

Breves comentários aos institutos da *emendatio* e *mutatio libelli*, à luz da Lei nº 11.719/08 *

Daniela Bertolini Rosa Coelho**

Sumário: 1 Introdução. 2 Da correlação entre a acusação e a sentença penal. 3 Da emendatio libelli. 4 Da mutatio libelli. 5 Conclusão. 6 Referências bibliográficas.

1 Introdução

No intuito de promover alterações no Código de Processo Penal, vêm sendo aprovadas pelo Congresso Nacional leis que versam sobre reformas pontuais, de grande relevância técnica e prática.

As modificações se fundam na necessidade de adequação do Código ao espírito da atual Constituição da República, também se podendo perceber da leitura das Leis 11.689, 11.690 e 11.719, todas de 2008, nítida preocupação com a separação das funções dos sujeitos do processo penal.

Dentre as inovações trazidas, destaco no presente artigo aquelas promovidas nos institutos da *emendatio* e *mutatio libelli*, tecendo breves e preliminares comentários.

2 Da correlação entre a acusação e a sentença penal

É regra comum ao direito processual penal e civil a necessidade de correspondência entre o pedido formulado pela parte e a tutela jurisdicional concedida. Trata-se do princípio da correlação ou da congruência.

No âmbito do processo criminal, referido princípio atua como garantidor do direito de defesa do acusado, informando que:

o fato imputado ao réu na peça inicial acusatória deve guardar perfeita correspondência com o fato reconhecido pelo juiz na sentença, sob pena de grave violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa (NUCCI, 2005, p. 638).

Tutelando o devido processo legal, assegura-se que o réu seja julgado pelas condutas que lhe foram atribuídas, vedando-se a condenação pela prática de fato não constante do libelo acusatório.

De se ressaltar que, diferentemente do que ocorre no processo civil, no âmbito penal é prescindível que a sentença guarde correlação com o pedido propriamente dito, o que se exige é que haja correspondência entre a decisão e os fatos imputados pela acusação.

Em razão disso, é corrente, na doutrina processualista penal, a afirmação de que o pedido, nessa seara, é sempre genérico. À acusação impõe-se de maneira precípua a descrição dos fatos pelos quais espera haver punição, a capitulação dada a tais fatos não vincula o magistrado.

A narrativa, de outro lado, atua como *causa petendi* e corresponde à imputação da prática de determinada conduta, comissiva ou omissiva, a princípio considerada típica. É a imputação que individualiza a acusação e delimita a pretensão punitiva.

Impõe-se ressaltar que, uma vez que se atenha aos fatos descritos, o juiz criminal pode atribuir a eles a consequência jurídica que lhe parecer mais adequada, tanto no que se refere ao enquadramento típico, quanto na qualidade e quantidade de pena à qual será submetido o sentenciado. Trata-se de atribuição inerente à função jurisdicional, a qual é concretizada por meio da *emendatio libelli*.

Merece registro que, a par da imputação veiculada na peça acusatória, podem surgir fatos novos no decorrer da instrução criminal, os quais não foram alcançados pela narrativa inicial por serem desconhecidos. Esse fenômeno autoriza procedimento denominado *mutatio libelli*.

Resumidamente, a fim de possibilitar a adequação ao direito aplicável dos fatos imputados na exordial e daqueles porventura apurados no correr da ação, e portanto imputáveis, possibilita o Código de Processo Penal duas providências típicas do processo criminal - a *emendatio* e *mutatio libelli*.

A distinção entre essas duas figuras está em que, enquanto na primeira o juiz se vale apenas da narrativa contida na peça de ingresso, adequando-a aos dispositivos legais, na *mutatio* há elemento novo apenas verificado quando da instrução criminal.

* Artigo apresentado no III Vitaliciar - Escola Judicial Des. Edésio Fernandes - EJEJF.

** Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

3 *Emendatio libelli*

Partindo da premissa estabelecida pela máxima *jura novit curia*, a figura da *emendatio libelli* destina-se a permitir ao julgador a conformação do fato narrado na acusação ao tipo penal previsto em lei, hipótese em que não se verifica modificação da situação fática já descrita, mas mera interpretação.

A atuação do juiz criminal nesse sentido consiste apenas em amoldar os fatos já expostos na peça acusatória a seu convencimento quanto ao juízo de tipicidade.

Não obstante haja respeitáveis críticas doutrinárias em sentido contrário, não é necessária a prévia oitiva da defesa, haja vista que o réu se defende dos fatos, e não da definição típica destes. Sem modificar a narrativa fática contida na denúncia ou queixa, poderá o juiz proceder à definição jurídica diversa da proposta, ainda que, por via de consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

No tocante à *emendatio*, não sobrevieram grandes mudanças com a edição da Lei nº 11.719/08. Esta a nova redação dada ao art. 383 do Código de Processo Penal:

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.

§ 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. (NR)

O artigo transcrito, que anteriormente não continha subdivisões, passou a contar, pois, com dois parágrafos.

O primeiro deles apenas consagrou entendimento jurisprudencial já consolidado por meio do enunciado de Súmula 337 do STJ: "*É cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva*".

O segundo explicita que, havendo alteração na competência para o julgamento do feito em razão da nova definição jurídica dada ao fato, o processo deverá ser remetido ao juízo competente. Encerra-se, assim, qualquer divergência doutrinária ou jurisprudencial relativa à competência diante de nova classificação.

A par dessas modificações, foi integralmente preservada a máxima *narra mihi factum, dabo tibi jus*, permitindo-se, como já era previsto, que o juiz, sem modificar a descrição fática contida na denúncia ou queixa, atribua aos fatos a adequação típica que lhe pareça mais ajustada, ainda que, por via de consequência, tenha de aplicar reprimenda mais severa.

Trata-se de decorrência lógica da função jurisdicional de dizer o direito ao caso concreto.

4 *Mutatio libelli*

A *mutatio libelli* é providência peculiar ao processo penal, a qual possibilita que sejam alcançados pela acusação fatos novos apurados no decorrer da instrução processual.

Enquanto na *emendatio* a definição jurídica refere-se unicamente à classificação dada ao fato, aqui, na *mutatio libelli*, a nova definição será do próprio fato. Não se altera simplesmente a capitulação feita na inicial, mas a própria *imputação do fato* (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de, 2005, p. 479).

Com efeito, a imputação é reconhecida de maneira progressiva e não estática, permitindo-se a inclusão de elementos da infração que não integravam originariamente a descrição fática contida na peça inicial por não serem conhecidos.

Tradicionalmente, a *mutatio libelli* era assim tratado na redação do Código de Processo Penal:

Art. 384. 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.

Parágrafo único. Se houver possibilidade de nova definição jurídica que importe aplicação de pena mais grave, o juiz baixará o processo, a fim de que o Ministério Público possa aditar a denúncia ou a queixa, se em virtude desta houver sido

instaurado o processo em crime de ação pública, abrindo-se, em seguida, o prazo de 3 (três) dias à defesa, que poderá oferecer prova, arrolando até três testemunhas.

Conforme se verifica do dispositivo transcrito, pela regra originária, constatada, em razão de nova prova existente nos autos, a possibilidade de se conferir ao fato definição jurídica diversa daquela descrita na peça acusatória, abriam-se ao julgador duas possibilidades.

Tratando-se de nova definição jurídica que não importasse em agravamento da pena, o juiz criminal remetia o processo à defesa para manifestação no prazo de 8 (oito) dias, autorizando-se a produção de prova com oitiva de até três testemunhas.

Nessa hipótese, embora pudesse haver modificação das condutas atribuídas ao réu, não era imperativa a manifestação da acusação. O juiz verificava de ofício a presença de circunstância elementar não contida explícita ou implicitamente na peça acusatória e, a partir de então, passava a agir, podendo proferir condenação em conformidade com os novos elementos colhidos, bastando a oitiva da defesa.

De outro lado, se em virtude da nova classificação fosse aplicável pena mais grave do que aquela prevista para a imputação inicial, o juiz remetia os autos ao Ministério Público para aditamento da denúncia ou queixa subsidiária, em crime de ação pública.

Nesse último caso, impunha a lei o aditamento a fim de que o novo conteúdo fático passasse a integrar a imputação. Havendo recusa por parte do Ministério Público, ao julgador restava a via do delineada pelo art. 28 do Código de Processo Penal, prerrogativa que foi mantida.

A opção legislativa era já há muito censurada pela doutrina, sendo objeto de críticas a possibilidade real de que o réu pudesse, sem qualquer intervenção do órgão de acusação, vir a ser surpreendido ao final por condenação decorrente de conduta diversa daquela da qual se defendeu durante todo o processo, em visível ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Também alvo de censura a atuação positiva do julgador, em reconhecer de ofício, para fins de condenação, fatos não previstos na imputação inicial. A atuação do juiz criminal nesse ponto confundia-se com a da acusação, em nítido prejuízo ao sistema acusatório e ao devido processo legal.

Provavelmente em atenção a essas críticas, no que se refere à *mutatio libelli*, as inovações da Lei nº 11.719 foram de maior vulto. O art. 384 do Código de Processo Penal passa a contar com a seguinte redação:

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 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.

§ 1º Não procedendo o órgão do Ministério Público ao aditamento, aplica-se o art. 28 deste Código.

§ 2º Ouvido o defensor do acusado no prazo de 5 (cinco) dias e 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.

§ 3º Aplicam-se as disposições dos §§ 1º e 2º do art. 383 ao *caput* deste artigo.

§ 4º Havendo aditamento, cada parte poderá arrolar até 3 (três) testemunhas, no prazo de 5 (cinco) dias, ficando o juiz, na sentença, adstrito aos termos do aditamento.

§ 5º Não recebido o aditamento, o processo prosseguirá. (NR)

A partir da vigência da lei, a principal premissa sobre a qual passa a sustentar-se o instituto da *mutatio libelli* é a de que aos órgãos de acusação compete exclusivamente a iniciativa quanto à imputação de elementos ou circunstâncias da infração penal verificados no trâmite da instrução criminal.

Prestigiando a força da imputação em detrimento do montante da pena aplicada, a Lei nº 11.719/08 foi clara ao determinar que será sempre necessário o aditamento da peça acusatória ante o surgimento de novas provas.

A tônica deixa de ser a quantidade de pena e passa a ser o conteúdo da imputação. Por via de consequência, independentemente da pena abstrata prevista, não mais se atribui ao juiz o poder de reconhecer de ofício novos fatos no decorrer da ação.

Também não mais se atribui ao magistrado a prerrogativa de provocar a atuação do Ministério Público por meio da remessa dos autos, tal como lhe autorizava a redação original do art. 384 do Código.

Doravante, deverá o aditamento ser ato espontâneo realizado pelo Ministério Público após o encerramento da instrução probatória. Discordando da inércia, apenas resta ao juiz criminal a prerrogativa de proceder em conformidade com o art. 28 do Código de Processo Penal, remetendo os autos à apreciação do chefe da instituição, a fim de que este mantenha a acusação nos termos em que proposta, promova o aditamento da inicial ou ainda designe outro membro do Ministério Público para fazê-lo.

O novo regramento dado à *mutatio* guarda agora correspondência com aquele previsto para a instauração da ação criminal, igualando o procedimento nas hipóteses de discordância do magistrado quanto ao posicionamento do *Parquet*, seja no arquivamento de inquérito policial ou na recusa ao aditamento.

5 Conclusão

Pelo exposto, conclui-se que o legislador de 2008 privilegiou a titularidade da ação penal constitucionalmente atribuída ao Ministério Público e deu tratamento uniforme à imputação de fatos delituosos, sejam eles apurados no início ou no decorrer da ação penal.

A partir da vigência da Lei nº 11.719, desaparece o lastro que autorizava o juiz criminal a proceder de ofício ao reconhecimento de imputações não descritas na exordial; e, nesse sentido, a norma alterada aperfeiçoa substancialmente o sistema acusatório, tornando o instituto da *mutatio libelli* mais compatível com a imparcialidade de que se deve revestir a atuação judicial.

Com o fito de melhor definir as funções dos sujeitos do processo criminal, a lei tornou certa a imprescindibilidade da congruência entre a imputação feita pela acusação e a sentença penal ao final proferida, reforçando sobremaneira os princípios do contraditório e da ampla defesa e consagrando, ao que nos parece, as diretrizes traçadas pela Constituição da República.

6 Referências bibliográficas

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 6. ed. v. 1. 2000.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 1. ed. 2ª tiragem. Campinas: Editora Bookseller, 1998.

MIRABETE, Júlio Fabrini. *Código de Processo Penal interpretado*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 4. ed. São Paulo: Editora RTVEIRA.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal comentado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2001.