência – a maioria delas após a Constituição de 1988, que já completa vinte anos de vigência –, muitos de seus dispositivos não sobrevivem a uma cuidadosa leitura sob a ótica da Lei Maior.

Há muito, portanto, a realidade social e o meio jurídico reclamam do legislador uma mudança global na legislação processual penal, de forma a modernizá-la, adequá-la aos comandos trazidos pela Constituição, aperfeiçoando o sistema acusatório, realçando as garantias constitucionais do acusado e proporcionando a tão esperada eficiência do processo.

Dentre várias propostas que, desde a sua edição, em 1941, pretenderam a modificação do CPP e mesmo a sua substituição por um novo Código, mais recentemente destacaram-se no debate jurídico aquelas egressas da Comissão de juristas constituída, no final do ano 2000, pelo Ministro da Justiça José Carlos Dias, presidida por Ada Pellegrini Grinover¹. A comissão apresentou sete anteprojetos, que se converteram nos Projetos de Lei do Executivo n. 4.203, nº 4.204, nº 4.205, nº 4.206, nº 4.207, nº 4.208 e nº 4.209, de 2001. As propostas sugeridas, se aprovadas, praticamente nos confeririam um novo Código.

A opção política foi pelas reformas pontuais, justificada, no dizer de Ada Pellegrini, mercê da lentidão inerente à tramitação legislativa de um código inteiramente novo (GRINOVER, 2000, p. 66), mas traz consigo, calha ressaltar, uma maior responsabilidade pela concatenação dos projetos, com todo cuidado para que não haja desarmonia entre

as partes do todo, sob pena de abrir vazão a desastres em termos de interpretação e de aplicação da lei processual penal.

Passados sete anos, apenas um deles – o PL nº 4.204 – fora apreciado pelo Congresso Nacional, absorvido, em sua substância, pela Lei n. 10.792/2003. Somente agora, em 2008, são analisados, em definitivo, mais três desses projetos (os PLs n. 4.203, n. 4.205 e n. 4.207), redundando nas Leis n. 11.689, n. 11.690 e n. 11.719. Outros três, tocantes aos recursos, à investigação criminal e à prisão e medidas cautelares, embora de importância crucial para a mudança de paradigmas e a tão propalada efetividade do nosso ordenamento processual, continuam em tramitação legislativa, e quiçá tardarão mais alguns anos para serem apreciados.

Serão abordadas, em linhas gerais, as principais alterações, avanços e retrocessos trazidos pela Lei n. 11.719, de 20.6.2008, quanto aos institutos da *emendatio libelli* e da *mutatio libelli*.

2. SISTEMA ACUSATÓRIO E PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA

A modernização legislativa aventada pela reforma vem inspirada nos ideais do Código-Modelo de Processo Penal para Ibero-América, um modelo institucional que serve de proposta aos mecanismos de solução dos conflitos sociais na América Latina, máxime após o processo de redemocratização por que passou a região. Supõe uma nova organização judiciária, com a necessária reestruturação dos países interessados, tendo por linhas básicas: o respeito à dignidade do suspeito/acusado, o devido processo legal, o modelo acusatório, a transparência dos procedimentos e a desburocratização. Trata-se de um trabalho de vários anos, apresentado enfim à comunidade científica em 1988, nas Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual².

Nesse mesmo ano, foi promulgada a Constituição brasileira de 1988, que abraçou, claramente, um modelo acusatório de processo penal, ao conferir a titularidade exclusiva da ação penal pública ao Ministério Público (art. 129, I). O princípio acusatório, principal norte do modelo a que dá nome, pressupõe a separação das funções de acusar, defender e julgar, além da respectiva entrega de cada uma a sujeitos processuais diferentes³.

Fortalecido fica, assim, o princípio da demanda, que implica a inércia do juiz na instauração do processo penal.

O CPP de 1941 tinha-o adotado apenas formalmente, pois na Exposição de Motivos, item V, proclamava *a completa separação entre o juiz e o órgão da acusação, devendo caber exclusivamente a este a iniciativa da ação penal*, intuito que a própria legislação cuidava de afastar. É que o CPP contemplava ainda procedimentos iniciados de ofício (arts. 26 e 531), os chamados procedimentos “judicialiformes”, só reconhecidos superados pela jurisprudência após o advento da CF/1988, além de outros casos de choque com o princípio acusatório, entre os quais a previsão, a seguir analisada, do art. 384 do CPP.

Os institutos da *emendatio libelli* e da *mutatio libelli* estão intimamente ligados ao princípio da correlação entre a acusação e a sentença, segundo o qual deve haver estrita correspondência entre o fato descrito na petição acusatória e o fato pelo qual o acusado seja condenado. São decorrências diretas do sistema acusatório de processo e do princípio da inércia da jurisdição. Constituem garantia efetiva do réu, dando-lhe a certeza de que não poderá ser condenado sem que tenha tido oportunidade de defender-se da imputação e que apenas será julgado nos limites do pedido do autor.

A imputação é a atribuição ao acusado da prática de determinada conduta típica, ilícita e culpável e de todas as circunstâncias penalmente relevantes. Na lição de Maria Cristina Faria Magalhães, a regra da correlação é um dos meios pelos quais vários princípios constitucionais processuais se efetivam no curso do processo: o princípio acusatório, o princípio da inércia da jurisdição e os princípios do contraditório e da ampla defesa (MAGALHÃES, 2005, p. 9).

3. A EMENDATIO LIBELLI NA REFORMA DO CPP

A *emendatio libelli* consiste em uma simples operação de emenda ou corrigenda da acusação no aspecto da qualificação jurídica do fato. O Código de Processo Penal, na redação primitiva, previa-a, no art. 383, ao dispor: *O juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.*

O juízo, de primeira ou de segunda instância (este último, desde que não implique *reformatio in pejus* – art. 617, *in fine*, do CPP), pode conferir aos fatos descritos na denúncia definição jurídica diversa daquela proposta pelo acusador, tipificando os fatos em outro crime, diferente do proposto na denúncia, ainda que resulte em pena mais grave, sendo desnecessário baixar os autos para novo pronunciamento da defesa. Pois, conforme brocardo consagrado em nosso sistema, o juiz conhece o direito (*jura novit curia*), e o réu defende-se dos fatos (e não de sua qualificação jurídica), de modo que não existiria, aqui, aditamento da acusação em desfavor do réu.

A Lei n. 11.719 nada alterou de substancial na *emendatio*. As suas alterações limitaram-se a: a) esclarecer a proibição de mudança factual (com inclusão, no *caput*, da expressão “sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa”), algo já antes implícito na regra do art. 383; e b) positivizar, nos §§ 1º e 2º, o que já se fazia ordinariamente na prática quando cabível a suspensão condicional do processo (art. 89, da Lei n. 9.099/1995) ou quando verificada a incompetência jurisdicional, com remessa dos autos ao juízo competente.

Assim, o § 1º, acrescentado ao art. 383, prevê que, no caso de desclassificação para crime em que houver a possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo – ou seja, quando a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, tornando-se aplicável, portanto, o art. 89, da Lei n. 9.099 –, *o juiz procederá de acordo com o disposto na lei*. Isso significa que o juiz determinará que o Ministério Público se pronuncie sobre a oferta da suspensão condicional do processo e, em seguida, ao aceno positivo do titular da ação penal, designará audiência para oferecimento da proposta.

Por sua vez, o novo § 2º determina que, se da desclassificação resultar crime cuja competência seja de outro juízo (entendendo-se, por certo, os casos em que a não-remessa ao juízo agora competente, segundo a novel classificação, venha gerar nulidade), ser-lhe-ão encaminhados os autos.

4. PROPOSTAS REJEITADAS: REPERCUSSÃO

Dois parágrafos propostos pela Comissão Pellegrini ao art. 383 do CPP não foram aprovados pelo Congresso e cumpre analisá-los para se concluir sobre quais as

repercussões práticas dessa rejeição. De fato, mais importante que analisar o que passou na reforma do art. 383 é debruçar-se sobre o que não obteve o beneplácito do Legislativo.

O § 1º, na redação constante do PL nº 4.207/2001, previa que as partes deveriam ser intimadas da nova definição jurídica dada ao fato (pelo juiz ou pelo Ministério Público, se assim procedesse durante o processo) antes da prolação de sentença, inserindo o contraditório nessa operação. Sua redação era a seguinte: *As partes, todavia, deverão ser intimadas da nova definição jurídica do fato antes de prolatada a sentença*. Significaria, portanto, a adequação da *emendatio* ao princípio da ampla defesa, superando-se a idéia tradicional de que o acusado se defende apenas dos fatos, como se a classificação jurídica destes não pudesse trazer-lhe danosas conseqüências, a depender de como operada 4.

Houve, contudo, a rejeição dessa proposta, talvez por se entender que implicaria prejulgamento, senão que o juiz, ao emendar a acusação antes da prolação de sentença e intimar as partes a respeito, poderia estar revelando antecipadamente um possível édito condenatório. Mas a essa nova classificação não ficaria adstrito o juiz, que faria apenas a correção da adequação jurídica dos fatos previamente narrados pelo autor, donde não se inferir daí qualquer sombra de condenação antecipada. Seguiu, porém, o legislador, a máxima de que não havendo alteração dos fatos que serão considerados na sentença, faz-se desnecessário intimar as partes sobre a sua reclassificação jurídica.

A *emendatio libelli*, portanto, assim reservada apenas ao momento da sentença, implicará sempre uma surpresa para a defesa, a menos que se proceda a requerimento expresso do acusado, caso em que este assume a culpa do crime menos grave de que resulta da desclassificação. Em todo caso, se quando da prolação da sentença o juiz vislumbrar nova classificação jurídica do fato imputado, que determine rito processual mais amplo, deve converter o julgamento em diligência, possibilitando a manifestação das partes, como forma de garantir o regular processo, com respeito ao contraditório e à ampla defesa, e sob pena de nulidade.

A segunda proposição que tombou refutada pelo Poder Legislativo foi a do § 2º do art. 383. Ela trazia a expressa possibilidade de que o juiz adotasse a providência de

emenda da acusação no ato de recebimento da denúncia ou da queixa 5. Não tendo sido aprovada tal proposta, fica o juiz limitado a fazer a *emendatio* apenas por ocasião da sentença, tal se justificando, segundo os partidários dessa tese, pela circunstância de os arts. 383 e 384 se situarem, topograficamente, no Título XII do Livro I do *Codex*, que trata da Sentença – donde ser este o momento adequado para a operação.

O Supremo Tribunal Federal, inclusive, já decidira que: *Não é lícito ao Juiz, no ato de recebimento da denúncia, quando faz apenas juízo de admissibilidade da acusação, conferir definição jurídica aos fatos narrados na peça acusatória. Poderá fazê-lo adequadamente no momento da prolação da sentença, ocasião em que poderá haver a emendatio libelli ou a mutatio libelli, se a instrução criminal assim o indicar.* (HC 87.324/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, DJ de 18/5/2007). Também o Superior Tribunal de Justiça se pronunciara no mesmo sentido, no HC 68.056/PR, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5.^a Turma, DJ 1/10/2007. Mas o STJ tem precedentes anteriores divergentes, inclusive da Corte Especial, admitindo que *não há vedação a que se altere a capitulação logo no recebimento da exordial, nos casos em que é flagrante que a conduta descrita não se amolda ao tipo penal indicado na denúncia. Tal possibilidade, acentua-se ainda mais quando o tipo indicado e aquele aparentemente cometido possuem gravidades completamente diversas, com reflexos jurídicos imediatos na defesa no acusado. Nessas hipóteses, é patente o abuso na acusação* (APn 290/PR, Corte Especial, rel. Min. Felix Fischer, DJ de 26/9/2005).

Mas a máxima de que o sujeito passivo se defende dos fatos imputados na peça acusatória, e não de sua capitulação legal, merece ser arrefecida e desmistificada, pois o réu também tem interesse em defender-se da classificação emprestada ao delito. Como anota Fauzi Hassan Choukr, permitir-se a *emendatio* apenas no momento da sentença, como quer o pensamento majoritário, viola a estrutura acusatória do processo penal, pois o magistrado altera a veiculação da imputação 6. É necessário que o ajuste seja feito antes da emissão de sentença para que as partes se manifestem, sobretudo quando os reflexos forem de profunda gravidade, como é o caso de um delito enquadrado na Lei n. 8.072/1990 – em que sói denegar a liberdade provisória ante a só capitulação formal como crime hediondo.

Pensamos que, a despeito da rejeição do parágrafo, a *emendatio ab initio* pode ser praticada no ordenamento vigente, mas apenas em casos extremos, para a própria preservação do modelo acusatório, que poderia ser abalado com a prodigalização do instituto. Recomendam-na os casos de manifesto equívoco da capitulação e que possam importar divergência flagrante no rito adotado (agora guiado pela quantidade da pena em abstrato, não mais pelo tipo de sanção privativa de liberdade), ou reflexos importantes na afiançabilidade do delito, ou propiciar institutos despenalizadores como a suspensão condicional do processo, além da mudança na competência de juízo (p. ex., para delitos de competência do Tribunal de Júri ou dos Juizados Criminais), ou na modalidade de ação penal (pública/privada) etc., com conseqüências gravosas para a celeridade do processo e a defesa do acusado. E, vale repisar, a capitulação inicial de modo algum vinculará o magistrado no momento de julgar.

Se adotada a *emendatio* no início, haverá rejeição parcial da denúncia, desafiando recurso em sentido estrito (art. 581, I, do CPP), o futuro agravo previsto no Projeto de lei n. 4.207/2001.

5. A MUTATIO LIBELLI E AS INOVAÇÕES POSITIVAS DA LEI

A *mutatio libelli*, prevista no art. 384 do CPP, é a alteração do conteúdo da peça acusatória, a mudança dos fatos narrados na denúncia/queixa, no curso do processo, pela existência de novas provas contra o réu que possam levar a uma condenação por delito diverso. A razão do instituto é impedir julgamentos além daquilo que foi pleiteado.

Ao contrário da *emendatio*, a reforma trouxe efetiva e positiva mudança na *mutatio libelli*, que agora está mais ajustada aos princípios da congruência, da inércia e da imparcialidade judicial. Está unificada, pois, a partir de agora, sempre deverá existir aditamento da denúncia pelo Ministério Público, independentemente de a nova definição aumentar ou diminuir a pena, possibilitando, ainda, nova produção de provas. A Lei n. 11.719 acaba com a *mutatio libelli* sem aditamento, ou seja, a alteração do objeto do processo pelo juiz. O aditamento provocado, antes a única hipótese albergada na lei (art. 384, parágrafo único), foi praticamente expurgado, remanescendo apenas de forma subsidiária. A lei ainda deixa claro que só cabe o aditamento em ação pública, não em ação privada, como se podia subentender pela antiga redação do antigo art. 384, *caput*.

Em verdade, o Código de Processo Penal não despreza a possibilidade (aqui, faculdade) de aditamento também da ação privada exclusiva, pelo Ministério Público, como se vê pelos arts. 45 e 46, § 2º, do CPP, mas se se tratar de ação de iniciativa privada, esse aditamento não poderá incluir fatos novos nem responsabilizar outras pessoas, apenas suprir eventuais defeitos formais. Por outro lado, como observa Eduardo Reale Ferrari, o manejo do instituto da *mutatio libelli* pelo querelante na ação penal privada, embora cabível em tese, pode esbarrar no prazo decadencial para o oferecimento da acusação – em regra, de seis meses, conforme art. 38 do CPP (FERRARI, 2003, p. 147).

Muitas são as alterações imprimidas ao art. 384 pela reforma. Em primeiro lugar, o *caput* traz a benesse de retirar o termo “juiz”, substituindo-o por “Ministério Público”, quando alude ao sujeito que reconhece cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação. Salutar a mudança, porque, pela redação anterior, o juiz simplesmente baixava os autos para a defesa se manifestar, sem que antes o autor se pronunciasse, efetuando o aditamento.

A prática equivalia, bem de ver, ao exercício do direito de ação pelo magistrado, uma *mutatio actionis* sem denúncia e sem aditamento, por simples iniciativa do juiz. Na sistemática anterior, a denúncia somente seria aditada pelo Ministério Público caso a nova definição jurídica resultasse em pena mais grave (antigo parágrafo único). Assim, o juiz poderia condenar o acusado de um crime de furto qualificado por estelionato na forma simples, sem necessidade de aditamento, o que flagrantemente violava o direito da ampla defesa. Na redação atual, o aditamento faz-se imperioso em qualquer caso, em prestígio da norma constitucional que confere ao Ministério Público a titularidade exclusiva na promoção da ação penal pública.

O aditamento pode classificar-se em *espontâneo* (quando parte do órgão acusador, como decorrência lógica do princípio da inércia, que rege a jurisdição penal), ou *provocado*, quando a iniciativa do acréscimo da acusação parte da autoridade judiciária, abrindo vista ao Ministério Público a fim de que se pronuncie. A única modalidade de aditamento tecnicamente admissível deveria ser o espontâneo, procedido pelo titular da ação penal, pois, do contrário, o juiz termina tendo postura ativa quanto ao objeto do

processo, mediante instigação do acusador ao aditamento. A nova lei parecia haver tratado apenas do aditamento espontâneo, mas, pela leitura do § 1º, ver-se-á que ainda ressalvou a possibilidade de aditamento provocado pelo juiz.

A segunda visível mudança redacional trazida no art. 384 do CPP foi a inclusão da expressão “encerrada a instrução probatória” no início do artigo. A redação anterior não estabelecia o momento, e era melhor assim. Indaga-se se a oração temporal significa após as alegações finais, ou, ainda antes, tanto que encerrada a oitiva das testemunhas ou o interrogatório, porque o Ministério Público ou o juiz podem aperceber-se dessa elementar nova no decorrer da instrução, ou somente após o interrogatório, ou ainda somente após as alegações finais. Encampando agora o legislador reformista uma audiência una para os ritos ordinário e sumário, concentrando os atos de instrução num só momento, é nele que surgirá, via de regra, a prova do elemento ou circunstância não contido na denúncia, podendo o Ministério Público fazer o aditamento oralmente, finda a coleta da prova, ou no prazo de cinco dias após a audiência, se assim o requerer.

O momento escolhido pelo legislador, ao que parece, é dirigido precipuamente ao juiz, voltando-se, portanto, ao aditamento provocado. Quanto ao aditamento espontâneo, defende-se seja feito logo que apareça motivo para tanto. Normalmente, é bem verdade, ele surge depois de encerrada a instrução, mas, se ocorrer antes, deve ser feita de pronto a correção. E, preferencialmente, que se o faça antes das razões finais, malgrado possa ter lugar também nessa oportunidade, em casos extremos, por obediência ao princípio da obrigatoriedade.

Ainda assim, em qualquer fase, será sempre possível a *mutatio libelli*, por questão de celeridade processual, evitando-se, sempre que possível, a instauração de um novo processo para apuração do novo fato surgido 7. Essa nova acusação contudo deverá ter algum vínculo de conexão ou continência com a primitiva. O fato principal deve permanecer o mesmo. Do contrário, somente poderá ser objeto de nova ação penal. Frise-se também que, em alguns casos, se o aditamento vier causar tumulto processual (processos volumosos, numerosos acusados, co-réus presos, muitos incidentes, etc.) ou mudança no rito procedimental, o bom senso recomendará a separação dos processos (como faculta, inclusive, o art. 80, do CPP), ou seja, a provocação do Estado mediante

nova ação 8, pois em nenhuma hipótese o Ministério Público poderá abrir mão da acusação.

Pelo juiz, o aditamento provocado caberia mesmo na fase da sentença. E é também por esse motivo que se desaconselha o aditamento provocado. Nessa fase, pode trazer prejuízo irremediável para o acusado, surpreendido com uma possível mudança de rumo da acusação, dificultando-lhe adaptar sua linha de defesa aos novos caminhos aventados pelo magistrado.

Em terceiro lugar, a nova lei foi mais técnica, ao utilizar os termos “elemento ou circunstância” em substituição à locução “circunstância elementar”, visto que têm significados diferentes. A antiga expressão abrangia, de modo pouco preciso, tanto as elementares (elementos do tipo penal) como as circunstâncias legais especiais (qualificadoras, causas de aumento e diminuição de pena) 9, ficando excluídas somente as agravantes e atenuantes, porque quanto àquelas existe expressa disposição, permitindo ao juiz conhecê-las de ofício (art. 385), e, quanto às últimas, por absoluta desnecessidade.

Uma quarta mudança, também positiva, foi a exclusão dos adjuntos “explícita ou implicitamente”, pois assim ficou afastada a possibilidade, antes presente, de admitir-se acusação implícita, o que colide frontalmente com o princípio da ampla defesa.

Por fim, ainda no *caput* do art. 384, a troca do termo “poderá”, sugerido no PL nº 4.207, pelo “deverá” reflete apenas obediência ao princípio da obrigatoriedade ou da legalidade da ação penal pública (consectário lógico da oficialidade), bem como ao princípio da congruência. Não é mera faculdade do Ministério Público aditar ou não a denúncia; ele não tem o poder de indultar, de deixar de agir por razões de política criminal, pois não dispõe do conteúdo material do processo penal. Está obrigado a agir (art. 24 do CPP), quando presentes as condições para o exercício do direito de ação.

O novo § 1º do art. 384 vem consolidar entendimento doutrinário já dantes existente, nas hipóteses em que o aditamento é provocado pelo juiz, que vislumbrou, durante a instrução, a prova de circunstância ou elementar não contida na denúncia. Mas o Ministério Público não está obrigado ao acréscimo pretendido, se convencido do acerto

da imputação originária. Nesse caso, se o acusador, instado pelo magistrado, não adita a imputação, não conferindo nova definição jurídica ao fato, o juiz discordante deverá aplicar a regra do art. 28 do CPP (prevista, originalmente, para os casos em que o magistrado discorda do pedido de arquivamento do inquérito policial), remetendo-se os autos ao procurador-geral 10. Portanto, se o Ministério Público não atender ao aditamento provocado, devem ser remetidos os autos ao procurador-geral para ele próprio aditá-la, ou designar outro membro da instituição para fazê-lo, resguardando a independência funcional do anterior 11.

O problema do novo texto é que o legislador ficou no meio do caminho: está claro, no *caput*, o seu intento de abolir o aditamento provocado, mas finda por admitir, no § 1º, o uso do art. 28 do CPP, intimamente ligado à sistemática da provocação judicial e com rasgos nitidamente inquisitivos 12. Ainda assim, há quem entenda salutar atribuir-se uma espécie de fiscalização dos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal pública ao Poder Judiciário, como função anômala do juiz, ao menos enquanto não se a atribui a algum órgão superior do Ministério Público, mecanismo mais adequado, qual ocorre no inquérito civil. Porque sem qualquer fiscalização, praticamente sucumbe o princípio da obrigatoriedade.

Os parágrafos seguintes tratam do procedimento legal aplicado à *mutatio*.

A reforma acrescentou o § 2º ao art. 384, consoante o qual, após o aditamento, a defesa técnica terá cinco dias para uma *manifestação preliminar*. Na redação anterior, o prazo era concedido logo em seguida ao implícito aditamento. Não havia um ato formal de admissão ou rejeição do aditamento, porque, afinal, era o próprio juiz que o realizava. O prazo anterior para a defesa era de oito dias, quando a pena resultante da nova classificação fosse idêntica ou menos grave que a da imputação originária, e, paradoxalmente, de três dias, quando mais grave. Houve, portanto, com a Lei nº 11.719/2008, a unificação dos prazos para defesa no caso de *emendatio libelli*, o que se revela bastante coerente. Como se trata de imputação alternativa (o fato a ser acolhido no julgamento pode ser outro, diferente do previsto na denúncia), que pode implicar pena mais grave ao réu, resta claro que ele terá de ser citado, embora a lei não mencione o ato de citação.

Um novo interrogatório (seguindo-se o trâmite dos arts. 185 a 196, do CPP), após o aditamento, é novidade igualmente aplausível – e não constante do PL nº 4.207 –, pois antes era prevista apenas a ocasião de nova defesa técnica, o que mitigava a *ampla* defesa constitucionalmente garantida aos acusados. Deveras, se a imputação tornou-se alternativa (uma nova imputação surgiu, alternando-se à primeira), outra oportunidade de autodefesa deve existir.

Enfim, realizado o aditamento, *a pedido de qualquer das partes*, como diz a lei, ou mesmo de ofício, o juiz deve reabrir a audiência de instrução, com designação de nova data para a inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado, realização de debates e, por fim, julgamento.

O § 3º do art. 384 inserido pela novel legislação, determina que as mesmas regras da *emendatio libelli* concernentes à desclassificação jurídica para crime que enseje a suspensão condicional do processo ou a competência de outro juízo, aplicam-se no caso de *mutatio*. Se a nova definição jurídica do fato admitir algum benefício processual, como a transação ou a suspensão condicional, o juiz providenciará: a) a remessa dos autos ao juizado especial criminal; ou b) a designação de audiência para formulação da proposta de suspensão.

O § 4º confere prazo de cinco dias para cada parte arrolar testemunhas 13, limitadas a três para cada. Questão é saber se esse prazo é o mesmo que já consta no *caput* do art. 384 para o Ministério Público aditar a denúncia, e no § 2º para a defesa apresentar suas razões preliminares. Numa interpretação sistemática que permita harmonizar os dispositivos do aditamento ao procedimento ordinário, também alterado pela Lei nº 11.719, entendemos que são os mesmos prazos, ou seja, os cinco dias que cada parte tem para aditar e contrariar o aditamento são os mesmos para arrolar testemunhas, não se reabrindo novo lustro. Até porque o prazo para arrolar testemunhas no PL era de três dias, e não se falava em prazo para aditamento. Agora, como se estatuiu um prazo de cinco dias para aditamento e contrariedade, buscou-se a uniformização com o prazo para indicar testemunhas. Se a intenção precípua da reforma foi a de acelerar o curso do processo, essa interpretação haverá de prevalecer.

Perceba-se que a redação anterior do art. 384 não previa a oitiva de novas testemunhas da acusação após o aditamento. A regra atual fortalece o princípio da paridade de armas no processo penal, consectário da igualdade no plano processual.

Outrossim, ainda que o Ministério Público proceda ao aditamento pela *mutatio libelli*, se se convencer, após a instrução probatória que se abre, pelo não-acolhimento, por exemplo, da forma qualificada, nada impede que pugne pela condenação na forma simples.

O aditamento, assim como a denúncia original, está sujeito a recebimento, ou não, pelo magistrado. Assim, prevê o § 5º que, não sendo recebido o aditamento (claro que se trata aqui do aditamento espontâneo, porque o provocado já passou por crivo prévio do julgador, dificilmente sendo rejeitado), a persecução penal prosseguirá e, por conseguinte, a sentença não poderá considerar os elementos ou circunstâncias colhidas durante a instrução e não constantes da peça acusatória original nem objetos de defesa.

Nessas circunstâncias, caberá recurso do Ministério Público, sempre que não deferido o aditamento voluntário. Considerando que, ontologicamente, o aditamento é um acréscimo à denúncia, trazendo uma nova e mais completa imputação, o recurso cabível seria o recurso em sentido estrito, aplicando-se, por analogia (art. 3º, do CPP), o art. 581, I, do CPP, dada a similitude das situações processuais. Sergio Demoro Hamilton, em postura quase isolada, entende que, sendo taxativa a listagem do art. 581, o recurso seria a apelação residual (art. 593, II, do CPP), cabível das decisões definitivas ou com força de definitivas nos casos não previstos para recurso em sentido estrito (HAMILTON, 2007, p. 109). A divergência não trará grandes problemas mercê da fungibilidade dos recursos, prevista no art. 579 do CPP. Já o PL nº 4.206/2001, que trata de recursos, ainda em tramitação, traz expressamente a previsão do agravo para as decisões interlocutórias em geral (arts. 581, 582 e 583).

6. MUDANÇA QUE DEIXOU A DESEJAR

Ao final do novo § 4º do art. 384, uma oração que não constava do PL n.º 4.207 foi inserida e aprovada no processo legislativo, qual seja: *ficando o juiz, na sentença, adstrito aos termos do aditamento*. A expressão traz dificuldades porque faz parecer que o

aditamento importa em desistência do pedido inicialmente feito na denúncia, sendo que, como já destacado, ao Ministério Público é vedada tal disponibilidade. Por outro lado, também compromete o livre convencimento do julgador, na medida em que se cerceia o juiz na possibilidade de valorar a prova diversamente do acusador e, entendendo que ela conflui para a primeira imputação, nela condenar o réu, absolvendo-o da segunda.

Já decidiu o STF que o juiz não fica impedido de condenar o réu pelo fato imputado anteriormente. Afrânio Silva Jardim traz emenda de acórdão relatado pelo Min. Néri da Silveira, extraído da Revista Trimestral de Jurisprudência do STF, v. 104: [...] *não fica o juiz impedido de manter a primitiva definição da denúncia. O que a lei não quer é que o réu venha a ser condenado por fato do qual não haja tido oportunidade para se defender. No caso, não há falar em cerceamento de defesa ou prejuízo para a defesa do paciente. O Juiz, na decisão, desprezou a classificação de crime de falsificação de documento público, feita no aditamento para condenar o réu, por estelionato, segundo capitulação original da denúncia* (JARDIM, 2001, p. 154).

Em nosso entender, a *mutatio libelli* implicaria o surgimento de uma imputação alternativa contra o acusado, porque já houve uma imputação primeira, da qual se defendeu, e agora terá de defender-se de outra, malgrado aquela correlata. Essa tese é repudiada por alguns doutrinadores, que entendem impossível a denúncia alternativa, dadas as dificuldades que poderia trazer ao exercício do direito de defesa.

A propósito, eis o teor da Súmula nº 1 das Mesas de Processo Penal da USP: *Em princípio, não se deve admitir denúncia alternativa, ainda quando houver compatibilidade lógica entre os fatos imputados, pois seu oferecimento quase sempre acarreta dificuldades ao exercício do direito de defesa* (HAMILTON, 2007, p.103). A possibilidade da imputação alternativa era defendida por doutrina minoritária e acatada em alguns poucos precedentes jurisprudenciais. Por exemplo: *Crimes previstos na Lei de licitações públicas. Concessão da Ordem pela Corte a quo para se trancar a ação penal em razão da alegada impossibilidade de se oferecer denúncia alternativa. Pedido de anulação do acórdão. Alegação de possibilidade de oferecimento de denúncia alternativa. Procedência. Compatibilidade lógica dos fatos imputados. Recurso conhecido e provido* 14.

Afrânio Silva Jardim escreveu percucientemente sobre a imputação alternativa, vislumbrando-a possível desde a vigência da redação anterior do art. 384 do CPP 15. Agora, com a mudança redacional, parece haver ficado prejudicada a consideração da imputação alternativa, ante a inclusão da oração retrocitada.

No entanto, pensamos que o labor forense e a jurisprudência caminharão por conferir a tal preceito uma interpretação conforme a Constituição, para reputá-lo válido somente nos casos em que da imputação inicial não tiver o acusado exercido a ampla defesa que o procedimento, em todas as suas fases, propicia. Porque, se os fatos imputados são certos e determinados, permitindo-se o exercício das defesas, e são alternativos (não cumulativos), nada impede a imputação alternativa; antes, ela é recomendada por medida de economia processual. Enfim, caso o réu tenha percorrido todo o processo defendendo-se da imputação primeira e, só no momento da sentença, for aplicada a *mutatio libelli*, trazendo uma nova imputação, da qual poderá igualmente defender-se pelo procedimento legal, mais adaptado ao sistema acusatório será o juiz examinar ambas as teses na sentença, para decidir em qual delas incorre o acusado (ou absolvê-lo) e assim propiciar a formação da coisa julgada quanto a ambas, prevenindo o risco de ser o acusado novamente processado pelo mesmo crime do qual já se defendera anteriormente.

Para exemplificar, imagine-se uma imputação de furto qualificado pelo concurso de agentes, em que, durante a instrução, surge uma testemunha dizendo que o réu simulou estar armado. O Ministério Público adita a denúncia, requerendo a condenação por roubo majorado pelo concurso de agentes. Todavia, o juiz, ao sentenciar, fica na dúvida quanto à simulação do uso de arma de fogo, pois a própria vítima afastou a hipótese trazida pela testemunha, e termina convicto da existência de furto qualificado. Ora, na nova redação, com o juiz adstrito ao aditamento, deverá ele absolver, na dúvida, pelo roubo e nada dispor a respeito do furto (porque essa imputação simplesmente desaparecera após a *mutatio*, como que desistindo o autor do pedido inicial e substituindo-o por outro).

O livre convencimento judicial, em matéria criminal, não tem seu campo de ação apenas delimitado pela tipificação, mas se pauta sobretudo pela prova do fato narrado pela acusação, seja na denúncia ou no aditamento. Não importa a avaliação da parte

quanto à prova, pois dela é a prerrogativa de propor e produzir a prova, sendo o juiz quem a avalia em definitivo. Uma vez provocada a jurisdição em ação pública, a definição do fato, que se dá pela prova, fica reservada ao Poder Judiciário. Essa vinculação que o § 4º propiciou, atrelando o juiz ao Ministério Público, em qualquer hipótese que envolva avaliação probatória, macula o sistema acusatório, pois atribui uma função de julgamento ao acusador. Se ao juiz é vedado imputar, ao autor é defeso vincular o juiz, pois estaria, por via transversa, julgando.

7. O ART. 385 DO CPP: LACUNA NA REFORMA

O art. 385 do CPP, localizado imediatamente após os preceptivos que tratam da *emendatio* e da *mutatio libelli*, está igualmente ligado ao princípio da correlação entre acusação e sentença, porém sendo um exemplo de leitura às avessas de tal princípio. Permite ele o reconhecimento, de ofício, pelo juiz, de circunstâncias agravantes genéricas não descritas na denúncia. Eis a sua redação: Art. 385. *Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.*

Tal dispositivo, infelizmente, não mereceu qualquer atenção na reforma.

Quanto à primeira parte do preceito – não estar o magistrado vinculado ao pedido absolutório do Ministério Público –, mesmo autores marcadamente voltados ao modelo constitucional de processo são pela manutenção da regra, porque, a se admitir a sua vinculação à manifestação do acusador, estar-se-ia entregando a este a atribuição de julgar o mérito, o que igualmente subverteria o princípio acusatório. O juiz, portanto, não se vincularia ao entendimento do órgão acusador, mas à prova produzida e avaliada segundo seu convencimento 16.

Já na parte final do artigo, persiste nítida ranhura ao princípio da correlação e ao princípio constitucional do contraditório, pois ao juiz é dado conhecer circunstância agravante, conquanto não alegada pela acusação, sem necessidade de abrir-se à defesa. Vale lembrar que a exordial acusatória deve conter a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias (art. 41, do CPP). O art. 385, *in fine*, no entanto, parece excepcionar essa exigência, ao permitir que o acusado, condenado, tenha sua pena

agravada por circunstância visualizada pelo julgador mas sobre a qual não teve oportunidade de expor suas razões defensivas, o que se afigura inconstitucional.

É por isso que o dispositivo encontra vários críticos. No dizer de Diogo Rudge Malan, trata-se de imputação de fato novo pelo órgão jurisdicional, não de simples reclassificação jurídica, ocasionando evidente surpresa para a parte ré, que se vê desamparada diante de uma imputação formulada pelo próprio juiz (como é o caso da reincidência), sem a possibilidade de manifestar-se quanto à agravante recém-imputada, podendo ocorrer mesmo que o acusador somente venha provar tal agravante na fase recursal, e não na instrução, em contraditório (MALAN, 2003, p. 231 e ss).

Vale, por fim, ressaltar que, mesmo após a reforma desse capítulo do processo penal – reforma esta que, do quanto visto, buscou mais atualizar o CPP ao que já vinha sendo adotado na prática judicial –, continua válida a baliza consolidada no verbete sumular nº 453, do STF, pelo qual *não se aplicam à segunda instância o art. 384 e parágrafo único do CPP*. Nesse sentido: *Descabe, em grau de revisão, acionar o disposto no artigo 384 do Código de Processo Penal – Verbetes n.º 453 da Súmula do Supremo: 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. RECURSO – REFORMA PREJUDICIAL AO RECORRENTE. Implica reforma prejudicial, considerado recurso da defesa, a anulação da sentença para abrir-se oportunidade ao Estado-acusador de aditar a denúncia, presente o artigo 384 do Código de Processo Penal 17.*

8. CONCLUSÃO

Ao cabo desse breve estudo sobre as recentes alterações nos institutos da *emendatio* e da *mutatio libelli*, é curial alertar que as propostas reformistas do CPP vêm sendo votadas muito lentamente, com anos de distância umas das outras, correndo-se o risco de muitas de suas regras se tornarem incompatíveis entre si ou mesmo de perderem o seu sentido originalmente projetado.

Quanto à *emendatio libelli*, a nova redação conferida ao art. 383 do CPP significou mera atualização da lei com a praxe que já vinha sendo bem provida pela jurisprudência, perdendo o legislador a ocasião de avançar em temas efetivamente importantes na adequação do instituto ao arcabouço constitucional.

No que tange à *mutatio libelli*, andou bem a Lei nº 11.719/2008. Entretanto, poderia ter ido além. Um grave equívoco do Código de 1941, ao ser interpretado à luz da Constituição de 1988, era o de permitir o aditamento provocado, e o legislador reformista teve a oportunidade de bani-lo, mas não o fez, remanescendo, ainda que de forma menos ostensiva, tal possibilidade. Ademais, a aparente proibição da imputação alternativa – que abre ao juiz a possibilidade de apreciar todos os fatos imputados, ficando livre para considerar somente o primeiro ou o segundo, ou mesmo uma junção dos dois – contraria os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal pública, além de ir de encontro ao postulado da economia processual.

Nesse contexto, a atuação interpretativa do magistrado criminal será de grande valia, inclusive para suprir as inafastáveis deficiências das leis. O importante trabalho de construção do direito propiciado pela jurisprudência continuará, não ficando engessado pela letra do Código. É preciso sempre insistir que, para além de mudanças nas leis, urge uma mudança de mentalidade dos juristas de molde a enxergá-las sob o filtro da Constituição e de seus valores democráticos, sem o que de nada adiantarão os ares reformistas trazidos pelo legislador. Sem uma evolução de postura e uma verdadeira ruptura nos paradigmas do processo penal brasileiro, continuaremos inseridos no mesmo vão discurso ideológico: mudar-se-á tudo, apenas para permanecer como se está.

NOTAS

1 A comissão foi instituída pela Portaria n. 61/2000, do Ministério da Justiça, e integrada pelos juristas Ada Pellegrini Grinover (presidente), Rogério Lauria Tucci, Petrônio Calmon Filho, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Jr., Nilzardo Carneiro Leão, Sidnei Agostinho Benetti e Rui Stoco, este último vindo a substituir René Ariel Dotti.

2 Mas, como observa Kai Ambos, ainda que o Código-Modelo, apresentado pelos professores Jaime Bernal, Fernando de la Rúa, Ada Pellegrini Grinover e Julio Maier, possa ser considerado como o ponto de partida central do movimento reformador, os

legisladores dos diferentes países deles foram se afastando e assim continuam, dispondo, em alguns pontos, de maneira diversa das estruturas tradicionais (AMBOS e CHOUKR, 2001, p. 224).

3 A propósito, cf. PRADO, (1999, p. 114).

4 Antonio Scarance Fernandes explica a importância processual da classificação jurídica feita na denúncia ou queixa. Segundo o renomado professor, sob vários aspectos, é importante expurgar a capitulação incorreta dos fatos: a) possibilitar a verificação da tipicidade do fato; b) identificar a espécie de ação penal, pública ou privada; c) determinar o procedimento a ser seguido; d) determinar a competência quando se definir pela matéria; e) permitir ou não liberdade provisória (ex.: crimes hediondos); f) possibilitar a aplicação da Lei 9099 – transação e suspensão condicional; g) conceder ou negar benefícios como fiança, etc. (FERNANDES, 2002, p. 216-217).

5 Diogo Rudge Malan defende a *emendatio libelli* antecipada, quando a peça inicial, apesar de formalmente perfeita, apresenta qualificação jurídica da qual discorda o magistrado, em razão de um conflito aparente de tipos penais, no qual o tipo penal apontado pelo acusador acarrete, no entender do juiz, restrição a algum direito fundamental do réu; incompetência do juízo ou a modificação do procedimento a ser seguido (MALAN, 2003, p. 187).

6 Para o autor, o momento por excelência para o juiz proceder à *emendatio* seria o do juízo de prelibação da demanda, pois, do contrário, o que se tem é o acusado cada vez mais onerado pelos rasgos inquisitivos do sistema (CHOUKR, 2007, p. 585).

7 Não se olvide a possibilidade de aditamento da denúncia ou queixa trazida no art. 569 do CPP, que tem lugar, a qualquer tempo, antes da sentença final. Tal operação não se confunde de todo com a *mutatio libelli*, pois aqui se vislumbra também a possibilidade de corrigir omissões formais, erros, distorções da peça acusatória (p. ex.: não narrou completamente o fato, faltando dados como o dia, a hora, ou o local em que ocorreu). Caso se admita, com base no art. 569, o aditamento para inclusão de fatos novos surgidos na instrução criminal, será necessário seguir o rito do art. 384 do CPP.

8 *O princípio da economia processual, a continência, a preocupação de evitar tumulto processual, além de outras circunstâncias, decidirão quanto à reunião ou à separação dos processos. Iguais critérios serão observados para responsabilizar o acusado por fato diverso, mas conexo com aquele objeto da exordial* (PENTEADO, RIBAS e UZEDA, 1992, p. 8).

9 Importante ressaltar que esse artigo se refere a circunstâncias ou elementos do mesmo fato, antes exposto na denúncia ou queixa. Fato novo, não contido explicitamente, na peça inicial da acusação, deve ser objeto de outro processo. Nesse caso, como explica Antonio Scarance Fernandes, *se o fato substituir a imputação, o acusado deve ser absolvido por inexistência do fato de que foi acusado, sem prejuízo de ser novamente denunciado pelo fato novo* (FERNANDES, 2002, p. 204). Sergio Demoro Hamilton, em postura da qual dissentimos, pontua que a melhor exegese do texto não seria a literal, pois a nova definição jurídica pode decorrer de fato novo que atinja a classificação da infração penal e agrave a sanção, e feriria a economia processual proceder-se sempre na

forma do art. 40 do CPP, instaurando-se novo processo, quando tudo pode ser resolvido em um só processo e na mesma decisão (HAMILTON, 2007, p. 99-100, nota 4).

10 Por fim, caso o procurador-geral insista no não-aditamento, só restará ao juiz julgar a causa tal como delimitada na inicial, condenando o acusado pela imputação inicial ou absolvendo-o, caso entenda que a prova apontou para um fato diverso.

11 Deve-se lembrar que o art. 28 do CPP também é objeto de projeto de reforma (PL nº 4.209/2001), ainda não deliberado pelo Congresso, e, pela proposta da Comissão Pellegrini, o magistrado não mais participará do arquivamento do inquérito policial, remetendo o promotor cópia da promoção de arquivamento ao órgão superior do Ministério Público, que a ratificará ou rejeitará, permitindo-se a participação dos interessados. Assim, percebe-se a importância de as reformas serem concatenadas, já que muitos de seus institutos são interdependentes na dinâmica processual.

12 Para Sergio Demoro Hamilton, o aditamento provocado é um grave caso de violação ao sistema acusatório, pois *juiz julga e quem julga não pode promover atos de persecução criminal*, podendo assim atingir-se a imparcialidade do julgador, máxime pelo momento em que efetuada a provocação, já após a instrução criminal, quando de posse não mais de indícios, mas de provas que terminam por ser valoradas antecipadamente pelo magistrado. Sugere o autor que, em havendo o aditamento provocado pelo juiz, não mais poderá ele continuar no feito, por manifesto impedimento, na forma do art. 252, III, do CPP (HAMILTON, 2007, p. 102-105).

13 *Rectius*: qualquer prova admissível juridicamente. Havendo nova acusação, as partes devem ter o direito à prova, não apenas testemunhal, mas de qualquer espécie. A especificação pela lei da prova testemunhal não pode ter o condão de excluir outras, fazendo-nos crer que o legislador exprimiu menos do que procurou dizer.

14 STJ, REsp 399858/SP, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5.^a Turma, unânime, DJ de 24/3/2003.

15 Segundo o autor, *na imputação alternativa a acusação penal é determinada e os fatos são atribuídos ao réu de forma concreta. O réu sabe de que condutas está sendo acusado e delas pode amplamente se defender, apenas se amplia o thema decidendum, ao qual estará sempre vinculada a prestação jurisdicional* (JARDIM, 2001, p. 155).

16 Entendimento contrário é o de Fauzi Hassan Choukr, para quem o art. 385, se interpretado conforme o art. 129, I, da CF, não subsiste, pois não há como condenar alguém quando o próprio acusador avalia a impropriedade da sanção. Diz ele ainda que o irrestrito incentivo ao acusador público para que, na última fase postulatória, peça a absolvição, pode apresentar danoso estímulo ao exercício de ação penal sem um mínimo de suporte de existência. Daí a necessidade de reforçar o juízo de admissibilidade da ação penal, o cuidado com a análise da justa causa para o exercício do direito de ação (CHOUKR, 2007, p. 587).

17 STF, HC 92464/RJ, rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio, empate, julg. 18/10/2007, DJ de 14/3/2008.