

Breves considerações sobre a "emendatio libelli" e a "mutatio libelli"

SÉRGIO SEIJI SHIMURA
Promotor de Justiça — SP

Toda sentença deve ser clara e precisa. Clara, porque deverá ser inteligível e insuscetível de interpretações ambíguas ou equivocadas. Se **ininteligível**, por falta absoluta de clareza, a sentença será ineficaz. Obscura ou contraditória, permitindo dúbia interpretação, poderá ser esclarecida por meio de **embargos de declaração** (art. 464, CPC).

E deve ser **precisa**, isto é, certa e limitada. **Certeza** na motivação, pois o trabalho lógico do juiz deve ser conclusivo. De premissas incertas não se chega à conclusão certa. E clareza no dispositivo, que encerra o **comando**, para que este possa ser executado. Deve ser **precisa**, ou seja, toda sentença deve se conter nos limites do pedido (art. 128 e 460, CPC). Afastando-se dessa norma, decidindo **ultra** ou **extra petita**, estará contaminada de vício. Não poderá ir além (**ultra petita**, nem extrapolar o pedido (**extra petita**). E, ainda, para ser precisa, mister se faz seja **completa**, isto é, sem omissões, analisando e decidindo todas as questões e pedidos, sob pena de ineficácia ou nulidade, por ser **infra petita**¹.

Do mesmo modo que sucede no processo civil, ocorre no processo penal. A peça inicial acusatória, seja denúncia, seja queixa-crime, deve descrever perfeitamente bem a espécie delituosa que constitui a **causa petendi**, a razão do pedido, o fato que originou o pedido. No que refere à qualidade e quantidade da pena, o pedido é sempre genérico, vez que, conforme os critérios adotados pelo Código Penal, compete exclusivamente ao juiz, dosá-la. Portanto, como sucede na esfera cível, no campo penal não se admite julgamento **ultra**, **extra** ou **citra petitem**. Se o promotor denuncia por lesão corporal, o juiz não pode condenar o réu por furto, sob pena de estar decidindo **extra petitem**. Denunciado por dois crimes, a sentença não pode analisar somente um deles; seria julgamento **citra petitem**. Acusado de

lesão corporal leve, o juiz não pode condená-lo por lesões graves, caso em que a sentença seria **ultra petitem**².

Da questo principio deriva che il giudice non puo provvedere senza che sia richiesto, e, come conseguenza di esso, ne deriva un altro: egli non puo provvedere oltre quello per cui è richiesto. Infatti è canone inderogabile, di diritto processuale che il giudice contenga la sua decisione entro i limiti della pretesa punitiva oggetto dell'azione³.

Mas, se a sentença não pode se afastar do pedido, o sistema processual prevê mecanismos de alteração do libelo no curso do processo. No civil, é possível mutação do pedido até a citação (art. 264, CPC); após, somente promovendo-se uma nova citação (art. 321).

No âmbito criminal, por ocasião da prolação da sentença, o art. 384, CPP, menciona: 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.

Ademais, cumpre observar no direito pátrio, nas instâncias ordinárias, vige o princípio do **jura novit curia**, pelo qual se presume que o juiz conhece o direito, isto é, tem incidência o brocardo **narra mihi factum dabo tibi jus** (narra-me o fato e te darei o direito). O **nomen juris** que se dê a uma categoria jurídica ou o dispositivo de lei que se invoque para caracterizá-la são irrelevantes, se acaso equivocadamente indicados. O que o juiz necessita são os fatos, pois o direito ele conhece. A subsunção do fato à **norma** é dever do juiz; a categorização jurídica do fato é tarefa do julgador⁴.

Nesse contexto, no âmbito penal, há duas situações que podem ocorrer: a **emendatio libelli** e a **mutatio libelli**.

"Emendatio libelli"

A **emendatio libelli** constitui-se conformação feita pelo juiz ao fato narrado pelo promotor. O art. 383, CPP, dispõe que **O juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.**

Neste caso, o fato permanece o mesmo, contra o qual o réu já se defendeu⁵. **Definição jurídica** é a classificação do crime, é a subsunção do fato ao tipo,

2 FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, *Processo Penal*, Saraiva, vol.4, 1988, págs. 199/200.

3. VINCENZO CAVALLO, *La Sentenza Penale*, Napoli, 1936, XIV, pág. 294.

4. J.J. CALMON DE PASSOS, *Comentários ao CPC*, III vol. Forense, 3.ª ed., pág. 219, n. 122.3.

5. Já se decidiu que "a inépcia só deve ser declarada quando acarretar embaraços ao exercício do **jus defentionis**. A desmenção da data precisa do delito não invalida a **imputatio**, se o denunciante delimitou o período temporal em que ocorreram as infrações (JUTACRIM Lex 87/175. rel. Segurado Braz).

1. MOACYR AMARAL SANTOS, *Comentários ao Código de Processo Civil*, IV vol., Forense, 1982, págs. 408/409.

compreendendo-se que este possa ser alterado, pois, não obstante a presunção legal de que a lei é conhecida por todos, a verdade é que o réu não se defende deste ou daquele delito definido no Código, mas sim do fato criminoso que lhe é imputado. Exemplo: se o promotor de justiça descreve pormenorizadamente um furto com rompimento de obstáculo, fazendo referência ao exame pericial que trata do rompimento de obstáculo, mas por qualquer razão capitula o acusado no caput do art. 155 do Código Penal, ao invés de fazê-lo no parágrafo 4.º, I, nada impede o juiz de, na sentença, dar a definição jurídica ao fato delituoso — do qual o réu se defendeu embora a nova classificação importe em pena mais grave. Repita-se: nesta hipótese, o fato é o mesmo da denúncia⁶.

O acusador descreve acontecimentos naturais que servem de base empírica à pretensão punitiva, e, nos quais, o elemento fundamental está na conduta comissiva ou omissiva do indiciado. Desses fatos vai decorrer o pedido de aplicação da pena ou de outra sanção jurídico-penal que o caso comporte. Deve mostrar que os fatos descritos se enquadram em descrição legal de figura delituosa. O fato criminoso constitui-se no *fundamentum accusationis remotum*. E o *fundamentum accusationis proximum* está na relação jurídica que deriva do *jus puniendi*. Da acolhida dos fundamentos da acusação, resultarão a procedência da pretensão punitiva e a transformação do *jus puniendi* em *jus punitiois*. Provados os fatos criminosos, o réu deve ser condenado. Em conseqüência, irrelevante a classificação do crime. O perfeito enquadramento da espécie das normas legais as que sobre ela incidem, é tarefa do magistrado. Qualificação legal, quem a dá é o juiz⁷.

Tudo se reduz, em saber, em cada caso, se houve ou não surpresa para o acusado. Se a surpresa não existiu, pouco importa a nova classificação, posto mais gravosa, e até, em princípio, inclusão de fato omitido expressamente na denúncia. O que interessa destacar é o interesse da defesa social, que não pode ser superado pelo unilateralíssimo interesse pessoal dos criminosos. Não se pode reconhecer ao réu, em prejuízo do bem social, um suposto direito adquirido a um quantum de pena injustificadamente diminuta⁸.

Essa modificação pode ensejar inalteração da pena, piora ou melhora da pena para o réu. Mesmo assim, nada inibe o juiz de fazê-lo, pois o que é relevante são os fatos descritos. E em todos esses casos, não há falar em surpresa para a defesa. A correlação há de verificar entre a sentença e o fato, e não entre a sentença e a capitulação dada⁹.

Em segunda instância, é possível a ocorrência da *mutatio libelli*, salvo se a apelação for exclusiva do réu e importar agravamento da pena, a teor do art. 617, CPP. É a aplicação do princípio da proibição da *reformatio in pejus*, seja quanto à espécie da pena, seja pela sua qualidade. Para que seja possível o agravamento da pena, imprescindível o recurso do Ministério Público¹⁰.

6. E. MAGALHÃES NORONHA, Curso de Direito Processual Penal. Saraiva, 1981, págs. 214/215, n. 124.

7. JOSÉ FREDERICO MARQUES, Elementos de Direito Processual Penal, vol. II, Forense, 1965, págs. 157/158. Em harmonia, PIETRO NUVOLONE escreve que per determinare l'oggetto della imputazione, e cioè per identificare la imputazione, non bisogna aver riguardo al titolo del reato in essa enunciato, ma al fatto l'indicazione del titolo ha, invero, come si è detto, un valore puramente sussidiario, perché spetta al giudice, in ultima analisi, di definirlo (Contributo alla Teoria Della Sentenza istruttorio penale, Padova, Cedam, 1988, pág. 124). Em igual sentido, JUTACRIM Lex 96/150, rel. WALTER THEODÓSIO.

8. EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, Código de Processo Penal Brasileiro anotado, vol. IV, 2.ª edição, 1946. Ed. Freitas Bastos, págs. 73 e 75.

9. TOURINHO FILHO, ob. cit., pág. 201 n.18.

10. RTJ 80/42: RT 552/325, 486/311, 498/316. Bem assim, EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, ob. cit. pág. 93, Contra: RT 497/331.

Em suma, não há na *emendatio libelli*, alteração do libelo, alteração da peça acusatória, mas simplesmente uma adequação da classificação do tipo legal.

“Mutatio libelli”

A situação se altera quando, no curso do processo, exsurge uma nova circunstância elementar, não contida, nem explícita, nem implicitamente, na peça inicial. Alterando os fatos, que constituam circunstância elementar para uma outra definição jurídica, é preciso haver a alteração do libelo.

A prova colhida durante a instrução pode convencer de que ao fato é de ser dada nova definição jurídica, mas com a contemplação de uma circunstância, ou elemento, fundamental, substancial, essencial, que concorra, precisamente, para imprimir-lhe fisionomia diversa, em face da lei penal, sem que, na denúncia ou na queixa, esteja contido de modo declarado, ou compreendido tacitamente, esse elemento ou circunstância¹¹.

O juiz, como dito, pode dar a definição jurídico-penal que entender a mais acertada, mas isto dentro da área demarcada pela peça acusatória, pelo fato descrito na imputação. Não lhe é lícito acrescer ao fato principal outras circunstâncias ou acidentes não mencionados na acusação que a denúncia contém. Violar tais limites, há julgamento *extra petita*, o qual é absolutamente nulo, por violar o direito de defesa e por corresponder a verdadeira condenação sem denúncia (art. 564, III, a, CPP). A acusação traça os limites da *res judicanda*¹².

Essa vinculação se faz necessária principalmente em função do princípio da ampla defesa e do contraditório.

Quanto à terminologia, Damásio Evangelista de Jesus a critica, ministrando que é incorreta a expressão “circunstância elementar”. A “elementar” compõe o crime. “Circunstância” deriva de *circum stare*, estar ao redor (do crime): está fora do crime. Se é elementar, está no crime; se é circunstância, fora do crime. Uma coisa não pode estar, a um tempo, dentro e fora do delito¹³.

De todo modo, ressalvada esta observação, por circunstâncias elementares, deve-se entender como aquelas propriamente ditas, bem como aquelas circunstâncias legais especiais (qualificadoras, causas de diminuição ou de aumento de pena).

O objeto da imputação pode variar no curso do processo, desde que se dê ao réu a oportunidade e os meios de defesa.

E, diante da mudança de tais circunstâncias elementares, podem ocorrer as seguintes situações:

1) Mesmo com a nova definição jurídica, a pena não se altera. Ex.: a denúncia relata um crime de furto simples, mas durante a instrução verifica-se que houve uma apropriação indébita (art. 155 e 168 do CP). Neste caso, a pena é a mesma. Então, aplica-se o caput do art. 384, CPP. Baixam-se os autos à defesa (tanto na ação pública, como na privada) para que, em 8 dias, se manifeste e requeira a produção das provas que lhe aprouver. Não é caso de aditamento, e contra tal decisão do

11. EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, ob. cit., pág. 78.

12. JOSÉ FREDERICO MARQUES, ob. cit. pág. 252.

13. Código de Processo Penal Anotado, Saraiva, 1988, pág. 213, nota ao art. 384.

magistrado descabe recurso do Ministério Público que, se inconformado, deverá aguardar o momento da apelação.

2) Com a nova definição jurídica, a **pena diminui**. Igualmente, não se trata de aditamento da denúncia. V.g.: a denúncia descreve um roubo, contudo fica provado não ter havido violência nem ameaça contra a pessoa, tendo ocorrido apenas furto. O procedimento é o mesmo da hipótese anterior. Abre-se vista à defesa para se manifestar (**caput** do art. 384).

3) Com a nova definição jurídica, a **pena se agrava**, caso em que haverá **aditamento da denúncia**. Ex.: a peça acusatória menciona um furto, mas se observa que existiu violência contra a pessoa. Ou, processado inicialmente por roubo simples, constata-se que houve o concurso de outras pessoas (art. 157, par. 2.º, II, CP, causa de aumento de pena). A pena aumenta, caso em que o julgador deve baixar os autos para que o Ministério Público, ou ao querelante na ação penal privada, adite a inicial acusatória.

Os termos expressos do parágrafo único do art. 384, CPP, podem levar ao entendimento de que descabe o aditamento, pelo querelante, nas ações penais privadas¹⁴. Entretanto, é possível invocar o disposto no art. 3.º, CPP, que alude à aplicação analógica.

Realmente seria estranho que o querelante, pelo fato de, inicialmente, não haver apreendido, em toda a extensão, a gravidade do fato delituoso, ou, ainda, pelo fato de haver surgido, na instrução, prova pertinente a uma circunstância elementar de molde a agravar a pena, não pudesse fazer o aditamento. E mais estranho ainda seria a atitude do juiz: não podendo condenar pelo crime realmente verificado (ante a ausência de aditamento) e, muito menos, pelo capitulado na queixa (porque, na verdade, o crime foi outro), teria forçosamente que proferir um decreto absolutório¹⁵.

Já quanto ao assistente de acusação, tal prerrogativa lhe é vedada¹⁶.

O aditamento deve ser feito em 3 dias, por analogia ao disposto no par. 2.º do art. 46, CPP. Também por analogia, aplicável o art. 28, no caso do promotor se recusar a aditar a denúncia. Se persistir a recusa, não resta outra alternativa ao juiz senão absolver o réu, vez que o crime praticado foi outro, que não o descrito na inicial¹⁷.

Nessa linha de raciocínio, indiscutível o direito do órgão da acusação em aditar a denúncia fora dos parâmetros alvitados pelo magistrado. Se o próprio promotor pode apresentar aditamento, sem ato do juiz, forçosamente, poderá diferenciar a capitulação do delito daquela entrevista pelo magistrado, sem que isso importe em nulidade¹⁸.

14. No sentido de descaber aditamento pelo querelante, nas ações penais privadas, vide VALTER P. ACOSTA, O Processo Penal, 11.ª ed., 1975, pág. 315, n.º 99; JULIO CESAR RIBAS, O Aditamento no Processo Penal, RT 484/307.

15. FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, ob. cit. pág. 206.

16. JULIO CESAR RIBAS, RT 464/302, se reportando ao parecer de FRANCISCO PÁPATERRA LIMONGI NETO, "Justitia" 56/201.

17. TOURINHO FILHO, ob. cit. pág. 207. No mesmo sentido, WALTER P. ACOSTA, O Processo Penal, 1975, Coleção Jurídica da Editora do Autor, pág. 315, n.º 99; JULIO CESAR RIBAS, O Aditamento no Processo Penal, RT 484/307.

18. Parecer do Procurador de Justiça ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, sufragado pela Câmara de Férias do Tribunal de Justiça, rel. NÓBREGA DE SALES ("Justitia" vol. 143/156-159).

Isto é, a previsão do art. 384, par. único, não exclui a legitimidade do próprio promotor de justiça de fazê-lo, se inerte o magistrado ou de não ter assim entendido. Vale dizer, a qualquer tempo, antes da sentença, pode o Ministério Público aditar a denúncia, independentemente de qualquer providência do juízo, à luz do art. 569, CPP¹⁹.

E, não aceito o aditamento, cabível o recurso em sentido estrito, visto que possui a mesma natureza da denúncia e, como tal, deve ser processado, e conhecido, inclusive para efeitos recursais, a teor do art. 581, I, CPP²⁰.

Feito o aditamento, a defesa tem 3 dias para se manifestar, podendo ofertar prova, arrolando até 3 testemunhas. A produção destas será feita em instrução regular. No **caput** do art. 384, o prazo é de 8 dias para **falar e produzir** prova. No parágrafo único, o prazo é de 3 dias somente para protestar pelas provas. Se assim não fosse, ilógia seria a concessão de prazo menor ao réu justamente na hipótese mais grave para ele²¹.

A pretexto de aditar a denúncia, o promotor não pode incluir um **fato novo**, uma nova acusação. Se o juiz entender que o réu praticou outros fatos delituosos, além dos que lhe foram atribuídos na denúncia, "em consequência de prova existente nos autos", cabe-lhe dar a **notitia criminis**, remetendo ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia (art. 40, CPP).

Inobstante, se este novo fato, esta nova acusação guardar relação de conexão ou continência com aquela contra a qual o réu já se defendeu, nada obsta o aditamento em autos separados para julgamento conjunto; obviamente, com renovação da instrução pertinentemente ao novo crime²². Até se chegou a entender possível o aditamento para incluir outros co-autores, mesmo com a instrução já encerrada²³.

Espínola escreve e indaga: porque o formalismo de exigir um novo instrumento, com peças tiradas dos próprios autos? qual a razão de nova distribuição? se a do juízo estava preventa. Não vemos como impedir os expedientes do artigo 384, ou do seu parágrafo, conforme a hipótese, fazendo-se um aditamento da denúncia, para dar a devida definição jurídica a um fato referido na mesma, que, erradamente, o não considerara criminoso²⁴.

Ocorrendo o aditamento, neste caso, por força da conexão, imprescindível se torna nova citação, novo interrogatório, enfim, nova instrução.

Recebido o aditamento, se de ordem pessoal ou material, tem-se por interrompido o lapso prescricional, vez que se trata de uma denúncia nova, que se agrega à inicial para efeitos de reunião de processos²⁵.

Em segundo grau, descabe o aditamento da denúncia, consoante Súmula 453, STF. Assim, em julgamento de apelação, não há falar em aditamento, razão pela

19. RT 337/249. Sem razão, pois, o decidido pelo TACRIMSP, que entendeu descabido aditamento na fase do art. 488, CPP (Julgados 21/2).

20. JTACRSP, Lex, 87/476; RT 314/144, 258/105. Em harmonia, EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, ob. cit., pág. 111.

21. E. MAGALHÃES NORONHA, Curso de Direito Processual Penal, 1981, Saraiva, pág. 215. Em consonância, ESPÍNOLA FILHO, ob. cit., pág. 84.

22. JOSÉ FREDERICO MARQUES, ob. cit., pág. 255.

23. Parecer do Procurador de Justiça MIGUEL DE CAMPOS JÚNIOR, "Justitia" vol. 27/217, apud JULIO CESAR RIBAS, O Aditamento no Processo Penal, RT 464/288 e ss.

24. CPP anotado, pág. 110/111.

25. JULIO CESAR RIBAS, O Aditamento no Processo Penal, RT 464/311.

qual, faltando à inicial até mesmo implicitamente circunstância elementar caracterizadora do crime praticado, impõe-se a solução absolutória²⁶.

Por conseqüência, se nas alegações finais, o promotor adita e o juiz rejeita e profere decisão absolutória, tenho que a solução, em sendo acolhido o recurso da acusação, é anular a sentença monocrática, para que, em recebendo o aditamento, proceda-se nos termos do parágrafo único do art. 384, CPP, até para não ser suprimido um grau de jurisdição.

Por fim, insta registrar que a referência à "possibilidade" a que alude o art. 384 não significa convicção absoluta do juiz, bem porque estaria ele prejudgando a causa. Suficiente que ao magistrado se apresente a probabilidade de operar-se a desclassificação. Com isso, o julgador não fica vinculado à sua decisão em que se vislumbrou outra definição jurídica.

26. JUTACRIM, Lex, 94/125, rel. COSTA MANSO. Bem assim, STF, HC, DJU de 15.4.77, pág. 2.348.