

XIV. DA CORRELAÇÃO ENTRE A ACUSAÇÃO E A SENTENÇA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO: O ART.384, *CAPUT*, DO CPP E A OFENSA AO SISTEMA ACUSATÓRIO E ÀS FUNÇÕES PRIVATIVAS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Márcio Carvalho Faria¹

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Princípio da congruência, a inércia do judiciário e o sistema acusatório. 3. Os limites da coisa julgada. 4. Os atos processuais relacionados (a denúncia: ato postulatório; e a sentença, ato decisório). 5. A *emendatio libelli* (art. 383, CPP) e a *mutatio libelli* (art. 384, CPP). 6 A função do ministério público e a constitucionalidade duvidosa do *caput*, art. 384, CPP. 7. Conclusão. 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objeto de análise a necessária correlação existente a acusação e a sentença, diante dos princípios constitucionais da imparcialidade do juiz e do contraditório, em comparação, sobretudo, com os institutos da *emendatio libelli* e da *mutatio libelli*. A partir de deles, notadamente este último, far-se-á uma verificação, à luz das características básicas do sistema processual penal acusatório, se há alguma mácula ao art. 129, I, da Constituição Federal de 1988 (CF/88).

Na primeira parte da pesquisa, serão objeto de perquirição o princípio da congruência, a iniciativa exclusiva do Ministério Público para a ação penal pública e o sistema acusatório, além de uma análise, sucinta, da coisa julgada. Nesse momento, tentar-se-á firmar as bases do trabalho, o qual, mais especificamente, buscará demonstrar, *a posteriori*, se os institutos da *emendatio* e da *mutatio* foram recepcionados pela Carta Magna.

Na segunda parte da pesquisa, analisar-se-á mais pormenorizadamente os referidos institutos, destacando-se o que a doutrina e a jurisprudência têm observados a respeito.

Conclui-se pela não-recepção do art. 384, *caput*, CPP, pela Constituição Federal, sendo imperiosa que tal situação venha a ser melhor analisada pelas mais altas Cortes do País.

O método de procedimento a ser utilizado é o jurídico-interpretativo, uma vez que se fará uma análise crítica das regras constantes nos arts. 383 e 384, CPP - frente a uma gama de princípios que norteiam o sistema acusatório pátrio, objetivando se chegar a uma justificação para esta construção.

Nesse trabalho será feita uma pesquisa qualitativa, utilizando a documentação indireta como técnica de pesquisa e, dentro desta, a pesquisa documental e a bibliográfica. Aquela

¹ Mestrando em Direito Processual pela Faculdade de Direito da UERJ.

realizar-se-á através da pesquisa jurisprudencial, especificamente, no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça; esta, por sua vez, terá como base a doutrina voltada ao Direito Processual Penal, à Teoria Geral do Processo e ao Direito Constitucional. Com isso, através da pesquisa em ramos diversos do Direito, buscar-se-á a justificativa e respectivas conseqüências para a (in)aplicação da *mutatio libelli* e da *emendatio libelli*.

No referente aos setores do conhecimento, a pesquisa assumiu feição interdisciplinar, pela concatenação de elementos pertinentes à Teoria Geral do Processo, ao Direito Processual Penal e ao Direito Constitucional, em necessário e constante intercâmbio.

2. O PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA, A INÉRCIA DO JUDICIÁRIO E O SISTEMA ACUSATÓRIO

Um dos principais dogmas da processualística (amparada, principalmente, na ordem constitucional vigente), consiste na adstrição da prestação jurisdicional àquilo que as partes e a lei² assim determinam, na medida em que, como é cediço, o Judiciário é inerte e não pode, salvo raras exceções, manifestar-se *ex officio* sobre algo que não lhe foi alvo de atribuição, sob pena de arbitrariedades e/ou nulidades. Trata-se de máxima *net procedat judex ex officio*, como se sabe.

Tais “atribuições” do Judiciário são, em regra, definidas pela *demanda*, na qual o autor formula um *pedido*. Este, por seu turno, acaba por delimitar o âmbito de atuação dos julgadores, sendo-lhes vedada qualquer atuação jurisdicional que o extrapole³. São os contornos do pedido, destarte, que orientam o Judiciário na prestação de sua função precípua, qual seja, a jurisdicional.

Há, portanto, a necessidade de que o ofício dos julgadores seja consentâneo com aquilo que lhes foi colocado a decisão, sob pena de grave ofensa ao “acesso à ordem jurídica justa”, na feliz e conhecida definição do professor Kazuo Watanabe (art. 5º, XXXV, CF/88). Essa “correlação” é o que a doutrina convencionou chamar o princípio da congruência, conforme se verifica das palavras de **Moreira**⁴:

Chama-se demanda ao ato pelo qual alguém pede ao Estado a prestação de atividade jurisdicional. Pela demanda começa a exercer-se o direito de ação e dá-se causa à formação do processo. Só por exceção existe, em nosso direito, processo civil sem demanda que o instaure: é o princípio da iniciativa da

² Nos casos de matérias de ordem pública, por exemplo, que devem ser conhecidas *ex officio* pelo Judiciário.

³ Tal regra está presente, dentre outras normas, nos arts. 128 e 460, ambos do Código de Processo Civil (CPC).

⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 24.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, página 10.

parte (*ne procedat iudex ex officio; nemo iudex sine actore*), consagrado no art. 262.

Através da demanda, formula a parte um *pedido*, cujo teor determina o objeto do litígio e, conseqüentemente, o âmbito dentro do qual toca ao órgão judicial decidir a lide (art. 128). Ao proferir a sentença de mérito, o juiz acolherá ou rejeitará, no todo, ou em parte, o pedido do autor (art. 459, 1ª parte). Não poderá conceder providência diferente da pleiteada, nem quantidade superior ou objeto diverso do que se pediu (art. 460); tampouco deixar de pronunciar-se sobre o que quer que conste do pedido. É o princípio da *correlação* (ou da *congruência*) entre o pedido e a sentença (*ne eat iudex ultra vel extra petita partium*), só afastável ante exceção legal expressa.

Também considerado como o princípio da “inalterabilidade da demanda”, para **Rangel**⁵ a congruência pode ser definida como “*a correlação que deve existir entre o que se pediu e o que foi concedido. Trata-se de uma garantia processual decorrente do princípio constitucional da ampla defesa visando impedir surpresas desagradáveis ao réu comprometendo sua dignidade enquanto pessoa humana*”.

De origem romanas, tal princípio ganhou força com o Estado liberal, tendo em vista a supervalorização do princípio dispositivo, do qual é corolário. Nas palavras de **Didier Jr. et al.**⁶

O individualismo então reinante se contrapunha à idéia do intervencionismo estatal, razão por que o juiz, como *longa manus* do Estado costumava ser, por dever e por ideologia, um sujeito inerte e passivo, a quem competia sempre aguardar a provocação da parte para praticar atos no processo. Essa concepção influenciou muito a doutrina e a legislação brasileiras. Por conta disso, desde a Consolidação Ribas, implementada por Joaquim Ribas e editada em 1876, até o atual Código de Processo Civil, tem vigência, em nosso ordenamento jurídico, com fórmulas mais ou menos semelhantes, o princípio da correlação entre a decisão e o pedido.

Mais importante que isso, é a idéia de que a congruência está intimamente ligada à garantia constitucional do contraditório. Isso porque, como se sabe, o direito a participar e influenciar as decisões judiciais, garantido pela CF/88, só é pleno naquilo em que a outra parte aventou. Noutros termos: o réu não se defende de tudo, mas apenas e tão somente daquilo que o autor lhe imputou, sobretudo nos processos criminais. Se, em sentença,

⁵ RANGEL, Paulo. *O Garantismo Penal e o Aditamento à Denúncia*. Disponível em www.mundojuridico.adv.br, página 07.

⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. *Curso de direito processual civil.vol.2.*,pág. 247. Salvador: Juspodium, 2007.

o juiz condena o acusado com arrimo em fatos totalmente diversos daquele sobre os quais o réu exerceu a sua defesa, certamente o contraditório será ofendido.

Especificamente na órbita criminal, portanto, a correlação ganha aspectos ainda mais relevantes, vez que a decisão judicial não pode abarcar fatos que não constaram da peça inicial acusatória, o libelo. Assim não fosse, certamente restaria prejudicada a ampla defesa, pois o réu, caso não houvesse tal correlação, deveria ter que se defender daquilo que sequer imaginava...

Oliveira⁷, de seu modo, ratifica tal entendimento, dizendo que a correlação não deixa de ser uma

(...) garantia do indivíduo ao devido processo legal. Assim, o réu não poderá ser condenado pela prática de fato *não constante da denúncia ou queixa*, ou ainda por fato *diverso daquele ali mencionado*, sem que antes se proceda à correção da inicial (...).

Shimura⁸, com maestria, explicita o tema:

Do mesmo modo que sucede no processo civil, ocorre no processo penal. A peça inicial acusatória, seja denúncia, seja queixa-crime, deve descrever perfeitamente bem a espécie delituosa que constitui a causa *petendi*, a razão do pedido, o fato que originou o pedido. No que refere à qualidade e quantidade da pena, o pedido é sempre genérico, vez que, conforme os critérios adotados pelo Código Penal, compete exclusivamente ao Juiz dosá-la. Portanto, como sucede na esfera cível, no campo penal não se admite julgamento ultra, extra ou *citra petitum*. Se o Promotor denuncia por lesão corporal, o Juiz não pode condenar o réu por furto, sob pena de estar decidindo *extra petitum*. Denunciado por dois crimes, a sentença não pode analisar somente um deles; seria julgamento *citra petitum*. Acusado de lesão corporal leve, o Juiz não pode condená-lo por lesões graves, caso em que a sentença seria *ultra petitum*.

Tal regra, como não poderia ser diferente, tem encontrado guarida na jurisprudência, consoante se lê a partir de trecho de julgado do Superior Tribunal de Justiça, *in litteris*:

PENAL. PROCESSO PENAL. AUMENTO DA PENA. INOBSERVANCIA DO ART. 384 DO CPP.

I – O princípio da correlação entre a imputação e a sentença representa uma das mais relevantes garantias do

⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 7.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, página 507.

⁸ SHIMURA, Sérgio Seiji. *Breves considerações sobre a emendatio libelli e a mutatio libelli*. In: *Revista Justitia*, APMP: São Paulo, ano 53, vol. 153, jan./mar. 1991, pág. 01.

direito de defesa, que se acha tutelado por via constitucional.

II – Qualquer distorção, sem observância do disposto no art. 384, da Lei Processual Penal, significa ofensa àquele princípio e acarreta nulidade da sentença (RSTJ 68/340; Resp

III- Recurso conhecido e provido para anular o feito a partir da sentença de 1. grau.

(REsp 44.619/AM, Rel. Ministro PEDRO ACIOLI, SEXTA TURMA, julgado em 09.05.1994, DJ 30.05.1994 p. 13521 - destaques acrescentados)

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MUTATIO LIBELI. ART. 384, CAPUT, DO CPP. OBSERVÂNCIA. CONDENAÇÃO. PROVAS DO INQUÉRITO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. TESTEMUNHO POLICIAL. EFICÁCIA PROBATÓRIA. VALORAÇÃO DAS PROVAS. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. PRECEDENTES MATÉRIA RESERVADA À APRECIACÃO EM SEDE DE REVISÃO CRIMINAL.

1. O princípio da correlação visa assegurar a ampla defesa, em nada impedindo que diante de circunstâncias fáticas novas, surgidas na instrução processual, sob o crivo do contraditório, modifique-se a imputação dada ao agir do acusado.

2. Na espécie, o Magistrado reconheceu existir elementar da conduta imputada ao acusado, não contida na denúncia, que não agravava sua pena e, em perfeita observância ao art. 384, caput, do Código de Processo Penal, abriu prazo para a Defesa manifestar-se, não havendo falar em aditamento da denúncia.

(...)

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

(REsp 604.815/BA, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 23.08.2005, DJ 26.09.2005 p. 438 – destaques acrescentados).

No Código de Processo Civil, por outro lado, o princípio da congruência está disposto nos arts. 128 e 460, e, nas palavras de **Didier Jr. et al**, obedecer à

congruência significa a obtenção de uma “decisão plena”, a qual analisa todos os pedidos deduzidos e mais aqueles denominados de pedidos implícitos (como a correção monetária, por exemplo).

Tal princípio também traz, para o processo, a noção da referibilidade, vez que a decisão deve sempre ter como parâmetro a demanda e seus elementos, como dito. Aliás, para **Calmon de Passos**⁹, “a *petição inicial* é um projeto da sentença que se pretende obter”.

Para **Didier Jr. et al**, a congruência pode ser dividida em (i) externa, a qual se subdivide em (i.1) objetiva e (i.2) subjetiva; e (ii) interna. *In verbis*¹⁰:

A congruência externa da decisão diz respeito à necessidade de que ela seja correlacionada, em regra, com os sujeitos envolvidos no processo (congruência subjetiva) e com os elementos objetivos da demanda que lhe deu ensejo e da resposta ao demandado (congruência objetiva). A congruência interna diz respeito aos requisitos para a sua inteligência como ato processual. Neste sentido, a decisão precisa reverter-se dos atributos da clareza, certeza e liquidez.

Assim, dentre as hipóteses de incongruência externa objetiva, estão as decisões *ultra petita* (além do pedido), *extra petita* (fora do pedido) e *citra petita* (aquém do pedido).

Na verdade, especificamente no processo penal, os limites da atuação do magistrado não se mostram especificamente pelo pedido (que é, invariavelmente, o mesmo, qual seja, o da “condenação”), mas pela *causa petendi*, que narra os fatos delituosos imputados ao acusado. Nesse sentido, **Oliveira**¹¹:

Afirma-se na teoria do processo (e particularmente no processo civil) que o provimento final judicial deverá se ajustar ao pedido formulado pela parte, sob pena de configurar sentença *extra* (além) ou *citra* (aquém) *petitum*. Em processo penal, a questão apresenta-se de modo inteiramente diferente, mais pelas peculiaridades e especificidades dessa modalidade de tutela jurisdicional que propriamente por incompatibilidade teórica.

Com efeito, a providência final que, em regra, espera-se no processo penal condenatório (...) é a absolvição ou a

⁹ Apud DIDIER JR. et al, ob. cit., pág. 246.

¹⁰ Idem, ibidem.

¹¹ Ob. citada, págs. 506-507.

condenação do réu nas sanções em que se achar ele incurso, isto é, nas penas cominadas no tipo penal correspondente à conduta reconhecidamente praticada.

Afirma-se, com isso, que o pedido é sempre genérico, no sentido de com ele se viabilizar a correta aplicação da lei penal, independentemente da alegação do direito cabível trazido aos autos pelas partes. O Juiz Criminal estaria vinculado apenas à imputação dos fatos, atribuindo-lhes, uma vez reconhecidos, a consequência jurídica que lhe parecer adequada, tanto no que respeita à classificação (juízo de tipicidade) quanto à pena e à quantidade de pena a ser imposta.

(...)

O pedido no processo penal, rigorosamente falando, portanto, seria o de condenação. Nada mais.

(...)

Tem-se, portanto, que o princípio da correlação entre o pedido a sentença absolutória ou condenatória, em sede de processo penal, há de se arrimar na *causa petendi*, isto é, no caso penal trazido a juízo, consistente na imputação da prática de determinada conduta, comissiva ou omissiva, que configure específica modalidade (tipo) delituosa.

(negrito acrescentado)

Voltando às definições acima expostas (as quais já se tornaram usuais na processualística moderna, existindo poucos estudiosos que delas não se utilizem), poder-se-ia dizer que seria, assim, decisão *ultra petita* aquela na qual o juiz se excede, indo além daquilo que lhe foi posto à apreciação; na *extra petita*, por outro lado, o magistrado *não analisa* o que lhe foi colocado, imaginando situações que dos autos não constam. Neste caso, não há como se deixar de dizer que há, também, uma decisão *citra petita*, já que, ao “inventar”, ele acaba não analisando o caso, configurando-se, assim, o seu *decisum*, em *citra petita*, ou seja, houve negativa (total ou parcial) de prestação jurisdicional, ofendendo-se, inclusive, o art. 5º, XXXV, CF/88.

Já as hipóteses de incongruência externa subjetiva, como o nome diz, referem-se aos integrantes da relação jurídica processual, e, da mesma forma, falar-se-á em *ultra petita* se seus efeitos, além de atingirem quem faz parte da relação processual, também se fizerem presentes para quem não participa do processo; *citra*, se deixar de regulamentar a situação de todos os envolvidos na demanda e, por fim, será *extra* se apenas atingir quem não participa do feito.

No que tange aos casos de incongruência interna, verifica-se uma intrínseca relação entre os requisitos do pedido inicial, mormente no processo civil. Assim, como regra, o pedido deve ser composto de *liquidez, certeza e concludência*, nos termos de **Didier Jr. et al**, pelo que a sentença, outrossim, também deve demonstrar *liquidez, certeza e clareza/coerência*.

Se o *decisum* não apresentar tais características, pode ser caso de nulidade ou de anulabilidade, as quais podem ser suscitadas em grau recursal (notadamente pela via dos embargos de declaração) ou mediante ações autônomas de impugnação, como a ação rescisória e o *habeas corpus*.

Rangel¹², por seu turno, aduz que

O nosso código de processo penal, sendo ele da Era Vargas, dispõe em seu art. 564, III, m, que ocorrerá a nulidade por falta da sentença. Na verdade não é a ausência da sentença que acarreta a nulidade, pois sem ela não há a entrega da prestação jurisdicional, mas sim, a ausência dos requisitos que lhe são essenciais, bem como, se o juiz julgar *ultra, extra e citra petita*.¹³ A sanção de nulidade é um corolário lógico do respeito as garantias constitucionais dadas ao acusado, pois as normas jurídicas, como expressão da vontade do Estado, devem ser utilizadas e aplicadas com o fim precípua de se atingir o bem comum. O bem de toda a coletividade com o conseqüente respeito a dignidade da pessoa humana.

Quanto à inércia do Judiciário, importante ressaltar que tal característica se coaduna, sobremaneira, com o atual sistema processual penal brasileiro, consagrado pela Constituição Federal, em seu art. 129, I, qual seja, o acusatório¹⁴.

Como se sabe, o sistema acusatório tem como pilar a separação das funções de acusador e julgador, na medida em que o seu antecessor, o sistema inquisitório, concentrava tais funções em apenas uma pessoa, situação esta que, invariavelmente, maculava a justiça das decisões, a equidade e a imparcialidade.

Sobre o tema, vejamos as palavras de **Rangel**¹⁵:

A sociedade tem, hoje, a garantia de que o órgão que exerce a persecução penal é distinto do órgão que irá julgar fazendo nascer a imparcialidade do órgão julgador. Não há mais espaço, dentro de um Estado constitucional Democrático de Direito, para a figura do juiz inquisidor, ou seja, aquele que ao mesmo tempo que acusa, também, julga. Trata-se de uma garantia constitucional de todo e qualquer acusado ser levado ao banco dos réus somente pelo Promotor natural, o que significa dizer: aquele, previamente, com atribuição delimitada em lei e

¹² Ob. citada, pág.08.

¹³ “O Código de Processo Penal Português tem regra clara e própria sobre o tema em seu art. 379 onde comina pena de nulidade a sentença que, não respeitando os limites traçados pelos arts. 358 e 359, condene o arguido por fatos não constantes do objeto do processo” (nota de rodapé de autoria de **Rangel**: ob.citada, pág. 08).

¹⁴ Muito embora, para alguns doutrinadores, o Brasil adote um sistema misto, na medida em que o inquirido é um procedimento extra-Judiciário. Nesse sentido, por todos, TORNAGUI, Hélio. *Curso de processo penal*. Vol. 1. São Paulo, Saraiva, 1990.

¹⁵ Ob. citada, pág. 03.

independente no exercício de suas funções e que goza do atributo da inamovibilidade¹⁶.

A separação das funções de acusar e julgar é vista por Luigi Ferrajoli como a mais importante do modelo acusatório.

Sobre o tema, também assevera **Ferrajoli**¹⁷:

A separação de juiz e acusação é a mais importante de todos os elementos constitutivos do modelo teórico acusatório, como pressuposto estrutural e lógico de todos os demais. (...) A garantia da separação, assim entendida, representa por uma parte, uma condição essencial da imparcialidade do juiz em respeito as partes da causa.

Novamente, **Rangel**¹⁸:

Nesse caso, é vedado ao juiz agir ex officio sendo um postulado constitucional o axioma *nullum iudicium sine accusatione*. A acusação penal é reservada ao Ministério Público sendo vedado ao juiz fazer qualquer acréscimo ao perímetro já traçado pelo órgão acusador e, antes de tudo, fiscal da lei, ao objeto do processo. A acusação, formada pelo binômio imputação + pedido, traça a esfera dentro da qual o órgão julgador irá decidir o conflito de interesses, sendo-lhe vedado julgar ultra, extra e citra petita. Qualquer decisão judicial proferida fora dos limites, previamente, delimitados pelo Ministério Público é nula de pleno direito, esteja ela aplicando sanção mais grave, menor ou igual a que se pediu. É o fato que determina os limites da pena e não a sua qualificação jurídica. Neste caso respeitaremos o direito de defesa.

(...)

O sistema processual penal acusatório vem assim ao encontro dos direitos de ampla defesa, do contraditório, do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública e da característica mor da jurisdição que é a imparcialidade do órgão jurisdicional. Razão pela qual, qualquer modificação, substancial ou não, do fato, objeto do processo, deve ser

¹⁶ O autor em sua obra *Direito Processual Penal*, (3 edição, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2000, p. 31) assim se manifesta quanto ao princípio do Promotor natural: *O Promotor Natural, assim, é garantismo constitucional de toda e qualquer pessoa (física ou jurídica) a ter um órgão de execução do Ministério Público com suas atribuições previamente estabelecidas em lei, a fim de se evitar o chamado Promotor de encomenda para esse ou aquele caso. O princípio existe muito mais em nome da sociedade do que propriamente da pessoa física do Promotor de Justiça, pois, na verdade, exige-se, dentro de um Estado Democrático de Direito, que a atuação dos órgãos do Estado seja pautada pelos princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade (cf. art. 37, caput, da CRFB) não sendo admissível que os atos sejam praticados pelo Ministério Público com interferência de terceiros em afronta ao Devido Processo Legal*. Nota de autoria de **Rangel** (ob. citada, pág. 03).

¹⁷ *Derecho y Razón*, 3 edição, Madrid, Trotta, 1998, p. 567 (nota de rodapé de **Rangel**, ob. citada, pág. 04).

¹⁸ Ob.citada, págs. 3-5.

acrescida pelo titular da ação penal, sob pena do réu não poder ser condenado por fato que não conste, por inteiro, da acusação.

Sobre o assunto, é a lição de **Noronha**¹⁹:

“(...) no sistema acusatório, as funções se separam: diferentes órgãos se ocupam da acusação, da defesa e do julgamento. Acusador e réu estão em pé de igualdade, são partes; e decidindo de suas pretensões, equidistante deles, encontra-se o juiz. Concentra este em suas mãos o poder de julgar e as funções relativas à atividade jurisdicional. Embora lhe seja facultada certa atividade na produção da prova, tal fato não lhe tira aquelas características”. (...) Em regra, apontam-se como característicos seus a oralidade, o julgamento popular, a publicidade e o livre convencimento. Não são, porém, indispensáveis ou fatais. A prova é que, entre nós, a oralidade só se verifica, em regra, no julgamento pelo júri, dominando, aliás, estranhamento no processo civil. O que se patenteia no penal é a publicidade ampla e geral, consagrada no art. 792. Não obstante, esse princípio sofre restrições (...)”.

Dessa forma, está mais que evidenciada a necessidade de se manter incólume o disposto no art. 129, I, CF/88, na medida em que a titularidade da ação penal pública compete, única e exclusivamente, ao Ministério Público. Nesse sentido, qualquer ingerência, na esfera da acusação, por parte do Judiciário, poderá implicar em ofensa ao próprio sistema acusatório e, mais, aos princípios constitucionais da imparcialidade do juiz e do contraditório. Nesse sentido, por todos, vejam-se os dizeres de **Jardim**²⁰:

A nosso juízo, os princípios mais importantes para o processo penal moderno são o da imparcialidade do Juiz e do contraditório. Pode-se mesmo dizer que os demais princípios nada mais são do que consectários lógicos destes dois princípios. Assim, o princípio da demanda ou da iniciativa das partes, próprio do sistema acusatório, decorre da indispensável neutralidade do órgão julgador. Sem ela, toda a atividade jurisdicional estará viciada. Por este motivo, a tendência é retirar do Poder Judiciário qualquer função persecutória, devendo a atividade do Juiz ficar restrita à instrução criminal, assim mesmo, supletivamente ao atuar das partes. (...) Trabalhando com os princípios que informam o sistema processual penal em vigor, constata-se que o Tribunal não tem

¹⁹ NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 28.ed. São Paulo : Saraiva, 2002.

²⁰ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11.ed. Rio de Janeiro : Forense, 2007, págs. 190-191.

como obrigar o Ministério Público a oferecer denúncia que o órgão acusador entenda incabível, pois estar-se-ia violando o salutar princípio da demanda ou da ação, resultante de outro princípio absolutamente importante: *ne procedat judex ex officio*. O Juiz não pode provocar a sua própria jurisdição, formulando a *opinio delicti* que é exclusiva do Ministério Público (art. 129, I, da nova Constituição da República).

3. OS LIMITES DA COISA JULGADA

A questão da correlação pode ser colocada sob um outro prisma, na exata medida em que, se a sentença somente pode (ou melhor, deve) analisar aquilo que a lei assim determina (v.g., as matérias de ordem pública) e, sobretudo, aquilo que as partes levaram ao conhecimento do Judiciário (inerte, por excelência), verifica-se que um dos seus mais importantes efeitos, qual seja, a **imutabilidade daquilo que restou decidido – que decorre da coisa julgada** - somente pode valer para os fatos e personagens dos autos.

Liebman, citado por **Rangel**²¹, define a coisa julgada como sendo:

(...) o comando emergente de uma sentença. Não se identifica com a definitividade e intangibilidade do ato que pronuncia o comando; é pelo contrário, uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato²².

Como se sabe, a coisa julgada pode ser formal ou material. Nas palavras de **Rangel**²³:

(...) formal quando fica limitada ao processo que com ela se encerra. Material quando transcende nos seus efeitos para atingir processo posterior sobre o mesmo litígio²⁴. Criam-se vínculos e limitações de natureza processual e material que impedem o *bis in idem*, ou seja,

²¹ Ob. citada, pág.16.

²² *Eficácia e Autoridade da Sentença*. 3 edição, Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 54. Nota de autoria de **Rangel** (ob. citada, pág. 16).

²³ Ob.citada, pág.16.

²⁴ Eberhard Schmidt. *Los Fundamentos Teóricos Y Constitucionales Del Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1957, p. 160. Nota de autoria de **Rangel** (ob. citada, pág. 16).

o reexame do mérito da questão decidida em outro processo perante as mesmas partes.

A imutabilidade da coisa julgada decorre da necessidade imperiosa de o jurisdicionado ter a certeza de que o Judiciário decidiu, de forma imutável (em regra) determinada questão. É, a um só tempo, medida de segurança jurídica e de acesso à ordem jurídica justa, vez que, caso não houvesse o término da demanda, ninguém iria se dar ao trabalho de passar por um longo processo, já que a qualquer tempo aquele demorado resultado poderia ser modificado. Sobretudo no processo penal, a coisa julgada tem um viés garantista, já que, no sistema brasileiro, não existe a revisão criminal *pro societate*. Assim, condenado – ou absolvido – definitivamente, aquele acusado saberá, com máxima certeza, que não poderá ser demandado novamente por conta daqueles mesmos fatos que lhe foram imputados na peça acusatória (em regra).

Roxin, citado por **Rangel**²⁵, aduz, a corroborar as assertivas acima:

A coisa julgada material serve de proteção do acusado. Com ela se reconhece juridicamente fundamentalmente seu interesse em ser deixado em paz depois de ditada uma decisão de mérito que já não mais é impugnável.²⁶

Especificamente no que mais aqui interessa, podem ser referidos os “limites” da coisa julgada, os quais são objetivos e subjetivos. Ainda, **Rangel**²⁷:

A eficácia, em si, da sentença atua em relação a todos os indivíduos, porém a *res iudicata* só tem validade entre as partes as quais é dada²⁸. As partes suportam a sentença transitada em julgado. A imutabilidade se dirige às partes. Assim, se Caio é absolvido da prática do crime de roubo e a sentença transita em julgado nada impede que Ticio seja processado, pelo mesmo fato, face o concurso de agentes descoberto após o trânsito em julgado. Nesse caso, dependendo do fundamento da sentença, poderá Ticio ser trazido ao banco dos réus. O limite do caso julgado atinge apenas a Caio. Entretanto, se Caio foi absolvido por ser o fato atípico, lógico que Ticio não poderá ser processado pelo mesmo fato, pois aplica-se o art. 580 do CPP, analogicamente. **A isso chamamos de limites subjetivos da coisa julgada.**

²⁵ Ob.citada, págs.17-18.

²⁶ Ob. cit. p. 436 (nota de autoria de **Rangel**; ob. citada, pág. 18).

²⁷ Ob.cit., pág.18.

²⁸ Art. 472 do CPC. “A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros (...)”. Nota de autoria de **Rangel** (ob. citada, pág. 18).

O fundamento político dos limites subjetivos da coisa julgada está no próprio direito de liberdade, como acentua Ada Pellegrini Grinover²⁹

Os limites objetivos se referem aos fatos objeto de julgamento. Os fatos principais. Os pontos ou questões litigiosas que foram decididos na sentença é que circunscrevem os limites objetivos da coisa julgada.

O Código de Processo Penal é tímido quanto ao limites objetivos da coisa julgada referindo-se aos mesmos no art. 110, §2º do CPP (...)

Ora, o que entender por fato principal para acobertar-lhe com o manto da coisa julgada?

Entendemos que fato principal é aquele fato material ocorrido no mundo dos homens independentemente da qualificação jurídico penal dada ao fato. É o fato, cometido pelo homem, em sua integridade física. É o fato histórico ocorrido na vida.

Se Tício subtraiu para si coisa móvel alheia mediante destruição de obstáculo com emprego de arma de fogo (fato da vida, ocorrido no mundo dos homens) porém, o Ministério Público somente imputou ao ele a subtração para si de coisa móvel alheia mediante destruição de obstáculo (furto qualificado), não pode o Estado, após o trânsito em julgado, mesmo com provas novas, instaurar processo pelo crime de porte de arma. O fato principal é um só e já foi julgado. Entender diferente, é estabelecer no ordenamento jurídico brasileiro a revisão criminal *pro societate*, o que, por si só, é vedado.

Não pode o Estado continuar as investigações sobre o acusado que foi absolvido com trânsito em julgado, alegando que o crime foi de roubo, porém não ficou demonstrada a grave ameaça exercida com a arma de fogo. Assim, inadmissível será instauração de novo processo para apurar, agora, aquele porte (ou utilização) de arma. A utilização da arma faz parte do fato principal (roubo) que já foi objeto de julgamento e não admite reabertura da ferida cicatrizada com a res iudicata.

²⁹ “O fundamento político da limitação subjetiva da coisa julgada penal está no próprio direito de liberdade: vincular o terceiro à sentença condenatória que se formou relativamente a outro indivíduo, significaria sacrificar a exigência da justiça e os direitos de defesa a um princípio lógico e abstrato de coerência formal entre os julgados; por outro lado se o terceiro pudesse invocar a sentença absolutória proferida com relação ao co-autor, acabaria desfrutando de uma impunidade injustificada, incompatível com o caráter relativo da sentença” (Eficácia e Autoridade da Sentença Penal. 1 edição, São Paulo, RT, 1978, p. 13/14); nota de rodapé de autoria de **Rangel**; ob. citada, pág. 18.

No mesmo sentido, se o acusado foi condenado no furto simples não pode o Estado, agora, aceitar a instauração de novo processo, contra o mesmo réu, pelo crime de dano alegando ter havido destruição de obstáculo à subtração da coisa, já objeto de julgamento trânsito em julgado.

O fato principal é um só e já foi objeto de julgamento.

E ainda: se absolvido do crime de furto não pode o réu ser, agora, acusado pelo crime de constrangimento ilegal (ou lesão corporal leve) contra mesma vítima praticado no mesmo dia, hora e local, provando-se, entretanto, com provas novas, que houve emprego de violência. O fato é um só. Já operou o trânsito em julgado, nada mais se pode fazer, sob pena de não haver a segurança e a estabilidade social que exige a coisa julgada.

A coisa julgada açambarca o fato sob todos os pontos de vista jurídicos³⁰. Se o réu foi absolvido (ou condenado) pela prática do crime de latrocínio não pode o Estado, agora, querer instaurar novo processo, pelo mesmo fato, contra o mesmo réu, pela prática do crime de homicídio com a desculpa de que novas provas demonstram que nada foi subtraído e que sua intenção era de matar. O fato principal, sobre o qual recaiu a apreciação do Estado, já está protegido pelo manto da res iudicata.

É bem verdade que o Código de Processo Penal é tímido na disciplina da coisa julgada não havendo, como deveria, um capítulo próprio da res judicata. Entretanto, nada impede que se aplique não só o disposto no § 2º do art. 110 CPP, mas também as regras insertas no Código de Processo Civil³¹.

O no bis in idem tem a função garantidora impedindo que o acusado, que já se submeteu a cerimônia fúnebre³² que é o processo penal, venha novamente a ser processado pelo mesmo fato.

(destaques acrescentados).

Resultaria, assim, em gigantesca mácula ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa se o juiz pudesse, por exemplo, estender os efeitos da condenação do réu “x” ao

³⁰ Claus Roxin, ob. cit. p. 437. Nota de autoria de **Rangel** (ob. citada, pág. 20).

³¹ cf. arts. 467 *usque* 475 do CPC. Nota de autoria de **Rangel** (ob. citada, pág. 20).

³² Francesco Carnelutti. *Las Miserias Del Proceso Penal*. Buenos Aires, EJEJA, 1959, p. 112. Nota de autoria de **Rangel** (ob. citada, pág. 20).

cidadão “y”, o qual, por uma razão qualquer, também possa ter praticado o mesmo fato delituoso cometido por “x” mas que não integrou a lide penal. Trata-se, na hipótese, de um limite subjetivo da coisa julgada, consagrado pela legislação processual civil e criminal, como não poderia ser diferente.

Da mesma forma, não seria razoável que ao magistrado fosse dado o “direito” de, em uma demanda na qual o Ministério Público imputa ao réu o crime “x” e em que se ficam demonstradas (i) a inexistência de autoria e, em contrapartida, (ii) a prática, por aquele mesmo acusado, do crime “y”, condená-lo pelo que ficou provado e, mais, fazer ressuscitar feito no qual os fatos narrados foram decididos, ainda de que forma errônea (salvo em benefício do réu, por conta do princípio do *favor rei*, como se sabe).

Destarte, os limites da coisa julgada constituem manifesto direito fundamental, vez que, a um só tempo, protegem os jurisdicionados de arbitrariedades e se coadunam com o verdadeiro e incontestável devido processo legal, tanto sob a sua égide forma, como em seu aspecto material (art. 5º, LIV, CF/88).

4. OS ATOS PROCESSUAIS RELACIONADOS (A DENÚNCIA: ATO POSTULATÓRIO; E A SENTENÇA, ATO DECISÓRIO)

A denúncia, como se sabe, é a petição inicial do processo penal; é a peça típica de acusação, na qual o Autor – Ministério Público – expõe os fatos, com todas as suas circunstâncias (sujeito ativo do crime, os autores e meios empregados, o mal produzido, o lugar do crime, o tempo do fato e a maneira pelo qual o fato foi praticado), a qualificação do acusado, a classificação do crime, o rol de testemunhas (se necessário), o endereçamento, a autenticação e o pedido de condenação, em linhas gerais. É, assim, um ato processual classificado como “postulatório”, na medida em que é nele que o órgão acusador requer, ao magistrado, que exerça o *jus puniendi* estatal.

É na denúncia, assim, que são delimitados os fatos e os agentes que integrarão a relação processual que ora se inicia e que terminará, pelo menos em primeiro grau de jurisdição, com a sentença (muito embora, na doutrina processual penal, adote-se, em sua maioria, a teoria de que as “decisões interlocutórias mistas” também têm força de terminar o processo).

A sentença, por seu turno, pode ser conceituada como o “ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, com ou sem julgamento de mérito”, nas palavras de **Tourinho Filho**. Tem natureza jurídica de “declaração de vontade” e, também, é “resultado de uma atividade mental do julgador”, consoante lembra **Goldschmidt**. Tem como função básica a de “declarar o direito”, até mesmo porque, quando o juiz sentencia, nada mais está fazendo que aplicar a lei ao caso concreto. Tem como requisitos, como se sabe, o relatório (dispensado, *ex vi legis*, nos juizados especiais), a fundamentação ou motivação e o dispositivo.

O princípio da correlação, como o próprio nome diz, nasce da necessidade de que a sentença “reflita” aquilo que foi colocado na exordial, sob pena de nulidades das mais graves, consoante expõem **Grinover et al**³³:

O princípio da correlação entre 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 de tal acusação. (...)

Assim, não pode o juiz condenar o réu por fato não articulado na denúncia e que venha a ficar evidenciado durante o fluir do processo, ou abranger na sentença co-réu não incluído na denúncia, cuja participação não venha a ficar evidenciada durante a instrução; nessas hipóteses, impõe-se nova acusação, por aditamento ou denúncia separada. Se houver aditamento, o réu deve ser citado, realizando-se nova instrução, sob pena de nulidade.

No entanto, o CPP traz dois institutos que, de certa forma, alteram o que foi até agora colocado, os quais serão abaixo mais bem estudados.

5. A EMENDATIO LIBELLI (ART. 383, CPP) E A MUTATIO LIBELLI (ART. 384, CPP)

Diz expressamente o 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.”

Acima está descrito o que a doutrina convencionou chamar de *emendatio libelli*. Tal instrumento ocorre porque quando o MP, no momento da acusação, narra corretamente os fatos ocorridos, todavia, no quando da tipificação, do enquadramento dos fatos narrados aos delitos cominados pelo Código Penal, acaba por se equivocar.

Na definição de **Oliveira**³⁴:

(...) A *emendatio libelli* é a expressão mais eloqüente desse compromisso com a preservação da ordem jurídica.

³³ Grinover, Ada Pellegrini et al. *As nulidades no processo penal*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, págs. 208-229.

³⁴ Ob. citada, págs. 508-509.

Uma vez narrado o fato na denúncia ou queixa, a consequência jurídica que dele extrai o seu autor, o Ministério Público ou querelante, não vincula, nem poderia vincular, o juiz da causa. *Narra-me o fato que te darei o direito*, como dizia o antigo brocardo latino. Obviamente, a pena a ser aplicada não resulta da *escolha* do autor da ação, mas de imposição legal.

Assim, a *emendatio* não é outra coisa senão a *correção* da inicial (libelo, nessa acepção), para o fim de adequar o fato *narrado* e efetivamente *provado* (ou não provado, se a sentença não for condenatória, caso em que seria dispensável a *emendatio*) ao tipo penal previsto na lei.

Nas palavras de **Shimura**³⁵

A *emendatio libelli* constitui-se conformação feita pelo Juiz ao 'fato' narrado pelo Promotor. O artigo 383 do Código de Processo Penal dispõe que 'o Juiz' poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

Neste caso, o 'fato' permanece o mesmo, contra o qual o réu já se defendeu(5). 'Definição jurídica é a classificação do crime, é a subsunção do fato ao tipo', compreendendo-se que este possa ser alterado, pois, não obstante a presunção legal de que a lei é conhecida por todos, a verdade é que o réu não se defende deste ou daquele 'delito definido no Código', mas sim do 'fato criminoso' que lhe é imputado.

Em termos semelhantes, é o que preceitua **Gomes**³⁶:

Princípio da correlação entre a acusação e a sentença

Regra básica: É (*sic*) impossível julgamento *ultra, extra ou citra petita*, ou seja, o juiz não pode julgar além, fora ou aquém do pedido.

Dessa regra surge a necessidade de se estudar dois institutos:

1.) *Emendatio libelli*: (art. 383, CPP): *emendatio* significa emendar, corrigir o libelo (leia-se: a imputação feita na peça acusatória). Nesse caso, o fato provado é exatamente o fato narrado. O problema está na classificação jurídica do fato. A classificação jurídica da denúncia vincula o juiz? Não. O juiz pode e deve corrigir a classificação jurídica do fato. Por quê? Porque o juiz conhece o direito. Estará nesse caso fazendo uma *emendatio libelli*. É o *narra mi factum dabo tibi ius*. O juiz faz

³⁵ Ob. citada, página 02.

³⁶ GOMES, Luiz Flávio. *Direito processual penal*, v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, págs. 323-324.

a emenda sem ouvir a defesa. É aplicada também em 2º Grau e no Júri, mais precisamente na fase de pronúncia.

Para **Grinover et al**, tal possibilidade se abre por que o juiz é que deve, no momento do julgamento, adequar a qualificação jurídica, dizendo o verdadeiro direito aplicável à espécie. Para eles, a adequação feita pelo acusador é meramente provisória, o que vale são os fatos narrados. Nesse caso, nem haveria de se falar em ofensa ao contraditório, pois, como se sabe, o “réu se defende dos fatos”, e estes foram corretamente expostos pelo acusador em sua peça inicial.

Por conta disso e, aplicando-se o brocardo *jura novit curia*, a jurisprudência e grande parte da doutrina têm entendido como constitucional a aplicação da *emendatio*. Nesse sentido, **Tourinho Filho**³⁷:

Cumpra observar, todavia, que no penal vigora o princípio do *jura novit curia*, isto é, o princípio da livre dicção do direito – o juiz conhece o direito. Em outras palavras, vigora o princípio do *narra mihi factum dabo tibi jus* (narra-me o fato e te darei o direito). A errada classificação do crime não impede, em princípio, a prolação de sentença condenatória. (...) se a peça acusatória descrever o fato criminoso perfeitamente, mesmo tenha havido errada classificação da infração, não será obstáculo a que se profira sentença condenatória. Afinal de contas, o réu não se defende da capitulação do fato, mas sim deste. Assim, uma errada classificação da infração não pode constituir obstáculo à prolação de eventual sentença condenatória.

Abaixo lição tirada do Pretório Excelso, que também aborda a *mutatio libelli*:

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - HC 87503 / PA -
PARÁ
HABEAS CORPUS
Relator(a): Min. CARLOS BRITTO
Julgamento: 29/06/2006 Órgão Julgador: Tribunal
Pleno
(...) PublicaçãoDJ 18-08-2006 PP-00019 (...)

Ementa

³⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pág. 663.

EMENTA: HABEAS CORPUS. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. COMPETÊNCIA DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ALÍNEA "A" DO INCISO I DO ART. 6º DO RI/STF). SENTENÇA QUE CONDENOU O PACIENTE POR CRIMES DIVERSOS DAQUELES CAPITULADOS NA DENÚNCIA. ALEGADA OCORRÊNCIA DE MUTATIO LIBELLI, A MOTIVAR A ABERTURA DE VISTA PARA DEFESA.

Dá-se **mutatio libelli** sempre que, durante a instrução criminal, restar evidenciada a prática de ilícitos cujos dados elementares do tipo não foram descritos, nem sequer de modo implícito, na peça de denúncia. Em casos tais, é de se oportunizar aos acusados a impugnação também desses novos dados factuais, em homenagem à garantia constitucional da ampla defesa. Verifica-se **emendatio libelli** naqueles casos em que os fatos descritos na denúncia são iguais aos considerados na sentença, diferindo, apenas, a qualificação jurídica sobre eles (fatos) incidente. Ocorrendo **emendatio libelli**, não há que se cogitar de nova abertura de vista à defesa, pois o réu deve se defender dos fatos que lhe são imputados, e não das respectivas definições jurídicas. Sentença condenatória que nada mais fez que dar novo enquadramento jurídico aos mesmos fatos constantes da inicial acusatória, razão pela qual não há que se exigir abertura de vista à defesa. Ordem denegada.

Em relação ao artigo 384 do CPP, por outro lado, a opinião da maioria da doutrina é dissonante daquela defendida pelo STF. *Ab initio*, a letra da lei:

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.

A *mutatio libelli*, ao contrário, ocorre quando o juiz, ao proferir a sua sentença, verifica, em face das provas produzidas no decorrer do processo, que houve uma alteração fática em relação à peça acusatória. Nos dizeres de **Grinover et al**³⁸:

(...) Outra situação existe quando o fato considerado pelo juiz, em face da prova, já não é o mesmo, ou seja, devido a uma circunstância elementar, não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou na queixa, o fato é outro. Alguma particularidade altera-lhe a fisionomia, exigindo do juiz determinadas providências para a garantia ampla do direito de defesa. Com elas, evita-se o julgamento além do pedido.

Para **Oliveira**³⁹, “enquanto na *emendatio* a definição jurídica refere-se unicamente à classificação dado ao fato, aqui, na *mutatio libelli*, a nova definição será *do próprio fato*. Não se altera simplesmente a capitulação feita na inicial, mas a própria *imputação do fato*”.

De acordo com a influência deste “fato novo” no cômputo da pena (critério este veemente criticado por **Rangel**), aplicar-se-á o *caput* ou o parágrafo único do art. 384, CPP; este, se a pena for aumentada; aquele, se mantida ou diminuída. Mas não é só isso. Assim, pode-se dizer que existem duas espécies de *mutatio*: a primeira, do *caput*, que se dá sem o aditamento da denúncia; e a segunda, do parágrafo único, que demanda iniciativa do Ministério Público para o seu processamento.

Essa diferenciação é bem efetuada por **Mirabete**⁴⁰:

(a) *Mutatio libelli sem aditamento*

Caso durante a instrução do processo se colham provas de que existem elementos essenciais de tipo penal (a lei os denomina de “circunstâncias elementares”) que não estão contidos, expressa ou implicitamente na denúncia, de modo que a sentença não pode ser proferida de imediato, deve o juiz baixar o processo a fim de que a defesa, no prazo de oito dias, produza provas, podendo arrolar até três testemunhas. A mutatio libelli acarretará a nulidade da sentença se não for obedecido o artigo, pois tem o acusado o direito de saber qual é a nova imputação. Nada impede, porém, que o juiz, afinal, condene o acusado de acordo com a imputação original, ou que o tribunal o faça, em grau de apelação. A providência determinada no art. 384, caput, só é permitida se a pena a ser aplicada é idêntica ou menos grave do que a que seria cabível

³⁸ Ob. citada, pág. 208-229.

³⁹ Ob. citada, página 510.

⁴⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado*. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2002, págs. 989-993.

pela capitulação inicial. Caso a nova imputação possa acarretar pena mais grave aplica-se o disposto no parágrafo único do referido artigo. Por outro lado, se a denúncia descreve expressa ou implicitamente a imputação, a providência é dispensável, aplicando-se o art. 383. (...) O despacho que determina a baixa do processo é irrecorrível. (...)

Mutatio libelli com aditamento

Pode ocorrer que o juiz, diante da prova dos autos, deva aplicar pena mais grave do que a resultante da imputação penal em decorrência de circunstância elementar não contida expressamente ou implicitamente na denúncia. Nessa hipótese, o juiz deve baixar o processo a fim de que o Ministério Público possa aditar a denúncia (ou a queixa, na ação privada subsidiária). *Aditar* a denúncia significa, no caso, formular a imputação em novos termos, acrescentando as circunstâncias que agravam a acusação (...). Não se permite, assim, a inclusão de novos fatos criminosos, ainda que exista conexão com o imputado originariamente. Nesta hipótese, se a denúncia for aditada fora dos parâmetros aviltrados pelo magistrado (o aditamento pode ocorrer até a sentença), o processo deve ser refeito, citando-se o acusado para novo interrogatório. Aplicando-se o art. 384, não é necessária nova citação do acusado, bastando a vista à defesa.

No caso do *caput*, assim, diz a lei que deve o juiz baixar os autos à defesa, para que dos novos fatos o réu se defenda, em 8 dias, podendo, para tanto, produzir provas a seu favor. Esta é a hipótese que, mais adiante, será cotejada em relação ao art. 129, I, CF/88 e ao próprio sistema acusatório.

Na hipótese do parágrafo único, o juiz deverá devolver os autos ao MP para que este proceda ao aditamento; se o acusador de primeiro grau assim não proceder, pode o juiz, por analogia, utilizar-se do procedimento previsto no art. 28, CPP e remeter aos autos ao Procurador-Geral de Justiça. Se este, assim como o primeiro acusador, não fizer o aditamento, só resta ao magistrado condenar o réu pelo fato anteriormente lhe imputado (o que não deixa de ser um contra-senso, pois o juiz se convenceu de sua inocorrência, pelo menos da forma como está na acusação) ou absolvê-lo, situação esta que, aos olhos do leigo, também não é das melhores.

É esta a opinião de **Tourinho Filho**⁴¹:

⁴¹ Ob. citada, págs. 663-664.

Outras vezes, entretanto, ao proferir a sentença final, pode o juiz reconhecer 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.

Evidente que, nessa hipótese, se, com a nova capitulação, a pena agravar-se, ou diminuir, ou, ainda, permanecer inalterada, não pode o juiz proferir sentença condenatória sem que se tomem certas providências. Se deve haver correlação entre sentenças e fato contestado e se este é o descrito na peça acusatória, pois a contestação versou sobre ele, seria profundamente estranho que, no curso da demanda, surgisse prova a respeito de uma *elementar* sobre a qual não houve contestação (nem podia haver, pois a denúncia ou queixa a omitiu) e o juiz pudesse condenar o réu por esse fato, já agora profundamente alterado. Estaria ele saindo daquele “perímetro traçado pela imputação contida no pedido acusatório”. O julgamento, à evidência, seria *ultra petitum*. Então, três situações podem ocorrer: a) a circunstância elementar deixa a pena inalterada; b) altera, para diminuir a pena; c) o reconhecimento da elementar importa em aplicação de pena mais grave.

Analisados os dois referidos institutos, cumpre, adiante, analisar, com cautela, o *caput* do art. 384, CPP, núcleo, por assim dizer, do presente trabalho.

6. A FUNÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E A CONSTITUCIONALIDADE DUVIDOSA DO *CAPUT*, ART. 384, CPP

Com a CF/88, as funções do Ministério Público foram ampliadas sobremaneira, transformando-o em um verdadeiro “defensor da sociedade⁴²”. Entre as atribuições mais relevantes do *Parquet* está, logo no primeiro inciso do art. 129, da CF/88, a de “*promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei*”⁴³.

Tal regra corrobora, de forma inescusável, como visto, o sistema acusatório, vez que entrega, a órgão diverso do julgador, a função de acusar. A privatividade da ação penal pública, assim, determina que o processo criminal somente pode ser deflagrado por denúncia ou queixa. Não há, dessa forma, como prevalecerem, à luz da ordem constitucional atual, a portaria ou o auto de prisão em flagrante como procedimentos instauradores da ação penal, por exemplo.

⁴² Nesse sentido: Moraes, ob. citada, pág. 1715.

⁴³ São normas relacionadas ao art. 129, I, CF/88: art. 100, §1º, CPB; art. 24, CPP; art. 25, III, da lei 8625/93 (Lei Orgânica do Ministério Público).

Essa é a própria lição tirada do Supremo Tribunal Federal, ao consagrar, de forma absoluta, a titularidade do MP para a acusação:

A Constituição Federal deferiu ao Ministério Público o monopólio da ação penal pública (art. 129, I). O exercício do *jus actionis*, em sede processual penal, constitui inderrogável função institucional do Ministério Público, a quem compete promover, com absoluta exclusividade, a ação penal pública. A cláusula de reserva, pertinente a titularidade da ação penal pública, sofre apenas uma exceção, constitucionalmente autorizada (art. 5º, LIX), na hipótese singular de inércia do *Parquet*. Não mais subsistem, em conseqüência, em face da irresistível supremacia jurídica de que se reveste a norma constitucional, as leis editadas sob regimes constitucionais anteriores, que deferiam a titularidade do poder de agir, mediante ação penal pública, a magistrados, a autoridades policiais ou a outros agentes administrativos. É inválida a sentença penal condenatória, nas infrações perseguíveis mediante ação penal pública, que tenha sido proferida em procedimento persecutório instaurado, a partir da Constituição de 1988, por iniciativa de autoridade judiciária, policial ou militar, ressalvada ao Ministério Público, desde que inócurre a prescrição penal, a possibilidade de oferecer denúncia.

(RHC 68.314, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 20-9-90, DJ de 15-3-91, sem negrito no original).

Como se vê, não há dúvidas, tanto na doutrina, como na jurisprudência, em afirmar a titularidade exclusiva do MP para a ação penal pública.

No entanto, consoante o que se verificou a partir do *caput* do art. 384, CPP, o juiz, ao perceber a necessidade de se modificar a imputação, por conta de provas que surgiram no decorrer da marcha processual, pode o magistrado, **sem a participação do titular da ação penal**, modificar aquilo que restou efetuado na peça acusatória.

O que se deve ressaltar é que, em relação ao *caput* do art. 384, CPP, verifica-se evidente mácula ao art. 129, CF/88, já que o juiz – e não o Ministério Público, o real titular da ação penal – acaba se imiscuindo na acusação, revelando sua negativa face de “juiz-acusador”, a qual felizmente o sistema acusatório aboliu (ou pelo menos, tentou abolir). Para **Oliveira**⁴⁴, a *mutatio* se consubstancia em “*uma das mais autoritárias manifestações do nosso ordenamento processual penal*”:

Ora, o expediente é autoritário na exata medida em que permite a iniciativa postulatória do próprio órgão da jurisdição penal. Autoritarismo que, aliás, colide com o nosso atual modelo

⁴⁴ Ob.citada, pág. 510.

acusatório, que reserva a titularidade da ação penal pública ao Ministério Público, com *privatividade*. Quem detém a titularidade da ação penal pública é justamente quem pode se convencer da existência de fato novo, ou *circunstância elementar*, que poderia implicar a alteração da acusação, com a conseqüente alteração da definição jurídica.

Não sabemos ainda a que atribuir o fato de essa questão não ter sido ainda objeto de maiores indagações nas Cortes Superiores, tendo em vista a sua manifesta incompatibilidade com a norma constitucional instituidora da titularidade ministerial para a acusação penal pública (art. 129, I).

Com efeito, quando se permite ao juiz alterar não só a capitulação, mas o *próprio fato*, o que está se admitindo é a instauração de nova ação penal, pela via do *aditamento*.

Rangel⁴⁵, por seu turno, é ainda mais incisivo:

O difícil para determinados operadores jurídicos é trabalhar com a Constituição e não com as regras vetustas dos arts. 384 e 385 CPP. Nesse caso, a interpretação conforme a Constituição⁴⁶ irá socorrê-los. (...)

O parágrafo único do art. 384 impõe o aditamento à denúncia quando houver possibilidade de aplicação de pena mais grave, deixando entender que só se adita se houver pena mais grave, porém se a pena for igual ou menor não haverá aditamento⁴⁷.

Discordamos desse entendimento. Seja a pena menor, igual ou maior deve-se sempre aditar a denúncia, sob pena de afrontarmos os princípios da correlação entre acusação e a sentença, da ampla defesa, do contraditório e, principalmente, violar o sistema acusatório, pois o juiz muda a acusação, *ex officio*.

Assim, tanto no caput do artigo 384 como no seu parágrafo único deve-se aditar a denúncia em detrimento da prova nova surgida no curso da instrução. Se for um pedaço do fato e houver prova nova de sua ocorrência o aditamento é medida imperiosa. Se for outro

⁴⁵ Ob. citada, págs. 22-23.

⁴⁶ “Na interpretação conforme a Constituição, o órgão jurisdicional declara qual das possíveis interpretações de uma norma legal se revela compatível com a lei fundamental. (...) O papel da interpretação conforme a Constituição é, precisamente, o de ensejar, por via de interpretação extensiva ou restritiva, conforme o caso, uma alternativa legítima para o conteúdo de uma norma que se apresenta como suspeita” (Barroso, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 3 edição, Rio de Janeiro, Saraiva, pag. 182). Nota de autoria de **Rangel** (ob. citada, pag. 22).

⁴⁷ Cf Tourinho Filho, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 18 edição, São Paulo, Saraiva, 1987, v. 4, p. 238 que defende ponto de vista no sentido de que só se adita se houver possibilidade de aplicação de pena mais grave, porém se a pena for igual ou menor aplica-se apenas o caput do art. 384 do CPP e, neste caso, sem aditamento, porém dando-se vista a defesa para se manifestar. Nota de autoria de **Rangel** (ob. citada, pag. 22).

fato conexo com o original, descoberto através de prova nova, adita-se a denúncia dando-se oportunidade ao réu de ser interrogado sobre esse novo fato conexo e praticar todos os demais atos processuais inerentes a sua defesa. Se for fato novo, porém sem conexão, instaura-se outra ação penal.

Nestes casos que estamos mencionando o aditamento será próprio real, ou seja, o acréscimo será de fatos ou de pedaços que lhe pertencem (elementares do tipo) e deverá, quanto a oportunidade, ser feito espontaneamente (independentemente de provocação do juiz) pelo Ministério Público face ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública.

O aditamento provocado é exceção e, por isso, está no art. 384, parágrafo único e no § 5º do art. 408, ambos do CPP.

Apesar disso, infelizmente não tem sido esta a opinião da jurisprudência, consoante se observa a partir da transcrição de recente julgado de lavra do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MUTATIO LIBELI. ART. 384, CAPUT, DO CPP. OBSERVÂNCIA. CONDENAÇÃO. PROVAS DO INQUÉRITO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. TESTEMUNHO POLICIAL. EFICÁCIA PROBATÓRIA. VALORAÇÃO DAS PROVAS. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. PRECEDENTES MATÉRIA RESERVADA À APRECIÇÃO EM SEDE DE REVISÃO CRIMINAL.

1. O princípio da correlação visa assegurar a ampla defesa, em nada impedindo que diante de circunstâncias fáticas novas, surgidas na instrução processual, sob o crivo do contraditório, modifique-se a imputação dada ao agir do acusado.

2. Na espécie, o Magistrado reconheceu existir elementar da conduta imputada ao acusado, não contida na denúncia, que não agravava sua pena e, em perfeita observância ao art. 384, caput, do Código de Processo Penal, abriu prazo para a Defesa manifestar-se, não havendo falar em aditamento da denúncia.

3. A alegada nulidade do julgamento, feito com base exclusiva nas provas do inquérito, não foi debatida no acórdão recorrido ou, tampouco, foi objeto de embargos declaratórios, carecendo a matéria do indispensável prequestionamento viabilizador do recurso especial.

4. O que pretende o Recorrente, ao alegar violação ao art. 157 do Código de Processo Penal, é demonstrar provada sua inocência, sob o argumento de que a confissão do co-réu o

inocentou, e também sob a alegação de não serem válidos os depoimentos dos policiais civis.

5. Entretanto, a verificação da procedência de tal alegação implica, necessariamente, no reexame da matéria fático-probatória constante dos autos, impossível na via estreita do recurso especial, a teor do disposto na Súmula n.º 07 do STJ. Tal pedido, acrescente-se, deve ser reservado ao ajuizamento de revisão criminal perante o Tribunal a quo.

6. Ademais, os policiais não se encontram legalmente impedidos de depor sobre atos de ofício nos processos de cuja fase investigatória tenham participado, no exercício de suas funções. Em sendo assim, tais depoimentos revestem-se de inquestionável eficácia probatória, sobretudo quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório. Precedentes do STJ e do STF.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

(REsp 604.815/BA, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 23.08.2005, DJ 26.09.2005 p. 438).

Também o Excelso Supremo Tribunal Federal se mostra favorável ao instituto da *mutatio* previsto no *caput* do art. 384, CPP, não enxergando, nesta regra, qualquer ofensa ao art. 129, I, CF/88, conforme se pode depreender do julgado transcrito abaixo, muito embora, no caso, a Corte Suprema não tenha aplicado tal dispositivo, fazendo-lhe apenas menção:

RHC 85657 / SP - SÃO PAULO

Relator(a): Min. CARLOS BRITTO

Julgamento: 31/05/2005

Órgão Julgador:

Primeira Turma

Publicação DJ 05-05-2006 PP-00019

EMENT VOL-02231-02 PP-00247 RJSP v. 54, n. 343, 2006, p. 149-154

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. RECORRENTE DENUNCIADA PELO CRIME DE PECULATO DOLOSO (CAPUT DO ART. 312 DO CP) E CONDENADA POR PECULATO CULPOSO (§ 2º DO ART. 312 DO CP). ALEGADA OCORRÊNCIA DE MUTATIO LIBELLI (ART. 384 DO CPP) E NÃO DE EMENDATIO LIBELLI (ART. 383 DO CPP). PRETENDIDA ABERTURA DE VISTA À DEFESA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À CONDENADA.

Registra-se hipótese da *mutatio libelli* sempre que, durante a instrução criminal, restar evidenciada a prática de ilícito cujos dados elementares do tipo não foram descritos, nem sequer de modo implícito, na peça da denúncia. Em casos tais, é de se oportunizar aos acusados a impugnação também de novos dados factuais, em homenagem à garantia constitucional da ampla defesa. Ocorre *emendatio libelli* quando os fatos descritos na denúncia são iguais aos considerados na sentença, diferindo, apenas, a qualificação jurídica sobre eles incidente. Caso em que não se cogita de nova abertura de vista à defesa, pois o réu deve se defender dos fatos que lhe são imputados, e não das respectivas definições jurídicas. Inocorre *mutatio libelli* se os fatos narrados na denúncia (e contra as quais se defendeu a recorrente) são os mesmos considerados pela sentença condenatória, limitando-se a divergência ao elemento subjetivo do tipo (culpa x dolo). **Não é de se anular ato que desclassifica a infração imputada à acusada para lhe atribuir delito menos grave.** Aplicação da parêmia *pas de nullité sans grief* (art. 563 do CPP). Recurso desprovido.

(destaques acrescentados)

O interessante – e estranho, porque não dizer – é que o próprio STF, em outras decisões e abordando o art. 129, I, CF/88, reafirma, de forma reiterada e expressa, a titularidade exclusiva da ação penal pública ao *Parquet*. Nesse sentido, veja-se, a título de exemplo:

"Transação penal homologada em audiência realizada sem a presença do Ministério Público. Nulidade. Violação do art. 129, I, da Constituição Federal. É da jurisprudência do Supremo Tribunal – que a fundamentação do *leading case* da Súmula 696 evidencia: HC 75.343, 12-11-97, Pertence, *RTJ* 177/1293 –, que a imprescindibilidade do assentimento do Ministério Público, quer à suspensão condicional do processo, quer à transação penal, está **conectada estreitamente à titularidade da ação penal pública, que a Constituição lhe confiou privativamente (CF, art. 129, I)**. Daí que a transação penal – bem como a suspensão condicional do processo – pressupõe o acordo entre as partes, cuja iniciativa da proposta, na ação penal pública, é do Ministério Público."

(RE 468.161, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 14-3-06, *DJ* de 31-3-06 – destaques acrescentados).

A ação penal pública é privativa do Ministério Público (CF, art. 129, I), admitida apenas a exceção inscrita no art. 5º, LIX, da Lei Maior. As disposições legais, que

instituíam outras exceções, foram revogadas pela Constituição, porque não recepcionadas por esta. STF, Pleno, HC 67.931-5-RS. O processo das contravenções penais somente pode ter início mediante denúncia do MP. Revogação dos artigos 26 e 531, CPP, porque não recepcionados pela CF/88, art. 129, I." (RE 134.515, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 13-8-91, *DJ* de 13-9-91). No mesmo sentido: HC 72.073, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 2-4-96, *DJ* de 17-5-96; sem destaques no original.

No entanto, quando da análise da questão da titularidade do MP em relação à *mutatio libelli*, ou tal fato não é abordado, ou a ele não é dada a devida atenção. O presente trabalho pôde observar que a jurisprudência brasileira, sobretudo dos Tribunais Superiores, não vem abordando esta situação, deixando um imenso vácuo no que tange às garantias funcionais do *Parquet*.

Afinal de contas, de que adianta preceituar-se a exclusividade da acusação ao MP se, em alguns casos, for dada ao juiz a oportunidade de alterá-la, sem qualquer participação do órgão acusador por excelência, apenas porque as possíveis novas condutas contém penas menores que as originariamente definidas na denúncia?

Seria a diminuição da pena um critério razoável para se mitigar – se é que tal regra pode ser mitigada – aquilo que está contido no art. 129, I, CF/88?

É óbvio, e evidente, que não. Como já se observou, a doutrina majoritária é contrária a *mutatio* sem aditamento, uma vez que, a um só tempo, mancha a titularidade do Ministério Público, o sistema acusatório e os princípios da imparcialidade do juiz, do contraditório e do devido processo legal.

Se o STF, por reiteradas vezes, já declarou que os procedimentos de ofício não se coadunam com a ordem jurídica vigente, qual a razão de se manter a *mutatio* sem aditamento?

Ademais, há que se ressaltar que, a todo tempo, até a sentença, é dado ao Ministério Público o direito de aditar a denúncia, sendo totalmente desnecessária a intervenção do magistrado para tanto. Se, no decorrer do processo, surgirem provas novas acerca de uma elementar, por exemplo, é o Ministério Público – e não o juiz – o responsável pelo aditamento.

É essa a posição – minoritária, porém vanguardista – do egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, conforme se verifica abaixo:

TJRS: “Embargos infringentes. *Mutatio libelli*. Absolvição. Dispõe o art. 384 do CPP a respeito da necessidade de garantia do contraditório e da ampla defesa quando o Juiz entender que, por circunstância elementar não descrita, implícita ou explicitamente, na peça acusatória, o fato típico tem outra capitulação jurídica que não aquela originariamente definida. Evidente que, pela corrente tradicional, a não-observância das garantias constitucionais, e por conseguinte do art. 384 do CPP, ensejará a absolvição do acusado. **No entanto, não há negar o**

vício da inconstitucionalidade deste artigo, frente ao art. 129 da CF, uma vez que furta ao Ministério Público a titularidade da ação penal, delegando-a ao Juiz de Direito,

razão pela qual – por ser mais benéfico ao acusado – a absolvição deve ser dar pelo inc. III do art. 386 do CPP, e não pelo in. VI. Embargos acolhidos pela unanimidade. (RJTJERGS 203/96).

TJRS: “Nulidade. **O caput do art. 384 do CPP agride o art. 129, I, da CF. Ao Juiz é vedado atuar como acusador.** Anularam despacho que assim obrou e absolveram o apelante” (RJTJERBS 192/189).

TJRS: “**O art. 384 do CPP, ao tornar o Juiz em inquisidor, ataca a Constituição.** Prova oral policial – por ‘medieval’ – não pode autorizar condenação, pena de agressão à democracia processual. Negaram provimento ao apelo do Ministério Público e decretaram a nulidade parcial do ato decisório” (RJTJERGS 200/165)⁴⁸.

(destaques acrescentados)

Sobre o tema, assim se manifestou o eminente desembargador **Nassif**⁴⁹:

De tudo que pretendo expor como desconfortável na leitura do artigo 384 do diploma adjetivo, nada hostiliza mais a qualidade ou eficácia jurídica do texto que a atuação que ali vai imposta ao magistrado.

É que "se o juiz reconhecer a possibilidade de nova definição jurídica do fato", despir-se-á de sua neutralidade ou imparcialidade e baixará o processo, a fim de que a defesa, no prazo de oito dias, fale e, se quiser, produza prova (art. 384, caput, do CPP) ou o juiz baixará o processo, a fim de que o Ministério Público possa aditar a denúncia ou a queixa...

Deverá o julgador renunciar às suas virtudes institucionais - imparcialidade, independência, etc. - pois incumbe a ele, no momento derradeiro e mais importante da prestação jurisdicional, deixar de sentenciar para tomar providências que constituem atribuição exclusiva do Ministério Público.

Impressiona que esta iniciativa ofende o princípio da inércia jurisdicional e atinge frontalmente o exercício da

⁴⁸ Julgados trazidos por MIRABETE, ob citada, pág. 993.

⁴⁹ NASSIF, Aramis. *A grave inconstitucionalidade do art. 384 do CPP*. Brasília: Consulex, Revista Jurídica, vol. 6, n.º 129, páginas 18-22, maio de 2002.

defesa plena, violando, ilegitimamente, assim, o preceito constitucional que assegura a ampla defesa.

Uma das mais caras conquistas de qualquer sistema juridicamente legítimo passa pelo irrestrito respeito ao princípio *ne procedat iudex extra petita*.

O culto tratadista Afranio Silva Jardim defende que a vocação do legislador brasileiro é depurar o sistema acusatório, entregando a cada um dos sujeitos processuais funções não apenas precípuas, mas absolutamente exclusivas, o que dá ao réu a segurança de um processo penal mais democrático, na medida que o órgão julgador tem sua neutralidade integralmente preservada.

A marca do sistema acusatório consagrado na Constituição de 1988 promove a imparcialidade do juiz como sendo fundamental à lisura do procedimento, garantia que é da própria sociedade, interessada em um julgamento justo e que seus membros estejam à mercê do processo penal (...)

(destaques acrescentados).

A inconstitucionalidade – ou a não-recepção, como preferem alguns, é evidente, seja à luz do art. 129, I, CF/88, seja pela via reflexa do art. 102, *caput*, CF/88, já que o STF não só tolera como corrobora a lesão à ordem constitucional. Faz-se mister, assim, que à questão seja dada a devida atenção, na medida em que, como se disse, a jurisprudência não tem se mostrado sensível a tal situação⁵⁰.

É bem verdade que a solução não seria apenas e simplesmente se considerar inválida a norma contida no *caput* do art. 384, CPP, pois isso poderia redundar em manifestas injustiças, já que eventuais criminosos poderiam se aproveitar dessa lacuna e obter absolvições, as quais restariam blindadas pela coisa julgada material. A solução seria, **para todas as hipóteses, mesmo nos casos em que as penas são iguais ou menores**, abrir-se vista ao representante do Ministério Público, a fim de que a acusação pudesse ser aditada. Desse modo, conseguir-se-ia respeitar a titularidade do MP para as ações penais públicas, a integridade do sistema penal acusatório e a imparcialidade do juiz, além dos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

Por fim, cumpre trazer à baila as palavras de **Pontes de Miranda**, citadas por **Nassif**⁵¹ e que complementam, de modo criterioso, a humilde opinião expressada neste trabalho:

(...) nada mais perigoso do que fazer-se Constituição sem o propósito de cumpri-la. Ou de só se cumprir nos princípios de que se precisa, ou sem entender devam ser cumpridos - o que é pior!

⁵⁰ Aliás, tal opinião é corroborada por **Oliveira**, que afirma, de forma veemente, que “*não sabemos ainda a que atribuir o fato de essa questão não ter sido ainda objeto de maiores indagações nas Cortes Superiores, tendo em vista a sua manifesta incompatibilidade com a norma constitucional instituidora da titularidade ministerial para a acusação penal pública (art. 129, I)*”. Ob. citada, pág. 512.

⁵¹ Ob. citada, pág. 22.

7. CONCLUSÃO

O presente trabalho tentou abordar, sem a menor pretensão de esgotamento de tema, os institutos previstos nos arts. 383 e 384, ambos do Código de Processo Penal, relacionando-os aos limites da prestação jurisdicional, ao sistema acusatório brasileiro e, sobretudo, à própria Constituição Federal.

Para tanto, analisou-se, de forma sucinta, o conhecido princípio da “congruência”, tecendo-se comentários acerca de suas características primordiais. Verificou-se, também, os principais pontos de destaque do sistema processual penal acusatório, na medida em que a CF/88 o consagrou, muito embora, ainda hoje, o ordenamento conviva com resquícios de inquisitorialidade.

Ainda com fins a melhor entender o tema proposto, foram estudados os institutos da *mutatio libelli* e da *emendatio libelli*, vez que o cerne deste debate passa por eles. Foi possível constatar, assim, que a doutrina especializada tem opiniões bem dissonantes acerca, situação esta que apenas corroborou a necessidade deste trabalho.

Por fim, foram cotejados o art. 129, CF/88 com o art. 384, *caput*, do CPP, a pretexto de se buscar analisar a lei sob os olhos da Magna Carta, e não o contrário. Partindo desse pressuposto, é que se chega, finalmente, à conclusão ora esposada.

Ainda que o sistema acusatório brasileiro não possa ser considerado “puro”, existem vícios que o Judiciário não pode – ou pelo menos não poderia – tolerar. Se o Constituinte Originário consagrou, como não poderia ser diferente, a regra de que acusador e julgador devem ser representados, no processo, por pessoas diferentes, não é razoável – para não se dizer outra coisa – admitir-se a regra contida no retrocitado *caput* do art. 384, CPP. Tal dispositivo, como visto, autoriza que o julgador, apenas pelo fato de o novo crime ter pena menor ou igual que o anteriormente definido no libelo, proceda, de imediato, a esta nova “capitulação”, **sem a participação do *Parquet***, o verdadeiro e único titular da ação penal pública.

Assim, quando o “idoso” CPP (nos termos do art. 1º da lei 10.741/03) autoriza tal procedimento e, o pior, o Judiciário, por meios dos Tribunais Superiores já mencionados, ratifica tal possibilidade, evidentemente está se maculando, de forma indelével, a um só tempo, as funções constitucionais do Ministério Público, o contraditório, a ampla defesa e, de forma literal, **o próprio Texto Constitucional (art.129, I, CF/88)**.

Quando o Supremo Tribunal Federal admite a constitucionalidade de um procedimento retrógrado, antipático, antidemocrático e, por óbvio, inquisidor, está, certamente, afastando-se de sua mais nobre função, qual seja, a de “guardião da Constituição” (art. 102, *caput*, CF/88). A *mutatio libelli*, prevista no citado dispositivo do CPP é, a nosso sentir, inconstitucional duplamente, devendo tal posição jurisprudencial ser, no mínimo,

revisada pelos mais altos representantes do Judiciário Brasileiro. O pretexto do atendimento ao princípio da congruência não pode, nunca, constituir uma espécie de *imunidade* à titularidade da acusação penal ao Ministério Público.

8. REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Organizador: Yussef Said Cahali. 9.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007.

BRASIL. *Código de Processo Civil (Lei n. 5869, de 11 de janeiro de 1973)*. Organizador: Yussef Said Cahali. 9.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007.

BRASIL. *Código de Processo Penal (Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941)*. Organizador: Luiz Flávio Gomes. 9.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência*. Disponível em: <www.stj.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp>. Acesso em 01 ago 2007, às 19h10

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Jurisprudência*. Disponível em <www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp>. Acesso em 07 ago 2007, às 18h07.

DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. *Curso de direito processual civil, vol. 2*. Salvador: Juspodium, 2007.

FRANCO, Rodrigo Strini. *Da possibilidade da emendatio libelli na fase do recebimento da denúncia*. Disponível em www.ibccrim.org.br, acesso em 07 ago 2007, às 21h08.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito processual penal.vol. 6*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *As nulidades do processo penal*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

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

MAHON, Eduardo. *Um drama processual: "Emendatio Libelli" no Juízo de Admissibilidade*. Disponível em www.ibccrim.org.br, acesso em 06 ago 2007, às 23h02.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Código de processo penal interpretado: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial*. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 6.ed. atualizada até a EC 52/06. São Paulo : Atlas, 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 24.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NASSIF, Aramis. *Mutatio Libelli: a grave inconstitucionalidade do art. 384, CPP*. Brasília: Consulex, Revista Jurídica, vol. 6, n.º 129, páginas 18-22, maio de 2002.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 28.ed. São Paulo : Saraiva, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 5.ed.rev., atual. e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 7.ed. Belo Horizonte : Del Rey, 2007.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório – A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2.ed. Rio de Janeiro : LumenJuris, 2001.

QUEIROZ, Paulo. *Sistema acusatório e emendatio libelli*. Boletim IBCCRIM, São Paulo: ano 15, n. 176, p. 4-5, jul. 2007

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 11.ed. Rio de Janeiro : LumenJuris, 2006.

_____. *O garantismo penal e o aditamento à denúncia*. Disponível em <www.mundojuridico.adv.br> Acesso em 01 jul 2007, às 14h28.

SHIMURA, Sérgio Seiji. *Breves considerações sobre a “emendatio libelli” e a “mutatio libelli”*. In: *Revista Justitia*, APMP: São Paulo, ano 53, vol. 153, jan./mar. 1991.

SOUZA, Keity Mara Ferreira de. *Sistema acusatório e mutatio libelli (releitura do art. 384, caput, do CPP, face ao ordenamento constitucional)*. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 45, set. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1062>>. Acesso em: 09 ago 2007, às 14h10.

TORNAGUI, Hélio. *Curso de processo penal. Vol. 1*. São Paulo : Saraiva, 1990.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.