

O PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO NO PROCESSO PENAL À LUZ DA LEI

Nº 11.719/08

Franklyn Roger Alves Silva

*Mestrando em Direito Processual da
Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.
Defensor Público no Estado do Rio de Janeiro*

RESUMO: O presente artigo examina o princípio da correlação entre a acusação e sentença após a reforma do Código de Processo Penal, criticando o resultado da reforma legislativa.

ABSTRACT: The present article examines examines the correlation between indictment and sentence after criminal proceeding reorganization. It criticizes the result of the legislative reorganization.

PALAVRAS-CHAVE: Correlação – Sentença – Processo Penal

KEYWORDS: Correlation – Sentence – Criminal proceeding

SUMÁRIO: 1. *Introdução* – 2. *O princípio da correlação no Direito Processual Penal* – 3. *Implicações da reforma do código de processo penal ao princípio da correlação:* 3.1. *A nova dicção da emendatio libelli;* 3.2. *A “reformulação” da mutatio libelli* – 4. *Conclusão* – 5. *Referências.*

1. INTRODUÇÃO

Diversos são os temas que apresentam inúmeras controvérsias no Direito Processual Penal. A redação do Código de Processo Penal apresenta algumas incongruências diante da nossa atual realidade, principalmente por se tratar de um diploma legal editado em 1941, de índole inquisitória e fascista.

Não se pode, contudo, deixar de reconhecer que a Constituição Federal promoveu uma verdadeira revolução no Direito Processual Penal ao instituir direitos e garantias que, até então, sequer orbitavam em torno de nosso ordenamento jurídico.

A Carta Magna culminou na não recepção de diversos dispositivos do Código de Processo Penal, pois incompatíveis com o espírito da Constituição. Nosso legislador constituinte buscou positivar expressamente o princípio do Juiz Natural, solidificar a figura do Tribunal do Júri, que já havia sofrido diversas alterações nas Constituições anteriores, além de se reconhecer, implicitamente, que o Processo Penal brasileiro orientava-se pelo sistema acusatório.

Atualmente vivenciamos uma tendência reformadora¹, pois nos últimos cinco anos diversas leis foram editadas com o fim de renovar as normas do Código Penal e do Código de Processo Penal. Especificamente, no ano de 2008, três foram as principais leis que alteraram o CPP, a primeira de nº 11.689/08 tratou da alteração do procedimento do Tribunal do Júri, com o fim de conferir-lhe maior celeridade. Através da Lei nº 11.690/08 o legislador buscou alterar, ainda que superficialmente, o sistema de provas no CPP, não obstante apenas inserir na legislação o que já era de praxe na jurisprudência, ao tratar da inadmissibilidade das provas ilícitas, da inquirição do ofendido, bem como de outras medidas pontuais.

O cerne de nossa abordagem é a Lei nº 11.719/08 que culminou na reformulação da sistemática atinente à *mutatio e emendatio libelli*, além da reorganização do procedimento ordinário e sumário, dando-lhe uma roupagem similar aos procedimentos existentes nas leis extravagantes mais recentes, a exemplo das Leis nºs 9.099/95 e 11.343/06.

¹ Já tramita no Congresso Nacional proposta de elaboração de um novo Código de Processo Penal, elaborado por uma Comissão composta por diversos juristas.

O novo diploma legal promoveu significativa alteração nos arts. 383 e 384 ao reformular toda sua redação, atendendo à majoritária crítica da doutrina e da própria jurisprudência.

Nesse contexto, necessária a análise do princípio da correlação, de grande importância no Direito Processual Penal, pois delimita tanto o campo de atuação do Ministério Público no curso da ação penal, quanto a cognição do magistrado na instrução processual e na fase decisória.

2. O PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

O oferecimento da denúncia² é um marco fundamental no processo penal, pois deflagra a ação penal e permite que seja iniciada a formação da relação processual, que se completará através da citação do denunciado, conforme preleciona a própria redação do art. 363, alterado pela Lei nº 11.719/08.

Sendo um ato processual de suma relevância, o Código de Processo Penal, em seu art. 41, elenca os requisitos necessários da denúncia³, haja vista que através da ação penal, o Ministério Público deduz em juízo uma verdadeira pretensão, tendo em vista o pedido formulado na inicial acusatória que visa a condenação do réu por infração a um dos tipos penais previstos em nosso Código Penal.

Ao realizar o juízo de admissibilidade da acusação⁴, cabe ao juiz examinar se estão presentes os indícios de materialidade e autoria lastreados em um mínimo suporte

² Não é à toa que o Prof. José Frederico Marques já assentava que: “A denúncia é, por isso o ato processual em que se formaliza a acusação, ou ato instrumental para início da *actio penalis* de caráter público.” (MARQUES, José Frederico. *Estudos de direito processual penal*. 2. ed. São Paulo: Millenium, 2001. p. 135).

³ O Direito Processual Penal também exige, nos moldes do Código de Processo Civil que a ação penal contenha a indicação das partes – autor e réu, os fatos e fundamentos em que se escoram a pretensão - causa de pedir, bem como o objeto pretendido - o pedido, nos termos do art. 41, do CPP.

⁴ A Lei nº 11.719/08 criou inúmeras controvérsias no processo penal ao reformular os procedimentos. Por uma redação infeliz, a doutrina começa a se digladiar quando da análise do dispositivo que regula o recebimento da denúncia. Isto porque, tanto o art. 396, quanto o art. 399 referem-se ao recebimento da inicial acusatória. Assim, é de suma importância estabelecer qual das duas disposições diz respeito ao efetivo recebimento da inicial acusatória, pois várias consequências advêm desta definição, como a interrupção do prazo prescricional, por exemplo. A nosso ver, parece-nos razoável que o recebimento da denúncia ocorra

probatório, permitindo-se que com o desenvolvimento do processo, o juiz possa prolatar uma sentença de mérito. E, assim, entre os fatos contidos na denúncia e aqueles abordados na sentença, como bem observa o Prof. Helio Tornaghi⁵, deve a haver a respectiva correlação.

A denúncia tem como fim precípuo a delimitação da *res in iudicium deducta*, ou seja, a delimitação da matéria a ser conhecida pelo juízo, bem como a individualização do pedido, permitindo ao magistrado prolatar sua sentença em observância ao princípio da correlação, ou adstrição, pois já delimitado o “conteúdo e a amplitude da prestação jurisdicional”⁶.

Para tanto, a imputação no processo penal deve demonstrar a tipicidade do fato, sua ilicitude, bem como a culpabilidade, os três elementos necessários para a configuração analítica do crime⁷.

É na causa de pedir, aliás, que deve se manter a necessária correlação com a sentença, cabendo destacar que nosso Direito Processual adota a teoria da substanciação⁸, o que implica reconhecer que a correta qualificação jurídica do fato articulado na denúncia não é relevante para o deslinde da ação penal. Tal afirmação se ratifica pelos próprios

após o oferecimento da resposta preliminar, haja vista que a intenção do legislador foi a de uniformizar os procedimentos, conferindo uma roupagem uniforme, iniciada com a instituição dos Juizados Especiais Criminais (Lei n° 9.099/95) e pela Lei Antidrogas (Lei n° 11.343/06).

⁵ TORNAGHI, Helio. *Curso de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 2. p. 177.

⁶ MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1980. V. 1. p. 232.

⁷ Paira na doutrina certa controvérsia a respeito da culpabilidade como elemento analítico do crime. Isto porque, para Damásio Evangelista de Jesus (JESUS, Damásio E. *Direito penal*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1. p. 151), Julio Fabbrini Mirabette (MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. 1. p. 98), Celso Delmanto (DELMANTO, Celso et al. *Código penal comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 18-19), René Ariel Dotti (DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 335) e César Mariano (SILVA, César Dario Mariano da. *Manual de direito penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 59), o crime se configura com a presença da tipicidade e ilicitude (injusto penal), sendo a culpabilidade mero pressuposto para aplicação da pena. Majoritariamente, todavia, a doutrina moderna tem sustentado a configuração tríplice do conceito analítico de crime, conforme lições de Rogério Greco (GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. p. 158), Alexandre Marinho (MARINHO, Alexandre Araripe; FREITAS, André Guilherme Tavares de. *Direito penal: teoria do delito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 11), dentre outros doutrinadores.

⁸ Em contraponto à teoria da substanciação encontramos a teoria da individuação, também denominada teoria da individualização, através da qual, a qualificação jurídica dos fatos é relevante para o exame da lide. (PINHO, Humberto Dalla Bernardina. *Teoria geral do processo civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 133).

termos do art. 383 do CPP, tendo em vista que o magistrado não está obrigado a observar a capitulação jurídica constante da denúncia.

3. IMPLICAÇÕES DA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO

Não obstante verificarmos diversos descompassos no Código de Processo Penal, a Lei nº 11.719/08 inseriu ao art. 387 do Código de Processo Penal mais um requisito da sentença, conforme se observa da nova redação de seu inciso IV, que passa a determinar que a sentença proferida “*fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido*”.

Com base na nova redação deste dispositivo, o Juiz Criminal poderá estabelecer um valor mínimo para a reparação dos danos causados ao ofendido. Pela leitura do art. 387, conclui-se que a fixação de valor mínimo é requisito da sentença, naqueles crimes em que haja prejuízo causado ao ofendido, desde que reste demonstrado no curso da instrução processual.

A nosso ver, o referido artigo viola o princípio da correlação, haja vista que não há pedido na denúncia referente à fixação de valor mínimo, tendo em vista que o legislador não acrescentou ao art. 41 do CPP, disposição atinente à necessidade de se formular na denúncia pedido relativo ao arbitramento de valor mínimo a título de indenização pelos danos sofridos.

Estaremos diante de uma situação onde o magistrado criminal desenvolverá dilação probatória para estabelecer um valor mínimo, sendo certo que em sede de liquidação de sentença penal condenatória haverá nova discussão a fim de se apurar o real valor do dano. Em outras palavras, o esforço do Juízo criminal poderá ser em vão, tendo em vista a necessidade de se apurar o real prejuízo, conforme autoriza o art. 68, parágrafo único do CPP.

Os dispositivos em comento merecem crítica, pois acabam levando à seara penal discussão a respeito de questões cíveis. Tal ilação se dá pelo fato de que o magistrado ao fixar o valor mínimo, o fará com base em elementos constantes dos autos.

Assim, não há dúvidas de que as partes irão discutir a respeito dos danos causado durante a instrução criminal, acarretando fardo ainda maior ao réu que, não obstante se empenhar em buscar a absolvição, também terá que produzir provas e contraditar as alegações do ofendido, no que concerne aos prejuízos sofridos.

Oportuno até mesmo questionar como será feita a demonstração do prejuízo para efeitos de fixação do valor mínimo? As partes terão à sua disposição todos os meios de prova admissíveis para a comprovação do prejuízo?

Nos parece que pelos primados do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, a instrução probatória referente à comprovação do prejuízo será simultânea à apuração judicial dos fatos delituosos, adotando-se os mesmos prazos para tanto, sendo certo que as partes terão liberdade nos meios de prova para a demonstração do prejuízo.

Outra indagação que podemos fazer, tendo em vista a omissão da lei, diz respeito a quem comprovará o prejuízo. Caberá ao Ministério Público produzir estas provas no curso da ação penal pública ou o ofendido deverá se habilitar como assistente para postular a devida reparação. Além disso, qual será o momento processual para requerer a produção de provas que comprovem o prejuízo, ou deverá ser utilizada prova pré-constituída?

Ao nosso ver não cabe ao Ministério Público tomar a iniciativa probatória relativa à demonstração do prejuízo, pois o ausente o interesse público de tal pretensão, eis que de nítido caráter patrimonial disponível. Pela nova redação do art. 257, cabe ao Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública e fiscalizar a execução da lei. Portanto, não tendo a vítima se habilitado nos autos para demonstrar os prejuízos advindos da infração penal, deverá a mesma se valer das vias ordinárias comuns, seja através do processo de conhecimento no juízo cível, seja pela liquidação da sentença penal condenatória.

E admitindo-se a possibilidade de fixação de um valor mínimo, indago ainda se, em se tratando de crime de menor potencial ofensivo, o magistrado do Juizado Especial

Criminal estará adstrito ao limite imposto pelas Leis n^os 9.099/95 e 10.259/01, no que concerne aos Juizados Especiais Cíveis, no tocante ao limite de alçada. É dizer, o magistrado do Juizado Especial Criminal Estadual pode estabelecer valor mínimo que seja superior a 40 (quarenta) salários mínimos? Parece-nos irrazoável admitir a limitação de alçada, visto que a lei processual penal nada diz respeito, sendo certo que os Juizados Especiais Criminais em nada se igualam aos Juizados Especiais Cíveis, cuja competência daqueles restringe-se às infrações de menor potencial ofensivo, diferentemente destes, os quais são competentes para as causas de menor complexidade.

3.1. A nova dicção da *Emendatio Libelli*

Em conformidade com o princípio da correlação o legislador conferiu ao Juiz mecanismos capazes de adequar seu pronunciamento jurisdicional aos fatos contidos na denúncia. O art. 383 do CPP dispõe que o juiz poderá, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave ao fato, conforme redação determinada pela Lei n^o 11.719/08. Tal norma decorre da máxima *nihil tibi factum dabo tibi ius*, que exprime o dever do réu de se defender dos fatos, pois cabe ao juiz dizer o direito⁹.

A concepção do que se entende pela expressão *definição jurídica*, constante do art. 383, deve ser buscada à luz do art. 41 do CPP, que enumera os requisitos essenciais da denúncia ou queixa, ao exigir a capitulação legal da infração praticada. Assim, compreende-se a *emendatio libelli* sempre que houver uma alteração da classificação da figura típica.

Destarte, ao se defender, o réu deve, em tese, se ater aos fatos articulados na denúncia, buscando, assim, demonstrar sua inocência ou real participação no crime, na medida de sua culpabilidade, não sendo dado ao juiz alterar os fatos contidos na denúncia.

⁹ A capitulação do fato típico é matéria de julgamento, razão pela qual, cabe ao juiz decidir sobre qual o tipo penal se amolda à conduta criminosa.

Na prática, nenhum advogado deve se ater à análise dos fatos, pois a defesa técnica tão preconizada pela doutrina e jurisprudência não diz respeito apenas à análise do conjunto probatório constante dos autos, mas também à análise das questões processuais e de direito material, inclusive a tipificação das condutas imputadas na denúncia, como bem registra Guilherme Nucci¹⁰:

(...) tal concepção – de que o acusado se defende apenas dos fatos imputados – não é de todo correta. Situações existem em que o erro da classificação do delito entranhado na denúncia ou queixa, pode provocar prejuízos à defesa e, conseqüentemente, a nulidade absoluta da sentença penal. A ampla defesa, para ser exercida em toda 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. (...) Mais grave ainda ocorre, quando a acusação, para determinado tipo penal, possibilita meios defensivos não previstos para aquele considerado ao final da sentença.

Oportuno rememorar a lição de Gustavo Badaró que, ao prestigiar a ampla defesa e o contraditório, argumenta que seria necessário ao juiz, quando promovesse alteração na classificação do delito, submeter às partes o contraditório a fim de se manifestar sobre a nova classificação, evitando surpresas com a prolação da sentença.¹¹

A nosso ver merece crítica a redação do art. 383 do CPP, pois verificando o juiz que os fatos narrados na denúncia não se amoldam ao tipo penal nela imputado, deveria oportunizar à defesa a possibilidade de se manifestar, pois bem ou mal, seus argumentos defensivos se fundaram no tipo penal apontado na denúncia.

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 621.

¹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Correlação entre acusação e sentença*. São Paulo: RT, 2000. p. 162.

Não nos parece, todavia, que seja necessário aditamento no caso da *emendatio libelli*, como pretende o Luis Gustavo Grandinetti¹², pois o contraditório que se faz necessário diz respeito apenas à possibilidade de discussão de teses jurídicas, pois o núcleo fático descrito na denúncia restará mantido.

A correlação entre a acusação e sentença se dá entre a causa de pedir e o preceito condenatório. Isto porque, no Processo Penal, admite-se apenas um pedido, o de condenação, não sendo ofício do Ministério Público estabelecer, definitivamente, o tipo penal ao qual se amolda a conduta descrita na denúncia. A tipificação realizada pela acusação serve, na realidade, para estabelecer, inicialmente, o procedimento a ser adotado e a competência do juízo, por exemplo.

Para nós, a necessidade de contraditório na *emendatio libelli* não é conseqüência de um necessário e anterior aditamento. O que se pretende é afastar uma concepção clássica de que as partes discutem apenas os fatos, não sendo capazes de influenciar a qualificação jurídica.

Por todas estas razões, não se revela necessário o aditamento à ação penal, ainda que o magistrado entenda que se trate de outra figura típica que comine pena mais grave, haja vista que o fato imputado, ao qual o réu procurou formular sua defesa, permanece o mesmo.

Pela atual dicção do Direito Processual Penal, pode o juiz, a qualquer tempo, dar ao fato a definição jurídica diversa daquela que consta na inicial da ação penal, inclusive no momento em que recebe a peça inaugural da ação penal, não obstante ser recomendado que a alteração ocorra ao final da fase instrutória.

Infelizmente, a Lei nº 11.719/08 não acolheu os reclames de parte da doutrina, no que diz respeito à necessidade de vista dos autos ao Ministério Público e a defesa nas

¹² “Decorrência da ampla defesa é, também, a similitude entre a acusação e a sentença condenatória, nos termos dos artigos 383 e 384 do Código, que tratam da *emendatio libeli* e da *mutatio libeli*. A desobediência a esses preceitos acarreta a nulidade processual. A crítica fica por conta da redação de ambos os dispositivos que carecem de uma interpretação sistemática. Por decorrência do princípio da correlação entre sentença e pedido, é indispensável, sempre, que o Ministério Público adite o pedido no caso de *mutatio* ou *emendatio*, bem como, em obediência ao princípio de ampla defesa, o réu se manifeste especificamente sobre o aditamento, devendo novamente ser citado e interrogado.” (CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. *Processo penal e constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 154).

hipóteses de *emendatio libelli*, mantendo a essência original do instituto, promovendo apenas alterações procedimentais já consagradas na jurisprudência, diga-se de passagem, tendência reiterada¹³ nas últimas três leis que alteraram o Código de Processo Penal.

A nova lei acrescentou o §1º ao art. 383, determinando caso haja possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, em virtude definição jurídica diversa, caberá ao Juiz observar o disposto na lei, especificamente o art. 89 da Lei nº 9.099/95¹⁴, apenas ratificando uma prática já comum, inclusive prestigiada na jurisprudência.

A lei também determina que, se em virtude da nova capitulação, restar configurado delito da competência de outro juízo, a este serão encaminhados os autos, como determina o §2º do epigrafado artigo, a fim de preservar o juiz natural da causa.

Convém observar que, por se tratar de uma alteração na classificação da figura típica imputada ao acusado, é plenamente possível que se realize da *emendatio libelli* em qualquer grau de jurisdição, haja vista não haver qualquer alteração na descrição da conduta praticada, eis que o órgão jurisdicional apenas promove a melhor subsunção entre a conduta e o modelo abstrato previsto no tipo penal.

3.2. A “REFORMULAÇÃO” DA *MUTATIO LIBELLI*

A redação originária do art. 384 do Código de Processo Penal determinava que o juiz baixasse o processo a fim de que a defesa, no prazo de oito dias, falasse e, se quisesse,

¹³ Observa-se que as Leis nº 11.689/08, 11.690/08 e 11.719/08, não obstante introduzirem novidades ao ordenamento jurídico processual penal, também adaptaram o Código de Processo Penal à prática adotada na doutrina e recomendada pela jurisprudência.

¹⁴ O que se questiona, na prática, diz respeito ao modo pelo qual o magistrado formulará a proposta, pois é comum encontrarmos o que se denomina, na prática, sentença escalonada, onde o juiz inicia a elaboração da sentença e a suspende com a formulação do dispositivo, pois no bojo de sua decisão reconhece a nova definição jurídica e intima o Ministério Público para a formulação da proposta de suspensão condicional do processo. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro já conta com diversos precedentes reconhecendo a possibilidade desta bipartição da sentença (2006.050.03917 - APELACAO CRIMINAL - DES. GILMAR AUGUSTO TEIXEIRA - Julgamento: 22/08/2006 - QUARTA CAMARA CRIMINAL; 2007.050.01079 - APELACAO CRIMINAL - DES. MAURILIO PASSOS BRAGA - Julgamento: 29/05/2007 - SETIMA CAMARA CRIMINAL), argumentando que a elaboração do dispositivo com o cálculo de pena configuraria *error in procedendo*, cabendo a anulação parcial da sentença, no que concerne à dosimetria, pois cabe ao magistrado interromper a elaboração de sua sentença na formulação do dispositivo, após a definição da nova capitulação jurídica.

produzisse prova, podendo ouvir até três testemunhas, sempre que reconhecesse 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, instituindo assim, a *mutatio libelli*.

O parágrafo único do art. 384, antes da reforma da Lei nº 11.719/08, previa que se houvesse a possibilidade de nova definição jurídica que importasse aplicação de pena mais grave, o juiz baixaria o processo, a fim de que o Ministério Público pudesse aditar a denúncia ou a queixa, se em virtude desta houvesse sido instaurado o processo em crime de ação pública, abrindo-se, em seguida, o prazo de 3 (três) dias à defesa, que poderia oferecer prova, arrolando até três testemunhas.

Na *mutatio libelli* não mais estamos tratando de mera capitulação da conduta delituosa. Agora, trata-se do surgimento de um fato diverso¹⁵ não examinado durante o curso da instrução processual e que poder dar outro rumo ao resultado da ação penal.

Pelos primados da ampla defesa e do contraditório era necessário que o Juiz oportunizasse à defesa prazo para que se manifestasse acerca do fato diverso e pudesse produzir, se entendesse necessário, novas provas, inclusive testemunhal, a fim de elucidar a questão.

Em dicção contrária à da *emendatio libelli*, o ordenamento processual veda que haja *mutatio libelli* em grau recursal, ao que se observa do Enunciado nº 453 da Súmula do Supremo Tribunal Federal e da interpretação do art. 617 do Código de Processo Penal.

Antes da reforma, alguns doutrinadores já entendiam que o art. 384 era inconstitucional¹⁶ por violar o sistema acusatório, na medida em que o juiz tomava a iniciativa no aditamento da imputação, sendo certo que se tratava de matéria controvertida na própria doutrina.

¹⁵ Há que se fazer uma distinção entre o fato novo e o fato diverso. Pela redação do art. 384, o que pretende o legislador é garantir o aditamento na hipótese de fato diverso, assim entendido como a circunstância que guarda relação com o fato originariamente imputado. No fato novo, há uma integral dissociação do fato inicialmente imputado, não sendo pois, caso de aditamento, mas sim de deflagração de uma nova ação penal. Neste sentido, conferir: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Correlação entre acusação e sentença*. São Paulo: RT, 2000. p. 188-190.

¹⁶ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 151-152;. LIMA, Marcellus Polastri. *Manual de processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 725.

Eugênio Pacelli¹⁷ ao refletir sobre a figura da *mutatio libelli* antes da reforma introduzida pela Lei nº 11.719/08 já sustentava que o expediente se afigurava como uma manifestação autoritária haja vista que a titularidade da ação penal é exclusiva do Ministério Público.

Na prática, ao se conferir ao juiz a iniciativa em realizar a *mutatio*, permitia-se ao magistrado atuar como verdadeiro acusador na ação penal, pois estaria, por via oblíqua, aditando a denúncia.

O problema era mais grave ainda, à medida que só se exigia o aditamento nos casos em que a pena cominada decorrente da nova definição jurídica importasse em aumento de pena, nos termos da redação do antigo parágrafo único do art. 384. Ou seja, se a nova definição jurídica decorrente de fato diverso não contido na ação penal não implicasse aumento de pena, caberia ao magistrado realizar o próprio aditamento e baixar os autos para que a defesa pudesse se manifestar e produzir provas.

Com a Constituição de 1988 toda essa realidade foi apagada, pois o art. 129, I, conferiu ao Ministério Público a legitimidade para, privativamente, ajuizar¹⁸ a ação penal pública e, por consequência lógica do próprio sistema, aditá-la.

Como é cediço, no Processo Penal somente deve ser admitido o aditamento espontâneo, seja no curso da ação penal pública ou da ação penal privada não sendo dado ao magistrado se imiscuir na questão relativa ao aditamento, como opina o Professor Sergio Demoro Hamilton¹⁹, em provocativo trabalho.

Ao adotarmos o sistema acusatório, ainda que de forma implícita na Constituição, eis que extraído do conjunto de garantias por ela previstas, reconhece-se a repartição das funções de acusação, defesa e julgamento.

O legislador brasileiro orientado pelas duras críticas formuladas pela doutrina, a fim de conferir a máxima efetividade ao princípio da congruência entre o pedido e a sentença,

¹⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 497.

¹⁸ Se cabe ao Ministério Público formar sua *opinio delicti* e ajuizar a ação penal, não há dúvidas de que com a nova ordem constitucional também deveria se entender que o aditamento seria ato privativo do Ministério Público. Infelizmente, tal concepção apenas veio a lume com a edição da Lei nº 11.719/08, que alterou a sistemática da *mutatio libelli*.

¹⁹ HAMILTON, Sergio Demoro. *Estudos de processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 97-110.

ao editar a Lei n° 11.719/08, alterou substancialmente o art. 384 do Código de Processo Penal que passa a determinar que o Ministério Público, após o encerramento da instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de provas existentes nos autos de elementos ou circunstâncias da infração penal não contidas na acusação, adite a denúncia ou queixa, no prazo de 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.

A reforma processual corrigiu uma grave falha no art. 384, pois cabia ao juiz provocar o Ministério Público a fim de que fosse aditada a denúncia, o que configurava verdadeira violação ao princípio da correlação, pois o Ministério Público é quem detém a titularidade da ação penal.

Feito o aditamento²⁰, cada parte poderia arrolar até três testemunhas, no prazo de cinco dias, ficando o juiz, na sentença, adstrito aos termos do aditamento, conforme disposto no §4º, do art. 384 do CPP.

Pelos primados da ampla defesa e do contraditório é necessário que o Juiz oportunize a defesa prazo para que se manifeste acerca do fato apresentado e possa produzir, se entender necessário, novas provas, inclusive testemunhal, a fim de elucidar a questão. Assim, o § 2º estabelece que ouvida a defesa no prazo de cinco dias e admitido o aditamento, o juiz, a requerimento das partes, designará dia e hora para continuação da audiência, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado, realização de debates e julgamento, sendo certo que as disposições dos §§ 1º e 2º do art. 383 são aplicáveis na *mutatio libelli*, como determina o §3º do art. 384.

Entendendo o Promotor de Justiça que não se trata de hipótese de aditamento, mantendo os termos de sua denúncia, caberá ao juiz, exercer função anômala e aplicar o art. 28 do Código de Processo Penal, remetendo os autos, nos termos do §1º, do art. 384 do CPP, ao Procurador Geral de Justiça, em sede de Ministério Público Estadual ou à Câmara

²⁰ O aditamento se revela como verdadeira faceta do princípio da obrigatoriedade, pois também cabe à acusação, por ser titular da ação penal, prezar pela correlação entre a imputação e a sentença, de modo que presentes as circunstâncias necessárias à alteração na imputação, caberá ao Ministério Público emendar sua denúncia, adequando à realidade dos fatos contidos nos autos.

de Coordenação e Revisão Criminal do Ministério Público Federal (art. 62 da Lei Complementar nº 75/93).

Neste ponto, observa-se que o que o legislador deu com uma mão foi tirado pela outra, pois o magistrado continua exercendo a função anômala de fiscal do princípio da obrigatoriedade da ação penal ao determinar a remessa dos autos ao Procurador Geral de Justiça, na forma do art. 28 do CPP.²¹

Nos casos em que o aditamento não for realizado, ou caso seja o mesmo inadmitido, o processo prosseguirá, como determina o §5º do art. 384, não restando, ao nosso ver, outra saída ao magistrado senão absolver o réu da imputação contida na denúncia, em razão da observância ao princípio da correlação entre a acusação e a sentença.

Isto porque, por uma análise mais acurada do instituto, permite-se a conclusão de que qualquer modalidade de aditamento provocado pelo Juiz deve ser tida por inconstitucional, eis que o exercício do direito de ação é privativo do Ministério Público, não cabendo ao Juiz interferir na opinião do órgão acusatório.

Pois bem, realizado o aditamento, dois são os paradigmas postos diante do magistrado. Nos resta saber se o juiz só pode condenar o réu nos termos do aditamento²², eis que a intervenção do Ministério Público teria natureza vinculativa, ou seria possível ao juiz condenar tanto na capitulação originária, como na forma do aditamento, operando-se, deste modo, verdadeira imputação alternativa feita pelo Ministério Público²³.

A denúncia alternativa, como denomina o Prof. Sergio Demoro²⁴, pode apresentar duas vertentes conforme a situação fática narrada. Poderá ter cunho subjetivo quando disser

²¹ De certo modo, o magistrado, indiretamente, continuará provocando o aditamento, haja vista a previsão do §1º do art. 384, do CPP, com a nova redação dada pela Lei nº 11.719/08.

²² Sob a ótica do Prof. Afrânio Silva Jardim, o aditamento realizado pelo Ministério Público não impede o magistrado de prolatar decreto condenatório fundado na imputação inicial. Isto porque, não houve a desistência da imputação inicial, mas apenas uma ampliação do tema objeto de julgamento, afigurando-se verdadeira imputação alternativa. (JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 121).

²³ Alexander Araujo de Souza, prestigiando a posição do Prof. Afrânio Silva Jardim, admite a figura da imputação alternativa no processo penal, tanto em caráter objetivo quanto de caráter subjetivo, sem que se configure uma acusação temerária. (SOUZA, Alexander Araujo. A imputação alternativa no processo penal: exercício abusivo do direito de ação penal condenatória? *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro, n. 26, p. 23-30, jul. / dez. 2007.).

²⁴ HAMILTON, Sergio Demoro. *Estudos de processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 103.

respeito à definição da autoria da infração, em razão da dificuldade de se definir a identidade do real autor da conduta. Entretanto apresentará caráter objetivo quando versar sobre a apuração dos fatos articulados na investigação criminal.

O tema não é pacífico e nossa opinião é a de que no Processo Penal não deve ser admitida a imputação alternativa, pois estaríamos diante de uma acusação temerária.

Se o Ministério Público não tem elementos suficientes para imputar uma conduta ao acusado, é hipótese de falta de justa causa, cabendo ao órgão acusatório realizar novas diligências até que seja possível a formação de sua *opinio delicti*.

Quando o Código de Processo Penal exige a capitulação jurídica do fato na peça inaugural da ação penal o que pretende o legislador é garantir que o acusado possa ter meios de realizar sua ampla defesa, sabendo, efetivamente, quais fatos lhe são imputados. A admissibilidade da imputação alternativa impediria a elaboração de uma defesa efetiva, pois o acusado teria que se defender de duas acusações, sendo certo que ambas não se escoram em um suporte probatório mínimo, haja vista que o próprio órgão acusatório não é capaz de definir sua imputação.

Em casos como este, a figura da defesa técnica no processo penal, que tem grande relevo não apenas para o exame da conduta, mas para o debate das teses jurídicas, a fim de comprovar a inocência ou demonstrar que a conduta praticada se amolda a determinado tipo penal, fica prejudicada, dada a própria incerteza na imputação.

Em nosso socorro, as Mesas de Processo Penal da USP já editaram Verbete em sua Súmula no sentido de não se admitir a denúncia alternativa no processo penal, por violar o exercício do direito de defesa. Admitir-se a possibilidade de condenação alternativa, tendo como delimitação da matéria a ser decidida tanto o aditamento quanto a descrição inicial, é reconhecer que há dúvida a respeito dos próprios fatos articulados na pretensão acusatória.

Havendo controvérsia quanto aos fatos, não resta ao juiz outro caminho senão a absolvição do réu por falta de provas, na forma do art. 386 do Código de Processo Penal.

Deste modo, como só é possível, ao nosso ver, uma única imputação no processo penal, o juiz estaria vinculado ao aditamento realizado pelo Ministério Público, não

podendo condenar o acusado com base na imputação anterior ao aditamento. Caso discorde da nova imputação contida no aditamento, em virtude da aplicação do art. 384, do CPP, outra escolha não terá o juiz, senão absolver o acusado, em respeito à adstrição entre a acusação e a sentença.

4. CONCLUSÃO

A reforma processual chegou em um momento em que a sociedade espera uma resposta mais enérgica do Legislador, do Executivo e do Judiciário face ao crescente aumento da criminalidade.

As Leis n^os 11.689/08, 11.690/08 e 11.719/08 introduzem disposições interessantes ao Código de Processo Penal, retificando algumas incongruências existentes em nosso diploma legal, de índole fascista, com disposições inadequadas à nova realidade social.

É bem verdade que alguns dos dispositivos inseridos pelo legislador violam o princípio da correlação entre acusação e sentença, a exemplo do art. 387 do Código de Processo Penal.

Lamenta-se que o legislador não tenha adotado a tese de que mesmo na *emendatio libelli* haja a necessidade de se garantir o contraditório, por ser providência condizente com a ampla defesa.

A alteração radical introduzida à *mutatio libelli* chega em boa hora, pois corrige uma falha grave existente no CPP ao conferir ao juiz a possibilidade de, por via transversa, aditar a denúncia, a partir do momento em que provoca o Ministério Público na forma da antiga redação do caput do art. 384.

A provocação do aditamento, nos moldes do antigo parágrafo único do art. 384, é expurgada de nosso ordenamento sem deixar saudades, pois configurava-se como verdadeiro expediente autoritário, notadamente característico de um sistema inquisitivo, incompatível com a realidade estabelecida pelo constituinte, desde 1988.

Entretanto, o legislador não foi corajoso o suficiente a ponto de assegurar a plenitude do sistema acusatório, pois não obstante afastar a figura do aditamento provocado, determinou a aplicação do art. 28, do CPP, quando o Juiz não concordasse com a atitude do órgão acusatório que deixasse de aditar a denúncia.

A realidade, todavia, é que a reforma processual não trouxe significativa alteração nos institutos aqui analisados. O que o legislador fez foi apenas mascarar a necessidade de intervenção judicial na hipótese de *mutatio libelli*, instituindo mais um exemplo de função anômala no processo penal.

5. REFERÊNCIAS

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

CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. *Processo penal e constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DELMANTO, Celso *et al.* *Código penal comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

HAMILTON, Sergio Demoro. *Estudos de processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 97-110.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

JESUS, Damásio E. *Direito penal*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1.

LIMA, Marcellus Polastri. *Manual de processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MARINHO, Alexandre Araripe; FREITAS, André Guilherme Tavares de. *Direito penal: teoria do delito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MARQUES, José Frederico. *Estudos de direito processual penal*. 2. ed. São Paulo: Millenium, 2001.

_____. *Tratado de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1980. V. 1 e 2.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 497.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina. *Teoria geral do processo civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 151-152

SILVA, César Dario Mariano da. *Manual de direito penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SOUZA, Alexander Araujo. A imputação alternativa no processo penal: exercício abusivo do direito de ação penal condenatória? *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro, n. 26, p. 23-30, jul. / dez. 2007.

TORNAGHI, Helio. *Curso de processo penal*. 2. ed. São paulo: Saraiva, 1981. v. 2.