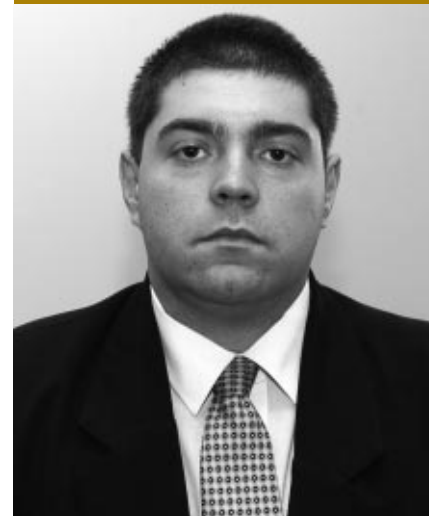


O Instituto Processual da Preclusão Aplicado à *Emendatio Libelli* no Código de Processo Penal Militar



Fabricio Santos Almeida

Advogado,
militante na
Justiça Militar de
Minas Gerais.

1. INTRODUÇÃO

A presente matéria tem por objetivo demonstrar até que fase processual do processo penal castrense ordinário pode ser procedida a *emendatio libelli* pelo órgão ministerial militar, e de que forma deve tal ato processual corretivo ser efetivado. Entretanto, para encadear um raciocínio lógico, é mister sejam feitas algumas considerações acerca do instituto da preclusão e do princípio da correlação, antes de adentrarmos, especificamente, o tema proposto.

A preclusão consiste na perda do direito de praticar um ato processual, por ter operado determinada circunstância.¹ Uma vez operada a preclusão de determinado ato processual, decorrem conseqüências semelhantes às da coisa julgada formal, não mais podendo tal ato ser praticado.

É um instituto de natureza processual penal indispensável à regularidade da marcha processual. Isso porque o procedimento constitui uma sucessão de atos que devem ser ordenados de forma lógica, para que seu objetivo, a prestação jurisdicional, advenha de forma mais rápida. Sendo assim, esses atos, que constituem o procedimento, devem ser ordenados no tempo, acrescidos de limitação temporal para que sejam praticados, sob pena de exacerbado prolongamento do procedimento.

A necessidade do instituto da preclusão é inegável, em sede de direito processual, e tem como elementos justificadores de sua prevalência no mundo jurídico a certeza da pretensão jurisdicional e a segurança jurídica.

A clássica doutrina processual divide a preclusão em três espécies: temporal, lógica e consumativa. Na preclusão temporal, decorrido o prazo legal, fica extinto o direito de praticar o ato processual, independentemente de declaração judicial. Na preclusão lógica, ocorre a perda do direito de praticar um ato processual, quando incompatível com qualquer outra faculdade, ou seja, *o exercício de uma faculdade incompatível com outra logicamente*

¹ Circunstância esta que dá azo às três espécies de preclusão, como à frente explicitar-se-ão.



anterior supõe o não-exercício desta, provocando-se a preclusão lógica quanto à primeira (Tourinho Filho, 1990, p. 94). Por fim, de menor importância para a análise do tema, consiste a preclusão consumativa na perda do direito de praticar um ato processual por já ter ocorrido a prática de ato com a mesma finalidade, não importando se o resultado deste fora ou não satisfatório. Esta última espécie de preclusão vem disciplinada no art. 473 do Código de Processo Civil (CPC), que é aplicado subsidiariamente ao Código de Processo Penal Militar (CPPM), por força do art. 3º, “a”, do CPPM c/c o art. 3º do Código de Processo Penal (CPP).

Pelo princípio da correlação, a sentença deve guardar uma relação estrita com a exordial acusatória. Importa que deve haver uma íntima correlação entre o fato descrito na denúncia e o fato pelo qual o réu é condenado. De certa forma, o princípio vincula a sentença à denúncia, uma vez que só pode haver julgamento do réu por fato constante da acusação, sob pena de ser proferido julgamento *extra* ou *ultra petita*, que pode ou não acarretar situação mais gravosa para o condenado. Certo é que esse princípio da correlação entre acusação e sentença configura importante garantia do direito de defesa, sendo que qualquer decisão que o contrarie, ou, pelo menos, distorça seu preceito, acarretará a nulidade da decisão.

Contrastando o princípio da correlação com o princípio do *jura novit curia*, tem-se a relevante situação processual da *emendatio libelli* e da *mutatio libelli* no processo penal. Cuidaremos aqui unicamente da *emendatio libelli*.

Trata-se da forma de se operar uma corrigenda na peça acusatória, sem que se alterem os fatos imputados, mas sim, a capitulação a eles atribuída. Na *emendatio libelli*, o fato permanece o mesmo, o que sofre alteração é a capitulação, tendo em vista a incompatibilidade entre eles. Já na *mutatio libelli*, o que sofre alteração é a própria imputação fática, uma vez que a realidade fática, pela instrução probatória, sofreu modificação. Aqui cabe-nos apontar o instituto no Direito Processual Penal comum e no Direito Processual Penal castrense, uma vez que são disciplinados de forma diversa.

No CPP, encontramos a *emendatio libelli* no art. 383, expressando-se o legislador processual penal comum, 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.

No Direito adjetivo Penal comum, a sentença

pode considerar, no que tange à capitulação do delito, dispositivos penais diferentes daqueles explicitados na denúncia. Na verdade, como já dito, não há alteração do libelo (como na *mutatio libelli*), mas apenas opera o magistrado uma corrigenda da peça acusatória.

Relevante anotar que, no Direito Processual Penal comum, no art. 383 do CPP, o juiz emendará a inicial para corrigir a capitulação aposta na denúncia, não importando se acarretará ao réu a imposição de pena mais gravosa, mas,² independentemente de manifestação do Ministério Público (MP) ou querelante para tal. A justificativa cinge ao fato de se defender o acusado dos fatos articulados na denúncia ou queixa, e não da capitulação nelas aposta.

Valendo-nos do magistério de Mirabete (2000, p. 453) para ratificar o exposto, quando se expressa acerca da *emendatio libelli*, cita-se:

No caso, o juiz, verificando que estão comprovados os fatos e as circunstâncias narrados na peça inicial, pode condenar o acusado, dando ao delito a definição jurídica que entende cabível e não aquela articulada na denúncia, inclusive com a aplicação de pena mais grave. A definição jurídica a que a lei alude é a classificação do crime, é a subsunção do fato à descrição abstrata em determinado dispositivo legal, inclusive quanto às circunstâncias de infração penal. Compreende-se que essa definição seja alterada pela sentença porque o acusado se defende do fato criminoso que lhe é imputado e não dos artigos da lei com que ele é classificado na peça inicial.

Assim sendo, não estando presentes, na inicial acusatória, qualificadoras ou causas de aumento de pena, por exemplo, pode o juiz, ao sentenciar, reconhecê-las, uma vez que narradas e demonstradas nos autos, mas não integrantes da capitulação. E pode o juiz fazê-lo pelo CPP, de ofício, sem necessidade de qualquer manifestação da acusação para tal. Pode o juiz, inclusive, reconhecer outro tipo que não o classificado pelo MP ou querelante.

De forma diversa, entretanto, estatui o CPPM acerca da *emendatio libelli*, no art. 437, “a”, *in verbis*:

Art. 437. O Conselho de Justiça poderá:

a) dar ao fato definição jurídica diversa da que constar na denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave, desde que aquela definição haja sido formulada pelo Ministério Público em alegações escritas e a outra parte tenha tido a oportunidade de respondê-la; (grifo nosso)

[...]

² Aqui reside a diferença do Direito Processual Penal comum para o Direito Processual Penal Militar.



Quanto à *mutatio libelli*, nada traz o CPPM. Para o Direito Processual Penal Militar não existe o instituto da *mutatio libelli*. Já no tocante à *emendatio libelli*, há expressa disposição no art. 437, “a”, do CPPM, permitindo sua aplicação, mas exige que o Ministério Público Militar (MPM) formule pedido em alegações escritas, dando a nova definição jurídica do fato e, ainda, exigindo que, à defesa, seja dado prazo para respondê-lo.

Sendo assim, dispõe o legislador processual castrense que, importando ou não em situação mais gravosa para o réu, o MPM deverá formular, em alegações escritas, a correção da definição jurídica dada na denúncia. Constata-se uma mitigação do princípio do *jura novit curia* em relação ao Direito Processual Penal comum. Neste, o juiz procede à corrigenda de ofício. Aqui, no Direito Processual Penal Militar, somente se procede à corrigenda por iniciativa do MPM. Essa norma do CPPM já vinha sendo amenizada pela jurisprudência de forma acertada, que culminou, inclusive, com a edição da Súmula nº 5, pelo egrégio Superior Tribunal Militar (STM), senão vejamos:

Súmula 5. A desclassificação de crime capitulado na denúncia pode ser operada pelo Tribunal ou pelos Conselhos de Justiça, mesmo sem manifestação neste sentido do Ministério Público Militar nas alegações finais, desde quando importe em benefício para o réu e conste da matéria fática.

Passou-se, assim, a admitir a *emendatio libelli* sem manifestação do MPM quando beneficiasse o acusado. Entretanto, só pode o Conselho (Permanente ou Especial) de Justiça emendar a denúncia ante manifestação do Ministério Público Federal (MPF), em alegações escritas, se acarretar pena menor ao réu. Doutra face, caso a *emendatio libelli* importe em pena maior ao acusado, somente haverá possibilidade de se operar a *emendatio libelli* pelo MPF se a requerer, até as alegações escritas. Chega-se aqui ao tema proposto com as seguintes indagações: Qual o momento para que o MPM emende a denúncia? Existe momento processual consumativo da preclusão da *emendatio libelli* no CPPM? A competência para receber a *emendatio libelli* é do juiz-auditor ou do Conselho (Permanente ou Especial) de Justiça?

2. DA PRECLUSÃO DA EMENDATIO LIBELLI NO CPPM

Por óbvio, visando à segurança das relações jurídicas, como já dito, todo ato processual deve ter prazo para que seja produzido, sob pena de eternizar-se com o procedimento. No que tange à *emendatio libelli*, o

prazo legal, por óbvio, deve ser entendido como o termo anterior àquele despacho saneador, previsto no art. 430 do CPPM, que faz o auditor antes da designação de dia e hora para o julgamento. Isso por razões óbvias, questão unicamente de interpretação lógica da norma, senão vejamos.

A atividade saneadora em que o juiz-auditor declara o processo apto a ir a julgamento consiste em atos praticados por ele, durante todo curso do procedimento, onde analisa questões formais ou preliminares, como pressupostos processuais e condições da ação, não podendo relegar estas questões à fase de julgamento.

No CPPM, antes de o juiz-auditor prolatar qualquer sentença escrita, ele saneia o processo, após alegações escritas das partes, e designa sessão de julgamento, onde será proferida a decisão final. No CPP, não existe despacho saneador previsto antes da sentença como acontece no CPPM, e sequer fase plenária. Na Justiça Militar, a sentença será dada oralmente, a *posteriori*, reduzida a termo. Lá, no procedimento ordinário da Justiça Comum, não existe posterior fase oral às alegações finais, o que é diferente do procedimento ordinário da Justiça Castrense, onde existe a previsibilidade de o juiz-auditor corrigir todos os vícios do processo para, só então, mandá-lo a julgamento.

Mas a *emendatio libelli* no CPPM não pode ser produzida até a sentença final, principalmente, tratando-se de um procedimento onde existe a previsão de um despacho saneador para averiguar irregularidades e, só não as constatando, mandá-lo-á a julgamento. O art. 430 é cristalino:

Art. 430. Findo o prazo concedido para as alegações escritas, o escrivão fará os autos conclusos ao auditor, que poderá ordenar diligência para sanar qualquer nulidade ou suprir falta prejudicial ao esclarecimento da verdade. Se achar o processo devidamente preparado, designará dia e hora para o julgamento... (grifo nosso)

A partir do saneador, vícios no processo não podem mais ser argüidos no que tange, principalmente, à capitulação. Vícios formais e procedimentais, principalmente, em prejuízo da defesa, jamais, a partir desta fase. Se o juiz-auditor designa dia e hora para o julgamento, significa que o processo encontra-se saneado, não podendo jamais ser alterado, principalmente, a acusação, que ensejará punição mais gravosa.

Ademais, o MPM tem fase processual adequada para aditar a denúncia, qual seja, a prevista no art. 428 do CPPM, que vem sob a alcunha de **vista para alegações escritas**.

Ora, a fase do art. 428 do CPPM é o último momento processual em que o MP pode aditar sua denúncia. Interpretando de forma **sistemática** o



CPPM, infere-se que o art. 428 é o último momento para que o MPM invoque vícios, pois, posteriormente, o juiz-auditor, no art. 430, irá declará-los. Mas, passada a fase do art. 430 (**saneamento do processo**), com a designação de dia e hora para o julgamento, impossível que se proceda ao aditamento.

Na lei, não existem palavras que sejam escritas sem um significado jurídico. O legislador castrense atribui a nomenclatura “alegações escritas” à fase do art. 428 (fase esta que seria a adequada para o aditamento). Posteriormente, na fase do art. 437, “a”, do CPPM, expressa-se o legislador castrense: “em alegações escritas”. É óbvio que, no art. 437, o legislador se refere àquela fase do art. 428, o único momento em que o MP tem a **oportunidade legal** de se manifestar por escrito. Não pretende a lei que as alegações sejam escritas (na acepção atinente ao senso comum da palavra “escrita”), porque, se quisesse que fossem orais, haveria previsão de designação de dia e hora para que fossem apresentadas. A acepção aduzida, no art. 437, às “alegações escritas” é jurídica e não leiga. A fase última é a de alegações escritas, do art. 428, para que se produza o aditamento. O texto da lei traz a expressão “em alegações escritas”, querendo dizer “em sede de alegações escritas”, “na oportunidade das alegações escritas”. Para o CPPM, “alegações escritas” é a nomenclatura de uma fase de seu procedimento ordinário, qual seja, aquela prevista no art. 428.

O art. 428 não está no CPPM sem utilidade, para que as partes simplesmente venham aos autos e peçam o prosseguimento do feito, ou seja, o julgamento, como ocorre em 98% dos processos que tramitam perante a Justiça Militar estadual mineira. Ele tem uma razão de se encontrar naquele ponto do CPPM, como última fase a ser praticada pelas partes antes do plenário, qual seja, a de que sejam apresentados os vícios do processo para que o juiz-auditor proceda às competentes correções e, só então, encaminhe os autos do processo a julgamento. Se os autos foram a plenário, é porque estão em ordem para tal. Precluso está o ato processual *emendatio libelli*.

E, valendo-nos ainda da interpretação sistemática, infere-se que, pelo art. 432 do CPPM, realmente não há possibilidade de apresentação de aditamento após o saneamento do processo do art. 430. Infere-se do art. 432 que, **aberta a sessão de julgamento**, o escrivão procederá à leitura de peças, dentre as quais, o aditamento da denúncia. Mas, para que leia o aditamento, este já deve integrar os autos, **evidente**. E a última oportunidade que tem o MPM para fazer o aditamento integrar os autos, para que possa ser lido quando da abertura da sessão, é “em alegações escritas”, fase do art. 428 do CPPM.

Ademais, uma vez declarada aberta a sessão plenária pelo Presidente do Conselho, a única hipótese de suspensão da sessão encontra-se prevista no art. 436 do CPPM. Não se prevê hipótese de suspensão, em caso de aditamento de denúncia, porque a fase plenária não é mais momento processual para que seja a denúncia aditada. Assim, aberta a sessão, somente a hipótese do art. 436 pode autorizar a suspensão.

Por fim, o art. 2º, § 2º, do CPPM, assim se manifesta:

[...]

§ 2º. Não é, porém, admissível qualquer dessas interpretações, quando:

- a) cercear a defesa pessoal do acusado;
- b) prejudicar ou alterar o curso normal do processo, ou lhe desvirtuar a natureza;
- c) desfigurar de plano os fundamentos da acusação que deram origem ao processo.

Emendar a denúncia após a fase do art. 428 do CPPM fere de morte o art. 2º, § 2º, do CPPM. O aditamento, na fase plenária, prejudica o acusado em sua defesa devido à surpresa, alterando o curso normal do procedimento, por não existir previsão de suspensão por aditamento, nem previsão de apresentação de peça escrita senão na fase do art. 428.

Sendo assim, o art. 437, “a”, do CPPM dispõe que o conselho pode dar definição jurídica diversa aos fatos narrados na denúncia, desde que haja sido a exordial acusatória aditada, na modalidade de *emendatio libelli*, até a fase do art. 428 do CPPM, e não em fase de julgamento, após devidamente saneado o processo. A definição jurídica diversa pode ocorrer, desde que respeitada a fase processual adequada para que o MPM adite a denúncia, sob pena de preclusão deste direito. Insiste-se no fato de aditamento antes do julgamento porque é prática a constatação de necessidade de *emendatio libelli* pela acusação, apenas quando do estudo dos autos do processo para a sessão plenária, quando já operada a preclusão das alegações escritas.

Tendo o MPM incorrido em erro e perdido o prazo para apresentar o aditamento, deve adotar a postura de pedir a absolvição em plenário, não a de aditar o processo com ato precluso. Dessa forma, também não pode o conselho dar nova definição jurídica ao fato, vez que não operado o aditamento em tempo oportuno. Caberia ao juiz-auditor, então, antes da fase do art. 430 do CPPM, abrir vista ao MPM para o competente aditamento, e, caso o promotor de justiça atuante perante as auditorias da Justiça Militar estadual não aditasse, que fossem os autos encaminhados ao Procurador-Geral de Justiça para tal. Mandando o juiz-auditor os autos a julgamento, não há mais possibilidade de nova definição jurídica do fato, salvo em benefício do acusado (Súmula nº 5 do STM).



3. DA COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO JUIZ-AUDITOR PARA RECEBER O ADITAMENTO E CUMPRIR A EXIGÊNCIA DO ART. 437, "A", DO CPPM

Quem decide acerca do aditamento ou não da denúncia é unicamente o juiz-auditor. Perlustrando o CPPM, infere-se que compete exclusivamente ao juiz-auditor o recebimento ou não da denúncia, conforme art. 399, *caput*, *in verbis*:

Art. 399. Recebida a denúncia, o auditor:
(grifo nosso)

a) providenciará, conforme o caso, o sorteio do Conselho Especial ou a convocação do Conselho Permanente de Justiça;

[...]

Se determina a redação do dispositivo legal supra mencionado que, após o recebimento da denúncia, é que será designado o conselho, obviamente, não existe conselho sem recebimento da denúncia. Portanto, o recebimento da denúncia é ato exclusivo do juiz-auditor, por simples **interpretação lógica** do dispositivo legal. Sendo assim, como o recebimento da denúncia é ato exclusivo do juiz-auditor, não cabe ao Conselho sobre ele se manifestar, tendo em vista que ainda não foi constituído. Se é o juiz-auditor quem faz juízo acerca dos requisitos do art. 77 do CPPM, obviamente que, em caso de aditamento (*emendatio libelli*), cabe somente a ele rever aqueles mesmos requisitos do art. 77 do CPPM.

As alegações escritas a que se refere o art. 437, "a", do CPPM são dirigidas ao juiz-auditor e não, ao Conselho de Justiça. Se dirigidas ao juiz-auditor, é porque, obviamente, a ele cabe a decisão de receber ou não a *emendatio libelli*, por simples questão de lógica, tendo em vista ter sido ele quem recebeu a denúncia e, quando o fez, não mandou que fosse aditada,

o que pode ser perfeitamente possível com base no art. 78, § 1º, do CPPM.

E devem tais alegações serem dirigidas ao juiz-auditor, uma vez que o CPPM, em momento algum, exige a reunião do conselho para proferir qualquer decisão interlocutória. A função do conselho subsume-se a decisão de mérito, nos termos do art. 435 do CPPM, senão vejamos:

Art. 435. O presidente do Conselho de Justiça convidará os juízes a se pronunciarem sobre as questões preliminares e o mérito da causa, ...
(grifo nosso)

[...]

Aditamento de denúncia não é questão preliminar para ser subordinada à apreciação do conselho, nem tampouco questão de mérito. É condição de procedibilidade a ser apreciada pelo juiz-auditor até que pronuncie um despacho saneador, determinando que nos autos não existem nulidades ou qualquer falta, estando o processo apto a ir a plenário para julgamento. Isso porque, verificando qualquer vício nos autos que possa acarretar sua nulidade ou falta, pode o juiz-auditor adotar as providências que entender necessárias, **inclusive intimar o MPM para o competente aditamento da denúncia**, nos termos do art. 430 do CPPM.

Ora, se antes de designar dia para julgamento, pode o juiz-auditor determinar que os autos devam ser baixados ao MPM para aditamento, injustificável que, após designado este, venha o conselho receber um aditamento à denúncia, principalmente, após aberta a sessão plenária de julgamento. Compete ao juiz-auditor o recebimento ou não do aditamento. Além do mais, impossível que a corrigenda opere-se em sessão plenária, uma vez que acarretará prejuízo à defesa, em virtude da surpresa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOSCHI, José Antônio Paganella. *Ação penal: denúncia, queixa e aditamento*. Rio de Janeiro: Aide, 1993.
- JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira. *Mutatio libelli no CPPM*. *Direito Militar*, Florianópolis, v. 6, n. 32, p. 11-13, nov. 2001.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 1.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 3.