

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE DE DIREITO

*EMENDATIO LIBELLI E MUTATIO LIBELLI:*  
AS MODIFICAÇÕES OCORRIDAS COM A LEI 11.719/08

TIAGO MARINCEK

RIO DE JANEIRO

2008

**TIAGO MARINCEK**

*EMENDATIO LIBELLI E MUTATIO LIBELLI:*  
**AS MODIFICAÇÕES OCORRIDAS COM A LEI 11.719/08**

**Trabalho de conclusão de curso apresentado à  
Faculdade de Direito da Universidade Federal  
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para  
obtenção do título de Bacharel em Direito.**

**Orientador: Prof. Nilo César Martins Pompílio da Hora.**

**RIO DE JANEIRO**

2008

Marincek, Tiago.

Emendatio libelli e mutatio libelli: as modificações ocorridas com a Lei 11.719/08 - 2008.

66 f.

Orientador: Nilo César Martins Pompílio da Hora.

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 62-66.

1. Aditamento de causa - Monografias. 2. Ementatio/ Mutatio libelli. 3. Processo Penal. I. Pompílio da Hora, Nilo César Martins II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. Título

CDD 341.4351

TIAGO MARINCEK

***EMENDATIO LIBELLI E MUTATIO LIBELLI:***  
**AS MODIFICAÇÕES OCORRIDAS COM A EDIÇÃO DA LEI 11.719/08**

**Trabalho de conclusão de curso apresentado à  
Faculdade de Direito da Universidade Federal  
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para  
obtenção do título de Bacharel em Direito.**

**Data de aprovação:** \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Nilo César Martins Pompílio da Hora. – Orientador

---

Prof.

---

Prof.

A meus pais, sem os quais nada disso seria possível.

A meus colegas de faculdade, que sempre lutaram para uma universidade melhor e em muito me ajudaram a percorrer essa longa e às vezes triculenta estrada.

## RESUMO

Marincek, Tiago. *Emendatio libelli e mutatio libelli: as modificações ocorridas com a lei 11.719/08*. 2008. 66 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

A presente monografia visa analisar realizar um profundo estudo dos institutos da *emendatio* e *mutatio libelli* e as conseqüências trazidas pelas modificações ocorridas nos artigos que as regulamentam, 383 e 384, respectivamente. Primeiramente busca-se um aprofundamento com um enfoque histórico para verificar como se deu o surgimento e como a doutrina e a jurisprudência costumava aplicar os referidos institutos. Além disso, será feita uma análise minuciosa e comparativa para detectar todas as modificações ocorridas redação dos artigos 383 e 384 do CPP e qual seria a implicação prática dessas alterações. Outrossim, objetiva-se demonstrar as posições divergentes da doutrina e da jurisprudência, através da análise dos princípios e idéias processuais e constitucionais envolvidas na questão, principalmente no que se refere à efetividade dos processos judiciais no âmbito nacional. Por fim, será feita uma análise das possibilidades de entendimento e aplicabilidade dos artigos 383 e 384 do CPP à luz das alterações trazidas pela lei 11.719/08.

Palavras-Chave: Emendatio/mutatio libelli; reforma do CPP; princípio da correlação entre a acusação e a sentença.

## ABSTRACT

Marincek, Tiago. *Emendatio libelli e mutatio libelli: as modificações ocorridas com a lei 11.719/08*. 2008. 66 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

This monograph aims to examine conduct a thorough study of the institutes of emendatio and mutatio Libelle and the consequences brought about by changes in the articles that regulate, 383 and 384, respectively. First is a deeper search with a focus history to see how it gave rise and how the doctrine and jurisprudence used to implement such institutes. Furthermore, you made a thorough analysis and comparison to detect any changes wording of articles 383 and 384 of the CPP and what would be the practical implications of these changes. Also, aims to demonstrate the divergent positions of doctrine and case law, by analyzing the principles and ideas involved in procedural and constitutional question, particularly regarding the effectiveness of legal proceedings nationwide. Finally, an analysis is made of the possibilities of understanding and applicability of Articles 383 and 384 of the CPP in light of changes brought by the law 11.719/08.

Keywords: Emendatio/mutation libelli; reform of the CPP; principle of correlation between the prosecution and the sentence.

## SUMÁRIO

1 – INTRODUÇÃO.....	7
1.1 - O Estado democrático de direito e os fins do processo penal.....	7
1.2 - Princípios do Processo Penal pertinentes ao tema.....	11
1.2.1 - Generalidades .....	12
a - Princípio da igualdade das partes.....	12
b - Princípio do livre convencimento.....	12
c - Princípio da obrigatoriedade.....	12
d - Princípio da indisponibilidade do processo.....	13
e - Princípio da presunção de inocência.....	13
f - Princípio do favor rei.....	14
g - Princípio da oficialidade.....	14
h - Princípio da motivação das decisões judiciais.....	14
i - Princípio do duplo grau de jurisdição.....	15
1.2.2 - Ampla defesa (desdobramentos).....	15
1.2.3 - Juiz.....	19
a - Princípio da inércia da jurisdição.....	19
b - Princípio do juiz natural.....	19
c - Princípio da imparcialidade do Juiz.....	20
d - “ <i>Ne eat judex ultra petita partium</i> ” (o juiz não pode decidir além do que lhe foi pedido).....	22
e - Princípio “ <i>nulla poena sine iudicio</i> ” (nenhuma pena pode ser aplicada senão através do processo).....	22
1.2.4 - Ministério Público.....	22
a - Independência.....	23



b - Princípio da indisponibilidade da ação penal pública.....	24
c - Promotor natural.....	25
1.3 - Breves considerações sobre o sistema processual penal adotado na Constituição da República Federativa do Brasil.....	26
1.4 - Princípio da correlação entre a imputação e sentença.....	28
2 - ANÁLISE OBJETIVA DAS ALTERAÇÕES OCORRIDAS NO CPP.....	29
2.1 - Artigos 383 e 384 do CPP antes da reforma.....	29
2.2 - <b>Emendatio e Mutatio Libelli</b> no Projeto de Lei 4.207/2001.....	30
2.3 - <i>Emendatio libelli</i> e <i>mutatio libelli</i> de acordo com a Lei 11.719/08.....	35
2.3.1 - <i>Emendatio libelli</i> .....	35
2.3.2 - <i>Mutatio libelli</i> .....	37
3 – APROFUNDAMENTO.....	38
3.1 - <i>Emendatio Libelli</i> .....	39
3.2 – <i>Emendatio libelli</i> em segundo grau de jurisdição.....	42
3.3 - <i>Emendatio libelli</i> e Desclassificação.....	43
3.4 - <i>Emendatio Libelli</i> e a Ampla Defesa.....	44
3.5 - <i>Mutatio libelli</i> anterior à reforma de 2008.....	45
3.6 - A antiga <i>mutatio libelli</i> : sem aditamento.....	47
3.6 - A antiga <i>mutatio libelli</i> : com aditamento.....	51
3.7 - O princípio da correlação entre acusação e sentença e a <i>mutatio libelli</i> .....	55
3.8 - <i>Mutatio libelli</i> no novo CPP.....	57
4 – CONCLUSÃO.....	59
5 – BIBLIOGRAFIA.....	60

# 1-INTRODUÇÃO

## 1.1 - O Estado democrático de direito e os fins do processo penal

A Constituição Federal pátria, promulgada em 05 de outubro de 1.988, estabelece em seu artigo 1.º, que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado democrático de direito e tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, explicando no parágrafo único, deste mesmo artigo, que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição<sup>1</sup>.

Marco Antônio Marques da Silva afirma que embora todos os fundamentos do Estado democrático de direito reflitam na interpretação e aplicação das leis penais e processuais penais, destacam-se a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político como os principais para modificar a forma de análise dos fatos de interesse jurídico-penal<sup>2</sup>.

Estabelecida a forma de organização estatal, o constituinte prescreveu o rol de garantias e direitos fundamentais das pessoas (artigo 5.º e seus incisos, da Constituição Federal), que justificam a existência de um Estado democrático de direito fundado nas liberdades e garantias fundamentais e em valores expressos no artigo 1.º da Carta Magna, tanto que a nossa Carta Política é também conhecida como Constituição Cidadã<sup>3</sup>.

Note-se que o constituinte brasileiro instituiu um Estado democrático de direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o

---

<sup>1</sup> Artigo 1.º, CF – “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

<sup>2</sup> SILVA, Marco Antônio Marques da. Acesso à justiça e estado democrático de direito. São Paulo: J. de Oliveira, 2001. 5 p.

<sup>3</sup> Cf. SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 18. ed., rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional até a emenda constitucional n.º 27, de 21.3.2000. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2000. 92 p.: “A expressão é de Ulysses Guimarães, Presidente da Assembléia Nacional Constituinte, porque teve ampla participação popular em sua elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania”.

bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, livre, justa e solidária e sem preconceitos (artigo 3.º, II e IV, da C.F.), com fundamento na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político. Trata-se assim de um regime democrático fundado no princípio da soberania popular, segundo o qual todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes, ou diretamente (parágrafo único do artigo 1.º, da C.F.)<sup>1</sup>.

Com efeito, o Estado democrático de direito é um tipo de organização político-social, na qual o Estado se organiza a partir da efetividade plena da soberania popular, em órgãos distintos, que trabalham interdependentemente e sujeitos ao império da lei para consolidar a democracia e reconhecimento da igualdade, a dignidade e os direitos e liberdades fundamentais da pessoa humana.

E é nesse âmbito que o estudo está situado, tendo em vista que para efetivar uma de suas principais finalidades, que é a valorização da pessoa humana, o Estado democrático de direito se concebe auto limitado e se dispõe a cumprir e fazer valer o seu Estatuto dos Direitos Fundamentais<sup>2</sup>.

Dessa forma, é a efetividade da proteção dos direitos, liberdades e garantias fundamentais das pessoas que estabelecem o Estado democrático de direito, pois de muito pouco serviria um Estado com pretensões de democracia e exercício de direito, sem práticas de democracia e justiça.

E o processo penal cumpre essa finalidade quando o Estado cogita do exercício do seu poder punitivo, isso porque, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (artigo 5.º, inciso LIV), o que implica necessária observância de todos os direitos e garantias individuais para a validade dos atos coativos do Estado<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 18.º ed., rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional até a emenda constitucional n.º 27, de 21.3.2000. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2000. 129 p.

<sup>2</sup> PIMENTEL, José Eduardo de Souza. Emendatio e mutatio libelli no sistema acusatório. São Paulo, 2003. Disponível em: <[http://geocities.yahoo.com.br/je\\_pimentel/](http://geocities.yahoo.com.br/je_pimentel/)> Acesso em: 02/09/04.

<sup>3</sup> POZZER, Benedito Roberto Garcia. Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCrim, 2001. 21 p.

Pela observância desse comando, constata-se a dupla garantia do devido processo legal. Em primeiro lugar, porque o processo é indispensável à aplicação de qualquer pena, conforme a regra *nulla poena sine iudicio*, significando o devido processo como o processo necessário. Por outro lado, significa o adequado processo, isto é, aquele em que assegure o tratamento igualitário das partes, o contraditório e a ampla defesa<sup>1</sup>.

No mesmo sentido, Eugênio Pacelli de Oliveira explica que embora a referência feita ao processo penal “enquanto garantia da jurisdicionado diante do Estado” guarde alguma proximidade conceitual com a idéia de Estado Liberal, especificamente em relação à equação do indivíduo (individualidade) X Estado, cumpre ressaltar que as exigências de um devido processo legal, fundado em garantias individuais, têm por objetivo, também o Estado Democrático de Direito, a realização da igualdade entre as partes submetidas à jurisdição penal, atuando, pois, no plano da efetivação das liberdades.

Por isso, e porque ao Estado interessa tanto à condenação do culpado quanto a absolvição do inocente, o que efetivamente deve ser buscado é a correta aplicação da lei penal ao caso concreto, independentemente do papel desempenhado pelas partes, no que se refere especificamente ao direito cabível. E essa, a dizer do direito, é uma tarefa destinada com exclusividade aos órgãos do Poder Judiciário. Talvez se possa afirmar que existiria aqui uma exceção à regra, uma vez que se reserva ao Ministério Público, em matéria criminal, o juízo negativo de propositura da ação penal (arquivamento) ao qual o Judiciário (do juiz de primeira instância ao Supremo Tribunal Federal) se encontraria vinculado. Pode ser. Mas, a nosso aviso, a questão aqui seria de outra ordem, pois a jurisdição – também criminal – somente atua a partir da provação do interessado (aqui, o MP)<sup>2</sup>. Aqui fala-se em Princípio da iniciativa das partes. Segundo esse princípio, cabe à parte provocar a prestação jurisdicional. Assim, ocorrendo um crime de ação pública, cabe ao Estado-Administração, representado pelo Ministério Público, propor a ação penal (artigo 24 do Código de Processo Penal) e ao ofendido ou seu representante legal a ação privada (artigos 29 e 30 do Código de Processo Penal)<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. 54 p.

<sup>2</sup> PACHELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. Curso de Processo Penal. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. 510 p.

<sup>3</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 18. ed., rev. e atual., principalmente em face da Constituição de 5-10-1.988. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1997. 51-52 p.

Com efeito, a ordem jurídica atribui ao indivíduo a liberdade de agir de modo que só em virtude de lei alguém poderá ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa. Desse modo, às restrições a liberdade decorrentes de sanção criminal, além da prévia cominação da pena e da descrição típica do delito, há necessidade de que seja a pessoa submetida ao devido processo legal<sup>1</sup>.

O *due process of law* reclama, pois, para sua efetivação, que o procedimento em que este se materializa observe rigorosamente todas as formalidades prescritas em lei, para atingir perfeitamente a sua finalidade resolutória de conflito de interesses socialmente relevantes, fundados no binômio *jus puniendi X jus libertatis* (direito de punir versus direito de liberdade). Entretanto, com maior força, o devido processo legal refere-se à observância das garantias constitucionais e legais, em cada etapa da persecução penal, limitadoras do poder punitivo do Estado<sup>2</sup>.

Destarte, deflui da garantia do devido processo legal que, para a efetivação do *jus puniendi*, o Estado se submete ao processo penal, que lhe impõe ônus e limites de atuação<sup>[10]</sup>, ao mesmo tempo em que assegura a quem potencialmente se dirige a sanção, garantias para a persecução penal, pois embora detenha o direito de punir, ele próprio não poderá fazê-lo atuar com o uso de sua força. Reconheceu, pois, o Estado, que o processo é fator indispensável, porquanto visa proteger os cidadãos contra possíveis abusos do poder público<sup>3</sup>.

Afinal, de nada servem as leis processuais estipularem as etapas a serem seguidas, até atingir o término do processo, se o acusado – desamparado, sem as garantias mínimas e transformado em objeto – ficar à mercê da soberania do poder de punir do Estado. Por essa razão, cada ato processual que se cumpra e cada fase superada, devem ser regidos pelas garantias previstas no estatuto dos Direitos Fundamentais, única maneira de haver o processo penal como limite material à função punitiva do Estado<sup>4</sup>.

Destarte, quando alguém comete uma infração penal, há a necessidade do Estado de recompor a ordem jurídica violada, mas ao mesmo tempo o dever de conceder ao acusado os

---

<sup>1</sup> GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. 46 p.

<sup>2</sup> POZZER, Benedito Roberto Garcia. Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCrim, 2001. 22-23 p.

<sup>3</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 18. ed., rev. e atual., principalmente em face da Constituição de 5-10-1.988. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1997. 14-15 p.

<sup>4</sup> SÁNCHEZ, Alberto Suárez apud POZZER, Benedito Roberto Garcia. Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCrim, 2001, 24 p.

direitos fundamentais previstos na Carta Magna, que lhe servem, como visto, de garantia contra possíveis abusos do poder estatal.

Nesses termos, podemos dizer que o processo constitucionalmente estruturado representa uma dupla garantia: ativa e passiva.

O processo é garantia ativa porque pode a parte dele utilizar-se para a reparação de alguma ilegalidade. Como exemplos, existe a garantia do *habeas corpus*, sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, sem justa causa; o mandado de segurança, contra a violação de direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*; a garantia geral da ação, do recurso ao Judiciário, toda vez que houver lesão a direito individual, dentre outras. O processo é garantia passiva porque impede a justiça privada, ou seja, garante que a submissão ao direito de outrem não se fará por atividade deste, mas por atividade solicitada ao Judiciário, que examinará o cabimento e a legitimidade de tal pretensão, e, sendo o caso, dando àquele a quem potencialmente se dirige a sanção a possibilidade de ampla defesa contra a pretensão punitiva do Estado, o qual não pode impor restrições da liberdade sem o competente e devido processo legal<sup>1</sup>.

## **1.2 - Princípios do Processo Penal pertinentes ao tema**

O processo penal garantista é, pois, regido por uma série de princípios e regras que são postulados fundamentais da política processual penal do Estado e que informam o conteúdo das normas que regem o processo em seu conjunto, no que diz respeito ao seu conteúdo material, aos poderes jurídicos de seus sujeitos e aos seus fins<sup>2</sup>.

Conforme anteriormente explicado, o princípio do devido processo legal consagra o respeito e o tratamento igualitário das partes no que diz respeito a seus direitos e deveres, garantias estas que bem caracterizam o Estado Democrático de Direito. Cuida-se, portanto, de princípio no qual se assentam outras garantias do processo.

Estabelecida essa premissa, teceremos breve explicação sobre o conteúdo dos princípios do processo penal que se destacam.

<sup>1</sup> GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. 40 p.

<sup>2</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 18. ed., rev. e atual., principalmente em face da Constituição de 5-10-1.988. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1997. 40 p.

### **1.2.1 - Generalidades**

#### **a - Princípio da igualdade das partes**

No processo, as partes, embora situadas em pólos opostos, encontram-se no mesmo plano, com os mesmos direitos, ônus, obrigações e faculdades. Entretanto, no processo penal, o princípio da igualdade é atenuado pelo favor rei, posto que este protege o interesse do acusado, no contraste com a pretensão punitiva do Estado<sup>1</sup>.

#### **b - Princípio do livre convencimento**

Esse princípio impede que o Juiz possa julgar com o conhecimento que eventualmente tenha fora dos autos, pois o que não estiver no processo é como se não existisse (*quod non est in actis non est in mundo*).

#### **c - Princípio da obrigatoriedade**

O princípio da obrigatoriedade (legalidade) obriga os órgãos oficiais a tomar providências quando da ocorrência da prática de crime que se apure mediante ação penal pública, para apuração do delito e seu autor, a fim de restabelecer a ordem jurídica violada da sociedade (artigos 5.º, 6.º e 24, todos do Código de Processo Penal)<sup>2</sup>. Não há, portanto, espaço para a discricionariedade dos órgãos oficiais.

Entretanto, há ressalva desse princípio quando se depara o Ministério Público com as chamadas infrações de menor potencial ofensivo, tendo em vista que a própria

---

<sup>1</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido R. Teoria geral do processo. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. 54 p.

<sup>2</sup> NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Curso completo de processo penal. 6. ed., rev., ampl. e atual. de acordo com a Constituição de 5-10-1.988. São Paulo: Saraiva, 1991. 9 p.

Constituição da República admite a transação penal como forma de se evitar o processo<sup>3</sup>, estabelecendo o chamado princípio da discricionariedade regrada.

No país, os crimes de ação penal privada são regidos pelo princípio da oportunidade, que se contrapõe ao da obrigatoriedade. Naquele, o estado confere ao titular da ação penal dada parcela de discricionariedade para instaurar ou não o processo penal, conforme suas conveniências e oportunidades<sup>1</sup>.

#### **d - Princípio da indisponibilidade do processo**

Do princípio da obrigatoriedade decorre o da indisponibilidade do processo, que vigora, inclusive, na fase do inquérito policial. Uma vez instaurado este, não pode ser paralisado indefinidamente ou arquivado pela autoridade policial (artigos 10 e 17 do Código de Processo Penal). E quando o representante do Ministério Público requerer o arquivamento do inquérito policial, o Juiz, discordando das razões invocadas, deve remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça (artigo 28, do Código de Processo Penal)<sup>2</sup>.

E, ainda, se proíbe que o membro do Ministério Público desista da ação penal já instaurada ou do recurso interposto (artigos 42 e 576 do Código de Processo Penal).

#### **e - Princípio da presunção de inocência**

Esse princípio define o estado de inocência, tendo em vista que até o trânsito em julgado da sentença condenatória presume-se o acusado inocente<sup>3</sup>. Assim, sendo o réu presumidamente inocente, sua prisão, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, somente poderá ser admitida a título de cautela (artigo 5.º, incisos LXI e LXVI, da Constituição Federal).

---

<sup>3</sup> Art. 98, da CF – “A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I – juizados especiais, providos por juizes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juizes de primeiro grau”.

<sup>1</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 7. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001. 27 p.

<sup>2</sup> Ibidem. 47 p.

<sup>3</sup> Art. 5.º, LVII, da C.F. – “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.



Desse modo, para se condenar o acusado, deve haver prova consistente acerca de sua culpabilidade, caso contrário, basta a dúvida a respeito de seu envolvimento no delito para a solução absolutória (*in dubio pro reo*).

#### **f - Princípio do favor rei**

Decorre desse princípio que a dúvida sempre beneficia o acusado. No processo penal brasileiro, várias são as disposições que consagram o princípio do favor do rei, também conhecido como “*in dubio pro reo*”. Assim, a regra do artigo 386, VI, impondo a absolvição por insuficiência de prova<sup>1</sup>; a proibição da *reformatio in pejus* (artigo 617); os recursos privativos da defesa, como o protesto por novo júri e os embargos infringentes ou de nulidade (artigos 607 e 609, parágrafo único); a revisão criminal como direito exclusivo do réu (artigos 621 e seguintes); a regra do artigo 615, § 1.º, do Código de Processo Penal e, por fim, como coroamento desse princípio, o da presunção de inocência, dentre outros<sup>2</sup>.

#### **g - Princípio da oficialidade**

Decorre desse princípio que os órgãos encarregados de exercer a pretensão punitiva do Estado sejam órgãos oficiais. No Brasil, em termos constitucionais, a apuração das infrações penais é efetuada pela Polícia (artigos 144 da Constituição Federal e 4.º e seguintes do Código de Processo Penal), e a ação penal pública é promovida, privativamente, pelo Ministério Público (artigo 129, I, da Carta Magna)<sup>3</sup>.

A exceção à oficialidade prevê-se a ação penal privada, promovida pelo próprio ofendido ou por quem tenha qualidade para representá-lo (artigos 30 da Constituição Federal e 29 e 30 do Código de Processo Penal).

#### **h - Princípio da motivação das decisões judiciais**

---

<sup>1</sup> O inciso VI, do artigo 386, do Código de Processo Penal, não é incompatível com o princípio da presunção de inocência, de assento constitucional. Isso porque, esse princípio define o estado de inocência do acusado, o qual não será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Assim, incumbindo ao acusador a demonstração da culpabilidade do acusado, qualquer dúvida sobre os fatos argüidos deve levar a absolvição, ante a máxima *in dubio pro reo* (nota da autora).

<sup>2</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 18. ed., rev. e atual., principalmente em face da Constituição de 5-10-1.988. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1997. 73 p.

<sup>3</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo penal. 13. ed., rev. e atual. até dezembro de 2001. São Paulo: Atlas, 2002. 47 p.

Por esse princípio, deve o Juiz fornecer as razões que o levam à decisão, possibilitando que dela tomem conhecimento as partes e o Tribunal em apreciação de eventual recurso. A motivação das decisões judiciais trata-se de verdadeira garantia das partes, ao lhes permitir a impugnação que visa à reforma<sup>1</sup>.

É imperativo constitucional que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário são públicos e “fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade” (artigo 93, inciso IX, da Carta Magna).

### **i - Princípio do duplo grau de jurisdição**

Decorre do princípio do duplo grau de jurisdição que as decisões são passíveis de recurso para um grau superior de jurisdição, de forma que equívocos e injustiças possam ser corrigidos, não se podendo suprimi-lo se houver ordenamento jurídico que o sustente. Embora não previsto expressamente pela Constituição Federal, decorre ele do próprio assento constitucional, que prevê a competência dos Tribunais para julgar “em grau de recurso” determinadas causas<sup>2</sup>.

Há exceções à regra, como nas hipóteses de competência originária dos tribunais, em que não se prevê hipótese de recurso ordinário.

#### **1.2.2 - Ampla defesa (desdobramentos)**

O princípio da ampla defesa, garantia mais importante e ao redor do qual todo o processo gravita, consiste na oportunidade do acusado contraditar a acusação, através da previsão legal de termos processuais que possibilitem a eficiência da defesa. Entretanto, a ampla defesa não quer dizer defesa ilimitada. A lei estabelece os termos, os prazos e os recursos, dependendo da eficácia da defesa, apenas da atividade do réu e não das limitações legais<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo penal. 13. ed., rev. e atual. até dezembro de 2001. São Paulo: Atlas, 2002. 447-448 p.

<sup>2</sup> Ibidem. 50 p.

<sup>3</sup> GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. 63 p.

A garantia da ampla defesa se torna efetiva com a adoção do sistema acusatório, a apresentação formal da acusação, a citação regular, a instrução contraditória, o princípio da verdade real e a defesa técnica<sup>1</sup>.

Pois bem. O sistema acusatório consiste na separação orgânica entre o órgão acusador (Ministério Público ou querelante) e o órgão julgador, sendo, portanto, vedado ao Juiz dar início ao processo. Nesse modelo processual, as partes encontram-se em situação de igualdade, sobrepondo-se a elas, como órgão imparcial de aplicação da lei, o Juiz<sup>2</sup>.

Caracteriza-se, ainda, pelo contraditório, igualdade processual das partes acusadora e acusada, publicidade (em situações excepcionais admite-se o sigilo), podendo o processo ser oral ou escrito<sup>3</sup>.

Outro requisito essencial à efetividade da ampla defesa é a apresentação clara e completa da acusação, com a descrição do fato delituoso em todas as suas circunstâncias, de modo que o réu possa contrapor-se a seus termos. A descrição incompleta, dúbia, ou que não seja de um fato típico penal gera inépcia da denúncia e nulidade do processo, com a possibilidade de trancamento através de *habeas corpus*, se o Juiz não rejeitar desde logo a inicial<sup>4</sup>.

O réu se defende, pois, da acusação, sendo indispensável que ela seja clara e descreva o fato típico, com todas as suas circunstâncias, de modo a garantir-lhe a ampla defesa.

Formulada a inicial, deve se dar ciência ao acusado da imputação contra ele intentada, o que é feito através da sua citação regular. Em regra, a citação deve ser pessoal, admitindo-se a citação ficta, por editais, somente quando o réu não puder ser encontrado. A nulidade da citação é absoluta e insanável, podendo ser declarada a qualquer tempo, inclusive através de *habeas corpus*<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Ibidem. 63 p.

<sup>2</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo penal. 13. ed., rev.e atual. até dezembro de 2001. São Paulo: Atlas, 2002. 40 p.

<sup>3</sup> Ibidem. 40 p.

<sup>4</sup> GRECO FILHO, Vicente. op. cit. 64 p.

<sup>5</sup> Ibidem. 64-65 p.

A citação é, assim, nas palavras Eduardo Espínola Filho, “o ato oficial pelo qual, no início da ação, se dá ciência ao acusado de que contra ele se movimenta essa ação, manda-o a vir a juízo, ver-se processar e fazer a sua defesa”<sup>1</sup>.

Após a citação, as leis atribuem prazos para que o acusado se defenda, ocasião em que lhe é permitido contrariar a acusação, requerer a produção de provas e recorrer quando não se conformar<sup>2</sup>.

Com efeito, é nesse momento que o réu inicia sua participação na relação processual, como sujeito de direitos e deveres, sendo-lhe permitido exercer o contraditório para se defender.

Dessa concepção, decorre que:

O contraditório pode ser definido como o meio ou instrumento técnico para efetivação da ampla defesa, e consiste praticamente em: poder contrariar a acusação; poder requerer a produção de provas que devem ser pertinentes, obrigatoriamente ser produzidas; acompanhar a produção de provas, fazendo, no caso de testemunhas, as perguntas pertinentes que entender cabíveis; falar sempre depois da acusação; manifestar-se sempre em todos os atos e termos processuais aos quais devem estar presentes; e recorrer quando inconformado<sup>3</sup>.

Entretanto, referidas providências de defesa são previstas como faculdades na legislação processual, não precisando efetivar-se em todos os casos, podendo o réu deixar de exercê-las quando assim o entender<sup>4</sup>.

Além do mais, para que o exercício da ampla defesa seja efetivo, é essencial a presença da chamada “defesa técnica”, aquela exercida por advogado, o qual deve ser intimado de todos os atos processuais. Seja o réu presente ou revel, queira ele ou não queira, deve ter advogado, o qual supervisionará a defesa, garantindo sua eficiência técnica<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> ESPINOLA FILHO, Eduardo. Código de processo penal anotado. 7. ed. Rio de Janeiro: Borsóí, v. 3, 1965. 527 p.

<sup>2</sup> GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. 65 p.

<sup>3</sup> Ibidem. 65 p.

<sup>4</sup> Ibidem. 65 p.

<sup>5</sup> Ibidem. 65 p.

Recusando-se o réu a constituir advogado, deverá o Juiz nomear um para acompanhar sua defesa e responsabilizar-se por ela, fixando, posteriormente, a retribuição honorária se puder o réu arcar com ela. No caso de ser pobre, o réu será defendido gratuitamente.

Finalmente, a aferição pelo Juiz da verdade real, é princípio que interfere na garantia da ampla defesa<sup>1</sup>.

Com o princípio da verdade real se procura estabelecer que o *jus puniendi* somente seja exercido contra aquele que praticou a infração penal e que seja proporcional à culpabilidade, numa investigação que não encontra limites na forma ou na iniciativa das partes<sup>2</sup>.

Decorre desse princípio que, diante da desídia de uma das partes, deve o Juiz, de ofício, providenciar para que se realizem as provas necessárias para a instrução do processo, a fim de que possa, tanto quanto possível, descobrir a verdade dos fatos que são objeto da ação penal<sup>3</sup>.

Com efeito, o Juiz não pode se satisfazer apenas com a verdade formal trazida pelas partes aos autos, vez que todas as provas são relativas, inclusive a confissão policial ou judicial, que devem ser analisadas em face de outros elementos probatórios de convicção<sup>4</sup>.

Esse princípio, no entanto, não vige em sua totalidade no processo penal brasileiro, uma vez que a insuficiência da prova para a condenação conduz à absolvição daquele a quem potencialmente se dirige a sanção<sup>5</sup>. Além disso, não se permite, após uma absolvição transitada em julgado seja ela rescindida, mesmo quando surjam provas concludentes contra o agente, casos em que o Juiz deve se conformar com a verdade formal<sup>6</sup>.

Assim, a ampla defesa se traduz, em termos objetivos, na observância dos requisitos citados, os quais, na verdade, tornam efetiva a garantia. Isso porque, de nada adianta ela estar

---

<sup>1</sup> GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. 65 p.

<sup>2</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo penal. 13. ed., rev.e atual. até dezembro de 2001. São Paulo: Atlas, 2002. 44 p.

<sup>3</sup> Art. 156, do CPP – “O Juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”.

<sup>4</sup> NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Curso completo de processo penal. 6. ed., rev., ampl. e atual. de acordo com a Constituição de 5-10-1.988. São Paulo: Saraiva, 1991. 10 p.

<sup>5</sup> Art. 386, do CPP – “O Juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: VI – não existir prova suficiente para a condenação”.

<sup>6</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. op. cit. 44 p.

prevista na Constituição Federal pátria<sup>1</sup>, como garantia mais importante da estrutura do processo penal, se não for efetivada durante toda a persecução criminal, como garantia de defesa do acusado, em contraposição ao direito de punir do Estado.

### **1.2.3 - Juiz**

Os princípios que regem a jurisdição e a atuação de seu titular (juiz), que se relacionam ao tema proposto, serão analisados a seguir.

#### **a - Princípio da inércia da jurisdição**

Esse princípio estabelece que o órgão investido da função jurisdicional não pode dar início ao processo sem provocação da parte interessada, ou seja, é preciso que o interessado formule o pedido por meio da ação (*nemo iudex sine actore*: não há Juiz sem autor)<sup>2</sup>.

Com efeito, os órgãos jurisdicionais, por serem desinteressados, imparciais e, conseqüentemente inertes, só podem aplicar a lei ao caso concreto, quando o titular do direito violado a eles se dirigir.

Assim, mesmo na hipótese do Ministério Público requerer, sem qualquer fundamento, o arquivamento de um inquérito policial, o máximo que o Juiz pode fazer é remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça, nos termos do artigo 28 do Código de Processo Penal<sup>3</sup>.

Isso se dá pela adoção do sistema processual de modelo acusatório, em que as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a pessoas distintas, vedando-se, portanto, que o processo seja instaurado por iniciativa do órgão julgador ou que se julgue fora dos limites do pedido de prestação jurisdicional.

#### **b - Princípio do juiz natural**

O princípio do juiz natural consiste na garantia de que o autor do ilícito só pode ser processado e julgado perante o órgão a que a Constituição Federal, implícita ou

---

<sup>1</sup> Art. 5.º, inciso LV, da C.F. – “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

<sup>2</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 18. ed., rev. e atual., principalmente em face da Constituição de 5-10-1.988. São Paulo: Saraiva, v. 2, 1997. 61 p.

<sup>3</sup> Ibidem. 62 p.

explicitamente, atribui a competência para o julgamento<sup>1</sup>. Afinal, “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (artigo 5.º, inciso LIII, da Constituição Federal) e “não haverá juízo ou tribunal de exceção” (artigo 5.º, inciso XXXVII, da Carta Magna).

Por esse princípio, se prevê quais são os órgãos jurisdicionais, federais ou estaduais, comuns ou especiais, competentes para a apreciação das ações (artigos 92 a 126 da Constituição Federal).

Na jurisdição competente, pode o legislador ordinário estabelecer normas destinadas a regular a distribuição do poder jurisdicional entre os órgãos que componham cada uma dessas justiças, mas não lhe é lícito atribuir a uma ou outra a competência para o processo e julgamento de infrações penais, desrespeitando a prévia demarcação constitucional que separa as funções das justiças especiais e da justiça comum<sup>2</sup>.

Juiz natural é, pois, aquele pré-constituído por lei, tendo em vista que as disposições sobre competência antecedem aos fatos, e, de maneira geral e abstrata, apontam para o Juiz competente para o caso concreto<sup>3</sup>.

De se anotar, entretanto, que com esse princípio se procura não só impedir que pessoas estranhas ao organismo judiciário exerçam funções que lhe são específicas (salvo quando a própria Constituição Federal o disser), como também visa proibir os chamados tribunais ou juízes de exceção, isto é, aqueles criados após a prática do fato, sejam para um caso isolado ou para diversos casos particulares individualmente determinados<sup>4</sup>.

### **c - Princípio da imparcialidade do Juiz**

Esse princípio constitui essencial garantia para uma conotação ética ao processo, pois não se pode admitir Juiz parcial, porque de um lado haveria o prejuízo das partes, que poderiam ter uma sentença não conforme o direito, mas conforme o sentimento do Magistrado, e, de outro, o prejuízo do interesse público na distribuição da justiça e na aplicação do direito<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo penal. 13. ed., rev.e atual. até dezembro de 2001. São Paulo: Atlas, 2002. 48 p.

<sup>2</sup> MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. São Paulo: Forense, v. 3, 1961. 79-80 p.

<sup>3</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 18. ed., rev. e atual., principalmente em face da Constituição de 5-10-1.988. São Paulo: Saraiva, v. 2, 1997. 67 p.

<sup>4</sup> Ibidem. 66 p.

<sup>5</sup> GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. 59 p.

Entretanto, para que haja a imparcialidade do Juiz, exige-se, antes de tudo, sua independência, razão pela qual foram-lhe conferidas as seguintes garantias constitucionais: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos<sup>1</sup>.

Pela vitaliciedade, nos primeiros dois anos de carreira, o Juiz somente perderá o cargo por deliberação do Tribunal a que estiver vinculado e, ultrapassada a fase probatória, somente por sentença judicial com trânsito em julgado, o que indica que a perda do cargo apenas ocorrerá por fato muito grave. Pela inamovibilidade, o Juiz somente será removido em razão de um manifesto interesse público. E, por último, mas não menos importante, a garantia da irredutibilidade de vencimentos. Tais garantias conferem ao Juiz a certeza de que, decida como decidir, ainda que contrarie interesses dos poderosos, permanecerá no cargo<sup>2</sup>.

Além disso, para preservar a imparcialidade do Juiz, a Constituição Federal estabeleceu algumas restrições às suas atividades, enunciadas nos itens I, II e III do parágrafo único do artigo 95, para que ele não se entusiasme com vantagens outras.

Por outro lado, o Juiz não há de ser apenas objetivamente capaz (com competência estabelecida antes da ocorrência do fato delituoso), mas também subjetivamente capaz. Isso porque, o Juiz não pode atuar no processo se for suspeito ou estiver impedido (cf. 252 e 254 do Código de Processo Penal)<sup>3</sup>.

Os casos de impedimento são mais graves e proíbem o Juiz de exercer o poder jurisdicional para o caso concreto, podendo ensejar, inclusive, ação rescisória ou habeas corpus, porque o processo criminal se torna nulo. A suspeição, por sua vez, depende de reconhecimento pelo Juiz ou de provocação da parte, que pode recusar o Juiz mediante o procedimento de exceção de suspeição<sup>4</sup>.

#### **d - “*Ne eat judex ultra petita partium*” (o juiz não pode decidir além do que lhe foi pedido)**

Por esse princípio, o juiz apenas deve pronuncia-se sobre o pedido e nos limites do pedido do autor, ou seja, sobre aquilo que foi exposto na inicial pela parte. Assim, o Juiz não

---

<sup>1</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 18. ed., rev. e atual., principalmente em face da Constituição de 5-10-1.988. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1997. 43-44 p.

<sup>2</sup> Ibidem. 43-44 p.

<sup>3</sup> Ibidem. 44 p.

<sup>4</sup> GRECO FILHO, Vicente. op. cit. 60 p.



pode dar mais do que foi pedido, nem decidir sobre o que não foi solicitado (*ne eat iudex ultra petita partium*). Não se admite, portanto, o julgamento ultra (além do pedido), extra (fora do pedido) ou *citra petitum* (aquém do pedido)<sup>1</sup>.

**e - Princípio “*nulla poena sine iudicio*” (nenhuma pena pode ser aplicada senão através do processo)**

Consiste tal princípio, que é exclusivo da jurisdição penal, na impossibilidade absoluta de se aplicar qualquer intervenção penal sem processo. De sorte que o Estado, para poder aplicar uma sanção por um fato que constitua infração penal, deve se valer do processo para autolimitar o seu poder repressivo e assegurar àquele a quem a sanção se dirige, os direitos inerentes à condição de acusado<sup>2</sup>.

Assim, para que uma pena possa ser imposta, é preciso que haja o devido processo legal, com ampla defesa e respeito ao contraditório, e que ela seja aplicada pelo Juiz competente para o caso concreto, que deve ser equidistante e imparcial.

#### **1.2.4 - Ministério Público**

Dentre os princípios que regem a atuação institucional do Ministério Público e a ação penal, condicionante da atuação desse órgão, destacaremos os que se relacionam ao tema estudado:

##### **a - Independência**

A independência funcional do Ministério Público consiste na liberdade com que seus agentes exercem seu ofício em face de outros órgãos da própria instituição do

---

<sup>1</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 18. ed., rev. e atual., principalmente em face da Constituição de 5-10-1.988. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1997. 53 p.

<sup>2</sup> Ibidem. 70 p.

Ministério Público. Por essa garantia, os representantes do Ministério Público, no exercício da atividade-fim, somente estão adstritos ao cumprimento da Constituição Federal e das leis, o que caracteriza sua liberdade funcional<sup>1</sup>.

Por esse princípio, nem seus superiores hierárquicos podem ditar-lhes ordens, no sentido de agir desse ou daquele modo dentro de um processo. Destarte, conforme a regra estabelecida no artigo 28 do Código de Processo Penal, se o Procurador-Geral de Justiça discordar do pedido de arquivamento formulado pelo representante do Ministério Público, o máximo que poderá fazer é designar outro membro da instituição para intentar a ação penal ou ele próprio tomar tal iniciativa, pois jamais poderá determinar ao mesmo Promotor de Justiça recusante que a ofereça.

Isso porque, os membros do Ministério Público são agentes políticos, isto é, órgãos independentes do Estado, situados no topo da esfera hierárquica de suas áreas de competência, como o são os membros do Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário, e, portanto, decidem com plena liberdade<sup>2</sup>.

E como agentes políticos que são, precisam de ampla liberdade funcional e maior resguardo para o desempenho de suas funções que incluem até mesmo o poder-dever da ação penal contra membros dos órgãos governamentais<sup>3</sup>.

Por isso, o constituinte organizou o Ministério Público com autonomia administrativa e orçamentária e conferiu aos seus membros as mesmas prerrogativas e vantagens da magistratura (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos)<sup>4</sup>, além das mesmas restrições dos Juizes (suspeição ou impedimento)<sup>5</sup>.

Disso decorre que, no processo penal brasileiro, as funções de acusar, defender e julgar, são exercidas por pessoas distintas, verdadeira essência do sistema acusatório,

<sup>1</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. Regime jurídico do ministério público: análise do ministério público na constituição, na lei orgânica nacional do ministério público, na lei orgânica do ministério público da união e na lei orgânica do ministério público paulista. 5. ed. rev. e ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2.001. 276 p.

<sup>2</sup> Ibidem. 276 p.

<sup>3</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 18. ed., rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional até a emenda constitucional n.º 27, de 21.3.2000. São Paulo: Malheiros, 2000. 588 p.

<sup>4</sup> PIMENTEL, José Eduardo de Souza. *Emendatio e mutatio libelli* no sistema acusatório. São Paulo, 2003. Disponível em: <[http://geocities.yahoo.com.br/je\\_pimentel/](http://geocities.yahoo.com.br/je_pimentel/)>

<sup>5</sup> Essas garantias da independência funcional e restrições já foram estudadas em relação à magistratura, sendo desnecessário rediscuti-las aqui (nota da autora).

decorrente da regra *nullum iudicium sine accusatione*, uma das maiores garantias de julgamento imparcial, pois o julgador não pode iniciar o processo de ofício, nem julgar fora dos limites do pedido da prestação jurisdicional, sob pena de ofensa as garantias da ampla defesa e do contraditório<sup>1</sup>.

### **b - Princípio da indisponibilidade da ação penal pública**

A Constituição da República de 1.988, estabeleceu como uma das principais funções institucionais do Ministério Público, a promoção, privativa, da ação penal pública (artigo 129, inciso I da Constituição Federal).

O Ministério Público é, assim, o titular da ação penal pública. Entretanto, como a pretensão punitiva pertence ao Estado e sendo a ação penal o instrumento de que vale o Estado para tornar efetivo o seu magistério repressivo, não pode o Ministério Público desistir da ação penal ou do recurso interposto ou, ainda, renunciar a ele<sup>2</sup>.

Se, entretanto, o órgão do Ministério Público não promover a ação penal dentro dos prazos fixados em lei, o ofendido ou quem o represente legalmente poderá promovê-la, apresentando queixa subsidiária, substituindo, assim, a denúncia do Promotor de Justiça desidioso (artigo 29, do Código de Processo Penal)<sup>3</sup>, caso em que o Ministério Público funciona como interveniente adesivo obrigatório (artigo 564, inciso III, alínea d, última parte, do Código de Processo Penal).

No mais, na ação penal exclusivamente privada, ainda que enquanto fiscal da lei, não pode o Ministério Público sobrepor-se à disponibilidade da ação<sup>4</sup>.

### **c - Promotor natural**

---

<sup>1</sup> POZZER, Benedito Roberto Garcia. Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCrIm, 2001, 31 p.

<sup>2</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 18. ed., rev. e atual., principalmente em face da Constituição de 5-10-1.988. São Paulo: Saraiva, v. 2, 1997. 356 p.

<sup>3</sup> Idem. Processo penal. 18. ed., rev. e atual., principalmente em face da Constituição de 5-10-1.988. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1997. 434 p.

<sup>4</sup> GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. 219 p.

Por esse princípio, deve existir um órgão do Ministério Público previamente investido nas atribuições legais, não se aceitando designações ilimitadas e discricionárias só a pretexto da unidade e chefia da instituição. Consiste, pois, em não se poder afastar arbitrariamente o representante do Ministério Público do caso em que, por critérios prévios da lei, ele deveria officiar<sup>1</sup>.

O princípio do promotor natural constitui-se garantia de que o autor do ilícito só pode ser processado e julgado perante o órgão a que a Constituição Federal, implícita ou explicitamente, atribui a competência para o Julgamento (artigo 5.º, inciso LIII, da Constituição Federal)<sup>2</sup>.

O princípio do promotor natural é o mesmo do juiz natural, mas visto sob enfoque diverso. Nos crimes de ação penal pública, o primeiro direito do acusado, antes de ser julgado por um órgão independente do Estado, consiste em ser acusado por um órgão estatal dotado de igual independência, escolhido previamente e apenas mediante critérios legais e abstratos. Para essa finalidade, devem, pois, serem rejeitados não só o procedimento de ofício e a acusação privada, como principalmente impõe-se a eliminação da figura do próprio acusador público de encomenda ou acusador de exceção, escolhido pelos governantes ou pelo próprio Procurador-geral de Justiça<sup>3</sup>.

Com efeito, o princípio do promotor natural é garantia essencial para o regular processo, condicionante do poder punitivo do Estado para aplicação da lei penal ao caso concreto.

### **1.3 - Breves considerações sobre o sistema processual penal adotado na Constituição da República Federativa do Brasil**

Existem três modelos de processo: inquisitivo, acusatório e misto. No Brasil, a Constituição Federal instituiu entre nós o processo de modelo acusatório<sup>4</sup>. Tanto que

---

<sup>1</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. Regime jurídico do ministério público: análise do ministério público na constituição, na lei orgânica nacional do ministério público, na lei orgânica do ministério público da união e na lei orgânica do ministério público paulista. 5. ed. rev. e ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001. 277-278 p.

<sup>2</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo penal. 13. ed., rev. e atual. até dezembro de 2001. São Paulo: Atlas, 2002. 48 p.

<sup>3</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. op. cit. 279 p.

<sup>4</sup> Cf. NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Curso completo de processo penal. 6. ed., rev., ampl. e atual. de acordo com a Constituição de 5-10-1988. São Paulo: Saraiva, 1991. 22 p.: em sentido contrário, escreve o autor que “o nosso sistema segue mais ou menos a forma mista, com o inquérito sendo

estabelece, como cláusula pétrea, ou seja, não sujeita a emendas (artigo 60, § 4.º, da Carta Magna), um rol de direitos e garantias processuais, dentre as quais se destacam a ampla defesa e o contraditório.

O sistema acusatório tem suas raízes no mundo greco-romano antigo, estabelecido com fundamento na acusação oficial, embora se permitisse, excepcionalmente, a iniciativa da vítima, de parentes próximos e até de qualquer do povo<sup>1</sup>.

Floresceu, no entanto, após a Revolução Francesa, pois com a evolução dos direitos humanos, passou-se a criticar o processo penal de modelo inquisitório, o que fomentou a substituição deste sistema pelo acusatório<sup>2</sup>.

Consiste na separação orgânica entre o órgão julgador e o órgão acusador, sendo, portanto, vedado ao Juiz dar início ao processo como o fazia no tipo de processo inquisitivo.

Desse modo, as funções persecutórias do Juiz são transferidas ao Ministério Público (ou querelante), que se apresenta como titular da ação penal. No outro pólo está o réu, sujeito de direitos processuais e não mais objeto do processo. Nesse modelo processual, as partes encontram-se em situação de igualdade e adotam o pressuposto da paridade de armas, das quais podem se utilizar para fazer valer a suas razões a um Juiz equidistante, previamente investido da função judicante, como órgão imparcial de aplicação da lei<sup>3</sup>. Assim, as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a pessoas distintas.

Caracteriza-se pela existência do contraditório, pela igualdade processual das partes acusadora e acusada, sujeitos dos mesmos direitos e obrigações, pela publicidade (em situações excepcionais admite-se o sigilo), pela separação das funções de acusar, defender e julgar (em consequência o Juiz não pode dar início ao processo) e pela possibilidade do processo ser oral ou escrito<sup>4</sup>.

---

inquisitório, escrito e sigiloso, e a instrução, contraditória e pública. O nosso sistema adota o inquérito policial como fase inquisitória, para colheita de elementos que servirão de base para a denúncia ou queixa; e o processo contraditório, na fase judicial, em que as partes devem ter amplitude de defesa e tratamento igualitário sob pena de nulidade processual”.

<sup>1</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo penal. 13. ed., rev.e atual. até dezembro de 2001. São Paulo: Atlas, 2002. 40 p.

<sup>2</sup> POZZER, Benedito Roberto Garcia. Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCrim, 2001, 31 p.

<sup>3</sup> PIMENTEL, José Eduardo de Souza. Emendatio e mutatio libelli no sistema acusatório. São Paulo, 2003. Disponível em: <[http://geocities.yahoo.com.br/je\\_pimentel/](http://geocities.yahoo.com.br/je_pimentel/)>

<sup>4</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. op. cit. 40 p.

Assim, com a adoção do sistema acusatório, ao mesmo tempo em que o Juiz deve preservar os direitos processuais das partes (acusadora e acusada), deve permanecer equidistante para garantir uma decisão imparcial do processo.

A ampla defesa, que já foi objeto de estudo anterior, abrange necessariamente, o conhecimento claro e completo da imputação; a possibilidade contrariar os termos da acusação, de modo, em tese, eficiente; a possibilidade de poder acompanhar a prova produzida e fazer contraprova; o emprego da defesa técnica, exercida por advogado; e poder recorrer da decisão desfavorável<sup>1</sup>.

O contraditório, por sua vez, pode ser definido como o meio ou instrumento técnico para efetivação da ampla defesa<sup>2</sup>. Caracteriza-se pela bilateralidade do processo, onde as partes encontram-se no mesmo plano, com igualdade de direitos, perante um órgão julgante equidistante e imparcial<sup>3</sup>.

Entretanto, para que o juiz obtenha tais atributos, o constituinte organizou o Ministério Público com autonomia administrativa e orçamentária e conferiu aos seus membros as mesmas prerrogativas e vantagens da magistratura (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos)<sup>4</sup>, além das mesmas restrições dos Juizes (suspeição ou impedimento).

E, ainda, atribuiu ao Ministério Público a função institucional de promover, privativamente, a ação penal pública<sup>5</sup> (artigo 129, inciso I, da Constituição Federal), o que implica, necessariamente, que, no processo penal brasileiro, as funções de acusar e julgar, são exercidas por órgãos distintos e independentes.

Com efeito, a separação das funções de acusar, defender e julgar, representa o mais importante pressuposto do sistema acusatório, pois garante a efetividade plena da ampla defesa e do contraditório, perante um Juiz isento e equidistante.

---

<sup>1</sup> GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. 64-65 p.

<sup>2</sup> Ibidem. 65 p.

<sup>3</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 18. ed., rev. e atual., principalmente em face da Constituição de 5-10-1988. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1997. 49-50 p.

<sup>4</sup> PIMENTEL, José Eduardo de Souza. *Emendatio e mutatio libelli* no sistema acusatório. São Paulo, 2003. Disponível em: <[http://geocities.yahoo.com.br/je\\_pimentel/](http://geocities.yahoo.com.br/je_pimentel/)> Acesso em: 02/09/04.

<sup>5</sup> Cf. os artigos 29 e 30 do Código de Processo Penal, nas ações penais privadas, cabe ao ofendido ou seu representante legal provocar a prestação jurisdicional, podendo, excepcionalmente, exercer a acusação nos crimes de ação pública, quando o Ministério Público não a intentar no prazo previsto em lei.

#### 1.4 - Princípio da correlação entre a imputação e sentença

No processo penal, a peça inicial deve caracterizar perfeitamente o fato delituoso, que constitui a *causa petendi*, a razão do pedido e o fato que originou o pedido, sendo base para distinguir-se uma ação penal de outra. Entretanto, não se exige que a acusação expressamente peça a fixação de determinada pena ou que pretenda determinado regime inicial para cumprimento da pena, vez que o *petitum* é sempre genérico, pois compete apenas ao Juiz, segundo os critérios adotados pelo Código Penal pátrio, dizer qual a pena e qual sua quantidade<sup>1</sup>.

Com efeito, a afirmação de que a petição acusatória deve descrever com precisão o fato delituoso, decorre do princípio da ampla defesa, pois um dos requisitos essenciais para sua efetividade, é a apresentação clara, objetiva e precisa da imputação, que deve ser formulada de modo que possa o réu contrapor-se a seus termos<sup>2</sup>.

Destarte, sendo requisito essencial da garantia de defesa do acusado que a petição acusatória possua tais características, deve a sentença ser também clara, precisa e nos limites do pedido inicial.

Disso decorre o princípio da correlação, também conhecido como congruência da imputação e sentença, ou, ainda, da correspondência entre o objeto da ação e o objeto da sentença, segundo o qual deve haver uma estrita correspondência entre o fato descrito na denúncia ou queixa e o fato pelo qual o acusado é condenado.

Desse modo, não se admite julgamento ultra (além do pedido)<sup>3</sup>, extra (fora do pedido)<sup>4</sup> ou *citra petitum* (aquém do pedido)<sup>5</sup>, casos em que acarreta nulidade da sentença.

---

<sup>1</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 18. ed., rev. e atual., principalmente em face da Constituição de 5-10-1.988. São Paulo: Saraiva, v. 4, 1997. 232 p.

<sup>2</sup> GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. 64 p.

<sup>3</sup> Cf. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. op. cit. 232 p.: “Se o Promotor, na denúncia, imputa a Mévio um crime de lesão corporal leve, não pode o Juiz condená-lo por lesão corporal grave”.

<sup>4</sup> Ibidem. 232 p.: “Se o Promotor oferece denúncia contra Mévio, imputando-lhe um crime de lesão corporal e, na instrução, se apura que ele cometeu, também, um crime de furto, a sentença apreciará, apenas, a primeira infração. A outra poderá ser objeto de novo processo. Se apreciasse aquela segunda infração estaria decidindo extra petitum” .

<sup>5</sup> Ibidem. 232 p.: “Se o Promotor oferece denúncia contra Mévio, imputando-lhe duas infrações, e a sentença apenas se limita a analisar uma delas, tal decisão é nula, porquanto julgou citra petitum” .

A correlação entre a acusação e sentença decorre, diretamente, da opção pelo sistema acusatório e do princípio da inércia da jurisdição. Constitui, assim, garantia efetiva do réu, dando-lhe certeza de que não poderá ser condenado sem que tenha tido oportunidade de se defender da imputação e que apenas será julgado nos limites do pedido formulado pelo autor<sup>1</sup>.

Portanto, é mister salientar nesse momento que ambos os institutos, tanto a *emendatio* quanto a *mutatio libelli*, devem ser estudados em consonância com o princípio da correlação entre a acusação e a sentença.

## **2 - ANÁLISE OBJETIVA DAS ALTERAÇÕES OCORRIDAS NO CPP**

### **2.1 - Artigos 383 e 384 do CPP antes da reforma**

O texto do artigo 383, CPP (*emendatio libelli*), antes da reforma apresentava-se da seguinte forma:

*Art. 383. 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 artigo acima gerava insegurança jurídica tendo em vista que seu texto era incompleto e mal explicativo.

Vejamos agora o antigo art. 384, CPP:

*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 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 em aplicação de pena mais grave, o juiz baixará o processo, a fim*

---

<sup>1</sup> FERNANDES, Antônio Scarance, GOMES FILHO, Antônio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. As nulidades no processo penal. 6. ed. rev. ampl. e atual. com nova jurisprudência e em face da lei 9.009/95 e das leis de 1.996. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 219 p.



*de que o Ministério Público possa aditar a denúncia ou queixa, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação penal pública, abrindo-se em seguida, o prazo de três dias para à defesa, que poderá oferecer prova, arrolando até três testemunhas.*

Ocorre que no caso da *mutatio libelli*, inúmeras eram as deficiências do texto legal. A expressão “circunstância elementar”, por exemplo, sempre causou desconforto para jurisprudência e doutrina especializada. Outro incomodo era o vocábulo “implicitamente”.

Por essas e outras razões é que a muito tempo vem-se buscando uma reforma eficiente no CPP incluindo assim, a reforma dos dispositivos aqui discutidos.

## **2.2 - *Emendatio e Mutatio Libelli* no Projeto de Lei 4.207/2001**

O Ministério da Justiça preparou 7 (sete) projetos de lei que visam introduzir modificações pontuais no Código de Processo Penal vigente, com a finalidade principal de adaptá-lo ao modelo de processo acusatório adotado pela nossa Constituição Federal.

O projeto de lei n.º 4.207/2001, tem como escopo alterar os dispositivos em vigor relativos à suspensão do processo, *emendatio libelli e mutatio libelli* e aos procedimentos.

Teceremos, aqui, breves considerações sobre as alterações propostas nas regras do artigo 383 e 384, do Código de Processo Penal, as quais se relacionam diretamente com o tema do nosso trabalho.

Com efeito, o projeto de lei n.º 4.207/2001 assim estabeleceu a nova redação do artigo 383, do Código de Processo Penal:

*Artigo 383 - O Juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em conseqüência, tenha de aplicar pena mais grave.*

*§ 1.º As partes, todavia, deverão ser intimadas da nova definição jurídica do fato antes de prolatada a sentença.*

§ 2.º *A providência prevista no caput deste artigo poderá ser adotada pelo Juiz no recebimento da denúncia ou queixa.*

§ 3.º *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.*

§ 4.º *Tratando-se de infração da competência do Juizado Especial Criminal, a este serão encaminhados os autos.*

Pois bem. O caput do artigo traz a mesma idéia do dispositivo em vigor, ou seja, permite ao Juiz atribuir definição jurídica diversa ao fato descrito na petição acusatória, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave, acrescentando, apenas, que o Magistrado não pode modificar a descrição da denúncia ou queixa.

Note-se que o projeto prevê que as partes deverão ser intimadas da nova classificação jurídica do fato antes de prolatada a sentença, o que demonstra o abandono da idéia de que o réu se defende dos fatos descritos na peça inicial e não da capitulação legal proposta pelo acusador<sup>1</sup>.

Ora, se o legislador comungasse desse entendimento, sedimentado pelos tribunais e grande parte da doutrina, não haveria razão para instituir a providência obrigatória de intimar as partes, antes da prolação da sentença, da mudança da capitulação jurídica do delito, uma vez que se o acusado se defende dos fatos descritos na peça acusatória, tem-se que a aplicação da regra da *emendatio libelli* não cogita de surpresa para a defesa, nem ofensa ao contraditório e a ampla defesa.

Outra inovação importante do projeto, diz respeito à aplicação desse dispositivo, que poderá ser antecipada para a ocasião do recebimento da denúncia ou queixa, evitando-se, assim, que a peça acusatória mantenha-se equivocada durante todo o processo, o que poderá acarretar sérios prejuízos ao acusado.

---

<sup>1</sup> PIMENTEL, José Eduardo de Souza. *Emendatio e mutatio libelli* no sistema acusatório. São Paulo, 2003. Disponível em: <[http://geocities.yahoo.com.br/je\\_pimentel/](http://geocities.yahoo.com.br/je_pimentel/)>

Isso porque, pela aplicação da *emendatio libelli* realizada no pórtico da ação penal, é possível oferecer ao acusado certos benefícios (como transação penal, suspensão do processo, liberdade provisória mediante fiança, etc), antes vedados pela capitulação errônea da denúncia ou queixa.

Por outro lado, se com a definição jurídica diversa surgir infração penal de menor potencial ofensivo, prevê o projeto de lei a remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal, até porque tal competência encontra-se estabelecida no artigo 98, inciso I, da Constituição Federal.

Vejamos, agora, como o projeto de lei disciplinou a regra do artigo 384, do Código de Processo Penal:

*Artigo 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 poderá aditar a denúncia ou queixa, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.*

*§1.º Ouvido o defensor do acusado e admitido o aditamento, o Juiz, a requerimento de qualquer das partes, designará dia e hora para a continuação da audiência, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado, realização de debates e julgamento.*

*§2.º Aplicam-se ao previsto no caput deste artigo às disposições dos §§ 3.º e 4.º do artigo 383.*

*§3.º Havendo aditamento, cada parte poderá arrolar até três testemunhas, no prazo de três dias.*

*§4.º Não recebido o aditamento, a audiência prosseguirá.*

Dever-se que o projeto visa estabelecer nova sistemática para a aplicação dessa regra, exigindo exata correlação entre a imputação e a sentença, que, como visto, decorre,

diretamente, da opção pelo sistema acusatório de processo e do princípio da inércia da jurisdição.

Isso porque, prevê para as três hipóteses da *mutatio libelli* a aplicação do mesmo procedimento, isto é, o aditamento da peça inicial, não importando se a nova definição jurídica do fato conduz a possibilidade de existência de um crime de pena menor, igual ou maior.

Assim, estabelece a nova redação do caput do artigo em comento que, surgindo na instrução probatória, elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, poderá o representante do Ministério Público aditar a denúncia ou queixa subsidiária.

Com efeito, prevê o projeto de lei que o aditamento da peça acusatória seja realizado pelo Ministério Público, quando encerrada a instrução probatória, sempre de ofício e sem qualquer provocação do Magistrado, o qual não poderá mais se manifestar sobre circunstância ou elemento do delito não contido na denúncia ou queixa.

Por outro lado, note-se que o legislador preferiu utilizar na nova redação do caput do artigo 384, do Código de Processo Penal, as expressões elemento ou circunstância da infração criminal, com o escopo de dirimir as dúvidas que surgem da expressão circunstância elementar referida no código em vigor<sup>1</sup>.

Realmente, como ensina Rogério Greco, “elementares são essenciais à figura típica, sem os quais ocorre uma atipicidade absoluta ou relativa. Fala-se em atipicidade absoluta quando, por faltar uma elementar indispensável ao tipo, o fato praticado pelo agente torna-se um indiferente penal. [...] Diz-se relativa a atipicidade quando, pela ausência de uma elementar, ocorre a desclassificação do fato para uma outra figura típica”<sup>2</sup>.

Circunstâncias, por sua vez, “são dados não essenciais que se agregam ao tipo penal, não alterando a caracterização em si do delito, isto é, não alterando os dados fundamentais do tipo penal, mas que poderão ser valorados para aumentar ou diminuir a reprovabilidade da conduta”<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. 291 p.

<sup>2</sup> GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Geral. Rio de Janeiro: Impetus 2002. 165 p.

<sup>3</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahi. Correlação entre acusação e sentença. São Paulo: RT 2000. 183 p.

Não seria possível que um fato fosse considerado circunstância e elementar ao mesmo tempo.

De qualquer modo, uma vez aditada a denúncia ou queixa subsidiária, será ouvido o defensor do acusado. Somente após essa manifestação, o aditamento será, eventualmente admitido, seguindo-o a audiência, com novo interrogatório do réu, inquirição de testemunhas, se assim pleitearem as partes, e realização de debate e julgamento.

Nesse procedimento, aplicam-se também as disposições dos §§ 3.º e 4.º do artigo 383 do projeto. Valem, aqui, as mesmas considerações feitas sobre os benefícios que poderão ser oferecidos ao acusado quando da aplicação da providência da *emendatio libelli*, e sobre a remessa do feito ao Juizado Especial Criminal, quando se operar a desclassificação para infrações de menor potencial ofensivo.

No mais, estabelece o projeto que uma vez não recebido o aditamento, a audiência prosseguirá. Nesse caso, caberá ao Ministério Público recorrer em sentido estrito, com fundamento no artigo 581, inciso I, do Código de Processo Penal, porque se entende que a rejeição do aditamento equivale à rejeição ou não-recebimento da denúncia<sup>1</sup>.

Outra interessante inovação da reforma é que não se fala mais em fato contido “implicitamente” na denúncia. Já ponderava Gustavo Badaró que “a descrição do fato é elemento absolutamente necessário de qualquer imputação. Como explica Sansò, o que não é descrito não é imputado, vez que o objeto da imputação se especifica mediante uma descrição que o determina e o indica. Se não há imputação sem descrição não se pode falar em imputação implícita. Ou o fato imputado foi descrito, e portanto consta da denúncia ou queixa de forma explícita, ou não há descrição, não se podendo falar em imputação, nem mesmo implícita<sup>2</sup>.”

### **2.3 - *Emendatio libelli* e *mutatio libelli* de acordo com a Lei 11.719/08**

---

<sup>1</sup> GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. 291 p.

<sup>2</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahi. Correlação entre acusação e sentença. São Paulo: RT 2000. 172 p.

Apenas algumas alterações ocorreram no Projeto de Lei (nos artigos 383 e 384). Não obstante, passaremos agora ao estudo dos institutos da *emendatio libelli* e *mutatio libelli* mas agora à luz da Lei 11.719 publicada em 20 de junho de 2008.

### 2.3.1 - *Emendatio libelli*

Assim, observemos redação definitiva do artigo 383 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

*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)*

Tendo em vista que não houveram modificações no caput do atual artigo 383 do CPP em relação ao projeto de lei já analisado, passaremos a frente.

O §3º do artigo 383 do Projeto de Lei, na 11.719/08 aparece no parágrafo segundo do mesmo dispositivo. Nele, afirma-se, com acerto, que, se da modificação de enquadramento jurídico do fato, resultar crise para o qual seja prevista a suspensão condicional do processo (art. 89, Lei 9.099/95), deverá o juiz abrir vista ao ministério Público para a respectiva proposta. Já um eventual dissenso entre eles (juiz e MP) acerca da aplicação ou não da suspensão resolver-se-a pela aplicação do art. 28, CPP (Súmula 696, STF)<sup>1</sup>.

Além disso, o §4º do artigo 383 do Projeto de Lei, atual §2º do artigo 383 na Lei 11.719/08 também sofreu pequenas modificações. Tem-se que segundo o Projeto de Lei, quando ocorrida alguma modificação no libelo acusatório o §4º assegurava a remessa dos autos para o juízo competente se esta restasse alterada.

---

<sup>1</sup> PACHELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. Curso de Processo Penal. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. 510 p.

Ocorre que o antigo parágrafo restringia essa possibilidade aos casos em que a nova competência seria do Juizado Especial Criminal. O antigo parágrafo falava apenas em “Juizado Especial Criminal”.

O atual texto não restringe essa possibilidade e sendo assim não se refere especificamente à nenhum tribunal, apenas esclarece que após as alterações (com a mudança na capitulação) se for necessário, os autos deverão ser remetidos ao novo juízo competente.

O problema em relação a essa regra pode passar despercebido, mas existe efetivamente.

É que, com a inclusão do princípio da identidade física do juiz, por força do disposto no art. 399, §2º, CPP, deve-se evitar, o quanto possível, o afastamento do juiz que instruiu a causa, e, com isso, colheu a prova (identidade física e imediatidade da prova).

Assim, ainda que modificada a competência relativa do juiz, pensamos que deverá ele mesmo proferir sentença, em atenção aos citados princípios processuais.

E nos referimos expressamente à modificação de competência relativa, porquanto a alteração de competência absoluta impõe a remessa imediata ao juiz natural para a causa, sob a pena de nulidade absoluta. Quando, ao contrário, a modificação de competência resultante da *emendatio* for relativa, deverá o juiz que instruiu a causa proferir decisão, pois, a) em relação as partes, a incompetência relativa deve ser argüida na resposta escrita (art. 396, CPP), sob pena de preclusão, e b) ainda que se admita possa o juiz reconhecer a sua incompetência relativa, deve-se, agora, dar preferência ao princípio da identidade física, trazido expressamente na Lei 11.719/08<sup>1</sup>.

### **2.3.2 - *Mutatio libelli***

Agora analisemos o artigo 384 do CPP, *in verbis*:

*Art. 384. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em conseqüência de prova existente nos autos de*

---

<sup>1</sup> PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. Curso de Processo Penal. 10. ed. Rio de Janeiro:Lúmen Júris, 2008.510 p.

*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) (grifos nossos).*

O texto que entrou em vigor com a Lei 11.719/08 não sofreu grandes alterações e sendo assim buscaremos ater-se aos pontos de modificação que restaram alterados com a referida lei.

Contrariando o entendimento exposto anteriormente tendo como base o projeto de lei, com a inserção de mais um parágrafo no artigo 384 (atual §1º do art. 384 da Lei 11.719/08) pode-se dizer que o magistrado pode sim e deve provocar o Ministério Público para que proceda com o aditamento.

Agora, com a necessidade imprescindível do aditamento, foi incluído o §1º no artigo 384 para que não haja dúvida caso o Ministério Público não adite espontaneamente. Nesse casos, o referido dispositivo diz expressamente que deve-se utilizar do procedimento do artigo 28 do CPP, ou seja, remeter os autos para o Procurador-Geral de Justiça para que este resolva definitivamente por aditar ou não a peça acusatória.



Sem dúvida esse dispositivo permite que o magistrado exerça função – anômala, é verdade – de fiscal do princípio da indisponibilidade da ação penal.

Nesse sentido, o §4º do art. 384, CPP, fala expressamente que uma vez feito e aceito o aditamento, o magistrado estará adstrito aos seus termos, não podendo condenar mais o réu pela imputação original como era feito na sistemática anterior<sup>1</sup>.

Por último, podemos chamar atenção para o fato de que também na atual redação, os prazos estão expressamente descritos no texto do artigo 384 do CPP diferentemente do mesmo dispositivo antes da reforma.

### **3 - APROFUNDAMENTO**

Para que o princípio da correlação entre a imputação e sentença seja efetivado em sua totalidade, o Código de Processo Penal estabelece as regras da *emendatio libelli* (artigo 383) e *mutatio libelli* (artigo 384), ambas direcionadas à adequação do fato imputado – ou imputável – ao direito aplicável, como forma de garantir ao réu o pleno exercício da ampla defesa e do contraditório.

A seguir, discorreremos sobre cada um dos institutos particularmente, citando exemplos e, por vezes, criticando seu procedimento e aplicação no direito processual pátrio.

#### **3.1 - Emendatio Libelli**

Embora vinculado aos fatos narrados na denúncia ou queixa, há ocasiões em que o Juiz se depara com equívocos do acusador, no que se refere à classificação jurídica da infração penal descrita na peça acusatória. Nesse caso, o fato, apurado no processo e provado, é o mesmo narrado na inicial. Diverge, apenas, o enquadramento legal realizado pelo

---

<sup>1</sup> BORGES de Mendonça, Andrey. Nova Reforma do Código de Processo Penal. São Paulo: Método 2008. 233 – 235 p.

acusador (como exemplo, podemos citar a denúncia contendo perfeitamente a exposição de roubo, classificado o fato pelo acusador como furto)<sup>1</sup>.

Portanto, como o réu se defende dos fatos descritos na peça acusatória e não de sua capitulação jurídica<sup>2</sup>, pode, o Juiz, entendendo que o fato imputado e provado corresponde a um outro tipo legal, corrigir a classificação legal, no dispositivo da sentença, mesmo que isso conduza à aplicação de pena mais grave.

Uma vez narrado o fato ou queixa, a consequência jurídica que dele extrai seu autor, Ministério Público ou querelante, não vincula, nem poderia vincular, o juiz da causa. Narra-me o fato que te darei o direito, como dizia o antigo brocardo latino. Obviamente, a pena a ser aplicada não resulta da escolha do autor da ação, mas de imposição legal.

Assim, a *emendatio* não é outra coisa senão a correção da inicial (libelo, nessa acepção), para o fim de adequar o fato narrado efetivamente provado (ou não provado, se a sentença não for condenatória, caso em que seria dispensável a *emendatio*) ao tipo penal previsto em lei<sup>3</sup>.

A propósito, é o que já dispunha o artigo 383 do antigo Código de Processo Penal: “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”. Isso se dá, porque a classificação jurídica contida na denúncia ou queixa é provisória, podendo, portanto, ser modificada na decisão seguinte<sup>4</sup>.

O atual texto busca esclarecer ainda mais o fato de que deve ocorrer apenas a mudança na definição jurídica, não cabendo qualquer modificação na descrição dos fatos.

Nos termos do art. 383 do CPP, com redação dada pela Lei 11.710/08, “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 lei penal mais grave”

---

<sup>1</sup> POZZER, Benedito Roberto Garcia. Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCrim, 2001. 150 p.

<sup>2</sup> STF: “O réu se defende do fato que lhe é imputado na denúncia ou queixa e não da classificação jurídica feita pelo Ministério Público ou querelante” (HC 61617-8/SP, j. 4.5.84).

<sup>3</sup> PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. Curso de Processo Penal. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. 510 p.

<sup>4</sup> Cf. GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. 287 p.: a única classificação que se pode dizer definitiva é a que se estabiliza com o trânsito em julgado da sentença.

Na redação da lei, deve-se entender por definição jurídica precisamente a capitulação ou classificação feita pelo autor na inicial, em cumprimento da exigência prevista no art. 41 do CPP. Assim, dar definição jurídica diversa é alterar a capitulação, isto é a consequência jurídica imputado ao fato na denúncia ou queixa. O fato, evidentemente, há de permanecer o mesmo.

Não se exige, então, a adoção de quaisquer providências instrutórias, bastando a prolação da sentença com a capitulação jurídica (do fato) que parecer mais adequada ao juiz. Nem mais, nem menos, sobretudo porque o réu não se defende da capitulação, mas da imputação prática de conduta criminosa. Por isso, ainda que nova definição jurídica resulte pena mais grave, não haverá qualquer prejuízo à defesa (pelo menos em face do Direito)<sup>1</sup>.

Note-se que, da aplicação da regra do artigo 383 do Código de Processo Penal, podem ocorrer três hipóteses: a) a situação do réu, relativamente à pena que terá que cumprir, não se altera<sup>2</sup>; b) modifica-se para melhor<sup>3</sup>; c) modifica-se para pior<sup>4</sup>.

Há, no entanto, duas correntes quanto à aplicação desse preceito, sem tomar qualquer outra providência, senão a da correção da capitulação na sentença.

Grande parte da doutrina<sup>5</sup> sustenta que não há qualquer limitação à aplicação da *emendatio libelli*, por não haver surpresa para a defesa, uma vez que, como já afirmamos, o

---

<sup>1</sup> PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. Curso de Processo Penal. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. 510 p.

<sup>2</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 18. ed., rev. e atual., principalmente em face da Constituição de 5-10-1988. São Paulo: Saraiva, v. 4, 1997. 233 p.: “Se o Promotor descreve, na peça inicial, um fato que se subsume perfeitamente na moldura do artigo 168 do Código Penal, mas, ao classificar a infração invoca o artigo 155, caput, do mesmo estatuto legal, provado, finalmente, que o fato imputado ao réu foi verdadeiro, o Juiz o condenará nas penas do artigo 168, caput, caso em que a pena não se altera, pois os crimes de furto simples e de apropriação indébita referida no caput do artigo 168 são absolutamente iguais”.

<sup>3</sup> Ibidem. 232 p.: “Se o Promotor, na peça acusatória, salienta que Tício adquirira de Mévio coisa produto de crime e, embora desconhecendo sua proveniência ilícita, deveria prever, ante a desproporção entre o valor e o preço, ter sido obtida por meio criminoso, e, por tal fato, o denuncia como incurso nas penas do artigo 180, caput, do Código Penal, poderá o Juiz condena-lo às penas do artigo 180, § 1.º. Neste caso, a pena diminui”.

<sup>4</sup> Ibidem. 232-233 p.: “Se a peça acusatória dissesse que o receptor sabia da proveniência ilícita e, mesmo assim, adquirira a coisa, pagando um preço desproporcional ao valor e, por isso, capitulasse o fato no § 1.º do artigo 180, o Juiz poderia condena-lo às penas do artigo 180, caput, a situação do réu ficaria agravada”.

<sup>5</sup> Nesse sentido, GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. 287-288 p.; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 18. ed., rev. e atual., principalmente em face da Constituição de 5-10-1988. São Paulo: Saraiva, v. 4, 1997. 233-234 p.; MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo penal. 13. ed., rev. e atual. até dezembro de 2001. São Paulo: Atlas, 2002. 453-454 p., dentre outros.

acusado se defende dos fatos perfeitamente descritos na peça acusatória e não de sua capitulação jurídica.

Nesse sentido, escreve Eduardo Espínola Filho:

Tanto faz não influa a nova definição jurídica do fato para aumento ou diminuição da pena, ou importe em exasperação ou abrandamento da situação do réu, nenhuma surpresa resulta para ele, pois o fato, pelo qual é punido, é o mesmo narrado na denúncia, sem ter havido a referência nova de qualquer circunstância elementar, essencial, que naquela peça não estivesse contida já, explícita ou implicitamente<sup>1</sup>.

Por outro lado, há doutrinadores, como POZZER<sup>2</sup>, que acreditam que a concepção de que o acusado se defende apenas dos fatos imputados não é de todo correta. Para eles, existem situações em que o erro da classificação do delito, estranho na denúncia ou queixa, pode provocar prejuízos à defesa e, conseqüentemente, a nulidade absoluta da sentença, uma vez que o processo penal possui também função processual de garantia dos acusados para persecução penal e, portanto, incompatível com qualquer surpresa<sup>3</sup>.

Pozzer, acrescenta que a exigência do acusador de proceder à classificação do crime, na denúncia ou queixa, se dá, não somente para a verificação das possíveis medidas cautelares, competência ou da forma procedimental, como também, para que o acusado

---

<sup>1</sup> ESPINOLA FILHO, Eduardo. Código de processo penal brasileiro anotado. 4. ed. Rio de Janeiro: Borsói, v. 4, 1965, 80 p.

<sup>2</sup> Cf. POZZER, Benedito Roberto Garcia. Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCrIm, 2001, 152 p.: “A ampla defesa, para ser exercida em sua plenitude, implica permitir ao acusado a livre escolha do seu defensor, podendo eleger aquele que crê mais especializado, na defesa técnica da infração, pelo qual é acusado, por exemplo. A errônea capitulação, com possibilidade de condenação final, por conduta diversa daquela descrita na denúncia ou queixa, poderá causar prejuízo ao acusado, que não pode selecionar o defensor mais preparado. Mais grave ainda ocorre, quando a acusação, para determinado tipo penal, possibilita meios defensivos não previstos para aquele considerado ao final, na sentença. Assim ocorrerá quando alguém é acusado do cometimento de injúria (artigo 140, do Código Penal), segundo a classificação acusatória; para, depois da instrução, ser condenado pelo crime de calúnia ou difamação (artigos 138 e 139, do Código Penal), tanto que narrados. Ninguém poderá negar os danos causados pela simples corrigenda do Magistrado na sentença. Ora, se correta fosse a classificação da denúncia ou queixa, imputando-se calúnia ou difamação, o acusado poderia valer-se da exceção da verdade, ou da retratação, previstas no Código Penal, artigo 138, § 3.º; artigo 139, parágrafo único; e artigo 143. E, demonstrada a verdade dos fatos imputados à vítima, resultaria na absolvição, ou, com a retratação, poderia alcançar a isenção da pena, que lhe foram impedidas pela capitulação equivocada, restando nulo o processo, por não permitir a ampla defesa”.

<sup>3</sup> Nesse sentido: BATISTA, Weber Martins. Direito penal e direito processual penal. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997. 162-163 p.

prepare defesa e possa rebater a acusação por completo, inclusive quanto ao elemento classificação jurídica<sup>1</sup>.

Entretanto, em casos como estes, em que os fatos estão perfeitamente descritos na peça acusatória, estando apenas errada sua capitulação legal, têm decidido nossos tribunais pela aplicação do artigo 383, do Código de Processo Penal, seguindo orientação da doutrina dominante<sup>2</sup>.

### 3.2 – *Emendatio libelli* em segundo grau de jurisdição

Também, em segundo grau de jurisdição, é permitida a correção da classificação jurídica do fato<sup>3</sup>. Há autores que ressaltam que se a *emendatio libelli* importar em aplicação de pena mais grave, o tribunal não poderá dar a nova definição jurídica que implique prejuízo do réu, no caso de recurso exclusivo da defesa, ante a proibição da *reformatio in pejus*<sup>4</sup>.

Para estes, embora possível, a *emendatio libelli* em segundo grau sofre as mesmas limitações pertinentes aos efeitos devolutivos dos recursos, em geral. Vigem aqui a regra da proibição da *reformatio in pejus*, ou reforma para a pior, segundo o qual o julgamento do recurso não poderá ser mais desfavorável que a decisão de primeira instância, em relação à impugnação aviada exclusivamente pelo recorrente. Não havendo recurso do Ministério Público, o tribunal não poderá piorar a situação do acusado com base no recurso por ele interposto. Assim, ainda que o tribunal esteja autorizado a corrigir a capitulação do crime, da emenda não poderá resultar, nunca, aplicação de pena mais grave<sup>5</sup>.

Com a emenda realiza-se, portanto, a correlação do fato ao Direito e, assim, entre o pedido (ou a causa de pedir) e a sentença.

Há outros que sustentam que o tribunal poderá corrigir a capitulação do fato, ainda que isso importe a condenação do réu por um crime mais grave, mas nem por isso a pena poderá

<sup>1</sup> POZZER, Benedito Roberto Garcia. op. cit. 154 p.

<sup>2</sup> Nesse sentido: STJ: “Se a imputação contida na denúncia, implicitamente, permite definição jurídica diversa daquela indicada na denúncia, tem-se a possibilidade de *emendatio libelli* (art. 383 do CPP). Não há, pois, nulidade decorrente da inobservância do mecanismo da *mutatio libelli* (art. 384 do CPP) se a exordial acusatória apresenta narrativa abrangente que admite outra adequação típica” (HC 31525/ES, 5.ª T, Rel. Min. Jorge Scartezini).

<sup>3</sup> Nesse sentido: STF: “A *emendatio libelli* – a peça acusatória, não obstante descrever com precisão o fato concreto, empresta-lhe qualificação legal diversa (CPP, art. 383) – pode ser praticada pelo Tribunal de 2.º grau, por isso que ela não se confunde com a *mutatio libelli* (CPP, art. 384), objeto da súmula 453-STF” (HC 74009/MS, 2.ª T, Rel. Min. Carlos Velloso); STJ: “É possível *emendatio libelli* no segundo grau de jurisdição” (HC 12808/SP, 6.ª T, Rel. Min. Fontes de Alencar).

<sup>4</sup> Nesse sentido: CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 7. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001. 372 p.; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. 499 p.

<sup>5</sup> PACHELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. Curso de Processo Penal. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. 510 p.

ser agravada se a acusação, ainda que implicitamente, conformou-se com a sanção estabelecida na instância inferior. Assim, não tendo havido recurso da acusação, o tribunal corrige a classificação, mas não pode aumentar a pena<sup>1</sup>.

### 3.3 - *Emendatio libelli* e Desclassificação

Fenômeno que é regido pelas mesmas regras é o da desclassificação<sup>2</sup>, que se opera com o reconhecimento da existência de um crime menos grave cujos elementos fáticos estão integralmente contidos na descrição da denúncia ou queixa, como por exemplo, de roubo para furto.

Se, porém, a infração menos grave tiver um elemento sequer não contido na mais grave, ou seja, se não se subsume inteiramente àquele, não pode haver desclassificação sem que se submeta o caso à disciplina do artigo 384, do Código de Processo Penal, porque não estando o fato imputado na denúncia ou queixa, o Juiz não pode reconhecer sua existência sem antes dar oportunidade ao acusado de defender-se em face dela<sup>3</sup>.

A desclassificação de crime doloso para o crime culposos somente é possível se a peça acusatória contiver elementos fáticos que possam também significar conduta culposa. Na ausência dessa condição, deve-se proceder nos termos do artigo 384, do Código de Processo Penal.

Além disso, é possível a desclassificação quando a defesa a pleiteia expressamente<sup>4</sup>. Nesse caso, ela assume a culpa do crime menos grave que altera a classificação do delito, não havendo, desse modo, qualquer surpresa para a defesa a aplicação da regra da *emendatio libelli*.

<sup>1</sup> Nesse sentido: GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. 288 p.

<sup>2</sup> STJ: “Réu denunciado pelos crimes de estelionato e de apropriação indébita e condenado pelo crime de falsidade ideológica. Falta de intimação do acusado em face da desclassificação: cerceamento de defesa não configurado. 1. Ocorre *emendatio libeli* (CPP, art. 383) e não *mutatio libeli* (CPP, art. 384) quando o réu é denunciado pelos crimes de estelionato e de apropriação indébita, porém resulta condenado por falsidade ideológica, uma vez que a denúncia descreve perfeitamente o fato delituoso mas nela consta qualificação penal diversa. 2. A nova tipificação emprestada pelo Juízo, em face da instrução processual, não constitui cerceamento de defesa ou oblição ao devido processo legal, porquanto o acusado se defende dos fatos narrados na denúncia e não do delito nela qualificado. 3. Hipótese em que falta de intimação do acusado, em face da desclassificação do delito, não configura cerceamento de defesa. 4. *Habeas corpus* indeferido” (HC 73389/SP, 2.<sup>a</sup> T, Rel. Min. Maurício Corrêa).

<sup>3</sup> GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. 288 p.

<sup>4</sup> *Ibidem*. 288 p.

No mais, quando da prolação da sentença o Juiz vislumbra nova classificação jurídica do fato imputado, que determinaria rito processual mais amplo, deve se converter o julgamento em diligência, possibilitando a manifestação das partes (artigo 499, do Código de Processo Penal), como forma de garantir o regular processo, com respeito ao contraditório e a ampla defesa<sup>1</sup>.

### 3.4 - *Emendatio Libelli* e a Ampla Defesa

Por fim, adentremos na questão da ampla defesa no que toca o instituto da *emendatio libelli* em segundo grau de jurisdição.

Abalizada doutrina (aliais em obra de muitos méritos) sustenta que, mesmo na *emendatio libelli*, o juiz deveria baixar os autos à defesa, para que essa, se manifeste acerca da possível modificação da classificação jurídica do fato (BADARÓ, 2000), com exigência do princípio da ampla defesa.

Ainda que sedutora a tese, logicamente conformada com o apontado princípio da ampla defesa, Eugênio Pacelli de Oliveira não concorda. Tratando-se de questão unicamente de direito (adequação do fato narrado à norma), o acusado poderá dela defender-se amplamente junto as instâncias recursais, incluindo-se a matéria entre aquelas devolvidas ao conhecimento dos tribunais, por força dos efeitos do apelo eventualmente aviado. Mais: feita a imputação, seja pelo Ministério Público, seja pelo particular, o réu deve manifestar-se não só sobre a existência do fato, mas da adequação de fato à uma norma penal. Os órgãos acusatórios não detém o poder ou a prerrogativa de escolher a definição jurídica do fato. Essa é uma missão constitucionalmente atribuída ao Judiciário; por isso, a defesa a de voltar-se para o ordenamento jurídico, e não para a escolha, eventualmente malsucedida, feita pelo responsável pela acusação. Por ultimo, a hipótese representaria fracionamento temporal da sentença, na medida em que já anunciaria, em boa medida, o convencimento judicial.

Naturalmente, quando da *emendatio libelli* puder resultar modificação do rito procedimental, e em prejuízo da ampla defesa, o caso será de nulidade do processo,

---

<sup>1</sup> PIMENTEL, José Eduardo de Souza. *Emendatio e mutatio libelli* no sistema acusatório. São Paulo, 2003. Disponível em: <[http://geocities.yahoo.com.br/je\\_pimentel/](http://geocities.yahoo.com.br/je_pimentel/)> Acesso em: 02/09/04.

exatamente por essa razão (violação da ampla defesa) e não por suposta invalidade abstrata da *emendatio*<sup>1</sup>.

### 3.5 - *Mutatio libelli* anterior à reforma de 2008

Ao proferir a sentença final, pode o Juiz reconhecer a possibilidade de nova definição jurídica do fato, isto é, pode identificar elementos ou circunstâncias fáticas, aos quais a denúncia ou queixa não fez menção<sup>2</sup>.

Destarte, a *mutatio libelli*, ou seja, a mudança da imputação, corresponde à alteração do fato descrito na petição acusatória, em consequência da prova existente nos autos de circunstância ou elementar, não contida, explícita ou implicitamente<sup>3</sup>, na petição inicial (antigo artigo 384 e parágrafo único do Código de Processo Penal).

A expressão anteriormente utilizada pelo legislador - circunstância elementar<sup>4</sup> - abrange tanto as elementares (elementos do tipo penal) como as circunstâncias legais especiais (qualificadoras, causas de aumento e diminuição de pena), ficando excluídas somente as agravantes e atenuantes, porque quanto àquelas, existe expressa disposição, permitindo ao Juiz conhecê-las, ainda que não alegadas na inicial (artigo 385, do Código de Processo Penal), e, quanto às últimas, por absoluta desnecessidade<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. Curso de Processo Penal. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. 510 p.

<sup>2</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 18. ed., rev. e atual., principalmente em face da Constituição de 5-10-1.988. São Paulo: Saraiva, v. 4, 1997. 234 p.

<sup>3</sup> Cf. GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. 289 p.: “Fato contido implicitamente na denúncia significa a circunstância de fato que, apesar de não referida verbalmente na peça inicial, é compreendida nos conceitos nela expressos. Assim, por exemplo, se a denúncia imputar matar, implicitamente está imputado causar lesão corporal; ou, se descreve subtrair para si coisa alheia, está implicitamente também afirmando causar prejuízo a outrem, e assim por diante”.

<sup>4</sup> Cf. JESUS, Damásio E. Direito penal. São Paulo: Saraiva, 1.999. 552 p.: assim distingue elementar de circunstância: “Quando, diante da figura típica, excluindo-se determinado elemento, o crime desaparece ou surge outro, estamos em face de uma elementar. Quando, ao contrário, excluindo-se determinado elemento, nem desaparece o crime considerado, nem surge outro, estamos em frente a uma circunstância”.

<sup>5</sup> FERNANDES, Antônio Scarance, GOMES FILHO, Antônio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. As nulidades no processo penal. 6. ed. rev. ampl. e atual. com nova jurisprudência e em face da lei 9.009/95 e das leis de 1996, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 220 p.



Importante ressaltar que esse artigo se referia 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<sup>1</sup>.

Com efeito, o Código de Processo Penal antes da reforma disciplinava o instituto da *mutatio libelli* no artigo 384 e previa três hipóteses resultantes da nova definição jurídica do fato, sendo duas delas no caput e a outra no parágrafo único deste mesmo artigo, estabelecendo os procedimentos a serem adotados pelo Juiz, pois este não pode, na ocasião da sentença, admitir as circunstâncias ou elementares fáticas novas como existentes alterando o que foi inicialmente proposto, sem que se dê oportunidade de defesa ao acusado.

No mais, convém salientar que a fase do artigo 384 é a última oportunidade para se fazer à adequação da imputação à realidade fática. Isso ocorre, na lição de Vicente Greco Filho, por duas razões: a) porque o procedimento não pode ser adotado em segundo grau de jurisdição, pois haveria supressão de um grau de jurisdição quanto a uma elementar<sup>2</sup>; b) porque a absolvição sobre o fato fará coisa julgada material sobre o fato inteiro, ainda que não julgado por inteiro<sup>3</sup>.

### **3.6 - A antiga *mutatio libelli*: sem aditamento**

Se a circunstância nova conduz à possibilidade de existência de um crime de pena igual ou menor, o Juiz deverá baixar os autos para que a defesa, se quiser, fale e produza prova no prazo de 8 (oito) dias, podendo ser ouvidas até 3 (três) testemunhas (antigo artigo 384, caput, Código de Processo Penal).

Note-se, que essa regra é de exclusiva atribuição do Juiz, dispensando o aditamento à petição acusatória, porque é ele próprio quem aponta a nova circunstância ou elementar de

---

<sup>1</sup> Neste sentido: “O artigo 384, parágrafo único, do CPP não admite seja a acusação ampliada a novos fatos através do aditamento à denúncia. Entre nós a *mutatio actionis* está restrita à nova definição jurídica do fato constante da imputação inicial, não à correção de equívocos na incriminação, à apresentação de nova imputação, providências que são compatíveis apenas com a propositura de nova ação penal” (RT 725/540).

<sup>2</sup> Cf. dispõe a súmula 453 do STF: “Não se aplicam à segunda instância o artigo 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”.

<sup>3</sup> GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. 290 p.

fato que entendeu provada<sup>4</sup>. Por outro lado, esse instituto não impede que o acusador (Ministério Público ou querelante) realize o aditamento.

Essa hipótese pode ocorrer tanto em infrações de ação penal de iniciativa pública quanto em infrações penais de iniciativa exclusivamente privada, conforme estabelece o caput do antigo artigo 384, do Código de Processo Penal, sendo pacífico na doutrina esse entendimento<sup>1</sup>.

Pois bem. Após breve explicação sobre o procedimento do caput do artigo 384 anterior as modificações, teceremos algumas considerações sobre a aplicação dessa regra no processo penal de modelo acusatório.

Da leitura do caput do antigo artigo 384, do Código de Processo Penal, observa-se que esse instituto, além de dispensar o aditamento da denúncia ou queixa quando houver *mutatio libelli* para beneficiar o réu (regra que pode, no caso concreto, causar prejuízos irreparáveis para o acusado), admite a possibilidade de uma imputação implícita<sup>2</sup>.

Assim, antes, pela aplicação dessa regra admite-se que, se um homem for acusado do crime de estupro por ter, segundo a denúncia, “constrangido mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”, não poderá o Juiz condená-lo pelo atentado violento ao pudor se não ficar comprovada a conjunção carnal, podendo apenas condená-lo pela prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal. Entretanto, o acusado não pode ser condenado por fato não descrito expressamente na petição acusatória, por afronta aos princípios da ampla defesa e do contraditório, que pressupõem, como já dissemos, o conhecimento preciso dos termos da imputação. No caso em tela, o réu não se defendeu da prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal. A idéia de que este crime está implícito no de estupro, cogita de surpresa para a defesa, e, conseqüentemente, impõe a nulidade da sentença<sup>3</sup>.

---

<sup>4</sup> Ibidem. 289 p.

<sup>1</sup> Nesse sentido: GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. 290-291 p.; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 18. ed., rev. e atual., principalmente em face da Constituição de 5-10-1.988. São Paulo: Saraiva, v. 4, 1997. 238 p.; ESPINOLA FILHO, Eduardo. Código de processo penal brasileiro anotado. 4. ed. Rio de Janeiro: Borsó, v. 4, 1965, 93-94 p., dentre outros.

<sup>2</sup> JARDIM, Afrânio Silva. A imputação alternativa no processo penal. In Justitia, v. 131. São Paulo: Ministério Público de São Paulo, 1985, 383 p.

<sup>3</sup> RANGEL, Paulo. O garantismo penal e aditamento a denúncia. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto125.htm>>

Com efeito, para assegurar a efetividade do contraditório e ampla defesa, inaceitável acusação implícita, isto é, subentendida. Desse modo, vedada denúncia ou queixa com imputação que não seja explícita, pois o Código de Processo Penal, em seu artigo 41<sup>1</sup>, exige exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, ou seja, exige que a petição acusatória seja explícita para que o acusado possa se defender dos fatos a ele imputados.

Outra consideração a ser feita, diz respeito à aplicação dessa regra, isto é, em como deve o Juiz se manifestar quando dá vista à defesa. É certo que o Magistrado, justificando previamente a alteração, não deverá antecipar seu julgamento. Por outro lado, tem o réu o direito de saber porque há a possibilidade de condenação diversa daquela formulada pela acusação. Deve o Juiz, portanto, de maneira singela, sem aprofundamento, sem avaliação prévia, mencionar quais são as circunstâncias que, em face da prova, podem alterar a definição jurídica do fato. Isso porque, a manifestação judicial muito genérica, vazia, prejudica a ampla defesa e o contraditório, podendo dar causa a nulidade<sup>2</sup>.

Nesse sentido, decidiu o TACrimSP (JTACrim 90/368) que o Juiz deve esclarecer “qual a prova e circunstância elementar não contidas explícita ou implicitamente na denúncia” e, se deixa de fazê-lo, “nulo é o despacho, porque a acusação deve ser certa, para que o réu possa se defender amplamente”.

Destarte, admitindo-se, como o acórdão, que há uma nova acusação resultante da providência do Juiz, torna-se difícil conciliar a regra do caput do antigo artigo 384, do Código de Processo Penal, com os princípios da inércia da jurisdição, com a adoção do sistema acusatório e com a norma do artigo 129, inciso I, da Constituição Federal, que estabelece como função privativa do Ministério Público promover a ação penal pública<sup>3</sup>.

E essa é outra questão que nos propomos a refletir.

---

<sup>1</sup> Artigo 41, do CPP - “A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol de testemunhas”.

<sup>2</sup> FERNANDES, Antônio Scarance, GOMES FILHO, Antônio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. As nulidades no processo penal. 6. ed. rev. ampl. e atual. com nova jurisprudência e em face da lei 9.009/95 e das leis de 1.996. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 221 p.

<sup>3</sup> PIMENTEL, José Eduardo de Souza. *Emendatio e mutatio libelli* no sistema acusatório. São Paulo, 2003. Disponível em: <[http://geocities.yahoo.com.br/je\\_pimentel/](http://geocities.yahoo.com.br/je_pimentel/)> Acesso em: 02/09/04.

Ora, ao apontar circunstâncias ou elementares fáticas não contidas na denúncia ou queixa<sup>4</sup>, o Juiz está assumindo a posição que é inerente ao Ministério Público, usurpando a função reservada pela Constituição da República ao Promotor de Justiça. Note-se que, nesse momento, o Juiz já não é imparcial, gerando manifesto desequilíbrio entre os litigantes, mesmo porque, é a inércia da jurisdição que garante a imparcialidade do Magistrado.

Desse modo, cumpre-nos indagar se a aplicação dessa regra pelo Juiz se coaduna com o modelo de processo acusatório adotado pela Constituição Federal, em que as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a pessoas distintas, de modo a garantir a igualdade das partes (acusadora e acusada), com plena efetividade da ampla defesa e do contraditório, perante um Juiz isento e equidistante.

Entretanto, admitindo-se que o Juiz corrija a imputação, já não há mais que se falar em sistema acusatório puro, havendo na aplicação desse instituto um resquício do procedimento de ofício<sup>2</sup>, com possível ofensa ao modelo processual adotado pelo constituinte, que, como visto, é o único que contempla as garantias antes mencionadas<sup>3</sup>.

Sendo assim, para que se efetive o respeito pleno ao sistema acusatório e aos princípios que o regem, quando surgir no curso do processo, circunstância ou elementar, não contida, explícita ou implicitamente, na petição acusatória, que conduza à possibilidade de existência de um crime de pena igual ou menor a do delito imputado inicialmente, cabia ao representante do Ministério Público (ou querelante) aditar a denúncia ou queixa, sem qualquer provocação, para alterar a narração jurídica do fato e não ao Juiz mudar a imputação, mesmo porque, “quem define o *thema decidendum* é sempre quem tem a iniciativa da ação penal”<sup>4</sup>.

Grande parte da doutrina sustentava, entre a aplicação do caput, do antigo artigo 384 do Código de Processo Penal, porque admite que o modelo de processo misto, que conjuga características dos procedimentos acusatório e inquisitivo, não é incompatível com a forma de processo definida na Constituição Federal<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Cf. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo pena. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. 504 p.: “na ação privada, o Magistrado, tomando tal providência, altera a narração jurídica do fato, cuja iniciativa é do querelante”.

<sup>2</sup> GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. 289 p.

<sup>3</sup> PIMENTEL, José Eduardo de Souza. *Emendatio e mutatio libelli* no sistema acusatório. São Paulo, 2003. Disponível em: <[http://geocities.yahoo.com.br/je\\_pimentel/](http://geocities.yahoo.com.br/je_pimentel/)> Acesso em: 02/09/04.

<sup>4</sup> SILVA, Marco Antônio Marques da. Acesso à justiça e estado democrático de direito. São Paulo: J. de Oliveira, 2001. 103 p.

Note-se que o Código de Processo Penal anterior à reforma seguia também essa orientação, tanto que confere ao Juiz a possibilidade de determinar diligências necessárias para dirimir dúvidas sobre pontos relevantes da causa, sanar qualquer nulidade ou suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade (cf. artigos 156 e 502), além de poder invocar o artigo 28, para provocar a manifestação do Procurador-Geral de Justiça, quando o Promotor de Justiça formular pedido de arquivamento do inquérito policial.

Mas nem por isso equivale afirmar que o Código de Processo Penal mantinha com o ordenamento constitucional relação de compatibilidade vertical, isto é, que a lei ordinária é compatível com a Constituição da República, que, por sua vez, é superior as demais normas<sup>1</sup>.

Por outro lado, argumenta-se que o Juiz penal não pode ficar a mercê das partes, devendo, mediante atividade inquisitiva, buscar a verdade atingível dos fatos, pois, afinal, o julgador deve conhecer não só os fatos principais, narrados na peça acusatória, como também todas as circunstâncias e elementos acidentais, que agravem ou atenuem a lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal, sem contudo deixar de proporcionar ao acusado a ampla defesa e o contraditório<sup>2</sup>.

Em que pese Pozzer defenda esse entendimento, acredita que a regra do caput do antigo artigo 384, do Código de Processo Penal, não foi recepcionada pela Constituição Federal, isso porque o artigo 129, inciso I, reservou, como função institucional, privativa do Ministério Público, promover a ação penal de iniciativa pública, não podendo o Juiz usurpar funções, pois sua atividade é supletiva a das partes e não substitutiva<sup>3</sup>.

### **3.6 - A antiga *mutatio libelli*: com aditamento**

Por outro lado, se a circunstância ou elementar puder levar a caracterização de crime mais grave, o Juiz deverá baixar os autos para que o Ministério Público possa aditar a

<sup>5</sup> Cf. GRECO FILHO, Vicente. op. cit. 290 p.: “O artigo 384 é um resquício do procedimento de ofício e, ainda que indesejável num sistema acusatório puro, justifica-se para os crimes de ação pública, nos quais é compreensível algum inquisitivismo do Juiz, inclusive em virtude da indisponibilidade da ação penal pública”.

<sup>1</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 18. ed., rev. e atual., principalmente em face da Constituição de 5-10-1988. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1997. 68 p.

<sup>2</sup> POZZER, Benedito Roberto Garcia. Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCrim, 2001, 156-157 p.

<sup>3</sup> Ibidem. 161-162 p.

denúncia ou a queixa, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública (antigo artigo 384, parágrafo único, do Código de Processo Penal).

Note-se que a antiga redação do parágrafo único do artigo 384 é expressa no sentido de que o aditamento somente será possível se o crime for de ação pública, pouco importando se o processo foi instaurado por meio de denúncia ou queixa subsidiária, e, mesmo nesta última hipótese, somente o órgão do Ministério Público é que poderá fazê-lo.

Há autores que admitiam a possibilidade de aditamento na ação penal exclusivamente privada, por entenderem que não houve expressa, mas implícita proibição na lei, devendo, portanto, ser invocada a analogia<sup>1</sup>.

Greco Filho, por sua vez, sustentava não ser correta essa afirmação, por entender que a exclusão da possibilidade de aplicação do parágrafo único do antigo artigo 384 aos crimes de ação exclusivamente privada foi proposital, não podendo a eles estender-se o dispositivo em comento<sup>2</sup>.

Entretanto, grande parte da doutrina admitia que, se surgisse, no curso da instrução de crime de ação exclusivamente privada, circunstância elementar que conduza a existência de crime mais grave, também de iniciativa exclusivamente privada, desde que não tumultuasse o procedimento, cabia o aditamento espontâneo do querelante, inclusive o pessoal, ressalvada a decadência. Isso porque, nos crimes de ação penal privada prevalecem a disponibilidade e a oportunidade do processo, de modo que se o ofendido não toma a iniciativa de trazer todo o fato ao exame do Judiciário, o Juiz não poderia provocar o aditamento nem pelo ofendido nem pelo Ministério Público<sup>3</sup>.

De qualquer modo, pelo procedimento do parágrafo único do antigo artigo 384, do Código de Processo Penal, o Juiz devia baixar os autos ao Ministério Público para que este pudesse aditar a denúncia ou queixa subsidiária. É certo que esse despacho não deve antecipar o julgamento, nem conter determinação ao Ministério Público, valendo, aqui, as mesmas

---

<sup>1</sup> Cf. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 18. ed., rev. e atual., principalmente em face da Constituição de 5-10-1988. São Paulo: Saraiva, v. 4, 1997. 240 p.

<sup>2</sup> Cf. GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. 290 p.

<sup>3</sup> Cf. Jaques de Camargo, RIBAS, Júlio César, UZEDA Clóvis Almir Vital de. O aditamento no processo penal. São Paulo: Saraiva, 1992. 23 p.; GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. 290-291 p.; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 18. ed., rev. e atual., principalmente em face da Constituição de 5-10-1988. São Paulo: Saraiva, v. 4, 1997. 240 p.

considerações feitas sobre como devia o Juiz se manifestar quando dá vista à defesa, na hipótese do caput desse mesmo artigo.

Importante ressaltar, que o Promotor de Justiça não estaria obrigado a aditar a petição acusatória. Assim, segundo a doutrina dominante, o Juiz poderia invocar o artigo 28, do Código de Processo Penal, para que sobre o caso se manifeste o Procurador-Geral de Justiça. Este, poderia aditar a peça inicial, designar um outro representante do Ministério Público para fazê-lo ou mesmo também entender não ser caso de aditamento, hipótese em que restaria ao Juiz absolver o acusado ou condená-lo nos termos pedidos na denúncia<sup>1</sup>.

Em sentido contrário, entendia Pozzer que em caso de negativa de aditamento pelo órgão acusador, o julgamento deveria ser procedido de imediato, sem qualquer outra providência, absolvendo-se o acusado se as provas não demonstrem ter cometido o crime imputado. Isso porque, o controle do artigo 28, do Código de Processo Penal, refere-se à demanda e a recusa de aditamento é ato posterior ao exercício da demanda, não podendo, portanto, ser invocado pelo Juiz, por analogia<sup>2</sup>.

Importante ressaltar que, em qualquer das hipóteses, o representante do Ministério Público, independente de provocação judicial, poderia aditar a denúncia ou queixa subsidiária, quando se convencesse de nova definição jurídica do fato, em consequência da prova existente nos autos de circunstância ou elementar, não contida na peça acusatória, o que é sempre desejoso, pois se coaduna com o sistema acusatório de processo e preserva a imparcialidade do Juiz.

Uma vez aditada a denúncia, seja por provocação do Magistrado, seja por iniciativa do Promotor de Justiça, abrir-se-ia vista à defesa, no prazo de 3 (três) dias, para que ela se manifestasse sobre o aditamento e se quisesse, produziria prova contra a nova imputação (antigo parágrafo único do artigo 384, do Código de Processo Penal).

---

<sup>1</sup> Cf. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 18. ed., rev. e atual., principalmente em face da Constituição de 5-10-1988. São Paulo: Saraiva, v. 4, 1997. 240 p.; Jaques de Camargo, RIBAS, Júlio César, UZEDA Clóvis Almir Vital de. O aditamento no processo penal. São Paulo: Saraiva, 1992. 15 p.; MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo penal. 13. ed., rev. e atual. até dezembro de 2001. São Paulo: Atlas, 2.002. 456 p.

<sup>2</sup> POZZER, Benedito Roberto Garcia. Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCrim, 2001, 168-169 p.

Note-se que o prazo concedido à defesa nessa hipótese era menor daquele constante na outra, o que poderia indicar certo descompasso nos procedimentos dessa regra.

Entretanto, o prazo do antigo parágrafo único do artigo 384 era na verdade maior. Isso porque, a este se deve dar a interpretação de que o tríduo concedido à defesa, em casos tais, é para dizer sobre o aditamento e referir a prova nova de que dispõe, produzindo-se esta em tempo igual ao da dilação probatória ordinária, ao passo que no caput do antigo artigo 384, o prazo estabelecido era para que a defesa fale e se quisesse, produziria sua prova nova em 8 (oito) dias<sup>1</sup>.

Superada essa fase e a de alegações finais das partes, o acusado poderia ser condenado tanto pela imputação inicial, que subsiste, como pela nova imputação decorrente do aditamento. Nesse sentido, interessante julgado do Supremo Tribunal Federal:

*Habeas corpus. Denunciado o réu como incurso no artigo 171, do Código Penal, converteu o Juiz o julgamento em diligencia, em face do artigo 384, parágrafo único, do Código de Processo Penal, para que o Ministério Público pudesse aditar a denúncia, acusando o denunciado de infração ao artigo 297 do Código Penal. Na sentença, o réu foi condenado por infringir o artigo 171, do Código Penal. Exegese do artigo 384 parágrafo único, do Código de Processo Penal. Nessa hipótese, não fica o juiz pedido 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". (Rel. Ministro Néri da Silveira)<sup>2</sup>.*

Sendo assim, após o aditamento, o acusado poderia se deparar com uma imputação alternativa, na medida em que o Juiz apreciaria as duas condutas imputadas (a narrada na

---

<sup>1</sup> ESPINOLA FILHO, Eduardo. Código de processo penal anotado. 7. ed. Rio de Janeiro: Borsó, v. 3, 1965. 112-113 p.

<sup>2</sup> Revista Trimestral de Jurisprudência do STF, v. 104. 1.047 p.



denúncia e a atribuída ao réu no aditamento), sendo que o acolhimento de uma delas levaria, necessariamente, a rejeição da outra<sup>1</sup>.

Entretanto, embora a imputação fosse alternativa, a acusação é determinada e os fatos seriam atribuídos ao réu de forma concreta. Este saberia de quais condutas está sendo acusado e delas pode amplamente se defender<sup>2</sup>.

Diferente, contudo, se antes da produção da prova e das alegações, houvesse aditamento com alteração da imputação inicial, levando a que o réu se defendesse no processo de fato diverso daquele constante da denúncia ou queixa, hipótese em que ele não poderia ser condenado pela imputação inicial, da qual não se defendeu<sup>3</sup>.

Destarte, sendo possível a condenação alternativa no processo penal pátrio, deveria o acusado rebater ambas as imputações, porque, com o aditamento da peça acusatória, seria ampliado o *thema decidendum*, ao qual estará sempre vinculada a prestação jurisdicional<sup>4</sup>.

### **3.7 - O princípio da correlação entre acusação e sentença e a *mutatio libelli***

Como já foi dito, O princípio da correlação entre acusação e sentença liga-se intimamente ao princípio da ampla defesa, de assento constitucional e, no processo penal, constitui efetiva garantia de defesa do acusado, dando-lhe certeza de que não poderá ser condenado sem que tenha oportunidade de se defender da acusação<sup>5</sup>.

Assim, por ser norma constitucional-processual que desempenha função de garantia, sua violação é causa de nulidade absoluta, devendo ser decretada de ofício, independente de provocação da parte interessada. Isso porque, as garantias constitucionais-processuais, mesmo quando aparentemente postas em benefício da parte, visam em primeiro lugar ao interesse público na condução do processo segundo as regras do devido processo legal<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Nesse sentido: JARDIM, Afrânio Silva. A imputação alternativa no processo penal. In *Justitia*, v. 131. São Paulo: Ministério Público de São Paulo, 1985, 383-384 p.

<sup>2</sup> *Ibidem*. 390 p.

<sup>3</sup> FERNANDES, Antônio Scarance, GOMES FILHO, Antônio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. As nulidades no processo penal. 6. ed. rev. ampl. e atual. com nova jurisprudência e em face da lei 9.009/95 e das leis de 1996. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 222 p.

<sup>4</sup> JARDIM, Afrânio Silva. A imputação alternativa no processo penal. In *Justitia*, v. 131. São Paulo: Ministério Público de São Paulo, 1985. 390 p.

<sup>5</sup> FERNANDES, Antônio Scarance, GOMES FILHO, Antônio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. As nulidades no processo penal. 6. ed. rev. ampl. e atual. com nova jurisprudência e em face da lei 9.009/95 e das leis de 1996. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 219 p.

<sup>6</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido R. Teoria geral do processo. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. 23 p.

Por tudo isso, a inobservância da prescrição do artigo 384, do Código de Processo Penal é causa de nulidade. Nesse sentido:

O princípio da correlação entre a imputação e a sentença representa uma das mais relevantes garantias do direito de defesa, que se encontra tutelado por via constitucional. Qualquer distorção, sem observância do artigo 384, CPP, significa ofensa àquele princípio e acarreta a nulidade da sentença (TJPR – RT 565/383 e TACRSP; JTACRESP 76/271, RJDTACRIM 2/159).

Entretanto, outros problemas surgem do descumprimento dessa regra.

Pois bem. Admita-se que o réu tenha sido acusado de receptação dolosa. O Juiz, entretanto, sem as providências do artigo 384, do Código de Processo Penal, realiza desclassificação na sentença, condenando-o por receptação culposa, o que, como visto, acarretará a nulidade do *decisium*. A acusação pode pleitear a nulidade em grau de recurso e, sendo provido o apelo, os autos retornam para o cumprimento da providência estabelecida no caput do artigo em comento e, conseqüente prolação de outra sentença<sup>1</sup>.

Entretanto, se a acusação não alega a nulidade, o tribunal, mesmo entendendo ser justa a condenação, não pode, em face do prescrito na súmula 160 do STF<sup>2</sup>, declarar nulidade não argüida em prejuízo da defesa. Por outro lado, o tribunal também não pode determinar o cumprimento da exigência do caput do artigo 384, por força da redação do artigo 617, do Código de Processo Penal (que proíbe a *reformatio in pejus*)<sup>3</sup> e entendimento consagrado na súmula 453 do STF<sup>4</sup>, caso em que restará ao tribunal apenas absolver o acusado<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> FERNANDES, Antônio Scarance, GOMES FILHO, Antônio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. As nulidades no processo penal. op. cit. 222 p.

<sup>2</sup> Súmula n.º 160, STF: “É nula a decisão do tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não argüida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício”.

<sup>3</sup> Artigo 617, do CPP: “O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos artigos 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença”.

<sup>4</sup> Súmula n.º 453, STF: “Não se aplicam à 2.ª instância o artigo 384 e parágrafo único do CPP, que possibilitam dar nova definição jurídica ao fato delituoso, em virtude de circunstância elementar não contida explícita ou implicitamente na denúncia ou na queixa”.

<sup>5</sup> FERNANDES, Antônio Scarance, GOMES FILHO, Antônio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. As nulidades no processo penal. 6. ed. rev. ampl. e atual. com nova jurisprudência e em face da lei 9.009/95 e das leis de 1996. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 222 p.

Ora, permitir-se ao tribunal reconhecer a nulidade quando não alegada pela acusação poderia gerar uma situação de desigualdade entre os litigantes, como também prejuízo à ampla defesa, na medida em que não permitiria a participação do acusado no debate acerca da nulidade<sup>1</sup>.

É certo que os tribunais têm ampliado a aplicação da súmula 160, do STF, para hipóteses em que só a defesa recorreu, mas não alegou a nulidade. Assim, no exemplo anterior, se o réu tivesse recorrido e pleiteado a absolvição quanto à receptação culposa, mas não pedisse a declaração de nulidade em virtude da inobservância do caput do artigo 384, do Código de Processo Penal, o tribunal absolveria, visto que não poderia anular em razão da súmula 160, do STF e nem poderia determinar que fossem adotadas as providências do artigo 384, em segundo grau, porque vedada essa alternativa pela súmula 453, do STF<sup>2</sup>.

Pense-se num outro exemplo: na instrução surgem provas que mudam a imputação sem, contudo, alterarem a classificação do fato. Assim, o réu é acusado de homicídio culposo por ter sido imprudente, mas durante a instrução aparecem novas circunstâncias indicando ter havido negligência e não imprudência. Houve, portanto, alteração do fato descrito na petição acusatória. Nesse caso, não pode o Juiz, sob pena de nulidade, condenar o réu, com base nessas novas circunstâncias, por negligência, sem tomar as providências do artigo 384, caput, do Código de Processo Penal ou sem que tenha havido prévio aditamento<sup>3</sup>.

Também, não pode o Juiz condenar o réu por fato não articulado na denúncia e que venha a ficar evidenciado durante o fluir do processo, ou abranger na sentença co-réu não incluído na denúncia, cuja participação venha a ficar evidenciada durante a instrução. Nessas hipóteses, impõe-se nova acusação, por aditamento ou denúncia separada. Se houver aditamento, o réu deve ser citado, realizando-se nova instrução, sob pena de nulidade<sup>4</sup>.

No mais, o parágrafo único do artigo 384, do Código de Processo Penal é aplicado quando a nova definição jurídica importe pena mais grave, caso em que há necessidade de

---

<sup>1</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo pena. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. 635-636 p.

<sup>2</sup> FERNANDES, Antônio Scarance, GOMES FILHO, Antônio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. op. cit. 222-223 p.

<sup>3</sup> FERNANDES, Antônio Scarance, GOMES FILHO, Antônio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. As nulidades no processo penal. 6. ed. rev. ampl. e atual. com nova jurisprudência e em face da lei 9.009/95 e das leis de 1996. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 223 p.

<sup>4</sup> Ibidem. 224 p.

aditamento pelo acusador e de nova oportunidade de defesa ao réu. Caso o Juiz julgue aplicando pena mais grave, sem observância dessa regra, a sentença será nula.

### **3.8 - *Mutatio libelli* no novo CPP**

As alterações ocorridas no artigo 384 do CPP, assim como no artigo 383 do mesmo diploma, objetivaram, obviamente, minimizar os problemas de interpretação gerados pela deficiência do antigo texto do referido dispositivo. A *mutatio libelli* já foi citada por autores como uma das mais autoritárias manifestações do nosso ordenamento processual. A partir da Lei 11.719/08, porém, há que se alterar essencialmente a crítica então dirigida à *mutatio libelli*.

Na ordem anterior à Lei 11.719/08, cabia ao próprio juiz a alteração (*mutatio*) da acusação (*libello*), quando da nova definição jurídica surgisse crime cuja pena fosse igual ou inferior àquela do delito imputado inicialmente ao réu. Daí as inúmeras críticas feitas ao instituto da *mutatio*, que concedia verdadeira iniciativa acusatória ao magistrado em manifesta incompatibilidade com um modelo processual de feição acusatória. Daí também o autoritarismo ao qual se referiam doutrinadores como já foi dito.

O novo texto corrige o antigo defeito, esclarecendo que, independentemente da pena, o novo delito somente poderá ser julgado se promovido o aditamento da acusação pelo órgão do Ministério Público. E, mais, que o juiz ficará adstrito aos termos do aditamento (art.384, §4º, CPP). A *mutatio* agora, então, depende de aditamento, e que somente será feito pelo Ministério Público, não se aplicando às ações penais privadas, a não ser a subsidiária da pública, instaurada em razão de inércia do *parquet* (art. 29, CPP).

O juiz, não concordando com o não aditamento, poderá submeter a questão ao órgão de revisão no âmbito do Ministério Público, aplicando-se a artigo 28 do CPP e artigo 62 da LC 75/93, seguindo-se assim, a lógica do controle judicial de arquivamento de inquérito e de peças de informação.

Além disso, ficou claro que não caberá a *mutatio* para as ações penais privadas, ao contrário do que previa a antiga redação do caput do artigo 384, CPP. A opção é de política legislativa, não havendo, em tese, incompatibilidade do instituto com a iniciativa privada. No

entanto, como a alteração é expressa, não vemos como sustentar a aplicação analógica da *mutatio libelli* nas ações penais privadas.

Há, ainda. Duas outras questões trazidas pela Lei 11.719/08, que não constavam na legislação antecedente.

Consta do art. 384, § 3º, CPP, que os §§ 1º e 2º do art. 383 (*emendatio libelli*) também se aplicariam a essa fase procedimental.

Note-se, por fim, que a regra do art. 384, CPP, somente pode ser aplicada em primeira instância. Admitir o contrário seria permitir que o Tribunal conhecesse de matéria não submetida no primeiro grau, implicando, portanto, supressão de instância. Nesse sentido temos a Súmula 453 do Supremo Tribunal Federal<sup>1</sup>:

STF Súmula nº 453 - 01/10/1964 - DJ de 8/10/1964, p. 3646; DJ de 9/10/1964, p. 3666; DJ de 12/10/1964, p. 3698.

Aplicabilidade à Segunda Instância - Possibilidade de Nova Definição Jurídica a Fato Delituoso - Circunstância Elementar na Denúncia ou Queixa

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.

#### 4 – CONCLUSÃO

A reforma do Código de Processo Penal, indubitavelmente, contribuiu em muito para o esclarecimento de questões antes muito discutidas pela doutrina. A falta de clareza dos antigos artigos 383 e 384 do CPP geravam insegurança jurídica em relação aos aplicadores do direito.

Atualmente, diante de nossas ainda imaturas análises sobre a reforma, parece que o artigo 383, CPP (*emendatio libelli*) teve praticamente todas as suas questões solucionadas.

---

<sup>1</sup> PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. Curso de Processo Penal. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. 510 p.

Apesar de não terem sido feitas alterações bruscas, as modificações foram suficientes para resolver os impasses imediatos em relação ao instituto da *emendatio*.

O mesmo não ocorreu com o artigo 384 do CPP.

Não há dúvida que as mudanças ajudaram em muito para a melhor compreensão da *mutatio*, mas devemos esperar para que a prática realmente assegure que a reforma foi eficiente.

A *mutatio libelli*, por mais esclarecida que seja, sempre será um instituto alvo de polêmicas, pois mesmo distantemente, acaba mitigando princípios constitucionais e isso, a muitos incomoda.

Aliais, algumas questões já começaram a vir a tona.

Seria possível a modificação da ação penal pública para privada em caso de alteração da acusação? Se a alteração tenha como conseqüência a alteração do juiz natural, não poderá o órgão do Ministério Público oficialmente promover o aditamento da peça acusatória, exatamente por faltar-lhe atribuição constitucional para causa (caso inicialmente verificado como crime estadual e posteriormente tido como de competência federal); nesse caso, o que deveria ser feito?

Portanto, em que pese todos os esforços do legislativo para tentar esclarecer de vez os artigos 383 e 384 do CPP, devemos esperar para que os aplicadores e estudiosos do direito analisem ao fundo a questão e assim poderemos tecer todas as questões e verificar a solução cabível a cada uma delas.

## 5 - BIBLIOGRAFIA

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahi. Correlação entre acusação e sentença. São Paulo: RT 2000.

BORGES de Mendonça, Andrey. Nova Reforma do Código de Processo Penal. São Paulo: Método 2008.

CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 7. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido R. Teoria geral do processo. 6. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991.

ESPINOLA FILHO, Eduardo. Código de processo penal anotado. 7. ed., Rio de Janeiro: Borsói, v. 3 e 4, 1965.

FERNANDES, Antônio Scarance, GOMES FILHO, Antônio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. As nulidades no processo penal. 6. ed. rev. ampl. e atual. com nova jurisprudência e em face da lei 9.009/95 e das leis de 1996. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

JARDIM, Afrânio Silva. A imputação alternativa no processo penal. In *Justitia*, v. 131, São Paulo: Ministério Público de São Paulo, 1985.

JESUS, Damásio E. Direito penal. São Paulo: Saraiva, 1999.

MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. São Paulo: Forense, v. 3, 1961.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Regime jurídico do ministério público: análise do ministério público na constituição, na lei orgânica nacional do ministério público, na lei orgânica do ministério público da união e na lei orgânica do ministério público paulista. 5. ed. rev. e ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo penal. 13. ed., rev. e atual. até dezembro de 2001. São Paulo: Atlas, 2002.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Curso completo de processo penal. 6. ed., rev., ampl. e atual. de acordo com a Constituição de 5-10-1988. São Paulo: Saraiva, 1991.

PACELLI de Oliveira, Eugênio. Curso de processo penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PACELLI de Oliveira, Eugênio. Curso de Processo Penal. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008

PIMENTEL, José Eduardo de Souza. *Emendatio e mutatio libelli* no sistema acusatório. São Paulo, 2003. Disponível em:  
<[http://geocities.yahoo.com.br/je\\_pimentel/](http://geocities.yahoo.com.br/je_pimentel/)> Acesso em: 02/09/04.

POZZER, Benedito Roberto Garcia. Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCrim, 2001.

RANGEL, Paulo. O garantismo penal e aditamento a denúncia. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto125.htm>> Acesso em: 30/10/04.

SANCHEZ, Alberto Suárez. El debido processo penal. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 1998.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 18. ed., rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional até a emenda constitucional n.º 27, de 21.3.2000. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Marco Antônio Marques da. Acesso à justiça e estado democrático de direito. São Paulo: J. de Oliveira, 2001.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 18. ed., rev. e atual., principalmente em face da Constituição de 5-10-1988. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1997.