

A DESCLASSIFICAÇÃO DE CRIME DOLOSO PARA CULPOSO E A NECESSIDADE DA MUTATIO LIBELLI¹

A 6ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº. 1.388.440, decidiu que quando uma denúncia aponta dolo e, ao fim da instrução criminal, conclui-se que o réu agiu na modalidade culposa, o Ministério Público precisa corrigir sua acusação inicial, mesmo que a mudança signifique uma pena inferior. Assim entendeu ao anular a condenação de dois gerentes de um supermercado do Espírito Santo. Com a decisão, os Ministros reconheceram que já prescreveu a possibilidade de punir a dupla.

A denúncia apontava que os acusados tiveram vontade livre e consciente de vender mercadoria em desacordo com as prescrições legais, com base no art. 7º., II, da Lei nº. 8.137/90. Já a sentença aplicou o parágrafo único do mesmo dispositivo, que trata da modalidade culposa, considerando que eles foram negligentes, apenas se omitindo do dever de fiscalização.

A defesa alegou que essa alteração foi feita pelo próprio Ministério Público nas alegações finais, recorrendo ao Tribunal de Justiça capixaba, apontando afronta ao art. 384 do Código de Processo Penal.

Para os Desembargadores, porém, a mudança não prejudicou os réus. *“A defesa teve nos autos ampla ciência dos fatos imputados a oportunidade de se manifestar, donde se conclui que a hipótese narrada se subsume ao que propõe o instituto da **emendatio libelli** (artigo 383, do Código de Processo Penal), por conter a denúncia todos os fatos que recaem sobre os réus”*, diz o acórdão.

¹ Rômulo de Andrade Moreira é Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador - UNIFACS, na graduação e na pós-graduação (Especialização em Direito Processual Penal e Penal e Direito Público). Pós-graduado, lato sensu, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela Universidade Salvador - UNIFACS (Curso então coordenado pelo Jurista J. J. Calmon de Passos). Membro da Association Internationale de Droit Penal, da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e Membro fundador do Instituto Baiano de Direito Processual Penal (atualmente exercendo a função de Secretário). Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Integrante, por quatro vezes, de bancas examinadoras de concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado da Bahia. Autor das obras “Curso Temático de Direito Processual Penal” e “Comentários à Lei Maria da Penha” (este em coautoria com Issac Guimarães), ambas editadas pela Editora Juruá, 2010 e 2014, respectivamente (Curitiba); “A Prisão Processual, a Fiança, a Liberdade Provisória e as demais Medidas Cautelares” (2011), “Juizados Especiais Criminais – O Procedimento Sumaríssimo” (2013), “Uma Crítica à Teoria Geral do Processo”, “A Nova Lei de Organização Criminosa”, publicadas pela Editora LexMagister, (Porto Alegre) e “O Procedimento Comum: Ordinário, Sumário e Sumaríssimo”, publicado pela Editora Empório do Direito (no prelo), além de coordenador do livro “Leituras Complementares de Direito Processual Penal” (Editora JusPodivm, 2008). Participante em várias obras coletivas. Palestrante em diversos eventos realizados no Brasil.

A defesa, então, recorreu ao Superior Tribunal de Justiça e o Ministro relator, Nefi Cordeiro, concordou com os argumentos. “*Não descrevendo a denúncia sequer implicitamente o tipo culposo, a desclassificação, ainda que represente aparente benefício à defesa, a quem seria imposta pena mais branda, deve observar a regra inserta no art. 384, caput, do Código de Processo Penal*”, pois “*a prova a ser produzida pela defesa, no decorrer da instrução criminal, para comprovar a ausência do elemento subjetivo do injusto culposo e doloso são diversas*”. O Ministro entendeu que atribuir modalidade que está fora da denúncia “*mostra-se ofensiva à regra da correlação entre a acusação e a sentença*”. O voto foi seguido por unanimidade.

Acertadíssima a posição do Superior Tribunal de Justiça, à luz do art. 384 do Código de Processo Penal e do Enunciado 453 da súmula da Suprema Corte.

Como se sabe, esta questão diz respeito ao princípio da correlação entre a acusação e a sentença que é uma “*garantia constitucional assegurada ao réu, pois permite que ele se defenda apenas dos fatos lhe imputados, sendo que a sua inobservância constitui nulidade insanável. (...) O princípio da correlação entre a imputação e a sentença representa uma das mais relevantes garantias do direito de defesa, que se acha tutelado, por via constitucional. Ninguém pode ser punido por fato que não lhe foi imputado. Na medida em que se descreve, com pormenores, um episódio criminoso atribuindo-o a alguém, a denúncia fixa os limites de atuação do Juiz, que não poderá decidir além ou fora da imputação. A sentença espelha, portanto, a imputação, refletindo-a nos seus exatos contornos. Qualquer distorção na imagem significa uma ofensa ao princípio da correlação e acarreta a nulidade da sentença. É fundamental a existência de correlação entre a acusação e sentença, princípio que representa uma das garantias constitucionais do direito de defesa.*”²

Mesmo Júlio Fabbrini Mirabete já afirmava que “*deve haver uma correlação entre a sentença e o fato descrito na denúncia ou na queixa, ou seja, entre o fato imputado ao réu e o fato pelo qual ele é condenado. Esse princípio da correlação entre a imputação e a sentença representa uma das mais relevantes garantias do direito de defesa e qualquer distorção, sem observância dos dispositivos legais cabíveis, acarreta a nulidade da decisão. Não pode o Juiz, assim, julgar o réu por fato de que não foi acusado ou por fato mais grave, proferindo sentença que se afaste do requisitório da acusação.*”³

Complementando tal lição, ensina Benedito Roberto Garcia Pozzer que “*a exigência da correlação entre acusação e sentença constitui poderoso instrumento de garantia do direito de defesa no processo penal. Verificada a discordância entre a acusação, fática ou jurídica, e os fatos comprovados, procede-se a correção pelo acusador, restabelecendo o contraditório e a ampla defesa. Acusar, defender e julgar é regra sequencial, lógica e inafastável, no processo de conhecimento da espécie. Afinal, o mínimo a ser exigido, em qualquer Estado*

² Apelação Crime nº. 70010430874, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sylvio Baptista Neto, Julgado em 19/05/2005).

³ Código de Processo Penal Interpretado. 9. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002, p.979.

Democrático de Direito, é permitir ao acusado ser julgado, tão-só, pelos verdadeiros fatos e acerca dos quais teve oportunidade de se defender.”⁴

Assim, os fatos delineados em uma peça acusatória limitam o julgador em seu pronunciamento final que, por sua vez, deve circunscrever-se à narração fática feita pelo órgão acusador e sobre as quais o imputado exercitou o seu amplo direito de defesa. A consonância 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 (art. 129, I).

Neste sistema estão perfeitamente definidas as funções de acusar, de defender e a de julgar, sendo vedado ao Juiz proceder como órgão persecutório e, principalmente, gestor da prova.

Pelo sistema acusatório, na lição do professor da Universidade de Santiago de Compostela, Juan-Luís Gómez Colomer, *“hay necesidad de una acusación, formulada e mantenida por persona distinta a quien tiene que juzgar, para que se pueda abrir y celebrar el juicio e, consecuentemente, se pueda condenar”⁵*. Por ele proíbe-se *“al órgano decisor realizar las funciones de la parte acusadora”⁶*, *“que aqui surge com autonomia e sem qualquer relacionamento com a autoridade encarregue do julgamento”⁷*.

Sobre o sistema acusatório, assim escreveu Vitu: *“Ce système procédural se retrouve à l’origine des diverses civilisations méditerranéennes et occidentales: en Grèce, à Rome vers la fin de la République, dans le droit germanique, à l’époque franque et dans la procédure féodale. Ce système, qui ne distingue pas la procédure criminelle de la procédure, se caractérise par des traits qu’on retrouve dans les différents pays qui l’ont consacré. Dans l’organisation de la justice, la procédure accusatoire suppose une complète égalité entre l’accusation et la défense.”⁸*

Ora, se assim o é, conclui-se, com Tourinho Filho, que, *“iniciada a ação, quer no cível, quer no penal, fixam-se os contornos da **res in judicio deducta**, de sorte que o Juiz deve pronunciar-se sobre aquilo que lhe foi pedido, que foi exposto na inicial pela parte. Daí se segue que ao juiz não se permite pronunciar-se, senão sobre o pedido e nos limites do pedido do autor e sobre as exceções e no limite das exceções deduzidas pelo réu. Quer dizer então que, do*

⁴ Correlação entre acusação e sentença. São Paulo: IBCCRIM, 2001.

⁵ Introducción al Derecho Penal e al Derecho Penal Procesal, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1989, p. 230.

⁶ Gimeno Sendra, Derecho Procesal, Valencia, 1987, p. 64.

⁷ José António Barreiros, Processo Penal-1, Almedina, Coimbra, 1981, p. 13.

⁸ Vitu, André, Procédure Pénale, Paris: Presses Universitaires de France, 1957, p. 13/14.

princípio do *ne procedat ex officio*, decorre uma regra muito importante: o Juiz não pode dar mais do que foi pedido, não pode decidir sobre o que não foi solicitado.”⁹

Logo, se na instrução criminal forem revelados elementos ou circunstâncias não descritos na respectiva peça vestibular, deve o Magistrado, antes de julgar, observar o disposto no art. 384 do Código de Processo Penal (mutatio libelli).

Daí afirmar Benedito Roberto Garcia Pozzer que, “diante da possibilidade de nova definição jurídica, por fato não contido na denúncia ou queixa, não poderá o julgador determinar, tão somente, a complementação da defesa. Impõe-lhe, primeiro, determinar o exercício da acusação, um direito do acusado: direito à acusação formal, deduzida pelo acusador oficial ou particular.” Assim, o aditamento se imporá “sempre que [houver] alteração substancial da imputação, fática ou legal”, não podendo o Juiz arvorar-se de acusador, pois “cuida do devido processo penal, antevendo a sentença, mas não substitui as partes.”¹⁰

Por isto, diz Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró que “toda violação da regra de correlação entre acusação e sentença implica em um desrespeito ao princípio do contraditório. O desrespeito ao contraditório poderá trazer a violação do direito de defesa, quando prejudique as posições processuais do acusado, ou estará ferindo a inércia da jurisdição, com a correlativa exclusividade da ação penal conferida ao Ministério Público, quando o juiz age de ofício. Em suma, sempre haverá violação do contraditório, sejam suas implicações com a defesa ou com a acusação.”¹¹

O “juiz acha-se adstrito ao fato imputado, à classificação jurídico-penal e à sanção cominada par a responsabilização do agente”¹², sendo vedado “julgar fato não imputado, nem alterar a classificação jurídico penal apresentada na denúncia ou queixa. Desta forma, definida a relevância penal, vincula-se à sanção cominada, a ser aplicada nos estritos limites da necessidade e suficiência, para preservação da paz pública.”¹³

Este princípio da correlação encontra fundamento no sistema acusatório e no processo penal garantidor, em que ao acusado é dado o direito de conhecer e defender-se dos fatos a ele imputados; “qualquer inobservância dessas regras, com conhecimento de fatos não acusados nem contraditados, para absolvição ou condenação, implicará em incongruência entre a acusação e julgamento. Como consequência temos a nulidade absoluta da sentença penal, por ofensa ao mandamento constitucional, porque manifesto o prejuízo causado pelo desrespeito ao devido processo penal, com todo os seus corolários”¹⁴.

⁹ Processo Penal. v.1. 19ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1997, p.53.

¹⁰ Ob. cit. p.162

¹¹ Correlação entre acusação e sentença. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.143.

¹² Correlação entre Acusação e Sentença no Processo Penal Brasileiro. Benedito Roberto Garcia Pozzer. IBCCRIM, São Paulo, 2001.

¹³ Idem., pág. 145.

¹⁴ Idem., pág. 50.

Observemos outra lição de Benedito Roberto

Garcia Pozzer:

*“Direito de acusação e defesa são inseparáveis e, pela própria importância, reclamam verificação judicial, porque o julgamento incidirá sobre a imputação, fática e legal, da qual não poderá se afastar o julgador.”*¹⁵ Arremata o autor, em sua conhecida obra: *“Inconcebível alguém ser acusado por um fato e condenado por outro. A simetria entre acusação e sentença é reclamada como garantia da fidelidade do julgamento judicial, ao fato concreto. Pelo confronto, entre uma e outra, resulta possível a apuração da correspondência. Indispensável, portanto, conhecer cada elemento formador da acusação, para constata-los na sentença”*¹⁶.

Concebido em prol do acusado, o princípio da correlação entre a acusação e o julgamento, por vezes ganha denominação diversa, como, por exemplo, a vedação à sentença incongruente: *“A sentença incongruente, por conseguinte, é sentença que desrespeita a vinculação temática do juiz.”*¹⁷

*“Reconhecemos, entretanto, que uma sentença incongruente, embora não obrigatoriamente, via de regra violará tanto o princípio da ação como quanto as garantias do contraditório e da ampla defesa. Isso porque quando o magistrado julga além ou fora do objeto processual, normalmente não comunica as partes processuais dessa inovação de ofício, nem dá chance à Defesa para refutar a nova imputação. Logo, concomitantemente o julgador desrespeita o princípio da ação, o contraditório e a ampla defesa.”*¹⁸ Observa-se que o *“princípio da correlação entre imputação e sentença representa uma das mais relevantes garantias do direito de defesa, que se acha tutelado por via constitucional. Qualquer distorção, sem observância do disposto no art. 384, da Lei Processual Penal, significa ofensa àquele princípio e acarreta a nulidade da sentença.”*¹⁹

Ademais, indispensável, após o aditamento do Ministério Público, que se estabeleça o contraditório.

Aliás, reafirmando a absoluta e indispensável necessidade do contraditório na **mutatio libelli**, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal concedeu o Habeas Corpus nº. 116607, impetrado pela defesa do militar M.F.S., e determinou ao Superior Tribunal Militar que proceda a um novo julgamento, observando os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. De acordo com o relator do **habeas corpus**, Ministro Ricardo Lewandowski, M.F.S e outros dez corréus foram acusados da prática de violação do dever funcional com fim de lucro por terem divulgado o gabarito das provas, mas foram absolvidos em primeiro grau de jurisdição. O Ministério Público Militar recorreu da sentença e o Superior Tribunal Militar deu provimento ao recurso, desclassificando a conduta descrita inicialmente na denúncia para o crime correspondente ao estelionato, e condenou o militar à pena de reclusão e à exclusão do Exército. Ocorre que a desclassificação de conduta ocorreu

¹⁵ Idem., pág. 127.

¹⁶ Correlação entre Acusação e Sentença no Processo Penal Brasileiro. Benedito Roberto Garcia Pozzer. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim, São Paulo, 2001, pág 127.

¹⁷ A sentença Incongruente no Processo Penal. Diogo Rudge Malan, Coordenador: Geraldo Prado, Coleção Pensamento Crítico, Editora Lumen Júris, Rio de Janeiro, 2003, pág . 132.

¹⁸ Idem., pág. 125.

¹⁹ Julio Fabbrini Mirabete. Código de Processo Penal Interpretado. Nona Edição, Editora Atlas S.ª São Paulo – 2002, pág. 979.

sem que o réu fosse previamente ouvido: “*Então, tendo em conta esses fatos, entendo que a decisão condenatória foi tomada com total desconsideração ao pleno exercício da ampla defesa e do contraditório, por isso concedo a ordem para que o STM proceda a novo julgamento, observados os princípios constitucionais aplicáveis ao caso*”, concluiu o relator. A decisão foi unânime.

No direito comparado, a garantia da correlação entre acusação e a sentença segue a mesma diretriz aqui exposta; neste sentido é a legislação peninsular: “*Se nel corso dell’istruzione dibattimentale il fatto risulta diverso da como é descrito nel decreto que dispone il giudizio e non appartiene alla competenza di un giudice superiore, il pubblico ministero modifica l’imputazione e procede alla relativa contestazione (...)*”²⁰

Também no Direito comparado, veja-se este julgado da Cámara Nacional de Casación Penal da Argentina: “*Falta de identidad fáctica entre el hecho por el cual fue condenada la imputada [acción de ocultar la prueba (material estupefaciente)] y el enunciado en la acusación que le fuera intimada [acción de portar el material estupefaciente]. Debido proceso. Límites en la facultad de modificar la calificación jurídica asignada al hecho en el acto acusador. De la transcripción de las partes pertinentes del requerimiento fiscal de elevación a juicio y de la sentencia condenatoria surge que la identidad fáctica a la que hace referencia el principio de congruencia ha sido infringida. Surge evidente que aquí se está, no frente a una simple modificación de la calificación jurídica de los hechos que fueron materia de acusación, sino ante diferencias sustanciales de las plataformas fácticas expuestas en ambas piezas procesales las que acarrearán diversas calificaciones jurídicas que se amoldaban a cada uno de los hechos descriptos.*” (Ciudad de Buenos Aires, a los 4 días del mes de noviembre del año dos mil cuatro, Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal integrada por el doctor Pedro R. David como Presidente y los doctores Raúl R. Madueño y Juan E. Fégoli como vocales asistidos por la Prosecretario de Cámara, doctor Gustavo J. Alterini, a los efectos de resolver el recurso interpuesto contra la sentencia de fs. 315 y vta. -fundamentada a fs. 317/319 vta.- de la causa n.º. 5298 del registro de esta Sala, representado el Ministerio Público por el señor Fiscal General doctor Raúl Omar Pleé y la Defensa Pública Oficial por el doctor Guillermo Lozano).

Na doutrina pátria, ainda destacamos a lição de Eugenio Pacelli de Oliveira: “*Na **mutatio libelli**, a nova definição será do próprio fato. Assim, uma vez realizada a instrução criminal, se o juiz entender provada a existência de outro fato, não contido na denúncia ou na queixa, poderá ele mesmo alterar a inicial da ação penal, para o fim de nela incluir a circunstância elementar que entendeu provada. Na **mutatio**, o que ocorre não é simples alteração do elemento subjetivo da conduta, mas a imputação de ocorrência de novo fato. A espécie de desclassificação que dela surge não decorre também de simples juízo de adequação do fato à norma, mas, repetimos, de nova imputação fáctica.*”²¹

Efetivamente, não há devido processo legal sem o contraditório, que vem a ser, em linhas gerais, a garantia de que para toda ação haja uma

²⁰ A sentença Incongruente no Processo Penal. Diogo Rudge Malan, Coordenador: Geraldo Prado, Coleção Pensamento Crítico, Editora Lumen Júris, Rio de Janeiro, 2003, pág. 153.

²¹ In Curso de Processo Penal, Ed. Del Rey, 5ª. Edição, págs.493/494

correspondente reação, garantindo-se, assim, a plena igualdade de oportunidades processuais. A este respeito, Willis Santiago Guerra Filho afirma: “*Daí podermos afirmar que não há processo sem respeito efetivo do contraditório, o que nos faz associar o princípio a um princípio informativo, precisamente aquele político, que garante a plenitude do acesso ao Judiciário (cf. Nery Jr., 1995, p. 25). Importante, também, é perceber no princípio do contraditório mais do que um princípio (objetivo) de organização do processo, judicial ou administrativo – e, logo, um princípio de organização de um instrumento de atuação do Estado, ou seja, um princípio de organização do Estado, um direito. Trata-se de um verdadeiro direito fundamental processual, donde se poder falar, com propriedade em direito ao contraditório, ou Anspruch auf rechliches Gehör, como fazem os alemães.*” (grifos no original).²²

Segundo Étienne Vergès, a Corte Européia dos Direitos do Homem (CEDH) “*en donne une définition synthétique en considérant que ce principe implique la faculté, pour les parties à un procès penal ou civil, de prendre connaissance de toutes pièces ou observations présentées au juge, même par un magistrat indépendant, en vue d’influencer sa décision et de la discuter*” (CEDH, 20 févr. 1996, Vermeulen c/ Belgique, D. 1997, som. com. P. 208).²³

Aliás, claríssima é a redação do **caput** do art. 384: “*Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 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.*” Este prazo de cinco dias é para aditar a queixa subsidiária, não a denúncia; assim, os prazos para o aditamento da denúncia devem ser, numa interpretação analógica (art. 3º., Código de Processo Penal) aqueles previstos no art. 46.

Observa-se que há necessidade do aditamento em qualquer hipótese (que pode ser feito inclusive oralmente), ainda que não haja possibilidade de nova definição jurídica mais gravosa para o acusado.

A antiga redação do **caput** do art. 384 era uma flagrante mácula ao sistema acusatório, pois permitia ao Juiz condenar o réu por fato não imputado formalmente em uma peça acusatória, além de ferir o princípio da correlação entre acusação e defesa que proíbe ao Juiz “*cambiar los hechos de la causa por los cuales el imputado fue concretamente acusado, entendidos en el sentido de acontecimiento histórico, con todos los elementos y circunstancias que de alguna manera puedan influir en el debate.*”²⁴

Segundo o § 1º, caso o “*o órgão do Ministério Público*” não adite a denúncia, “*aplica-se o art. 28 deste Código*”. E se o Procurador-Geral concordar com o não aditamento? Restará ao Juiz absolver o acusado ou condená-

²² Introdução ao Direito Processual Constitucional, São Paulo: Síntese, 1999, p. 27.

²³ Procédure Pénale, Paris: LexisNexis Litec, 2005, p. 35.

²⁴ Langevin, Julián Horacio, Nuevas Formulaciones del Principio de Congruencia: Correlación entre Acusación, Defensa y Sentencia, Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido Editor, 2008, p. 189.

lo pelo fato imputado originariamente na denúncia ou queixa subsidiária. Se o aditamento for oferecido, estabelece-se um contraditório prévio, pois, antes de recebê-lo, deverá ser “ouvido o defensor do acusado no prazo de cinco dias”.

Admitido “o aditamento, o juiz, a requerimento de qualquer das partes, designará dia e hora para continuação da audiência, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado, realização de debates e julgamento.” (§ 2º). Neste caso, segundo dispõe o § 4º, “cada parte poderá arrolar até três testemunhas, no prazo de cinco dias, ficando o juiz, na sentença, adstrito aos termos do aditamento.”

Sobre o princípio da correlação, vejamos a jurisprudência:

“A sentença destoa da acusação, na medida em que profere condenação por fato não imputado na denúncia, e destarte, de rigor a o reconhecimento da nulidade por violação ao princípio da correlação entre a acusação e a sentença. É firme na doutrina e jurisprudência que o réu defende-se dos fatos narrados na denúncia. Se durante a instrução a prova aponta para a prática de conduta delituosa diversa da indicada na denúncia deve o juiz proceder na forma do artigo 384 e parágrafo único do Código de Processo Penal” (TRF 3ª R. - 1ª T. - AP 2001.61.04.001387-4 – rel. Márcio Mesquita – j. 03.02.2009 – DJU 16.02.2009).

“A **mutatio libelli** conseqüencializa a nulidade da sentença, sendo, como é, direito do réu conhecer a nova definição jurídica do fato imputado na acusatória inicial e dela defender-se.3. Ordem concedida.” (STJ. HC – 11671/MS. Processo: 199901206162. 6a. Turma. Rel. Min. Hamilton Carvalhido. DJ DATA:19/02/2001 PÁGINA:245 RSTJ VOL.:00145 PÁGINA:584).

“É possível, na sentença, que se dê nova definição jurídica ao fato em decorrência de prova de circunstância elementar não contida na denúncia. Tal procedimento requer seja antes ouvida a defesa; caso de mutatio libelli (Cód. de Pr. Penal, art. 384).2. A falta de prévia audiência implica a nulidade do processo. Ordem de habeas corpus concedida.” (STJ. HC – 35561/RO. Processo: 200400688414. 6a. Turma. Rel. Min. Nilson Naves. DJ DATA:21/02/2005 PÁGINA:227).

“TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO - APELAÇÃO Nº. 2006.51.01.502737-5 - RELATOR: DESEMBARGADORA FEDERAL LILIANE RORIZ – É nula a sentença que incorre em mutatio libelli, sem que se observe o disposto no art. 384, caput, do Código de Processo Penal. Apelação provida.Declarada a nulidade da sentença.”

“A infringência da norma insculpida no art. 384, caput, do Código de Processo Penal, por parte do Magistrado de 1º grau, torna nula a sentença proferida, vício que pode ser reconhecido de ofício pelo Tribunal a quo.A ser consabido que no processo penal vige o princípio pas de nullité sans grief (art. 563, do CPP), é de se conferir ao impetrante o demonstrar, extreme de dúvida, do prejuízo que terá sido imposto ao réu em face da nulidade argüida – mister do qual não se desincumbiu.Ordem DENEGADA”.(STJ. HC – 34166/ES. Proc: 200400312250. 6ª. Turma. Rel. Min. PAULO MEDINA. DJ DATA:01/08/2005 PÁGINA:565).”

“TRF 2 - Processo nº: 2000.02.01.010885-0 –
RELATOR: DESEMBARGADORA FEDERAL LILIANE RORIZ – (...) Na emendatio libelli, prevista no art. 383 do Código de Processo Penal, o juiz corrige apenas a classificação jurídica, ou seja, a capitulação do crime atribuída na denúncia sem haver qualquer modificação quanto aos fatos narrados, que permanecem os mesmos. Na mutatio libelli, ocorre verdadeira alteração na imputação do fato delituoso, em razão da existência de alguma circunstância elementar não contida implícita ou explicitamente na denúncia.5. Se o juiz reconhecer a possibilidade de nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de circunstância elementar, não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou na queixa, baixará o processo, a fim de que a defesa, no prazo de 8 (oito) dias, fale e, se quiser, produza prova, podendo ser ouvidas até três testemunhas.” (artigo 384 do Código de Processo Penal).6. A mutatio libelli consequencializa a nulidade da sentença, sendo, como é, direito do réu conhecer a nova definição jurídica do fato imputado na acusatória inicial e dela defender-se.7. Apelação parcialmente provida. Nulidade declarada.”

“TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL - Apelação Crime - Oitava Câmara Criminal - Regime de Exceção Nº 70009809690 – A correlação entre a imputação e a sentença é uma garantia constitucional assegurada ao réu, pois permite que ele se defenda apenas dos fatos lhe imputados, sendo que a sua inobservância constitui nulidade insanável.”

Veja-se este trecho do voto:

“(...) Se o Juiz reconheceu a possibilidade de nova definição jurídica ao fato, deveria ter obedecido aos ditames do artigo 384 do Código de Processo Penal, o que, infelizmente, não ocorreu. A correlação entre a imputação e a sentença é uma garantia constitucional assegurada ao réu, pois permite que ele se defenda apenas dos fatos lhe imputados, sendo que a sua inobservância constitui nulidade insanável. Nesse sentido: “O princípio da correlação entre a imputação e a sentença representa uma das mais relevantes garantias do direito de defesa, que se acha tutelado, por via constitucional. Ninguém pode ser punido por fato que não lhe foi imputado. Na medida em que se descreve, com pormenores, um episódio criminoso atribuindo-o a alguém, a denúncia fixa os limites de atuação do Juiz, que não poderá decidir além ou fora da imputação. A sentença espelha, portanto, a imputação, refletindo-a nos seus exatos contornos. Qualquer distorção na imagem significa uma ofensa ao princípio da correlação e acarreta a nulidade da sentença”. (TACRIM – SP – AP – Rel. Álvaro Cury – JUTACRIM – SP 66/369) “Não pode alguém ser condenado por receptação se foi denunciado por furto e não houve providência processual com vistas à adequação da imputação à nova definição jurídica do fato”. (TACRIM – SP AP – Rel. Dínio Garcia – JUTACRIM – SP 56/353) “SENTENÇA. AUSÊNCIA DE CORRELAÇÃO ENTRE A IMPUTAÇÃO E A DECISÃO. ATO NULO. É fundamental a existência de correlação entre a acusação e sentença, princípio que representa uma das garantias constitucionais do direito de defesa. O princípio da correlação determina que o Juiz não pode condenar o acusado por fato não descrito na denúncia ou queixa sem as providências do art. 384 ou de seu parágrafo único.”. (Apelação Crime Nº 70010430874, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sylvio Baptista Neto, Julgado em 19/05/2005).

“Superior Tribunal de Justiça - HABEAS CORPUS nº. 49.209 - RS (2005/0178219-2) - RELATOR: MINISTRO NILSON NAVES

(...) *O réu defende-se tão-só dos fatos que lhe são imputados pela inicial acusatória, sendo inadmissível sua condenação por fato diverso, sob pena de ferir-se o princípio da correlação, com prejuízos imensuráveis à ampla defesa, o que claramente ocorreu no presente feito.*”

“*Anula-se o processo, **ab initio**, com relação ao delito pelo qual o réu foi condenado, por não ter sido respeitado o princípio da correlação. O crime conexo a que foi condenado não constou da denúncia, da pronúncia, nem do libelo, tendo sido apresentado tão-somente ao final do julgamento pelo Tribunal do Júri. Extinção da punibilidade do fato atribuído ao réu, tendo em vista a pena corporal imposta e por ter sido negado provimento ao apelo ministerial e, também, em função da anulação do processo desde o seu início, com relação ao já propalado crime conexo, que não foi devidamente processado. Anulado o processo atinente ao crime conexo. Apelo do Ministério Público improvido. Extinção da punibilidade declarada. Decisão unânime*” (TJRS – 3ª C. – AP 70025007212 – rel. José Antônio Hirt Preiss – j. 24.07.2008 – DOE 29.07.2008).

“*O crime de evasão do local do acidente (art. 305, CTB), ao qual o agente também foi condenado, não se encontra narrado na inicial acusatória, representando, assim, ofensa ao princípio da correlação entra a denúncia e a sentença. A inexistência de congruência entre o fato narrado na denúncia e o disposto na sentença autoriza a cassação do **decisum**, restando configurado o cerceamento do direito de defesa, o que importa na remessa dos autos à instância de origem, para que seja observada a regra contida no art. 384 do CPP. Apelo parcialmente conhecido e provido*” (TJCE – 1ª C. AP 2008.0030.3817-0 – rel. Wilton Machado Carneiro – DOE 23.10.2009).

São aplicáveis na **mutatio libelli** os §§ 1º e 2º do art. 383, segundo dispõe o § 3º. do art. 384. Por fim, estabelece o § 5º que se não for “*recebido o aditamento, o processo prosseguirá.*” Neste caso, é possível o manejo do recurso em sentido estrito, com fulcro no art. 581, I do Código de Processo Penal, pois “*o recurso em sentido estrito, apesar de ser casuístico, admite interpretação extensiva.*”²⁵

Observa-se que a redação do art. 384 refere-se tão somente à ação penal pública ou à de iniciativa privada subsidiária da pública. De toda forma, estamos com Tourinho Filho que, nada obstante a restrição legal, “*possa também o querelante proceder ao aditamento. Há duas situações: a) se, ao tempo da queixa, já havia prova sobre determinada circunstância elementar (hoje circunstância ou elemento) capaz de alterar a qualificação jurídico-penal do fato, objeto do processo, e o querelante não se deu conta, o aditamento seria até impossível por manifesta decadência; b) se a prova se deu posteriormente, o aditamento pode ser feito por aplicação analógica (...), não havendo violação ao princípio da disponibilidade que rege a ação privada, mesmo porque ninguém está fazendo o aditamento pelo querelante e tampouco obrigando-o a fazê-lo.*”²⁶

²⁵ Tribunal Regional Federal da 1ª. Região – Recurso em Sentido Estrito nº. 2002.38.00.003576-0/MG - Relator: Desembargador Hilton Queiroz..

²⁶ Código de Processo Penal comentado, Vol. I, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 573.

Aliás, não apenas no caso do art. 384, mas, também, na hipótese do art. 383 (a chamada **emendatio libelli**), decidiu o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Penal nº. 545, que o réu, um Deputado Federal, deveria ser novamente interrogado sobre o cometimento de um suposto crime eleitoral. A decisão unânime foi tomada pelo Plenário da Corte. O relator da ação, Ministro Luiz Fux, explicou que o julgamento do processo depende desse interrogatório e também de que a defesa do parlamentar se pronuncie sobre o parecer do Ministério Público no sentido de alterar o tipo penal originalmente imputado ao parlamentar. Na denúncia o Ministério Público do Estado do Mato Grosso acusou o réu, à época vereador, pelos crimes previstos nos arts. 348 e 353 do Código Eleitoral. Após a denúncia ser enviada ao Supremo Tribunal Federal, em virtude da prerrogativa de foro do acusado, o Ministério Público afirmou, em alegações finais, que a prática atribuída ao réu estaria prevista, na verdade, no art. 350 do Código Eleitoral. “*O Ministério Público atribuiu outro fato ao réu que tem uma repercussão interessante (no processo), porque ele ocorreu em data em que prazo prescricional aumenta. De alguma maneira isso traz prejuízo para a defesa porque pelo fato X (o crime) está prescrito, pelo fato novo, a prescrição fica maior*”, disse o relator. Segundo ele, sem a realização do interrogatório e sem a possibilidade de a defesa falar sobre essa **emendatio libelli** que causa prejuízo ao réu não será possível julgar a ação penal. “*Tenho a impressão de que é absolutamente inviável esse julgamento antes dessas providências prévias*”, concluiu.

Também corretíssima esta posição do Supremo Tribunal Federal, nada obstante o caso se tratar de uma “mera” **emendatio libelli** (art. 383 do Código de Processo Penal) e não de uma **mutatio libelli** (art. 384 do Código de Processo Penal), pois se reconheceu ser necessário estabelecer o contraditório, ainda que se tratasse de uma “mera” (repita-se) emenda à acusação, o que, formalmente, não é exigido pelo art. 383 do Código de Processo Penal, mas, o que é mais importante, é imposto pela Constituição Federal, ao estabelecer o devido processo legal com os seus respectivos corolários, entre os quais o do contraditório.

Por óbvio que a **mutatio libelli** (art. 384, CPP) não se confunde com a **emendatio libelli** (art. 383); pelo segundo dispositivo legal, pode o Juiz qualificar o fato de maneira diversa da que originariamente feita pelo órgão responsável pela acusação, ainda que com isso acabe por aplicar pena mais grave ao réu, pois, como se diz (e até concordo em certa medida), o acusado se defende dos fatos narrados, não estando o julgador vinculado a qualquer qualificação jurídica utilizada pelas partes (**narra mihi factum, dabo tibi jus**). Porém, observa-se que mesmo nesta hipótese a Suprema Corte exigiu que se estabelecesse o contraditório.

Novamente, agora respaldando-se nas lições de Tourinho Filho, que didaticamente diferenciou os dois institutos, tem-se que “*se o Promotor, na denúncia, imputa ao réu um crime de furto, e, afinal, apura-se que ele cometeu outro crime completamente diverso (estupro, p. ex.), e não o de furto, não pode o Juiz proferir condenação pelo estupro, que não foi pedida, e muito menos quanto ao furto que não ocorreu. Todavia, se o Promotor, na denúncia, descreve um crime de estupro (que efetivamente ocorreu), mas, ao classificar a infração, tal como exige o art. 41 do CPP, classifica-a como sedução (CP, art. 217), ou furto (CP, art. 155), o Juiz, ao proferir sentença, poderá condenar o réu nas penas do art. 213 (estupro), sem necessidade de qualquer providência, como permitido pelo art. 383 do CPP. Diz-se, até, que, nesse caso, nem existe a **mutatio libelli** (modificação, alteração da peça acusatória), mas sim uma verdadeira **emendatio libelli**. Aí, evidentemente, não há*

juízo **ultra petitem**. O Juiz deu aos fatos, tão-somente, a correta classificação. E **jura novit curia**, livre dicção do direito objetivo, porque o Juiz conhece o Direito. Se, por acaso, o Promotor denuncia alguém como incurso nas penas do art. 155, caput, do CP, correspondendo a classificação ao narrado na peça vestibular da ação penal, e, no curso da instrução criminal, apura-se que o réu tinha a precedente posse ou detenção da res, cumpre ao Juiz tomar aquela providência apontada no caput do art. 384 do CPP e, depois, proferir sentença.”²⁷ A distinção está correta, mas, em ambos os casos, o Supremo Tribunal Federal exige o contraditório.

No Código de Processo Penal assim está disposta a **emendatio libelli**: “Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.” Nesta hipótese, como se sabe, a peça acusatória narrou perfeitamente o fato criminoso, tendo o Juiz “liberdade de atribuir ao delito conceituação jurídica diversa da que lhe foi dada pelo acusador, mesmo para impor pena mais grave, contanto que não substitua o fato por outro”, como já explicava Basileu Garcia.²⁸ “§ 1º - Se, em consequência de definição jurídica diversa, houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, o juiz procederá de acordo com o disposto na lei. 2º - Tratando-se de infração da competência de outro juízo, a este serão encaminhados os autos.”

Assim, caso a nova qualificação jurídica atribuída ao fato narrado corresponda a um tipo penal cuja pena mínima não exceda a um ano²⁹, deverá o Magistrado encaminhar os autos ao membro do Ministério Público para que se pronuncie acerca da possibilidade de proposta da suspensão condicional do processo, nos termos, aliás, do Enunciado 337 do Superior Tribunal de Justiça, aplicável também à espécie. De se observar, outrossim, o Enunciado 696 do Supremo Tribunal Federal, em caso de recusa do Ministério Público em fazer a proposta.

Não precisa o Juiz esperar a conclusão da instrução criminal para aplicar a **emendatio libelli**, muito pelo contrário. Como não se trata de uma alteração dos fatos narrados, mas, tão-somente, de uma correção técnica na classificação do crime, é aconselhável que o Juiz já receba a peça acusatória indicando na respectiva decisão o tipo penal, possibilitando, desde logo, a fruição de quaisquer benefícios ao acusado, como a suspensão condicional do processo, a liberdade provisória, etc. Aguardar-se o término da instrução para “corrigir” a tipificação atribuída ao fato é submeter o réu, desnecessariamente, às chamadas “cerimônias degradantes” do processo penal³⁰. Lembre-se que o Juiz não estará modificando a imputação fática nem “acusando” o réu.

Aventemos a seguinte hipótese: o Promotor de Justiça narra um furto simples (cuja pena mínima é de um ano) e, ao final da peça acusatória, indica como tipo penal o art. 155, § 4º, II (pena mínima de dois anos). Ora, obviamente que o Juiz não deve aguardar o término da instrução para aplicar a

²⁷ Ob. cit. p.53

²⁸ Comentários ao Código de Processo Penal, Vol. III, Rio de Janeiro: Forense, 1945, p. 495.

²⁹ Sobre a suspensão condicional do processo, remetemos o leitor ao nosso livro “Juizados Especiais Criminais”, Salvador: JusPodivm, 2007.

³⁰ O conceito **status-degration cerimony** foi introduzida em 1956 por H. Garfinkel para indicar os procedimentos ritualizados nos quais uma pessoa é condenada e despojada de sua identidade, recebendo outra, dita degradada. Veja-se “O Processo”, de Franz Kafka.

emendatio libelli, e sim, desde logo, receber a denúncia nos termos em que foi feita a imputação fática e encaminhar os autos ao Ministério Público para a proposta de suspensão condicional do processo. Assim agindo preservará os interesses do acusado, evitando as cerimônias degradantes do procedimento e sem mácula aos postulados do sistema acusatório.

Neste sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal: “*Denúncia: errônea capitulação jurídica dos fatos narrados: erro de direito: possibilidade do juiz, verificado o equívoco, alterar o procedimento a seguir (cf. HC 84.653, 1ª T., 14.07.05, Pertence, DJ 14.10.05). 1. Se se tem, na denúncia, simples erro de direito na tipificação da imputação de fato idoneamente formulada é possível ao juiz, sem antecipar formalmente a desclassificação, afastar de logo as consequências processuais ou procedimentais decorrentes do equívoco e prejudiciais ao acusado. 2. Na mesma hipótese de erro de direito na classificação do fato descrito na denúncia, é possível, de logo, proceder-se a desclassificação e receber a denúncia com a tipificação adequada à imputação de fato veiculada, se, por exemplo, da sua qualificação depender a fixação da competência ou a eleição do procedimento a seguir.*” (HC 89.686/SP - Primeira Turma; à unanimidade; DJ de 17/08/07, p. 58, relator: Ministro Sepúlveda Pertence).

Também o Tribunal Regional Federal da 1ª.

Região:

“*Na hipótese de erro de direito na classificação do fato descrito na denúncia, é possível, de logo, proceder-se a desclassificação e receber a denúncia com a tipificação adequada à imputação de fato veiculada, se, por exemplo, da sua qualificação depender a fixação da competência ou a eleição do procedimento a seguir. Recurso em sentido estrito não provido.*” (RCCR 2007.37.00.004500-2/MA, Rel. Juiz Federal César Jatahy Fonseca, Terceira Turma, e-DJF1 p.226 de 25/04/2008).

Também comunga deste entendimento Aury Lopes Jr., para quem a incidência deste art. 383 já no momento de recebimento da acusação, limitaria muitas “*acusações infundadas*”. Seria, como define o autor, uma filtragem mínima a ser feita pelo Juiz.³¹

Portanto, tratando-se de uma coisa ou outra (art. 383 ou art. 384), impõe-se a intimação das partes, sob pena de nulidade absoluta em razão da não observância do devido processo legal.

³¹ Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional, Vol. II, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 234.