

A EMENDATIO LIBELLI E O CONTRADITÓRIO – A POSIÇÃO DO STF¹

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

Acertadíssima a posição do Supremo Tribunal Federal, nada obstante o caso se tratar de uma “mera” **emendatio libelli** (art. 383 do Código de Processo Penal) e não de uma **mutatio libelli** (art. 384 do Código de Processo Penal).

Como se sabe, esta questão diz respeito ao princípio da correlação entre a acusação e a sentença e “*a correlação entre a imputação e a sentença é uma garantia constitucional assegurada ao réu, pois permite que ele se defenda apenas dos fatos lhe imputados, sendo que a sua inobservância constitui*

¹ **Rômulo de Andrade Moreira** é Procurador-Geral de Justiça Adjunto para Assuntos Jurídicos na Bahia. Foi Assessor Especial da Procuradoria Geral de Justiça e Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais. Ex- Procurador da Fazenda Estadual. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador - UNIFACS, na graduação e na pós-graduação (Especialização em Direito Processual Penal e Penal e Direito Público). Pós-graduado, **lato sensu**, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela Universidade Salvador - UNIFACS (Curso então coordenado pelo Jurista J. J. Calmon de Passos). Membro da Association Internationale de Droit Penal, da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim. Integrante, por quatro vezes, de bancas examinadoras de concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor convidado dos cursos de pós-graduação dos Cursos JusPodivm (BA), Praetorium (MG), IELF (SP) e do Centro de Aperfeiçoamento e Atualização Funcional do Ministério Público da Bahia. Autor das obras “Curso Temático de Direito Processual Penal”, “Comentários à Lei Maria da Penha” (este em coautoria com Issac Sabbá Guimarães), ambas publicadas pela Editora Juruá, 2010 (Curitiba), “A Prisão Processual, a Fiança, a Liberdade Provisória e as demais Medidas Cautelares – Comentários à Lei nº. 12.403/11” e “Os Juizados Especiais Criminais – O Procedimento Sumaríssimo”, ambas publicadas pela Editora LexMagister: Porto Alegre, 2012, além de coordenador do livro “Leituras Complementares de Direito Processual Penal”, publicado pela Editora JusPodivm, 2008 (estando no prelo a 2ª. edição). Participante em várias obras coletivas. Palestrante em diversos eventos realizados no Brasil.

nulidade insanável. (...) O princípio da correlação entre a imputação e a sentença representa uma das mais relevantes garantias do direito de defesa, que se acha tutelado, por via constitucional. Ninguém pode ser punido por fato que não lhe foi imputado. Na medida em que se descreve, com pormenores, um episódio criminoso atribuindo-o a alguém, a denúncia fixa os limites de atuação do Juiz, que não poderá decidir além ou fora da imputação. A sentença espelha, portanto, a imputação, refletindo-a nos seus exatos contornos. Qualquer distorção na imagem significa uma ofensa ao princípio da correlação e acarreta a nulidade da sentença. É fundamental a existência de correlação entre a acusação e sentença, princípio que representa uma das garantias constitucionais do direito de defesa.”²

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

Complementando tal lição, ensina Benedito Roberto Garcia Pozzer que *“a exigência da correlação entre acusação e sentença constitui poderoso instrumento de garantia do direito de defesa no processo penal. Verificada a discordância entre a acusação, fática ou jurídica, e os fatos comprovados, procede-se a correção pelo acusador, restabelecendo o contraditório e a ampla defesa. Acusar, defender e julgar é regra seqüencial, lógica e inafastável, no processo de conhecimento da espécie. Afinal, o mínimo a ser exigido, em qualquer Estado Democrático de Direito, é permitir ao acusado ser julgado, tão-só, pelos verdadeiros fatos e acerca dos quais teve oportunidade de se defender.”⁴*

Assim, os fatos delineados em uma peça acusatória limitam o julgador em seu pronunciamento final que, por sua vez, deve circunscrever-se à narração fática feita pelo órgão acusador e sobre as quais o imputado exercitou o seu amplo direito de defesa. A consonância que a sentença deve guardar com o fato narrado é medida que obstaculiza a ocorrência de julgamentos **extra petita** ou **ultra petita**, a impedir qualquer desobediência ao sistema acusatório assumido pela atual Constituição Federal (art. 129, I). Neste sistema estão perfeitamente definidas as funções de acusar, de defender e a de julgar, sendo vedado ao Juiz proceder como órgão persecutório e, principalmente, gestor da prova. Pelo sistema acusatório, na lição do professor da Universidade de Santiago de Compostela, Juan-Luís Gómez Colomer, *“hay necesidad de una acusación, formulada e mantenida por persona distinta a quien tiene que juzgar, para que se pueda abrir y celebrar el juicio e, consecuentemente, se pueda condenar”⁵*. Por ele proíbe-se *“al órgano decisor realizar las funciones de la parte*

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

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

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

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

acusadora”⁶, “que aqui surge com autonomia e sem qualquer relacionamento com a autoridade encarregue do julgamento”⁷.

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

Ora, se assim o é, conclui-se, com Tourinho Filho, que, “iniciada a ação, quer no cível, quer no penal, fixam-se os contornos da **res in iudicio deducta**, de sorte que o Juiz deve pronunciar-se sobre aquilo que lhe foi pedido, que foi exposto na inicial pela parte. Daí se segue que ao juiz não se permite pronunciar-se, senão sobre o pedido e nos limites do pedido do autor e sobre as exceções e no limite das exceções deduzidas pelo réu. Quer dizer então que, do princípio do **ne procedat ex officio**, decorre uma regra muito importante: o Juiz não pode dar mais do que foi pedido, não pode decidir sobre o que não foi solicitado.”⁹

Logo, se na instrução criminal forem revelados elementos ou circunstâncias não descritos na respectiva peça vestibular, deve o Magistrado, antes de julgar, observar o disposto no art. 384 do Código de Processo Penal (**mutatio libelli**). Daí afirmar Benedito Roberto Garcia Pozzer que, “diante da possibilidade de nova definição jurídica, por fato não contido na denúncia ou queixa, não poderá o julgador determinar, tão-somente, a complementação da defesa. Impõe-lhe, primeiro, determinar o exercício da acusação, um direito do acusado: direito à acusação formal, deduzida pelo acusador oficial ou particular.” Assim, o aditamento se imporá “sempre que [houver] alteração substancial da imputação, fática ou legal”, não podendo o Juiz arvorar-se de acusador, pois “cuida do devido processo penal, antevendo a sentença, mas não substitui as partes.”¹⁰

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

Por óbvio que a **mutatio libelli** (art. 384, CPP) não se confunde com a **emendatio libelli** (art. 383), esta que foi alvo da decisão do Supremo Tribunal Federal acima referida. Pelo segundo dispositivo legal, pode o Juiz

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

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

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

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

¹⁰ Ob. cit. p.162

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

qualificar o fato de maneira diversa da que originariamente feita pelo órgão responsável pela acusação, ainda que com isso acabe por aplicar pena mais grave ao réu, sem que sejam necessárias as precauções exigidas pelo art. 384, pois, como se diz (e até concordo em certa medida), o acusado se defende dos fatos narrados, não estando o julgador vinculado a qualquer qualificação jurídica utilizada pelas partes (**narra mihi factum, dabo tibi jus**).

Novamente, agora respaldando-se nas lições de Tourinho Filho, que didaticamente diferenciou os dois institutos, tem-se que “*se o Promotor, na denúncia, imputa ao réu um crime de furto, e, afinal, apura-se que ele cometeu outro crime completamente diverso (estupro, p. ex.), e não o de furto, não pode o Juiz proferir condenação pelo estupro, que não foi pedida, e muito menos quanto ao furto que não ocorreu. Todavia, se o Promotor, na denúncia, descreve um crime de estupro (que efetivamente ocorreu), mas, ao classificar a infração, tal como exige o art. 41 do CPP, classifica-a como sedução (CP, art. 217), ou furto (CP, art. 155), o Juiz, ao proferir sentença, poderá condenar o réu nas penas do art. 213 (estupro), sem necessidade de qualquer providência, como permitido pelo art. 383 do CPP. Diz-se, até, que, nesse caso, nem existe a **mutatio libelli** (modificação, alteração da peça acusatória), mas sim uma verdadeira **emendatio libelli**. Aí, evidentemente, não há julgamento **ultra petitum**. O Juiz deu aos fatos, tão-somente, a correta classificação. E **jura novit curia**, livre dicção do direito objetivo, porque o Juiz conhece o Direito. Se, por acaso, o Promotor denuncia alguém como incurso nas penas do art. 155, caput, do CP, correspondendo a classificação ao narrado na peça vestibular da ação penal, e, no curso da instrução criminal, apura-se que o réu tinha a precedente posse ou detenção da res, cumpre ao Juiz tomar aquela providência apontada no caput do art. 384 do CPP e, depois, proferir sentença.”¹²*

No Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, já se decidiu que “*o juiz de primeiro grau, com base no art. 383 do Código de Processo Penal, pode dar nova classificação jurídica ao fato definido na queixa ou na denúncia ao prolatar a sentença, prescindindo de aditamento da peça exordial ou mesmo de abertura de prazo para a defesa se manifestar, já que o réu se defende dos fatos narrados pela acusação e não dos dispositivos de lei indicados.*” (STJ – 6ª T. – HC 21.864 – rel. Paulo Gallotti – j. 16.12.2003 – DJU 02.02.2009). Grifo nosso.

Porém, “*o juiz acha-se adstrito ao fato imputado, à classificação jurídico-penal e à sanção cominada par a responsabilização do agente*”¹³, sendo vedado “*julgar fato não imputado, nem alterar a classificação jurídico penal apresentada na denúncia ou queixa. Desta forma, definida a relevância penal, vincula-se à sanção cominada, a ser aplicada nos estritos limites da necessidade e suficiência, para preservação da paz pública.*”¹⁴

Este princípio da correlação encontra fundamento no sistema acusatório e no processo penal garantidor, em que ao acusado é dado o direito de conhecer e defender-se dos fatos a ele imputados; “*qualquer inobservância dessas regras, com conhecimento de fatos não acusados nem contraditados, para*

¹² Ob. cit. p.53

¹³ Correlação entre Acusação e Sentença no Processo Penal Brasileiro. Benedito Roberto Garcia Pozzer. IBCCRIM, São Paulo, 2001.

¹⁴ Idem., pág. 145.

absolvição ou condenação, implicará em incongruência entre a acusação e julgamento. Como consequência temos a nulidade absoluta da sentença penal, por ofensa ao mandamento constitucional, porque manifesto o prejuízo causado pelo desrespeito ao devido processo penal, com todo os seus corolários”¹⁵.

Observemos outra lição de Benedito Roberto Garcia Pozzer:

“Direito de acusação e defesa são inseparáveis e, pela própria importância, reclamam verificação judicial, porque o julgamento incidirá sobre a imputação, fática e legal, da qual não poderá se afastar o julgador.”¹⁶ Arremata o autor, em sua conhecida obra: *“Inconcebível alguém ser acusado por um fato e condenado por outro. A simetria entre acusação e sentença é reclamada como garantia da fidelidade do julgamento judicial, ao fato concreto. Pelo confronto, entre uma e outra, resulta possível a apuração da correspondência. Indispensável, portanto, conhecer cada elemento formador da acusação, para constata-los na sentença”¹⁷.*

Concebido em prol do acusado, o princípio da correlação entre a acusação e o julgamento, por vezes ganha denominação diversa, como, por exemplo, a vedação à sentença incongruente: *“A sentença incongruente, por conseguinte, é sentença que desrespeita a vinculação temática do juiz.”¹⁸*

“Reconhecemos, entretanto, que uma sentença incongruente, embora não obrigatoriamente, via de regra violará tanto o princípio da ação como quanto as garantias do contraditório e da ampla defesa. Isso porque quando o magistrado julga além ou fora do objeto processual, normalmente não comunica as partes processuais dessa inovação de ofício, nem dá chance à Defesa para refutar a nova imputação. Logo, concomitantemente o julgador desrespeita o princípio da ação, o contraditório e a ampla defesa.”¹⁹ Observa-se que o *“princípio da correlação entre imputação e sentença representa uma das mais relevantes garantias do direito de defesa, que se acha tutelado por via constitucional. Qualquer distorção, sem observância do disposto no art. 384, da Lei Processual Penal, significa ofensa àquele princípio e acarreta a nulidade da sentença.”²⁰*

No direito comparado, a garantia da correlação entre acusação e a sentença segue a mesma diretriz aqui exposta; neste sentido é a legislação peninsular: *“Se nel corso dell’istruzione dibattimentale il fatto risulta diverso da como é descrito nel decreto que dispone il giudizio e non appartiene alla competenza di un giudice superiore, il pubblico ministero modifica l’imputazione e procede alla relativa contestazione (...)”²¹*

¹⁵ Idem., pág. 50.

¹⁶ Idem., pág. 127.

¹⁷ Correlação entre Acusação e Sentença no Processo Penal Brasileiro. Benedito Roberto Garcia Pozzer. IBCCRIM, São Paulo, 2001, pág 127.

¹⁸ A sentença Incongruente no Processo Penal. Diogo Rudge Malan, Coordenador: Geraldo Prado, Coleção Pensamento Crítico, Editora Lumen Júris, Rio de Janeiro, 2003, pág . 132.

¹⁹ Idem., pág. 125.

²⁰ Julio Fabbrini Mirabete. Código de Processo Penal Interpretado. Nona Edição, Editora Atlas S.^a São Paulo – 2002, pág. 979.

²¹ A sentença Incongruente no Processo Penal. Diogo Rudge Malan, Coordenador: Geraldo Prado, Coleção Pensamento Crítico, Editora Lumen Júris, Rio de Janeiro, 2003, pág .153.

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

Na doutrina pátria, ainda destacamos a lição de Eugenio Pacelli de Oliveira: “*Enquanto na **emendatio** a definição jurídica refere-se unicamente à classificação dada ao fato, aqui, na **mutatio libelli**, a nova definição será do próprio fato. Não se altera simplesmente a capitulação feita na inicial, mas a própria imputação do fato (...). Assim, uma vez realizada a instrução criminal, se o juiz entender provada a existência de outro fato, não contido (nem implicitamente) na denúncia ou na queixa, poderá ele mesmo alterar a inicial da ação penal, para o fim de nela incluir a circunstância elementar que entendeu provada. Uma observação: circunstância elementar contida implicitamente seria aquela decorrente de simples processo dedutivo, lógico, independentemente, por isso mesmo, de explicitação (...). Na **mutatio**, o que ocorre não é simples alteração do elemento subjetivo da conduta, mas a imputação de ocorrência de novo fato. A espécie de desclassificação que dela surge não decorre também de simples juízo de adequação do fato à norma, mas, repetimos, de nova imputação fáctica.*”²²

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

A propósito, não há devido processo legal sem o contraditório, que vem a ser, em linhas gerais, a garantia de que para toda ação haja uma correspondente reação, garantindo-se, assim, a plena igualdade de oportunidades

²² In Curso de Processo Penal, Ed. Del Rey, 5ª. Edição, págs.493/494

processuais. A este respeito, Willis Santiago Guerra Filho afirma: “*Daí podermos afirmar que não há processo sem respeito efetivo do contraditório, o que nos faz associar o princípio a um princípio informativo, precisamente aquele político, que garante a plenitude do acesso ao Judiciário (cf. Nery Jr., 1995, p. 25). Importante, também, é perceber no princípio do contraditório mais do que um princípio (objetivo) de organização do processo, judicial ou administrativo – e, logo, um princípio de organização de um instrumento de atuação do Estado, ou seja, um princípio de organização do Estado, um direito. Trata-se de um verdadeiro direito fundamental processual, donde se poder falar, com propriedade em direito ao contraditório, ou **Anspruch auf rechliches Gehör**, como fazem os alemães.*” (grifos no original).²³

Segundo Étienne Vergès, a Corte Européia dos Direitos do Homem (CEDH) “*en donne une définition synthétique en considérant que ce principe implique la faculté, pour les parties à un procès pénal ou civil, de prendre connaissance de toutes pièces ou observations présentées au juge, même par un magistrat indépendant, en vue d’influencer sa décision et de la discuter*” (CEDH, 20 févr. 1996, *Vermeulen c/ Belgique*, D. 1997, som. com. P. 208).²⁴

²³ Introdução ao Direito Processual Constitucional, São Paulo: Síntese, 1999, p. 27.

²⁴ Procédure Pénale, Paris: LexisNexis Litec, 2005, p. 35.