

XIII. O PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO ENTRE ACUSAÇÃO E SENTENÇA

Marina Magalhães Lopes¹

O Código de Processo Penal (“CPP”) foi promulgado em 1941 durante o Estado Novo, época em que os direitos civis e políticos foram restringidos, o poder centralizado na figura do Presidente e até os meios de comunicação.

A Constituição outorgada poucos anos antes, em 1937, foi inspirada na polonesa (“Constituição Polaca”), que apresentava influências fascistas. Como as normas processuais refletem o sistema jurídico-político de um país² e, conseqüentemente, o CPP também apresentou ideais anti-democráticos.

Poucas décadas depois da edição do CPP, uma nova ditadura assolou o país, impedindo avanços na legislação infraconstitucional. Além disso, contribuiu para a ilusão de que o respeito a alguns direitos e garantias individuais, principalmente aqueles de cunho processual, não eram condizentes com a “segurança nacional”.

O fim da ditadura militar culminou com a promulgação, em 1988, de uma nova Constituição Federal, que consagrou diversos direitos e garantias individuais e coletivos em seu art. 5º, incluindo-se aí aqueles relacionados ao processo penal.

Além dos direitos de primeira geração, aqueles nos quais se exige uma ação negativa do Estado, foram elencados também os de segunda e terceira geração³, representando uma modificação em toda ordem jurídico-constitucional e elevando a dignidade da pessoa humana ao centro epistemológico de todo o ordenamento.

¹ Defensora Pública no Rio de Janeiro. Mestranda em Direito na UERJ.

² Como afirma DINAMARCO, Cândido Rangel, *A instrumentalidade do processo*. 8.ed.; São Paulo: Malheiros, 2000, p. 30, “É natural que, como instrumento, o sistema processual guarde perene correspondência com a ordem constitucional a que serve, inclusive acompanhando-a nas mutações por que ela passa. Em princípio o processo acompanha as opções políticas do constituinte, as grandes linhas ideológicas abrigadas sob o pálio constitucional. (...) O processo que nos serve hoje há de ser o espelho e salvaguarda dos valores individuais e coletivos que a ordem constitucional vigente entende de cultivar”. MALAN, Diogo Rudge, *A sentença incongruente no processo penal*, Lúmen Juris: Rio de Janeiro, 2003, p. 89: “Não há como se dissociar as eleições do sistema processual e do político, com os valores sociais inerentes a este último. Ou seja, o modelo processual está umbilicalmente relacionado ao papel que a sociedade atribui ao Estado, ao valor que se reconhece ao indivíduo e, principalmente, à forma através da qual ambos se relacionam.”

³ “Todas as declarações recentes dos direitos do homem compreendem, além dos direitos individuais tradicionais, que consistem em liberdades, também os chamados direitos sociais, que consistem em poderes. Os primeiros exigem da parte dos outros (incluídos aqui os órgãos públicos) obrigações puramente negativas, que implicam a abstenção de determinados comportamentos; os segundos só podem ser realizados se for imposto a outros (incluídos aqui os órgãos públicos) um certo número de obrigações positivas.” BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 21. Já os de terceira geração estariam intimamente conectados ao princípio da solidariedade, como aqueles relacionados ao meio ambiente.

Após uma época “de escuridão”, na qual os apenados eram privados de sua própria vida pelo Estado e alguns presos eram condenados através de um processo no qual garantias mínimas não eram observadas, era necessário estabelecer regras que evitassem o arbítrio.

Assim, alguns princípios processuais como o do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da publicidade, da inadmissão das provas obtidas por meios ilícitos passaram a ser considerados cláusulas pétreas, constituindo a base não somente de um processo mas de um regime político democrático.

Entretanto, apesar dos inúmeros avanços obtidos nos últimos anos, alguns dispositivos previstos no CPP e na legislação extravagante não estão de acordo com a Constituição.

Por essa razão, entendemos que o estudo do processo penal deve ser feito através de uma filtragem constitucional, adequando-se as normas processuais aos princípios constitucionais, sistemática através da qual analisaremos os arts. 383 e 384 do CPP⁴⁻⁵.

Os sistemas processuais

Os estudos históricos acerca dos sistemas processuais penais apontam a existência de dois modelos principais, o inquisitório e o acusatório.

O sistema inquisitório foi bastante comum no passado, sobretudo na época da Idade Média, apesar de sua origem remontar a épocas mais remotas. Nesse sistema o indivíduo é considerado como objeto do processo e não como alguém dotado de direitos e garantias.

Há confusão nas figuras do julgador e do acusador sendo que a defesa é meramente formal, pois o julgador não somente formula a acusação mas também tem ampla liberdade para agir durante o processo determinando a realização de diligências, inquirindo testemunhas, ou seja, buscando provas que fundamentem sua decisão.

Como consequência, a decisão proferida pelo magistrado, também acusador, não é dotada de imparcialidade.

⁴ Como explicita PRADO, Geraldo, *Sistema Acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4.ed.; Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 48, “Na medida em que a Constituição da República opta pela tutela dos direitos fundamentais, a estrutura processual penal daí derivada há de ser imposta com estrita observância do modo pelo qual é possível harmonizarem-se todos estes direitos e, naturalmente, não só os de defesa mas ainda, por exemplo, os de ação e à segurança. Ao se definir a base processual, acatando-se um sistema e um princípio expressivos dos direitos fundamentais (...) a Constituição fez sua escolha, cumprindo aos aplicadores das leis ordinárias efetivar a Constituição, sempre conforme ela própria”.

⁵ Cumpre mencionarmos que a hipótese analisada será a de ação penal pública.

Parece-nos, assim, não haver dúvidas de que tal sistema é incompatível com um processo penal justo, elemento fundamental de um Estado Democrático de Direito⁶.

Já no sistema acusatório há nítida separação entre o órgão acusador e o julgador. A defesa deve ser efetiva, exercida por profissional habilitado e sua inexistência é causa de nulidade absoluta.

O sistema acusatório foi responsável por uma imensa modificação na posição ocupada pelo réu no processo, que passou de mero objeto a detentor de diversos direitos e garantias.

A partir de uma análise dos dispositivos constitucionais que tratam do processo penal na Constituição Federal, podemos concluir que é esse o sistema processual penal adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro⁷.

A própria Constituição prevê em seu artigo 127 que o Ministério Público é o titular da ação penal, o que denota a separação entre os sujeitos processuais⁸.

O acusado (ou réu) somente pode ser processado através de um devido processo legal⁹, que deve observar a ampla defesa, o contraditório e todos os seus consectários lógicos¹⁰.

⁶ BADARÓ Gustavo Henrique Righi Ivahy, *Correlação entre acusação e sentença*. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2000, p. 24, assinala: “o processo inquisitório é incompatível com os direitos e garantias individuais, violador dos mais elementares princípios processuais modernos. Sem um julgador equidistante das partes não há imparcialidade. O juiz que formula a acusação liga-se psicologicamente à causa, perdendo a objetividade no julgamento. Há uma nítida incompatibilidade entre as funções de julgar e acusar”.

⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini, *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 348: “a Constituição brasileira de 1988 delineou com toda clareza um processo penal acusatório, em que as funções de acusar, defender e julgar são absolutamente separadas: um processo de partes. Clara demonstração desta tomada de posição da Constituição são as regras da titularidade da ação penal pública ao MP (art. 129, I CF), a constitucionalização da função do advogado (art. 133, CF) e a institucionalização de defensorias públicas (art. 134, CF), a desvinculação do MP do Poder Executivo (Cap. IV do Título IV da Constituição”.

⁸ De acordo com JARDIM, Afrânio Silva, *Direito Processual Penal. Estudos e Pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 43: “O Estado sentiu a necessidade de criar mecanismos seguros para que a atividade jurisdicional se fizesse de forma justa, independentemente da vontade ou interesse das partes privadas. Mas o Juiz tinha de ser preservado, em prol da sua imparcialidade e neutralidade. Conseguiu-se esse grande salto de qualidade através da institucionalização do Ministério Público, que pode ser considerado o verdadeiro ‘ovo de Colombo’ para o processo penal que surgiu modernamente. Com o Ministério Público, assumiu o Estado, definitivamente, a titularidade da *persecutio criminis in iudicio*, sem precisar comprometer a neutralidade judicial. Assim, as três funções processuais são entregues a sujeitos diversos, sem retorno à acusação privada. O processo penal passou a ser ao mesmo tempo um engenhoso instrumento de repressão penal e uma forma de autolimitação do Estado, pelo princípio da *nulla poena sine iudicio*”.

⁹ É praticamente impossível chegar a uma definição do que seria o devido processo legal. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel, *Teoria Geral do Processo*, 21.ed., São Paulo, Malheiros, 2005, p. 88/89 assinalam: “Entende-se, com essa fórmula, o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. Garantias que não servem apenas aos interesses das partes, como direitos públicos subjetivos (ou poderes e faculdades processuais) destas, mas que configuram antes de mais nada, a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimante do

O art. 5º, inciso LXXIV determina que o Estado prestará assistência jurídica gratuita aqueles que comprovarem insuficiência de recursos, possibilitando que, mesmo os juridicamente necessitados sejam assistido por profissional habilitado (no caso, o Defensor Público¹¹).

Em decorrência do sistema adotado, é inadmissível que a acusação seja formulada por magistrado, tal como ocorria no sistema inquisitório¹² - ¹³. Porém, ao analisarmos alguns artigos do Código de Processo Penal, verificamos que há regras que possibilitam tal conduta por via reflexa.

A ação penal é, em regra, de natureza pública, cabendo sua titularidade ao Ministério Público. A atuação do *Parquet* está limitada pelo princípio da obrigatoriedade do processo penal, ou seja, existindo elementos que consubstanciem a justa causa, além daqueles indispensáveis ao regular exercício do direito de ação, deve o Promotor de Justiça oferecer denúncia, deflagrando, assim, a ação penal pública¹⁴⁻¹⁵.

exercício da jurisdição. Compreende-se modernamente, na cláusula do devido processo legal, o direito do procedimento adequado: não só deve o procedimento ser conduzido sob o pálio do contraditório como também há de ser aderente à realidade social e consentâneo a relação de direito material controvertida. Pela primeira vez na Constituição brasileira, o texto de 1988 adota expressamente a fórmula do direito anglo-saxão, garantindo que 'ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal' (art. 5º, inc. LIV). O conteúdo da fórmula vem a seguir desdobrado em um rico leque de garantias específicas, a saber: a) antes de mais nada, na dupla garantia do juiz natural, não mais restrito à proibição de bills of attainder e juízos ou tribunais de exceção, mas abrangendo a dimensão do juiz competente (art. 5º, incs., XXXVII e LIII); e b) ainda em uma série de garantias, estendidas agora expressamente ao processo civil, ou até mesmo novas para o ordenamento constitucional. Assim o contraditório e a ampla defesa vêm assegurados em todos os processos, inclusive administrativos, desde que neles haja litigantes ou acusado (art. 5º, inc. LV)."

¹⁰ Como assinala GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance e FILHO, Antonio Magalhães Gomes, *As nulidades no processo penal*, 6.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.75, "Defesa e contraditório estão indissolúvelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas é essa – como poder correlato ao de ação – que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório".

¹¹ Uma interpretação sistemática do art. 5º, LXXIV e do art. 134 da Constituição Federal leva à essa conclusão

¹² Conforme aduz MARQUES, José Frederico, *Elementos de direito processual penal*, 2.ed.; Campinas: Millenium, 2000, v. I, p. 205: "As regras do *ne procedat iudex ex officio* e do *ne procedat iudex ultra petitum* et *extra petitum* derivam das garantias do sistema acusatório. Uma vez que não mais existe, entre nós, o juiz inquisitivo, cumpre à acusação delimitar a área de incidência da jurisdição penal e também movimentá-la através da propositura de ação penal. Não há, no processo penal pátrio, o procedimento *ex officio*. A acusação pública é atividade funcional adjudicada exclusivamente ao Ministério Público, enquanto que a acusação privada pertence ao ofendido, com a atuação supletiva, em alguns casos, do próprio Ministério Público."

¹³ A antiga lei de falências continha previsão nesse sentido, eis que o inquérito judicial era instaurado pelo magistrado.

¹⁴ MARQUES, José Frederico, *op.cit.*, p. 374, "Apesar do papel que representa no processo penal, de verdadeiro *dominus litis*, o Ministério Público não pode dispor ao seu alvedrio da ação penal pública".

¹⁵ Após ao advento da Lei 9.099/95, alguns autores entendem ter ocorrido a mitigação do princípio da obrigatoriedade eis que, nos casos nela previstos, ao invés de oferecer denúncia pode formular a proposta de transação penal ou a suspensão condicional do processo cf. JARDIM, Afrânio Silva, *op.cit.*, p. 337: "Parece-nos que temos que pensar a transação penal como uma mitigação do princípio da Obrigatoriedade do exercício da Ação Pública. Nessas hipóteses de infração de menor potencial ofensivo, o legislador diz que, desde que preenchidos determinados requisitos legais, o Ministério Público pode oferecer uma pena menor, no interesse da sociedade, no interesse do réu, etc. Quer dizer, seria uma faculdade do Ministério Público que, nesses casos,

A acusação está a cargo do Ministério Público e compreende não somente a imputação (que é o ato de imputar a prática de determinado ato a alguém, no caso um fato criminoso) como também a descrição do fato, sua qualificação jurídico-penal e o pedido de condenação.

No processo civil, o objeto é visto como o mérito do processo, ou seja, aquilo sobre o que recai a pretensão autoral, a *res in iudicium deducta*.

Já no processo penal, o objeto do processo (na ação penal pública) é fixado pela denúncia promovida pelo Ministério Público, é a pretensão formulada pelo *Parquet* através de sua imputação¹⁶ - ¹⁷.

Essa pretensão é sempre insatisfeita em razão do princípio do *nulla poena sine iudicio*, ou seja, para a aplicação de uma sanção penal é sempre necessária a instauração de um processo, mesmo que o réu concorde com a aplicação da pena.

Tendo em vista que o direito de ação é um direito subjetivo, público, dirigido contra o Estado, em face de outrem, a pretensão punitiva é sempre exercida contra o Estado. A partir do momento em que o Estado tomou para si o monopólio da jurisdição, é o detentor do *ius puniendi*, direito esse exercido através do Ministério Público.

“Imputar” a prática de determinado fato a alguém (no caso o réu) significa afirmar que essa pessoa praticou o crime descrito da denúncia, com todas as suas circunstâncias¹⁸.

não tem o dever de oferecer a denúncia e, sim, a faculdade de oferecer uma pena menor, abrindo mão do exercício do exercício da obrigatoriedade desta espécie de transação penal”, enquanto “a suspensão condicional do processo seria uma mitigação do Princípio da Indisponibilidade da Ação Penal”, op.cit. p. 338. FERNANDES, Antônio Scarance, A Reação Defensiva à imputação. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2002, p. 144, nota de rodapé n. 02 assinala: “Não se trata, contudo, de imposição direta de pena. Utiliza-se forma diversa da tradicional para a resolução da causa, sendo admitida a solução consensual em infrações de menor gravidade, privilegiando a vontade das partes e, principalmente, do autor do fato que pretende evitar os dissabores do processo e o risco de condenação”.

¹⁶ JARDIM, Afrânio Silva, *op. cit.*, p. 66 faz uma distinção entre conteúdo e objeto do processo. “Resumindo, podemos dizer que o pedido é o objeto do processo. Sob o aspecto formal, o conteúdo do processo são os atos processuais (postulatórios, instrutórios e decisórios). Já sob o aspecto substancial, o conteúdo do processo é a controvérsia decorrente da afirmação de uma relação jurídica material ou de sua inexistência, face aos interesses opostos das partes”.

¹⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Rihi Ivahy, *op. cit.*, p. 42 *et seq.* faz uma distinção entre a pretensão de origem material, de origem Carnellutiana e a processual. Para esse autor, a idéia de exigência de interesse alheio a interesse próprio, exposta por Carnelluti somente poderia se referir à pretensão material, eis que a lide é pré-processual. Além disso, o direito de ação é dirigido contra o Estado, enquanto na pretensão de direito material, a sujeição é dirigida diretamente contra a parte contrária. Dessa forma, a pretensão punitiva equivaleria à pretensão de direito material, eis que anterior ao próprio processo, ao passo que a de direito processual, que constitui o objeto do processo penal seria a pretensão processual penal.

¹⁸ De acordo com GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance e FILHO, Antonio Magalhães Gomes, *As nulidades no processo penal*, 6.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.219: “No processo condenatório é fundamental a identificação da causa petendi, consubstanciada no fato imputado ao réu,

O réu se defende dos fatos descritos na peça inaugural, não podendo, em hipótese alguma, ser condenado por fato não contido na mesma.

Ressalte-se que o pedido na ação penal condenatória é sempre genérico, de condenação, sendo que ao proferir a sentença é que o magistrado irá analisar as circunstâncias do crime, condições do apenado, e demais outras contidas no art. 59 do Código Penal para, então, aplicar a pena.

O PRINCÍPIO DA CORRRELAÇÃO ENTRE ACUSAÇÃO E SENTENÇA

Em razão dos motivos anteriormente expostos, quais sejam, a adoção do sistema acusatório pelo ordenamento jurídico pátrio, a titularidade da ação penal conferida ao Ministério Público, bem como os princípios constitucionais que norteiam o processo penal, a sentença deve guardar correspondência com o descrito na peça inaugural da ação penal condenatória (denúncia ou queixa, na hipótese de ação penal privada).

O princípio da correlação entre a acusação e sentença está consubstanciado justamente nessa correspondência¹⁹.

Tal assertiva também decorre do princípio da inércia da jurisdição, o juiz deve se ater aos fatos narrados na denúncia ou queixa, sendo inadmissíveis as sentenças *ultra, extra e citra petitas*.

Entretanto, no curso do processo penal é possível que se verifique que os fatos não ocorreram exatamente da forma descrita na peça inaugural, o que pode provocar uma alteração no objeto do processo. Tal alteração somente pode ocorrer se observados as regras atinentes à matéria, a fim de que não haja prejuízo para a defesa.

Passaremos então a analisar os artigos 383 e 384 do Código de Processo Penal, que versam sobre a *emendatio* e a *mutatio libelli*.

chamado pela doutrina de evento naturalístico. É o acontecimento histórico transportado para o processo porque corresponde a um tipo penal. Será ele a base para se distinguir uma ação penal de outra. No sistema penal brasileiro, o pedido é sempre de condenação pelo fato imputado, não se exigindo que a acusação expressamente peça a fixação de determinada pena, ou proponha determinada agravante, ou ainda que pretenda determinado regime inicial para a pena privativa de liberdade. Cabe ao juiz o trabalho de individualização da pena, não ficando, nesse aspecto, preso ao pedido da acusação”.

¹⁹ “O princípio da correlação ente acusação e sentença, também chamado de congruência da condenação com a imputação, ou, ainda, da correspondência entre o objeto da ação e o objeto da sentença, liga-se ao princípio da inércia da jurisdição e, no processo penal, constitui efetiva garantia do réu, dando-lhe certeza de que não poderá ser condenado sem que tenha tido oportunidade de se defender da acusação.”, GRINOVER, Ada; FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, ANTONIO MAGALHÃES, *As Nulidades do processo penal*, op.cit., p. 219.

EMENDATIO LIBELLI

De acordo com o art. 383 do Código de Processo Penal (“CPP”), o juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da contida na denúncia ou queixa²⁰ (*emendatio libelli*).

A doutrina diverge acerca da constitucionalidade desse dispositivo. Alguns sustentam que, como o réu se defende dos fatos imputados a ele na denúncia, se o Promotor de Justiça, ao formular a imputação descreve a conduta do réu como sendo a de subtrair coisa alheia móvel mediante violência ou grave e a classifica como furto (art. 155 do Código Penal - “CP”), pode o magistrado proferir sentença condenando o réu pela prática do delito previsto no art. 157 do CP, eis que a conduta típica contida nesse tipo penal é que foi descrita na denúncia (*jura novit curia*).

Assim, o réu teria exercido seu direito de defesa em relação aos fatos descritos na denúncia, sendo irrelevante que o juiz pretenda dar nova qualificação jurídica ao fato. Não há que se falar em “surpresa” ou prejuízo para a defesa, se o rito foi devidamente observado e o réu pôde exercer amplamente seu direito de defesa²¹.

Outros autores, no entanto, admitem que a qualificação jurídica do fato repercute no exercício do direito de defesa, não sendo possível, assim, a aplicação do art. 383 sem a prévia oitiva das partes.

Isto porque a capitulação jurídica dada ao fato pode influenciar o curso do processo, no que tange à concessão da liberdade provisória (proibida para os crimes hediondos), bem como à aplicação de institutos como a transação penal e a suspensão condicional do processo.

Assim, o juiz deve dar oportunidade para que as partes se manifestem antes da sentença ser proferida, privilegiando assim o contraditório²².

“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 a pena mais grave”.

²¹ Essa é a opinião de TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Processo Penal*, v.4. 22.ed.rev., atual. e ampl., São Paulo:Saraiva, 2000, p. 249: “É que, em todos esses casos, não há surpresa para a defesa. O fato do qual o réu vai defender-se está perfeitamente descrito na peça acusatória. O Juiz vai apreciar esse fato. Nem teria sentido devesse o Magistrado vincular-se à capitulação feita pelo acusador. Inteira aplicação tem, aqui, o refrão narra mihi factum dabo tibi jus. Certo que deve haver correlação entre a sentença e a acusação. Mas esta relação mútua há de verificar-se entre a sentença e o fato contestado, e não entre a decisão e a capitulação dada à causa petendi, que é o próprio fato. Assim, na emendatio libelli o fato é o mesmo, absolutamente o mesmo; o Juiz limita-se a corrigir a qualificação jurídico-penal”.

²² Para, BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, *Correlação entre acusação e sentença*. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2000, p.162, é necessário que, antes de proferir sentença, o juiz dê conhecimento às partes: “Desde que os fatos imputados permaneçam inalterados, pode o juiz dar-lhes definição jurídica diversa da constante da denúncia ou da queixa, mesmo sem aditamento dessas peças. Porém, antes de sentenciar, em respeito ao contraditório, deve o juiz convidar as partes a se manifestarem sobre a possibilidade de uma nova

Em que pesem os argumentos contrários, entendemos que o segundo entendimento, de que as partes devem ser ouvidas e, conseqüentemente, a alteração somente pode ocorrer após aditamento da denúncia pelo *Parquet* é o que mais se coaduna com o sistema acusatório e um processo penal democrático.

O juiz não pode interferir na função do Ministério Público sob pena de comprometer sua imparcialidade. Daí porque, mesmo quando entender que haja a possibilidade de se conferir diversa definição jurídica ao fato deve abrir vista as partes e, posteriormente, enviar os autos ao seu tabelar.

Tal providência se faz necessária eis que ao analisar os autos e entender que o fato merece receber outra capitulação jurídica o magistrado já terá formado uma opinião sobre o caso, o que poderá influenciar o julgamento final.

A MUTATIO LIBELLI

O art. 384, por sua vez, prevê uma situação diferente daquela prevista no art. 383²³. O seu *caput* trata da hipótese em que o juiz reconhece a possibilidade de nova definição jurídica do fato, em razão de prova contida nos autos, de circunstância elementar não contida explícita ou implicitamente na denúncia.

classificação jurídica dos fatos, evitando que sejam surpreendidas com a nova capitulação, sem que tenham tido oportunidade para debatê-la. Embora o réu se defenda dos fatos imputados e não da classificação legal dos fatos, o certo é que o tipo penal exerce influência decisiva na condução da defesa, de forma que sua alteração poderia surpreendê-la.” FERNANDES, Antonio Scarance, *A reação defensiva à imputação*, op.cit., p.232 afirma: “*A solução do art. 383 do Código de Processo Penal outorgou ao juiz poderes soberanos para, sem ouvir as partes, dar ao fato a classificação que julgar adequada, não se importando o legislador com os reflexos negativos para acusação e defesa da mudança na classificação. Com o novo regime a classificação legal do fato é sempre potencialmente alternativa, pois a classificação da denúncia pode ser mantida ou alterada pelo juiz na sentença. Essa situação impõe ao acusado o pesado ônus de se defender da classificação expressa e de todas as outras possíveis. Não pode permanecer essa situação, porque as garantias constitucionais e as exigências do devido processo legal impedem que as partes sejam surpreendidas com uma alteração sobre a qual não se estabeleceu prévio contraditório. Tanto a acusação como a defesa têm interesse na classificação, pelos seus efeitos penais e processuais, e, por isso, não há razão para o juiz deixar de ouvir o Ministério Público e o acusado antes de alterar a classificação inicial”.*

²³ “Art. 384. – Se o juiz reconhecer a possibilidade de nova definição jurídica do fato, em conseqüência de prova existente nos autos de circunstância elementar, não contida explícita ou implicitamente, na denúncia ou na queixa, baixará o processo, a fim de que a defesa, no prazo de 8 (oito) dias, fale e, se quiser, produza prova, podendo ser ouvidas até três testemunhas. Parágrafo único. Se houver possibilidade de nova definição jurídica que importe aplicação de pena mais grave, o juiz baixará o processo, a fim de que o Ministério Público possa aditar a denúncia ou a queixa, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, abrindo-se, em seguida, o prazo de 3 (três) dias à defesa, que poderá oferecer prova, arrolando até três testemunhas.”

Nessa hipótese, determina o referido dispositivo legal que deverá ser aberta vista à defesa para que se manifeste no prazo de 8 (oito) dias.

A primeira questão a ser levantada acerca de tal norma se refere à possibilidade de existir circunstância elementar contida implicitamente na denúncia. Se o legislador admite que deve ser dada vista à defesa nesse caso é porque admite que essa circunstância seja implícita.

Tal situação está em total desacordo com os princípios da ampla defesa e do contraditório. Com efeito, se for admitida a existência de circunstância implícita na denúncia ou queixa, o réu não terá conhecimento da mesma, o que prejudicará o exercício do seu direito de defesa²⁴.

Ademais, o art. 41 do CPP determina que “a denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, **com todas as circunstâncias**”. Portanto, não há que se falar em circunstância implícita se o próprio Código determina que todas as circunstâncias devem estar descritas na denúncia ou queixa.

A parte do dispositivo legal que prevê a possibilidade da existência de uma circunstância implícita não pode ser considerada como recepcionada pela Constituição de 1988.

Outro ponto do *caput* do art. 384 do CPP que também não está de acordo com a ordem constitucional vigente se refere à possibilidade de o juiz reconhecer nova definição jurídica do fato e então baixar os autos para a defesa se manifestar.

Ao atender tal regra *ipsis literis*, o juiz estará exercendo a função de acusador, função essa reservada ao Ministério Público²⁵. A defesa, mais uma vez, também restará prejudicada, pois ao proferir sentença, o magistrado estará influenciado pela análise anteriormente feita (como ocorre na hipótese do artigo 383, anteriormente analisada).

²⁴ É essa a opinião de MALAN, Diogo, *op.cit.*, 197, “A admissão de uma condenação baseada em acusação implícita é perfeitamente compreensível sob a égide de um código que considera a defesa um ato unilateral dos criminosos, repudiando a proibição de sentença condenatória *ultra petita*. Todavia, em Estado Constitucional de Direito que assegura aos seus cidadãos a garantia da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (dentre os quais se inclui o direito fundamental a ser informado da acusação, conforme já demonstrado supra), a derrogação desse dispositivo nos parece incontestes.”

²⁵ Conforme preconiza PRADO, Geraldo, *op.cit.*, p. 147: “Caso seja admitida a alteração substancial dos fatos, por iniciativa do tribunal, ainda quando seja dada oportunidade ao contraditório, do ponto de vista psicológico sem dúvida estará sensivelmente diminuída a possibilidade de o acusado se defender de verdade. (...) A alteração da acusação equivale à alteração do pedido e da causa de pedir da ação penal, caso se queira trabalhar com categorias herdadas do processo civil, e a implementação da alteração da acusação representa modificação de elementos capitais da ação, direito do autor. Ao fazê-lo, isto é, ao se permitir que o juiz altere o teor da acusação, na verdade o que ocorre é que se admite que o juiz revolva a substância do direito da parte, que não lhe pertence.”

Tal regra é indubitavelmente inconstitucional, pois traz de volta a figura do juiz acusador, despido de imparcialidade (que é uma característica inerente à função).

O parágrafo único do art. 384 determina que, no caso de pena mais grave, o juiz deve determinar a abertura dos autos ao membro do *Parquet* com atribuição para que seja aditada a denúncia ou a queixa.

Em que pesem as opiniões em contrário, não há qualquer diferença entre a situação prevista no *caput* e no parágrafo único do art. 384.

A abertura de vista dos autos ao Ministério Público decorre não da possibilidade de aplicação de pena mais grave mas sim do sistema processual penal brasileiro – sistema acusatório - e de todos os princípios a ele correlatos²⁶.

As regras processuais são de ordem pública, ou seja, a observância das mesmas não tem relevância apenas para as partes envolvidas mas para toda a sociedade.

Em um Estado Democrático de Direito é necessário que, ao menos, haja separação entre as funções de acusador e julgador e a ampla defesa seja efetivamente observada.

Ao agir em consonância com o art. 384, *caput* do CPP, o magistrado irá proferir sentença sem que uma acusação formal seja elaborada.

Não interessa que não haja alteração da pena referente ao crime imputado ao réu, pois a observância de princípios constitucionais está intimamente conectada com a própria existência de um Estado Democrático de Direito.

Procedimento do júri

O procedimento do júri é bifásico, vale dizer, no final da primeira fase o juiz singular irá analisar se estão presentes os requisitos necessários para o julgamento pelo conselho de sentença, podendo proferir decisão de pronúncia, impronúncia, absolvição sumária ou desclassificação. Somente se for proferida a decisão de pronúncia é que o réu será submetido a julgamento pelo júri.

²⁶ Conforme elucida BADARÓ, GUSTAVO HENRIQUE RIGHI IVAHY, *op.cit.*, p.172, “A distinção não tem razão de ser. A correlação entre acusação e sentença é indispensável, independentemente da pena aplicada ao fato imputado. A violação da regra de correlação decorre de a sentença levar em conta fato diverso do imputado, em nada importando a pena. Se o fato considerado na sentença é diverso do fato imputado, seja a pena menor, igual ou superior à pena que decorreria do fato inicialmente imputado, está violada a regra da correlação entre acusação e sentença. Em suma, se há diversidade do objeto do processo, descumprida foi a regra da correlação entre acusação e sentença, em nada importando a pena cominada ao novo delito.”

O artigo 408, § 4º do CPP prevê que o juiz poderá dar definição jurídica ao fato diversa daquela contida na queixa ou denúncia²⁷, devendo então remeter os autos ao juízo competente.

No momento de proferir a decisão de pronúncia o magistrado deve se ater aos fatos narrados na denúncia. Mas, se verificar a ocorrência de novos fatos, que podem alterar a imputação, deverá determinar a remessa dos autos ao *Parquet* para que se manifeste e, querendo, adite a denúncia.

O procedimento previsto no artigo 384 deve ser utilizado mesmo na hipótese de processo submetido ao rito do júri, sob pena de infringência do princípio acusatório.

Apesar de o juiz singular não proferir sentença condenatória, é ele quem vai fazer o juízo de admissibilidade da acusação, decidindo se o caso é de competência do júri, daí porque a necessidade de remessa dos autos ao Ministério Público.

Como já mencionado anteriormente, tal providência deve ser tomada mesmo que não haja alteração do *quantum* de pena. Imagine-se, por exemplo, que o réu esteja sendo acusado de homicídio qualificado por motivo fútil (art. 121, §2º, I, CP) e depois de analisar as provas o juiz verificar que o caso em questão é de motivo torpe. Apesar de, em uma eventual condenação a pena permanecer inalterada, a alteração da imputação é medida que se impõe, em atenção ao princípio da correlação e sentença.

Além da denúncia e sentença, no procedimento perante o tribunal do júri deve haver correlação entre a denúncia, pronúncia, libelo e sentença.

Entretanto, mesmo após o trânsito em julgado da decisão de pronúncia, é possível a modificação dos fatos, como por exemplo, na hipótese de o réu estar sendo acusado de tentativa de homicídio e há posterior falecimento da vítima. Nesse caso, também há necessidade de reformulação do libelo, devendo os autos serem remetidos ao Ministério Público²⁸, aplicando-se analogicamente o disposto no art. 384 do CPP.

Mas, se no dia do julgamento o fato não varia mas surge em plenário a prova referente a um novo fato não considerado na denúncia (mas que já existia), não há qualquer dispositivo legal sobre o assunto. A hipótese aqui analisada se diferencia da prevista no art. 416, que prevê a possibilidade de alteração da pronúncia e do libelo por fato superveniente.

²⁷ “Art. 408, § 4º - O juiz não ficará adstrito à classificação do crime, feita na queixa ou denúncia embora fique o réu sujeito à pena mais grave atendido, se for o caso, o disposto no art. 410 e seu parágrafo.”

²⁸ “Art. 416. – Passada em julgado a sentença de pronúncia, que especificará todas as circunstâncias qualificativas do crime e somente poderá ser alterada pela verificação superveniente de circunstância que modifique a classificação do delito, o escrivão imediatamente dará vista dos autos ao órgão do Ministério Público, pelo prazo de 5 (cinco) dias, para oferecer o libelo acusatório.”

Gustavo Henrique Ivahy Badaró analisa a questão, declarando que não é possível a modificação do libelo nessa fase se não ocorrer a hipótese do art. 416 do CPP (“*verificação superveniente de circunstância que modifique a classificação do delito*”)²⁹. Assim, o acusado deve ser levado a júri e os quesitos devem se basear no libelo, não podendo ser incluído fato não aduzido na pronúncia (não se trata de fato novo mas sim de fato que já existia mas não havia sido considerado).

CONCLUSÃO

O CPP brasileiro foi editado sob a égide de uma ditadura o que, sem dúvida, influenciou a edição de diversas normas em consonância com um regime político totalitário.

O sistema processual penal adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro é o acusatório, já que há nítida separação entre as figuras de acusador e julgador e a defesa deve ser exercida de modo efetivo, através de profissional habilitado.

Os arts. 383 e 384 do CPP, que tratam do princípio da correlação entre acusação e sentença devem ser interpretados a luz da Constituição Federal.

Dessa forma, para que haja mudança na capitulação jurídica dos fatos narrados na denúncia, o magistrado deve abrir vista para as partes se manifestarem, preservando, assim, os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Apesar do art. 384 do CPP prever a possibilidade de existência de circunstâncias implícitas na denúncia, tal norma não deve ser considerada como tendo sido recepcionada pela Constituição Federal de 1988, pois prejudica o direito à ampla defesa.

Ademais, a regra que determina que somente no caso de a pena aplicada ao novo crime ser mais grave o juiz deve dar vista dos autos ao *Parquet* está em desacordo com o sistema acusatório, no qual a função de acusador não se confunde com a de julgador. O Ministério Público deve se manifestar independentemente de a pena cominada ao novo delito ser mais grave.

²⁹ “A descoberta de um novo aspecto ou de uma nova circunstância do fato que originou a pronúncia, posteriormente à preclusão de tal decisão, não poderá ser objeto de julgamento pelo júri. A condenação fora dos limites traçados pela pronúncia e pelo libelo não será possível. Por outro lado, não haverá mais possibilidade de alteração do objeto do julgamento, visto que a única exceção capaz de afastar a imutabilidade da pronúncia é a superveniência de circunstância que modifique o fato, e não a descoberta de um fato novo que já havia ocorrido anteriormente à pronúncia. Afora essa única exceção legal, uma vez operada a preclusão da decisão de pronúncia (pela ausência de interposição de recurso em sentido estrito ou pela confirmação da pronúncia em instância superior), fica assentado que o acusado foi enviado ao julgamento do júri por aquele crime, naquelas circunstâncias.” *op.cit.*, p. 205

BIBLIOGRAFIA

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, *Correlação entre acusação e sentença*. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2000.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel, *Teoria Geral do Processo*, 21.ed., São Paulo, Malheiros, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel, *A instrumentalidade do processo*. 8.ed.; São Paulo: Malheiros, 2000.

FERNANDES, Antônio Scarance, *in Reação Defensiva à imputação*, São Paulo:Revista dos Tribunais, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini, *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance e FILHO, Antonio Magalhães Gomes, *As nulidades no processo penal*, 6.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MALAN, Diogo Rudge, *A sentença incongruente no processo penal*, Lúmen Juris: Rio de Janeiro, 2003.

MARQUES, José Frederic, *Elementos de direito processual penal*, 2.ed.; Campinas: Millenium, 2000, v. I.

PRADO, Geraldo, *Sistema Acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4.ed.; Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Processo Penal*, 22.ed.rev., atual. e ampl., São Paulo:Saraiva, 2000.