

## ***É preciso “mutatio libelli” para desclassificar crime***

Infelizmente ainda se lê em muitos manuais de processo penal e também em acórdãos o seguinte reducionismo: o acusado se defende dos fatos e não da imputação legal. Com base nisso, são recorrentes as “desclassificações” de crime doloso para culposos com a invocação (errônea) do artigo 383 do CPP (*emendatio libelli*) e completa supressão do contraditório. Há uma surpresa argumentativa, desprovida de discussão democrática.

Mas existe esperança, não só pela resistência de boa parte da doutrina processual penal comprometida com a Constituição, mas também de julgadores conscientes da complexidade do tema. Iniciemos pelo seguinte acórdão do STJ, recentemente publicado, que rompendo com o senso comum, tratou de forma séria e correta do tema:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. MUTATIO LIBELLI E DESCLASSIFICAÇÃO DO TIPO PENAL DOLOSO PARA A FORMA CULPOSA DO CRIME. Quando na denúncia não houver descrição sequer implícita de circunstância elementar da modalidade culposa do tipo penal, o magistrado, ao proferir a sentença, não pode desclassificar a conduta dolosa do agente – assim descrita na denúncia – para a forma culposa do crime, sem a observância do regramento previsto no artigo. 384, caput, do CPP. Com efeito, o dolo direto é a vontade livre e consciente de realizar a conduta descrita no tipo penal. A culpa, por sua vez, decorre da violação ao dever objetivo de cuidado, causadora de perigo concreto ao bem jurídico tutelado. A par disso, frise-se que, segundo a doutrina, “no momento de se determinar se a conduta do autor se ajusta ao tipo de injusto culposos é necessário indagar, sob a perspectiva ex ante, se no momento da ação ou da omissão era possível, para qualquer pessoa no lugar do autor, identificar o risco proibido e ajustar a conduta ao cuidado devido (cognoscibilidade ou conhecimento do risco proibido e previsibilidade da produção do resultado típico)”. Nesse passo, a prova a ser produzida pela defesa, no decorrer da instrução criminal, para comprovar a ausência do elemento subjetivo do injusto culposos ou doloso, é diversa. Assim, não descrevendo a denúncia sequer implicitamente o tipo culposos, a desclassificação da conduta dolosa para a culposos, ainda que represente aparente benefício à defesa, em razão de imposição de pena mais branda, deve observar a regra inserta no artigo 384, caput, do CPP. Isso porque, após o advento da Lei 11.719/2008, qualquer alteração do conteúdo da acusação depende da participação ativa do Ministério Público, não mais se limitando a situações de imposição de pena mais grave, como previa a redação original do dispositivo. Portanto, o fato imputado ao réu na inicial acusatória, em especial a forma de cometimento do delito, da qual se infere o elemento subjetivo, deve guardar correspondência com aquele reconhecido na sentença, a teor do princípio da correlação entre acusação e sentença, corolário dos princípios do contraditório, da ampla defesa e acusatório. REsp 1.388.440-ES, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 5/3/2015, DJe 17/3/2015.

Acertada a decisão, mas por que ainda existe resistência e reducionismo? O problema inicia pela adoção, por parte de muitos, do superado brocado (e sem qualquer base constitucional, todo o oposto) “*narra mihi factum, dabo tibi ius*”, segundo o qual, o réu se defende dos fatos aduzidos na acusação e não da capitulação jurídica. Essa posição é criticável, pois desconsidera que o acusado também se defende da imputação jurídica, tanto que obrigatoriamente deve constar da denúncia ou queixa (artigo 41 do CPP). É um reducionismo grosseiro do qual sobre o qual se debruça a ampla defesa. Mas, antes de entrar no tema, é crucial compreender:

— Fato natural = acontecimento da vida  
— Fato penal = tipo penal  
— Fato processual = fato natural + fato penal

Na *emendatio libelli* não existem fatos novos, mas uma mera correção da tipificação legal. Não há aditamento, agindo o juiz de ofício quando da sentença. Para os que defendem a tese de que o réu ‘se defende dos fatos’, o juiz poderia atribuir uma definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar uma pena mais grave.

O conceito de ‘fato processual’ é imprescindível neste tema, evidenciando que sua amplitude conceitual faz com que eventuais mudanças fáticas, irrelevantes para o direito penal, sejam totalmente relevantes para a definição do fato processual, exigindo cuidados para que se produza a mutação sem gerar uma sentença incongruente. A costumeiramente tratada como ‘mera correção da tipificação legal’ não é tão inofensiva assim, pois modifica o fato penal e, por conseguinte, o fato processual. A crítica é feita em três dimensões:

- a) É reducionista e equivocada a visão de que o acusado se defende somente dos fatos, pois a ampla defesa também se ocupa da tipificação legal, havendo flagrante cerceamento a posterior modificação feita somente na sentença;
- b) A maioria das situações em que se usa a *emendatio libelli*, não se trata de mera correção da tipificação, mas sim de desvelamento de nova situação fática a exigir aditamento e *mutatio libelli* (como sói ocorrer na mudança de crime doloso para culposo, etc.);
- c) Trata-se de instituto que não resiste a uma filtragem constitucional, pois viola as regras do devido processo penal, especialmente no que tange ao princípio acusatório, ampla defesa, contraditório e princípio da correlação.

Mas, diante disso, é possível compatibilizar a *emendatio libelli* com a Constituição? Para isso, dois caminhos podem ser seguidos pelo juiz:

- a) Consultar previamente as partes, em nome do princípio constitucional do contraditório, acerca da possível reclassificação do fato (a exemplo “*del planteamiento de la tesis*” do sistema espanhol); “
- b) Intimar as partes, após a *emendatio* para que, em nome do contraditório, conheçam e se manifestem sobre a nova classificação jurídica do fato (havendo, inclusive, reabertura da instrução e novo interrogatório).

É claro que tais cautelas o aproximariam da *mutatio libelli* do artigo 384, mas esse é um caminho inafastável diante das exigências do devido processo penal. Por isso, estamos alinhados com aqueles que pregam a extinção de tal instituto.

Nessa linha, ao contrário do acórdão citado no início, é bastante comum vermos a mutação de doloso para culposo com o uso (errôneo) do artigo 383, quando o correto seria a *mutatio libelli* do artigo 384 com todas as suas exigências. É importante pontuar: a alteração da imputação que tenha como objeto o elemento subjetivo (dolo) ou normativo (culpa) exige a aplicação do artigo 384 com aditamento e contraditório.

Isso porque, tal mudança influi no campo processualprobatório, ou seja, ambos (dolo e culpa) são objetos de descrição na acusação e exigem a produção de prova para sua confirmação/negação. A mutação da acusação de doloso para culposo, ou viceversa, decorre de fatos apurados na instrução, ou seja, de circunstâncias fáticas das quais está o juiz autorizado a extrair uma decisão neste ou naquele sentido. A recusa ao decisionismo faz com que o juiz tenha de fundamentar sua decisão (pelo crime culposo ou doloso) em cima de prova produzida no processo e, ainda, refutável pelas partes (exigência do contraditório e do sistema acusatório).

A rigor, não cabe a modificação de tipo doloso para tipo culposo sem *mutatio libelli*, com como rotineiramente se vê, por exemplo, no crime de receptação, ou, ao menos, a possibilidade de as partes previamente serem informadas dessa hipótese, para que se manifestem sobre a possível desclassificação. Mas essa modificação não 'beneficia' a defesa? Não.

Primeiro, o aparente "benefício" para o réu pode esvair-se se considerarmos que ele foi condenado por uma imputação diversa, da qual não se defendeu e, principalmente, deveria ter-se permitido defesa em relação ao próprio crime culposo. Não há porque conformar-se com essa (pseudo) vantagem se considerarmos que o réu tem o direito de se defender da imputação de crime culposo e dela ser absolvido. Talvez, se lhe tivesse sido oportunizada essa defesa, sequer por crime culposo teria sido condenado. Como explica Oliva Santos,<sup>[1]</sup> ainda que o resultado seja, em aparência, favorável ao acusado, o certo é que se lhe estaria condenando (com a mudança da tipificação) sem que tenha tido a oportunidade de opor-se. Ou seja, na essência, há violação do contraditório e cerceamento de defesa. Logo, há que se ter muita cautela nesse terreno e evitar reducionismos excessivos da problemática.

Em segundo lugar, porque o critério fundante da correlação não é o direito de defesa (ainda que seja muito importante), mas o *contraditório*, como bem se preocupou em explicar Badaró.<sup>[2]</sup> A regra da correlação é, antes de tudo, uma imposição do contraditório, para assegurar o direito de informação e participação das partes como fator legitimante da própria função jurisdicional. Basta recordar a síntese de Fazzalari: processo como procedimento em contraditório, sendo a decisão construída neste espaço do contraditório pleno.

A tese defensiva é uma resistência à pretensão acusatória, não alterando, portanto, o objeto, mas com ele mantendo uma relação de oposição. Sem embargo, a tese defensiva determina a relevância ou irrelevância processual de um dado fático que integra o objeto do processo.

Em suma: pensamos que o juiz não pode condenar o imputado, alterando as circunstâncias instrumentais, modais, temporais ou espaciais do delito, sem dar-lhe ampla possibilidade de defesa em relação a esse fato diverso daquele imputado inicialmente.<sup>[3]</sup> Mesmo que, aparentemente, a desclassificação de crime doloso para culposo, por exemplo, não gere prejuízo para o direito de defesa, essa leitura é superficial e desconsidera que o réu também tem o direito de se defender e (inclusive) ser absolvido da prática do crime culposo. Daí por que fundamental a *mutatio libelli*. Se não for feita a *mutatio* deve o acusado ser absolvido, pois a acusação não foi provada (ou o que foi provado não é aquilo que está na acusação...), sob pena de inevitável violação dos princípios da correlação, contraditório e ampla defesa.

De todas as formas, deve-se dar ouvidos à advertência de Malan<sup>[4]</sup>: caso esteja em dúvida se o fato naturalístico sofreu ou não alteração, deve resolvê-la a favor da modificação, propiciando ao réu a maior amplitude defensiva possível, por injunção do princípio universal do favor rei. Se não modificar, a absolvição é medida que se impõe.

---

[1] OLIVA SANTOS, Andres et al. Derecho Procesal Penal, cit., p. 562.

[2] BADARÓ, Gustavo Henrique. Correlação entre Acusação e Sentença, cit., p. 125-127.

[3] BADARÓ, Gustavo Henrique. Correlação entre Acusação e Sentença, cit., p. 133.

[4] MALAN, Diogo Rudge. A Sentença Incongruente no Processo Penal, cit., p. 110.