

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 0018814-63.2008.4.01.3800 (2008.38.00.019246-2)/MG

RELATÓRIO

O EXMO. SR. JUIZ TOURINHO NETO (RELATOR):

1. Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra decisão proferida pelo MM. Juiz Federal da 9ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais, José Henrique Guaracy Rebelo, que deu nova capitulação ao delito objeto de apuração nestes autos (§ 3º do art. 171 do Código Penal) para estelionato, em sua forma simples (art. 171 do Código Penal) (fls. 183/183-verso).

2. Entendeu o Juiz *a quo* que o caso em tela não comporta a aplicação da causa especial de aumento de pena do § 3º do art. 171 do CP, haja vista que não há, no pólo passivo do delito em discussão, entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência. Assim, concluiu que, “afastada, desde já a majorante, mostra-se cabível, em tese, a aplicação do benefício a que alude o art. 89 da Lei n. 9.099/95, tendo em conta a pena mínima cominada de estelionato, na sua forma simples (um ano).”

3. Em razões recursais, o *Parquet* Federal sustenta, em síntese, a ocorrência da preclusão consumativa, pois o magistrado de primeiro grau já havia recebido a denúncia, daí não mais caberia rejeitá-la, ainda que parcialmente. Argumenta que a desclassificação do delito, antes da prolação da sentença, implica violação ao princípio do devido processo legal. Cita precedentes dos Tribunais no sentido de que é defeso ao juiz conferir nova definição jurídica antes da instrução processual e que, somente por ocasião da sentença, é lícito ao juiz fixar a capitulação que entender devida. No mais, sustenta que a hipótese dos autos comporta a incidência da causa de aumento de pena do § 3º do art. 171 do Código Penal. Requer, assim, a reforma da decisão para que seja dado prosseguimento ao feito pela prática do delito do art. 171, § 2º, VI, c/c § 3º, todos do Código Penal (fls. 185/196).

4. Nesta Instância, o Ministério Público, por meio do Procurador Regional da República Alexandre Espinosa Bravo Barbosa, opina pelo provimento do recurso (fls. 207/208).

5. É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. JUIZ TOURINHO NETO (RELATOR):

1. Como se viu do relatório, a questão objeto do presente recurso diz respeito à decisão de 1º Grau que alterou a capitulação do crime imputado na denúncia formulada pelo Ministério Público Federal (de estelionato majorado para estelionato simples), por entender que a hipótese dos autos não comporta a aplicação da causa especial de aumento de pena do § 3º do art. 171 do CP, haja vista que não há, no pólo passivo do delito em discussão, entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência.

2. É antiga a dissensão jurídico-doutrinária acerca da possibilidade de o Juiz intervir em fase de prelibação, alterando, por meio de *emendatio libelli*, a capitulação dada na denúncia.

Em 1985, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 104.478-1/MS, rel. Min. Cordeiro Guerra, 2ª Turma, DJ de 04/10/85, p. 17.207, decidiu por unanimidade que:

NÃO CABE AO JUIZ, AO RECEBER A DENÚNCIA, DESCLASSIFICAR O CRIME NELA DESCRITO. O DESPACHO QUE ALTERA A CLASSIFICAÇÃO DO CRIME CONSTANTE DA DENÚNCIA, REJEITA-A NESTA PARTE, E, CONSEQUENTEMENTE, ENSEJA O RECURSO PREVISTO NO ART. 516, LETRA D, DO CPPM. RECONHECIDO E PROVIDO.

Neste caso específico, deu-se provimento à demanda do Ministério Público Militar, uma vez que o tribunal *a quo* havia reconhecido ser correta a medida tomada pela Juíza Auditora, quando esta recebeu a denúncia mas alterou, com fundamento no art. 437, alínea “a”, do Código de Processo Penal Militar, a capitulação dada aos fatos.

Ou seja, ali se caracterizou *emendatio libelli* no juízo de admissibilidade.

A regra inserta no supramencionado dispositivo legal está assim redigida:

Art. 477 - O Conselho de Justiça poderá:

a) dar ao fato definição jurídica diversa da que constar na denúncia, ainda que, em conseqüência, 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

Como se vê, é assemelhada à previsão contida no art. 383 do Código de Processo Penal, que trata da *emendatio libelli*. Este preceito traduz o princípio *jura novit curia* (o juiz conhece o direito), com o qual o magistrado estabelece a lei a ser aplicada - *narra mihi factum dabo tibi ius* (narra-me o fato e te darei o direito).

Sabe-se que o réu responde pelos fatos narrados na denúncia, e não em função da capitulação dada pelo *Parquet*. Isso permite ao Juiz aquilatar, em ato jurisdicional, na fase de julgamento, qual o enquadramento certo a ser dispensado ao delito que porventura esteja sendo objeto de análise, pois o sistema processual penal pátrio prende a sentença aos fatos narrados na exordial, sem vincular a capitulação procedida.

Assim, o Magistrado não está impedido de proceder a alteração na inicial acusatória, mesmo que para atribuir ao acusado autoria de crime mais grave, principalmente se considerarmos que a este são oportunizados todos os meios de defesa inerentes ao processo penal, respeitando-se os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Porém, não se deve cristalizar a posição do órgão acusador antes do exame jurisdicional dos fatos relatados na denúncia, que é matéria atinente ao julgamento.

Esse é o entendimento esposado pelo Ministro Cordeiro Guerra ao prolatar o seu voto no referido RE 104.478-1/MS:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 0018814-63.2008.4.01.3800 (2008.38.00.019246-2)/MG

Pacífico é o entendimento de que a classificação do crime, ou a definição dos fatos, cabe ao Ministério Público como titular da ação penal, na denúncia e ao Conselho de Justiça, observado o disposto no art. 437, a, do CPPM, quando do julgamento.

Claro, portanto, que o despacho do juiz, alterando a classificação do crime dada na denúncia, não foi apenas inoportuno, foi ilegal, visto que praticou ato que é estranho à sua competência, e, alterando a classificação, dando mesmo outra, rejeitou em parte a denúncia.

Ora, se rejeitou, em parte, a denúncia, cabível era o recurso interposto, e, assim, se impõe o conhecimento do recurso, tanto pela letra a, como pela letra d do permissivo constitucional, e dele conhecendo dou provimento para restabelecer a classificação do crime constante da denúncia, sem prejuízo de reexame oportuno.

A desclassificação eventual do delito poderá ocorrer na oportunidade do julgamento, como dispõe o art. 437, a, do CPPM, invocado pela parte recorrente.

Mesmo sob a égide dessa decisão, doutrinadores como Tourinho Filho, Gama Malcher e Geraldo Prado sustentam a possibilidade da intervenção do Juiz para desclassificar o delito ainda na fase limiar da ação penal. Os argumentos pró *emendatio libelli* nesse momento são consistentes e reclamam a possibilidade de alteração da capitulação antes da sentença, se dela decorrer prejuízo para o acusado ou se resultar em significativa alteração do procedimento, como bem apontado por Walberto Fernandes de Lima.¹

Há de se ver, no entanto, que as decisões recentes deste TRF 1ª Região, do STJ e do STF são no sentido de que a fase na qual deve se pronunciar o magistrado quanto à capitulação dada ao fato criminoso é a sentença, em consonância à decisão supramencionada. As ementas a seguir demonstram o entendimento acima esposado:

Não cabe ao juiz conferir, de plano, quando do recebimento da denúncia, uma nova capitulação aos fatos delituosos imputados ao acusado, sobretudo porque inexistente previsão legal nesse sentido.

(RCCR 2006.41.00.002754-0/RO; rel. Juiz Federal NEY DE BARROS BELLO FILHO (conv.); 4ª Turma; DJ de 23/11/2006, p.25)

A emendatio ou a mutatio libelli, previstas, respectivamente, nos arts. 383 e 384 do Código de Processo Penal, são institutos de que pode se valer o Juiz quando da prolação da sentença, não havendo previsão legal para sua realização em momento anterior, muito menos no juízo de prelibação.

(CC 42981/SP; rel.(a) Min.(a) LAURITA VAZ; 3ª Seção; DJ de 03/11/2004, p. 132)

A classificação do crime, ou a definição jurídica dos fatos, cabe ao Ministério Público como titular privativo da ação penal, nos termos do art. 129, I, da Lei Magna, não sendo dado ao Juiz, no juízo de admissibilidade da acusação, operar a desclassificação da conduta feita na denúncia para oportunizar aplicação de sursis processual, certo que a emendatio ou mutatio libelli somente pode ser feita quando da prolação da sentença. Precedentes.

(HC 41078/SP; rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA; 5ª Turma; DJ de 03/10/2005, p. 294)

¹ In: *Jurisprudência Comentada. Emendatio Libelli no Juízo de Admissibilidade: é possível?!*. (www.humbertodalla.pro.br)

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 0018814-63.2008.4.01.3800 (2008.38.00.019246-2)/MG

(...) De um lado, não pode o órgão jurisdicional, liminarmente, substituir-se ao Ministério Público - titular exclusivo da ação penal - e, a fim de retificar-lhe a classificação jurídica proposta, aditar à denúncia circunstância nela não contida, ainda que resultante dos elementos informativos que a instruem. (...) (HC 84653/SP; rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE; 1ª Turma; DJ de 14/10/2005, p. 11)

Isso decorre de três fatores principais:

O primeiro, porque o Ministério Público é o *dominus litis*, a quem cabe a *opinio delicti* que informa a denúncia;

O segundo, porque o direito penal pátrio adota o sistema acusatório, que distingue acusador do órgão julgador. Sendo assim, ao se imiscuir o magistrado na seara própria do Ministério Público, estará o mesmo agindo tal qual num sistema inquisitório, suprimindo a competência do órgão constitucionalmente declarado titular da ação penal pública (art. 129, I, da CF/88).

E o terceiro, porque ao Juiz, quando da admissibilidade da denúncia, cabe apreciar se existe ou não justa causa para a ação, atento ao comando inserto no art. 43 do CPP, evitando exame aprofundado e comparativo entre uma e outra prova que conduza à desclassificação antecipada da capitulação dada ao fato.

Nesses casos, se o Magistrado procedeu ao pré-exame das provas colhidas no inquérito e que ensejaram a denúncia, concluindo que esta narrou fato diferente dos elementos de convencimento resultantes da investigação pré-processual, a ação que lhe cabe é não receber a denúncia, e não modificar a capitulação.

Nessa vertente, evidencia-se que o recurso interposto deve ser provido, pois não cabe ao juízo modificar a capitulação da denúncia antes da sentença.

Portanto, à luz dos fundamentos expendidos, *in casu*, ao proferir a decisão vergastada, o Juízo *a quo*, efetivamente, ultrapassou a competência que lhe cabia, motivo pelo qual deve ser reformado o *decisum*.

3. Ante o exposto, **dou provimento** ao recurso em sentido estrito.

4. É o voto.