

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

**O PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO E SUAS PRINCIPAIS
CONSEQUÊNCIAS NO PROCESSO PENAL MODERNO**

Rafael Santos de Jesus

Orientador: Sebastião Sérgio da Silveira

RIBEIRÃO PRETO

2015

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

**O PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO E SUAS PRINCIPAIS
CONSEQUÊNCIAS NO PROCESSO PENAL MODERNO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito de Ribeirão Preto,
Universidade de São Paulo, para a obtenção de
título de bacharelado em direito, sob orientação do
Prof. Dr. Sebastião Sérgio da Silveira.

RIBEIRÃO PRETO

2015

Autorizo a divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte

JESUS, Rafael Santos de.

O Princípio da Correlação e suas Principais consequências no Processo Penal Moderno.

59 p.;

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto/USP.

Orientador: SILVEIRA, Sebastião Sérgio.

1. Sistemas processuais e o princípio da correlação. 2. A Correlação e os principais institutos para correção do objeto processual: a *emendatio libelli* e a *mutatio libelli*. 3. Fixação dos limites do objeto processual: casos especiais

JESUS, Rafael Santos. **O Princípio da Correlação e suas Principais Consequências no Processo Penal Moderno.** Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. _____ Instituição _____

Julgamento _____ Assinatura _____

Prof. Dr. _____ Instituição _____

Julgamento _____ Assinatura _____

Prof. Dr. _____ Instituição _____

Julgamento _____ Assinatura _____

AGRADECIMENTOS

Agradeço acima de tudo à Deus e ao Senhor, pois sem eles nada seria possível.

À Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, que me propiciou anos de intenso crescimento pessoal e acadêmico, além de oportunizar momentos únicos que foram plenamente aproveitados. Certamente guardei as melhores lembranças possíveis.

Ao Professor Sebastião Sérgio da Silveira, por ter me aceitado como orientando, pelo grande auxílio na delimitação e desenvolvimento do tema, bem como por estar sempre presente e disposto quando necessário.

Aos meus avôs Hildeberto e Clóvis, homens trabalhadores e que sempre deram tudo o que podiam pela família.

Às minhas avós, Isaura e Antonieta, por todo o carinho, atenção e suporte especialmente durante esses 5 anos da graduação.

A todas as maravilhosas pessoas que pude conhecer durante esse período e que hoje felizmente posso chamar de amigos. Merecem menção especial os integrantes da república 229, por terem ganhado espaço fundamental em minha vida.

Aos meus pais, Adalberto e Liliana, que estiveram presentes em todos os momentos importantes da minha vida, nas vitórias e nas adversidades. São exemplos a serem seguidos e guias essenciais nessa jornada.

RESUMO

O presente estudo abordará o princípio da correlação, que pode ser sucintamente definido como identidade entre a acusação e sentença. Em outras palavras, essa regra incide sobre a estabilização do objeto processual dentro da esfera penal. Apesar de parecer uma noção simples, muitas são as consequências decorrentes do tema, e as discussões são ávidas na doutrina. As leis que reformam o processo penal em 2008 têm central importância no assunto, pois os avanços obtidos foram satisfatórios, apesar de ainda haver severas críticas por parte dos estudiosos a alguns pontos. Destacam-se os institutos da *emendatio libelli* e da *mutatio libelli*, os quais são relacionados ao princípio da correlação justamente por permitirem controle e alteração limites do objeto processual. Apesar do viés escolhido ser teórico, existem decisões dos Tribunais Superiores sobre o tema, e que ajudam a nortear em pontos obscuros.

Palavras-chave: sistema acusatório; princípio da correlação; *emendatio libelli*; *mutatio libelli*; aditamento; limites da sentença; Lei nº 11.719/2008.

ABSTRACT

This paper will focus on the correlation between indictment and sentence. Moreover, this rule is about stabilizing procedural object within the criminal sphere. Despite it appears to be a simple concept, there are many consequences because that rule and scholars arguing about. The laws which changed the Criminal Procedure in 2008 have a huge importance on the matter. Most of alters are satisfactory, although there are still critical reviews of the experts. The institutes of *emendatio libelli* and *mutatio libelli* are important and related the correlation because they allow controlling and changing limits to the procedural object . Despite this study is theoretical, there are decisions of the Superior Courts on this particular subject, and they help guide in obscure points.

Keywords: Adversarial system ; correlation; *emendatio libelli*; *libelli mutatio*; addition; limits of the judgment; Act n°11.719/2008 .

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
OBJETIVOS	8
Principais	8
Consequentes	8
METODOLOGIA	9
1 SISTEMAS PROCESSUAIS E O PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO	10
1.1 Sistema Inquisitivo e Acusatório	10
1.2 Considerações gerais e o modelo brasileiro	11
1.3 Princípio da Correlação e as principais garantias relacionadas	13
1.3.1. <i>Do devido processo legal</i>	13
1.3.2 <i>Princípio do contraditório e da ampla defesa</i>	14
1.3.4 <i>Princípio da paridade processual</i>	16
1.3.5 <i>Da garantia da imparcialidade do juízo</i>	17
1.3.6 <i>O “problema” da verdade real</i>	18
1.3.7 <i>Outros que merecem menção</i>	20
2 A CORRELAÇÃO E OS PRINCIPAIS INSTITUTOS PARA CORREÇÃO DO OBJETO PROCESSUAL: A EMENDATIO LIBELLI E A MUTATIO LIBELLI	22
2.1 A emendatio libelli	22
2.1.1 <i>Sobre a constitucionalidade do artigo 383</i>	23
2.1.2 <i>Possibilidade de operação da emendatio libelli no recebimento da denúncia e em segunda instância</i>	26
2.1.3 <i>Legitimidade, mudanças de competência, transação penal e suspensão condicional do processo</i>	30
2.3 A mutatio libelli	33
2.2.1 <i>Necessidade de aditamento e a aplicação do artigo 28</i>	36
2.2.2 <i>Aditamento na ação penal privada</i>	37
2.2.3 <i>Procedimento</i>	40
2.2.4 <i>Denúncia alternativa superveniente</i>	42
2.2.5 <i>Legitimidade, mudanças de competência, transação penal e suspensão condicional do processo</i>	43
2.2.6 <i>Aplicação em segunda instância</i>	45
2.2.7 <i>Limite ao aditamento</i>	47
2.4 Consequências da violação a regra da correlação	47
3 FIXAÇÃO DOS LIMITES DO OBJETO PROCESSUAL: CASOS ESPECIAIS ...	50
3.1 Condenação após pedido de absolvição do Ministério Público	50
3.2 Reconhecimento de agravantes de ofício	51

3.3	Considerações especiais sobre o procedimento do júri	53
4	CONCLUSÃO	56
	REFERÊNCIAS	58

INTRODUÇÃO

O sistema processual brasileiro é acusatório, apesar de não ser puro, sendo que o advento da Constituição de 1988 caminhou ainda mais nessa direção. Ao separar o enfoque constitucional e processual é possível perceber nuances e particularidades em nosso sistema, em especial quando a questão é colocada sob o prisma do Princípio da Correlação.

Estabelecer os limites objetivos para a acusação e defesa é tarefa que pode tornar-se árdua, sendo o Princípio da Correlação o preceito basilar neste campo. Poucos estudiosos dedicaram aprofundados trabalhos sobre o tema, sendo que geralmente a correlação é tratada de forma superficial ou acessória a algum outro tema. Isso motivou muito a pesquisa, e como será comprovado, o tema merece toda a atenção aqui dispendida.

Sabendo que a sentença judicial deve ater-se ao objeto processual, e que a regra geral é a imutabilidade do mesmo, as alterações neste objeto devem ocorrer obedecendo certas balizas e observando os momentos processuais adequados. Assim, destacam-se os institutos da *mutatio libelli* e da *emendatio libelli*.

O primeiro pode ser conceituado como o meio pelo qual se corrige a inicial acusatório quando novos fatos são descobertos de modo superveniente. Por vezes, durante a instrução criminal, os elementos probatórios podem indicar que a denúncia ou queixa não abarcou de modo fiel o fato criminoso. Como o juiz deve ficar adstrito à imputação, a *mutatio libelli* será o meio apto para o acusador suprir eventuais falhas.

Já o segundo instituto traz como característica marcante a manutenção dos fatos imputados. Diferentemente do item acima, a *emendatio libelli* tem lugar quando o julgador entender que a definição jurídica atribuída não é a correta. Nesta hipótese, será permitida a correção da qualificação jurídica pelo próprio magistrado, sem que o procedimento da *mutatio* seja necessário, uma vez que os fatos permanecem os mesmos.

Essas situações na prática mostram-se complexas, com diversas nuances e desdobramentos interessantes. Apenas para exemplificá-las, tem-se o momento que podem ocorrer durante o processo, a aplicação nos tribunais, mudanças na legitimidade, competência e natureza da ação, dentre outras que serão abordadas.

A regra também é pertinente no estudo de diversos princípios, e na realidade a correlação é condição essencial para o devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Embora princípios sejam conceitos abertos e passíveis de interpretações múltiplas, será feita uma abordagem crítica, buscando ponderar sobre os pontos controvertidos e posicionar-se de modo alinhado com os preceitos cogentes.

Ademais, a escolha do tema, além da importância na sistemática do processo penal, deve-se também as recentes alterações legislativas, que tornaram o tema ainda mais carente de aprofundamento e debate. Tais alterações reformaram os institutos importantes no tema, o que demonstra a atualidade e importância do estudo. A Lei nº 11.719/2008 deu novos moldes aos procedimentos, gerando pontos carentes de debates (ANDRADE, 2008), e é muito plausível que novas mudanças ocorram em um futuro próximo.

OBJETIVOS

Principais

Compreender o papel do Princípio da Correlação no Processo Penal brasileiro, com particular enfoque nos institutos derivados e correlacionados com esse preceito, e verificar a aplicação dessa importante garantia para o réu e para a ordem pública.

Consequentes

a) estudar a evolução legislativa em torno do tema, com especial atenção às alterações introduzidas pela Lei nº 11.719/2008;

b) estabelecer ligações com o Processo Civil, no que tange à cognição do juiz, e os efeitos dela decorrentes;

c) Analisar por meio de julgados a aplicação do Princípio da Correlação em suas diferentes facetas dentro do Processo Penal brasileiro, bem como delinear a posição dos tribunais nos aspectos mais divergentes na doutrina pátria.

METODOLOGIA

Este estudo visa melhorar compreensão sobre o Processo Penal brasileiro através do Princípio da Correlação. Mas nenhum estudo atinge os objetivos propostos sem uma metodologia adequada. A metodologia é um conceito vital para as ciências naturais, sendo o ponto de partida para o conhecimento empírico. Através de tal conceito, temos controle sobre instrumentos utilizados, métodos, divisão do trabalho, caminho da pesquisa. Ainda que com menos destaque do que em outras áreas do conhecimento, no direito a metodologia é de grande auxílio para qualquer pesquisa científica de qualidade.

Para tanto, optou-se por pesquisa e análise da legislação correspondente, doutrina, e decisões judiciais. Outro artifício utilizado será a dialética, construindo conceitos a partir de dados já existentes, comparando pontos com a cognição do juiz inclusive no Processo Civil, ou entre diferentes ordenamentos.

Buscar a completude é sempre o objetivo de qualquer pesquisa como esta, assim, mesmo além do aspecto teórico as aplicações práticas são essenciais no decorrer do estudo. É com esse intuito que julgados serão incorporados, para assim demonstrar a utilidade do Princípio da Correlação como garantia. Saliencia-se, no entanto, que o presente estudo não será um trabalho de cunho jurisprudencial, em que análises estatísticas serão levantadas em torno de número de decisões. O escopo dos julgados que serão apresentados será contrapor o pensamento esposado na doutrina específica.

1 SISTEMAS PROCESSUAIS E O PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO

1.1 Sistema Inquisitivo e Acusatório

Primeiramente, não há como tratar da correlação entre acusação e sentença sem antes trabalhar a noção de sistema processual. Como se verá adiante, qualquer ideia de garantia ou regra que vincule o objeto processual penal estará ligada ao sistema acusatório, mesmo que com algumas particularidades.

O sistema inquisitivo teve origem ainda no século XIII, tornando-se logo após bastante difundido, mesmo que inicialmente secreto, e basicamente sobre a influência da Igreja. Sua origem e aplicação explicam em grande parte as características que serão mencionadas a seguir (MALAN, 2003, p. 62).

Esse modelo tem como principal e essencial característica a reunião em um único órgão das funções de investigação, acusação, instrução e julgamento. Assim, nem sequer existem funções, e tão somente um personagem inquisitor. É considerado primitivo e sigiloso; o réu acaba sendo privado de quase todas as garantias do processo como conhecemos.

A bem da verdade, a convicção de culpabilidade forma-se no intelecto do inquisitor antes mesmo do processo, e este passa a atuar apenas para corroborar o juízo negativo já formulado sobre o réu, independentemente de qual seria a acusação (MALAN, 2003, p. 63).

Por outro lado, o seu oposto dá-se com o sistema acusatório, em que o papel de acusar e julgar os supostos fatos criminosos é delegado a diferentes órgãos, sendo, portanto, um modelo bem mais moderno e compatível com os preceitos que norteiam o atual processo penal.

Os valores em relação ao sistema inquisitório invertem-se, a relação processual neste caso é estabelecida com as partes em igualdade, e o juiz permanece neutro, inerte e equidistante do acusador e réu.

Uma observação, no entanto, precisa ser feita: não basta apenas a separação inicial das funções para qualificar o sistema acusatório. Ou seja, durante todo o processo os diferentes

órgãos precisam preservar suas respectivas funções, pois caso o julgador tenha prerrogativas inquisitórias, fatalmente o sistema restará comprometido.

Não obstante, existe ainda para alguns doutrinadores o chamado sistema misto, que reuniria características dos dois anteriores, mas em diferentes fases. Em um primeiro momento há um estágio preliminar de instrução, sigiloso, escrito e inquisitivo nos mesmos moldes já expostos. Posteriormente há outra fase, iniciada por uma acusação formal, de onde passam a se aplicar os valores e garantias do sistema acusatório. Esse modelo bifásico teve como primeiro expoente o Código de Processo Penal Francês, de 1808 (BONFIM, 2013, p. 73).

Entretanto, ao analisar determinado sistema processual em concreto é bastante difícil categorizá-lo, pois os ordenamentos jurídicos não adotam um sistema de forma pura. Por vezes, durante o procedimento haverão características conflitantes de um ou outro sistema, de modo que não será possível identificá-lo de forma clara (BONFIM, 2013, p. 73). Essa observação será bastante útil no próximo tópico, que trata do regramento brasileiro.

1.2 Considerações gerais e o modelo brasileiro

Por mais que as categorizações em modelos pareçam objetivas, não se pode afirmar que os ordenamentos jurídicos adotem sistema inquisitivo ou acusatório puro. Sempre, em maior ou menor grau, existirão características de ambos os sistemas “antagônicos” em um mesmo modelo processual, conforme já apontado no item supra.

O ordenamento brasileiro adotou, em primeira vista e sob um viés constitucional, o paradigma acusatório, conforme se comprova pela delegação da iniciativa da ação penal pública a órgão distinto do judiciário (artigo 129, I, CF), pela adoção da garantia do juiz natural (artigo 5º, LIII, CF), do devido processo legal (artigo 5º, LIV), do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, LV, CF), a presunção de inocência (artigo 5º, LVII), dentre outros dispositivos constitucionais ou leis específicas (MALAN, 2003, p. 88).

Mas de acordo com as observações feitas, o sistema brasileiro certamente não é acusatório “puro”, muito pelo contrário. A doutrina, inclusive, é divergente sobre essa

questão, muito em razão da fase investigatória do inquérito policial e das ações que o juiz poderá tomar de ofício no curso do processo.

Edilson Mougenot Bonfim explica muito bem as posições da doutrina em relação ao inquérito policial (BONFIM, 2013, p. 74/75). Um primeiro entendimento possível é que a persecução penal seria mista, posto que essa primeira fase é sigilosa e não obedece ao contraditório, sendo o suspeito mero objeto da investigação, características tipicamente inquisitivas.

Outra corrente defende que esta fase investigatória não pode ser considerada processual, sendo meramente administrativa. Portanto, a existência do inquérito policial, mesmo em molde inquisitivo, não poderia interferir na natureza acusatório do processo em si, que se iniciaria com a denúncia ou queixa, e onde todas as garantias previstas são asseguradas.

O segundo ponto que gera discussões é a possibilidade do magistrado agir de ofício em algumas situações, conferindo-lhe poderes instrutórios, ou até mesmo alterando a qualificação jurídica do fato narrado na exordial – trata-se da *emendatio libelli* que será alvo de tópico próprio.

Aury Lopes Junior assevera que as previsões nesse sentido feitas no ordenamento brasileiro (a exemplo dos artigos 127, 156 e 310, todos do Código de Processo Penal) se fundam no modelo inquisitório, com desrespeito à igualdade, contraditório e imparcialidade do juiz. Portanto, o processo que se desenvolve sob essas regras não poderia ser chamado de acusatório, mesmo que exista acusação inicial feita por órgão diferente do julgador (LOPES JR., 2013, p. 178/179).

Compartilha desse entendimento Diogo Rudge Malan:

Em que pesem respeitáveis opiniões em sentido contrário, a previsão de poderes instrutórios ao juiz é igualmente característica do inquisitivo (MALAN, 2003, p. 65).

Outra posição, menos incisiva, defende que a iniciativa probatória não definiria o sistema processual, pois do ponto de vista formal, a iniciativa do juiz não desqualificaria por si só um sistema. Porém, a atuação do magistrado deve ser controlada e obedecer os limites da lei, sob risco da atuação substituir a função do Parquet, e nessa hipótese sim haveria desqualificação para o sistema inquisitivo (OLIVEIRA; FISCHER, 2011, p. 341).

Em consonância com o exposto, e aproveitando o item 1.1, são comuns características ambíguas referentes a ambos os modelos em determinado sistema em concreto, ainda mais considerando a herança inquisitiva do processo penal. Os modelos puros são teóricos, razão pela qual o rigor absoluto para análises deve ser evitado. O importante é respeitar as disposições constitucionais e legais, e caminhar para o aprimoramento do sistema processual brasileiro, dentro da lógica acusatória.

1.3 Princípio da Correlação e as principais garantias relacionadas

Feitas as considerações sobre os sistemas processuais, especialmente sobre o caso brasileiro, ficou claro que são diversos os princípios e regras atuantes no processo penal, sendo que alguns deles têm maior relevância ou proximidade com o princípio da correlação.

Antes de enumerar e detalhar tais princípios, cabe uma breve conceituação da Correlação – também conhecida por Congruência. Em qualquer processo judicial existe a preocupação com o objeto de cognição pelo juízo, e mais precisamente com limites da sentença. Sendo razoável tal precaução no âmbito civil, no processo penal o assunto ganha relevância especial ao tratar da liberdade do acusado. Nesse contexto insere-se o Princípio da Correlação.

Importante garantia do direito de defesa, esse princípio preconiza que deve haver estrita conformidade entre os fatos narrados na exordial acusatória e os fatos pelos quais o magistrado condenará o inculpa. Assim, garante-se que o réu terá plena e prévia oportunidade de se defender durante a instrução, conhecendo todos os fatos a ele imputados (BONFIM, 2013, p. 579).

1.3.1. Do devido processo legal

Expressão derivada do inglês *due process of law*, preceito que tem como fundamento o artigo 5º, LIV, da Constituição Federal, e aplicação sobre diversos ramos do direito. Apesar de não ser restrita ao âmbito penal, foi dentro do processo penal que essa noção evoluiu,

muito em razão de sua extrema importância, como bem assevera Carlos Roberto de Siqueira Castro:

A natural identificação da cláusula do devido processo legal com as solenidades da jurisdição criminal deve-se não apenas à evolução dialética do processo penal, em cujas cercanias floresceu o instituto, mas também ao fato de que é justamente nesse setor que o conceito de idoneidade processualística mais vivamente se subsume em garantias do contraditório e da ampla defesa dos acusados, o que significa dizer, numa palavra, em garantia de liberdade. (CASTRO apud MALAN, 2003, p. 35-36)

Modernamente, os estudiosos dividem o princípio do devido processo legal de duas formas, quais são: o aspecto material e o formal (ou substancial e processual). Desta feita, o sentido material deve ser entendido como o conjunto de garantias fundamentais que o cidadão tem em face do Estado.

Além do mais, não é possível determinar de antemão quais são essas garantias, pois o conceito é propositalmente aberto, devendo ser adequado a situação concreta e considerar o tempo e espaço em que deve ser empregado.

Já o devido processo legal formal cuida dos aspectos procedimentais necessários para que um indivíduo tenha decretada sua pena privativa de liberdade, ou qualquer outra sanção, de forma válida. Portanto, durante todo o processo devem ser observadas as regras estabelecidas pelo legislador, sendo vedada qualquer supressão de fase ou inversão de ordem processual.

A Congruência guarda relação com ambos os aspectos, pois é garantia do acusado e representa a concretude de diversos direitos fundamentais, e a observância do procedimento legalmente estabelecido é condição para a observância do Princípio da Correlação – que inclusive é forte influência para algumas regras procedimentais.

1.3.2 Princípio do contraditório e da ampla defesa

O contraditório é certamente uma das bases do processo, sendo a saída encontrada para diversos problemas pontuais debatidos modernamente. Grande parte do sistema processual visa a preservação do contraditório, e por essa razão a ofensa a esse princípio é uma das principais causas de nulidade.

Ambas as expressões constam lado a lado no artigo 5º, LV, da Constituição Federal, sendo por muitas vezes o contraditório e a ampla defesa tratados como algo único ou expressões sinônimas, mas não devem ser confundidos.

O princípio do contraditório é tradicionalmente conhecido pelo binômio “informação e reação”, até mesmo como consequência da própria igualdade no processo, pois caso fosse dado a chance de apenas uma das partes se manifestar certamente estaria ferida a isonomia e o contraditório (MEDINA, 2012, p. 132-133). Mas essa concepção mostrou-se insuficiente, e a doutrina moderna tem valorizado a importância da participação real e efetiva, a ponto de realmente influir no convencimento do magistrado, não sendo apenas mera formalidade.

Isso significa que não só os atos processuais devem ser comunicados, mas também deverá ser aberta às partes a oportunidade de manifestar-se sobre os mesmos. Assim, as partes têm garantida a possibilidade de convencer o magistrado sobre suas pretensões antes de qualquer decisão (BONFIM, 2013, p. 85). Em síntese, as decisões podem apenas ter como matéria questões que passaram pelo crivo do contraditório.

Ainda sobre o tema, e em razão de imposição fática, nem sempre o contraditório poderá ocorrer simultaneamente à produção da prova, podendo ser postergado por força da urgência ou da ineficácia da medida se o contraditório fosse realizado previamente. Nessas situações específicas o contraditório é chamado de diferido, ao contrário do contraditório real, que seria a regra geral.

O princípio da ampla defesa tem o mesmo fundamento constitucional do anterior, mas seu foco é outro: são os meios pelos quais as partes poderão sustentar suas alegações. Não basta que exista oportunidade para se manifestar; é necessário que haja meio probatório suficiente e em momento oportuno para tal.

Evidente que há um limite para o exercício desse direito de demonstrar os argumentos que lhe convém, mas esse limite, seja temporal ou quanto ao meio elegido em si, deve estar presente na lei (BONFIM, 2013, p. 87). Nesse sentido, as partes poderão produzir provas sobre fatos relacionados ao objeto do processo, e eventual rejeição da mesma acarretará nulidade por cerceamento do direito de ampla defesa – no caso concreto é necessário sopesar entre o direito de ampla defesa e o livre convencimento do juiz no que tange a rejeição de produção de determinada prova.

O Princípio da Correlação é altamente relacionado com os dois preceitos. Sobre o primeiro, a Correlação é garantia de que a decisão versará apenas sobre matéria que passou pelo crivo do contraditório. Já sobre a ampla defesa, a Congruência assegura que foi oportunizado ao réu defender-se adequadamente (produzindo provas pertinentes) das imputações a ele feitas, não podendo ser condenado por fatos ou circunstâncias novos.

1.3.4 Princípio da paridade processual

Esse preceito deriva do princípio da igualdade estampado no artigo 5º, caput, da Constituição Federal e preconiza que no âmbito do processo as partes devem estar munidas com as mesmas condições para fazer alegações, produzir provas e respeitar as disposições legais que regulamentam os procedimentos.

Entendendo que as pretensões no processo penal são indisponíveis – a persecução penal por parte do Estado e o direito de liberdade do réu – o tratamento dado às partes deve ser paritário, evitando que um interesse seja colocado acima de outro. Sobre assunto, interessante é a posição esposada pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça José Arnaldo da Fonseca:

No centro do modelo albergado pelo sistema jurídico brasileiro a ideia da solução jurisdicional dos conflitos de interesses pressupõe a exigência de igualdade entre o que se diz detentor da pretensão veiculada e aquele que resiste ao direito pretendido. Dentro disso, o devido processo legal, para nós, reveste-se de uma gama de pressupostos e princípios sem os quais o objetivo distributivo da justiça afigurar-se-ia inerte.

Na seara penal, onde dois interesses indisponíveis estão em contenda, o direito de punir e o direito de liberdade, tal disposição é presente com mais intensidade. (STJ, HABEAS CORPUS Nº 28.481 - SP (2003/0079897-0) , voto do Relator Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Data de Julgamento: 16/09/2003, T5 - QUINTA TURMA)

Esse equilíbrio processual, no entanto, leva em consideração a desigualdade natural entre as partes. A evidente posição de fragilidade do acusado no embate contra um órgão estatal, além do risco de ser sua liberdade cerceada, acaba por mitigar a igualdade formal entre os litigantes. Logo, a paridade processual deve ser vista com ressalvas, e a igualdade entendida como igualdade substancial, no sentido de que é lícito favorecer o acusado em

algumas situações, a exemplo da existência de certos recursos cabíveis apenas para a defesa e da impossibilidade da revisão criminal *pro societate* (BONFIM, 2013, p. 94).

Outro ponto que balanceia o equilíbrio processual é justamente o princípio da correlação. Conforme já exposto, sua aplicação acaba por gerar situação mais favorável ao réu posto que suas limitações atingem a acusação – e eventual sentença condenatória. Justamente diante da disparidade entre o aparato estatal e o réu perante a administração da justiça é que se justificam os imperativos da Congruência, confirmando a aproximação dos dois mencionados princípios.

1.3.5 *Da garantia da imparcialidade do juízo*

A garantia da imparcialidade do juízo é uma das bases da relação processual, pois a própria legitimidade da jurisdição para dirimir conflitos reside na neutralidade do ente julgador. Assim, a própria estabilidade do judiciário depende da confiança em que os cidadãos têm naqueles que são responsáveis por decidir os conflitos que ocorrem na sociedade em geral.

Variadas são as regras que buscam na maior medida possível a imparcialidade do juízo, entretanto deve-se destacar o princípio do juiz natural, que tem matriz constitucional e é considerado tridimensional pela doutrina, pelas seguintes implicações: “1) não haverá juízo ou tribunal ad hoc, isto é, tribunal de exceção (art. 5º, XXXVII); 2) todos têm o direito de se submeter a julgamento (civil ou penal) por juiz competente, pré-constituído na forma da lei; 3) o juiz competente tem que ser imparcial”(MEDINA, 2012, p. 119).

Nesse diapasão, proveitosa é a posição do Supremo Tribunal Federal, conforme o excerto a seguir:

EMENTA Habeas corpus. Princípio do juiz natural. Relator substituído por Juiz Convocado sem observância de nova distribuição. Precedentes da Corte.

1. O princípio do juiz natural não apenas veda a instituição de tribunais e juízos de exceção, como também impõe que as causas sejam processadas e julgadas pelo órgão jurisdicional previamente determinado a partir de critérios constitucionais de repartição taxativa de competência, excluída qualquer alternativa à discricionariedade.

(...)

(STF - HC: 86889 SP , Relator: MENEZES DIREITO, Data de Julgamento: 20/11/2007, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-026 DIVULG 14-02-2008 PUBLIC 15-02-2008 DJ 15-02-2008)

Porém, mesmo após seguir os ditames impostos e definida a autoridade competente, isso não põe fim a questão da imparcialidade. Durante todo o processo o magistrado precisa manter-se como terceiro neutro, suficientemente afastado dos interesses das partes. É possível ver clara semelhança entre o valor aqui defendido e aquele analisado dentro do sistema acusatório.

Em outras palavras, adotar o modelo acusatório seria a melhor maneira de evitar a parcialidade nos julgamentos. O problema é que ao agir ativamente na instrução do processo, parte da doutrina entende que o julgador estaria agindo tal qual no sistema inquisitório, o que feriria de morte a imparcialidade, o contraditório e o equilíbrio processual (LOPES JR., 2013, p. 178). O modelo brasileiro, conforme debatido no item 1.2, sofre com críticas justamente nesse sentido, a exemplo do polêmico artigo 156 do Código de Processo Penal (com redação dada pela Lei n. 11.690/2008).

Assim, o Princípio da Correlação pode ser visto como mais uma das formas de garantir a imparcialidade do juízo. Ao fixar os limites do objeto processual, a cognição do juiz fica de certa forma limitada, assegurando a neutralidade necessária na função. É certo que todo ser humano possui convicções íntimas e predisposições naturais, mas o essencial é que estas não impliquem por parte juiz em pré-julgamento. Portanto, chega a ser quase indissociável a imparcialidade, a correlação e o sistema acusatório.

1.3.6 O “problema” da verdade real

Toda atividade jurisdicional é voltada para compreensão dos fatos tais como ocorreram na realidade, mas é certo que nem sempre isso é possível. O princípio da verdade real é a concretude da primazia pela realidade dos fatos em detrimento de uma suposta verdade formal transpassada nos autos, respeitados os limites possíveis.

O processo penal trabalha com bem jurídicos de extrema relevância, de modo que não há espaço para aceitarem-se apenas os elementos trazidos pelas partes, diferentemente do que

ocorre no âmbito do processo civil, onde ainda há vigora o princípio da verdade formal, embora já bastante mitigado (BONFIM, 2013, p. 92).

Duas consequências evidenciadas no processo penal são o cuidado com presunções, típicas da verdade formal, e principalmente que o dever de produção de provas não é somente das partes, porque estas seriam produzidas em favor da sociedade. Isso significa atribuir ao juiz um dever de colaborar na busca por essa realidade dos acontecimentos, o que certamente será feito pela produção de provas e adoção de medidas *ex officio*. O problema dessa situação é justamente o que já foi debatido nos itens 1.2 e 1.3.3, sobre a imparcialidade do julgador e sobre o sistema acusatório.

Como é natural, fundamentos essenciais como estes entram em conflito, devendo o operador do direito entender a razão de cada um e adequá-los conforme a necessidade. Por mais que as provas no processo penal sejam de interesse da sociedade, o Ministério Público é o titular dessa função, e somente em casos de extrema indispensabilidade é que o órgão julgador poderia atuar nesse sentido, sempre guardando ao máximo sua posição de neutralidade no litígio.

A aplicação do Princípio da Correlação é outro ponto que pode ser incompatível com a verdade real. Para exemplificar de maneira simples, no momento de prolatar a sentença o magistrado deverá ficar adstrito aos limites da acusação, mesmo que isso não traduza fielmente os fatos tais como ocorreram na realidade.

Tendo em vista a limitação humana em obter a verdade absoluta, e os valores e garantias existentes no processo penal, a relação processual deve buscar o maior grau de fidelidade factível. Inclusive essa foi a posição adotada pelo Superior tribunal de Justiça, conforme trecho do voto do Relator Ministro Felix Fischer, em sede de Habeas Corpus:

Na realidade, no entanto, é de se gizar, a concepção havida, inclusive, por muitos, como ultrapassada, daquilo que vem a ser verdade real, não é aceita pela dogmática moderna. Jorge Figueiredo Dias (in "Processo Penal", ed. 1974, reimpressão de 2004, Coimbra Editora) alerta que "...a verdade material que se busca em processo penal não é o conhecimento ou apreensão absoluta de um acontecimento, que todos sabem escapar à capacidade do conhecimento humano; tanto mais que aqui intervém, irremediavelmente, inúmeras fontes de possível erro..."(p. 204). Ensina que a assim denominada verdade material há de ser tomada em duplo sentido: "no sentido de uma verdade subtraída à influência que, através do seu comportamento processual, a acusação e a defesa queiram exercer sobre ela; mas também no sentido de uma verdade que, não sendo "absoluta" ou "ontológica", há de ser

antes de tudo uma verdade judicial , prática e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo preço mas processualmente válida" (p.193/194). (STJ HABEAS CORPUS Nº 155.149 - RJ, voto do Relator Ministro FELIX FISCHER, p. 9, Data de Julgamento: 29/04/2010, T5 - QUINTA TURMA)

1.3.7 Outros que merecem menção

Como os princípios contém comandos geralmente abertos e interpretativos, alguns valores são correlatos a outros. Esse tópico irá abordar de forma sucinta alguns desses princípios que em algum momento do estudo são importantes para um entendimento completo.

O livre convencimento do juiz está consagrado no próprio CPP. O artigo 155 tem a seguinte redação:

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Esse valor é presente e muito bem aceito, mas isso não significa que ele seja absoluto. Na realidade, a própria norma coloca barreiras a ampla liberdade do magistrado, e não é só. Não há como negar que a princípio a Correlação impõe contornos ao livre convencimento do juiz, mas isso não significa que um valor extirpe o outro. Princípios devem ser realizados na maior medida possível diante da realidade fática ou jurídica, sendo mandamentos de otimização segundo Robert Alexy (AFONSO DA SILVA, 2003, p. 610).

Por certo também que tamanha liberdade dada ao juiz não viria sem um contrapeso. Justamente em razão disso é que se faz essencial a motivação das decisões, que é condição para concretude de diversos outros preceitos fundamentais, bem como possibilidade de controle, revisão e legitimidade das decisões (BONFIM, 2013, p. 99).

Esclarecendo melhor o conceito exposto, a motivação das decisões, prevista nos artigos 93, IX, da Constituição Federal e 381, III, do CPP, assegura que as decisões proferidas pelo julgador exponham os motivos e fundamentos que a embasam. Essas justificativas podem ser tanto de direito como de fato e têm diversas nuances muito bem explicadas por Antônio Magalhães Gomes Filho em obra dedicada exclusivamente a este fim (2001).

Ante o exposto, infere-se que a motivação é verdadeiro pressuposto para controle da Correlação entre a acusação e sentença, pois do contrário, saber se o magistrado considerou ou não somente aspectos veiculados na denúncia ou queixa seria inexecutável.

Como última breve menção tem-se a inércia da jurisdição. Na realidade, a inércia é consequência primeira do sistema acusatório ao mesmo tempo em que um sistema só pode ser tido como verdadeiramente acusatório quando intacta a inércia da jurisdição. Assim, a ação penal *ex officio* é vedada, mesmo que indiretamente, e isso será significativo em alguns pontos futuros do presente trabalho.

2 A CORRELAÇÃO E OS PRINCIPAIS INSTITUTOS PARA CORREÇÃO DO OBJETO PROCESSUAL: A *EMENDATIO LIBELLI* E A *MUTATIO LIBELLI*

Já esclarecido o conceito e a aplicação da Correlação, é possível agora tratar de dois intrincados institutos. Realmente o juiz estará adstrito os limites do objeto processual, mas isso não significa que uma vez iniciada a persecução penal estes limites não possam ser alterados, seja pela inclusão de novos fatos, ou pela mudança na qualificação jurídica.

2.1 A *emendatio libelli*

O instituto da *emendatio libelli* está previsto no artigo 383 do Código de Processo Penal, e em síntese é aplicado quando o juiz atribui definição jurídica ao fato diversa daquela narrada na denúncia ou queixa. A redação do artigo sofreu modificação em 2008, através da Lei n. 11.719/2008, conforme a seguir:

Redação original: 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.

Redação após alteração: O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

§ 1º Se, em consequência de definição jurídica diversa, houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, o juiz procederá de acordo com o disposto na lei.

§ 2º Tratando-se de infração da competência de outro juízo, a este serão encaminhados os autos.

Em relação ao *caput*, a única mudança foi o acréscimo da expressão “sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa”, o que confirma o corolário da Correlação entre acusação e a sentença, reforçando o que na redação anterior não era tão expresso. Já os parágrafos incluídos apenas positivaram o entendimento jurisprudencial sobre os respectivos temas, a exemplo da súmula 337 do STJ:

É cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva.

Logo, se após a nova definição jurídica o requisito para suspensão condicional do processo restar satisfeito, deverá ser aberta vista ao Ministério Público para que este avalie sobre o oferecimento da proposta (BONFIM, 2013, p. 581-582), mas esta questão terá melhor enfoque em item próprio.

O parágrafo segundo é um pouco omissivo em relação ao procedimento a ser adotado pelo juízo competente. Havendo a *emendatio libelli* em fase de sentença, a fase instrutória estaria já finalizada; mas em reverência ao contraditório e a ampla defesa, as partes devem ter oportunidade de se manifestar e, inclusive, requerem produção de provas diante da nova situação processual (BONFIM, 2013, p. 582).

Um aspecto importante que deve ser salientado é que essa alteração jurídica do artigo 383 refere-se aos mesmos fatos narrados na exordial, e não há fatos novos trazidos durante a fase de instrução. Para essa outra situação existe o remédio da *mutatio libelli*, que será tratada oportunamente.

2.1.1 Sobre a constitucionalidade do artigo 383

Apesar do tradicional pensamento teórico de que o acusado defende-se de fatos a ele imputados e não da qualificação jurídica - o que tornaria a *emendatio libelli* uma simples e inofensiva correção - existem fortes críticas ao dispositivo.

A corrente que defende o instituto alega que essa permissão não ofende a imparcialidade do juiz e nem a Correlação, pois a qualificação jurídica não faria parte do objeto processual levantado pela acusação. Nesse sentido, valiosa é a lição de Diogo Rudge Malan:

Essa faculdade não afeta a imparcialidade do magistrado, pois este possui, dentro de sua reserva jurisdicional, a prerrogativa da livre dicção do Direito em cada caso concreto.

Já demonstramos, quando do estudo do conceito de acusação, que a qualificação jurídica não integra o objeto processual, circunscrito ao fato naturalístico narrado na inicial.

Logo, o câmbio da capitulação jurídica ao fato imputado, mantendo-se este inalterado, não enseja qualquer violação da garantia entre acusação e sentença (...) (MALAN, 2003, p. 176).

Porém, mais adiante em sua obra, esse mesmo autor reconhece que no direito processual penal o brocado que basta narrar os fatos pois o juiz conhece o direito (*narra mihi factum dabo tibi jus*) não pode ter aplicação absoluta. O maior exemplo disso é a necessidade de a acusação estar obrigada a dar definição jurídica aos fatos narrados na exordial, conforme artigo 41 do Código de Processo Penal. A ausência desse requisito implicará na inépcia da denúncia ou queixa (MALAN, 2003, p. 177).

Essa obrigatoriedade traz uma conclusão quando feita uma interpretação sistemática: o réu não se defende apenas de fatos, mas sim de fatos qualificados juridicamente. Se assim não fosse, bastaria que a parte autora narrasse os fatos e o próprio magistrado faria a classificação jurídico-penal.

Portanto, embora entenda o juiz que não há ofensa a imparcialidade ou a Correlação, mas em homenagem ao contraditório e a ampla defesa, deve ser aberta vista às partes após *emendatio libelli* para manifestação. A medida, que não está prevista na legislação, seria forma de garantir o contraditório em sua forma substancial, além legitimar ainda mais o provimento jurisdicional (MALAN, 2003, p. 179).

Outros autores endossam a posição crítica sobre o instituto, até mesmo de forma mais severa. Por mais que o réu defenda-se de fatos, grande parte da defesa técnica, que constitui importante aspecto da ampla defesa, recai exatamente sobre a qualificação jurídica em questão. Aury Lopes Jr. é bastante enfático nesse sentido:

É elementar que o réu se defende do fato e, ao mesmo tempo, incumbe ao defensor, também, debruçar-se sobre os limites semânticos do tipo, possíveis causas de exclusão da tipicidade, ilicitude, culpabilidade, e em toda imensa complexidade que envolve a teoria do injusto penal. É óbvio que a defesa trabalha – com maior ou menor intensidade, dependendo do delito – nos limites da imputação penal, considerando a tipificação como a pedra angular em que irá desenvolver suas teses (LOPES JR., 2013, p. 1104).

O processo penal moderno não comporta o reducionismo proposto pela atual redação do artigo 383, pois o fato processual é composto tanto por questões de fato como de direito, não sendo possível dissociá-los da maneira como se propõe. Apesar de todos os argumentos, vejamos a posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça no Habeas Corpus a seguir:

HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO, FALSIFICAÇÃO E ADULTERAÇÃO DE SINAL DE VEÍCULO AUTOMOTOR NA FORMA TENTADA. MUTATIO LIBELLI NÃO CONFIGURADA. MERA EMENDATIO LIBELLI – DESNECESSIDADE DE PROVIDÊNCIAS PRELIMINARES. ORDEM DENEGADA. 1-O princípio da correlação

entre a peça vestibular e a sentença é um dos pilares do nosso processo penal, entretanto, tal princípio deve coexistir com o da livre dicção do direito, *jura novit curia*, isto é, o juiz conhece o direito, é ele quem cuida do direito, expresso na regra *narra mihi factum dabo tibi jus* (narra-me o fato e te darei o direito). 2- Se o fato criminoso está descrito na denúncia, ainda que não tenha ali sido capitulado, pode o Juiz por ele condenar o acusado, posto que a defesa é contra os fatos e não contra a capitulação do delito. 3- A *emendatio libelli* é procedida de ofício, tanto em primeiro como em segundo grau de jurisdição, sem qualquer formalidade prévia. 4 - Ordem denegada (STJ, HABEAS CORPUS Nº 84.489 - DF, Relator: Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), Data de Julgamento: 08/11/2007, T5 - QUINTA TURMA)

A posição esposada representa o entendimento que foi dominante durante bastante tempo, apesar de todas as críticas que já vinham sendo feitas. O próprio Projeto de Lei que originou a reforma dos artigos 383 e 384 (entre outros) do Código de Processo Penal continha a seguinte redação para o instituto:

Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

§ 1º As partes, todavia, deverão ser intimadas da nova definição jurídica do fato antes de prolatada a sentença.

Assim, a comissão que elaborou o PL n. 4.207/2001 entendeu por bem prestigiar o contraditório e a acepção mais ampla da Correlação, compartilhando a percepção defendida neste estudo. Infelizmente a disposição do parágrafo primeiro não passou pelo crivo do legislativo, possivelmente por pensar que ao sinalizar a mudança de definição jurídica o magistrado estaria pré-julgando a lide, ou simplesmente o fizeram mantendo o entendimento tradicional sobre o assunto (ANDRADE, 2009, p.13).

O raciocínio de que intimar as partes antes de prolatar sentença, quando houver alteração na classificação jurídica, implica em pré-julgamento não merece razão, por duas razões principais: i) essa nova classificação não adstringiria o juiz, sendo apenas uma adequação sobre os fatos já narrados pelo acusador, dando oportunidade para manifestação, sem qualquer vinculação posterior (ANDRADE, 2009, p.13); 2) se ao prolatar a sentença o juiz poderia de ofício alterar a capitulação jurídica, comunicar as partes sobre a possibilidade de fazê-lo logo antes da sentença não tem relevância para fins de pré-julgamento, pois no modelo atual a sentença já seria prolatada nessa fase, o que afasta o argumento por razões práticas.

Grande prova dessa afirmação, e alento aos críticos do atual artigo 383, foi a determinação do Egrégio Supremo Tribunal Federal no bojo na Ação Penal 545:

EMENTA: AÇÃO PENAL. CRIME ELEITORAL. CONTROVÉRSIA A RESPEITO DA IMPRESCINDIBILIDADE DA REALIZAÇÃO DO INTERROGATÓRIO DO ACUSADO EM PROCESSO ELEITORAL QUE, APÓS A INSTRUÇÃO, FOI REMETIDO A ESTA CORTE. EMENDATIO LIBELI APRESENTADA PELO PARQUET EM ALEGAÇÕES FINAIS. NECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO DO DENUNCIADO. QUESTÃO DE ORDEM. DELIBERAÇÃO DO PLENÁRIO PELA REALIZAÇÃO DE INTERROGATÓRIO DO RÉU E PELA OPORTUNIDADE DE DEFESA DIANTE DA EMENDATIO LIBELI. 1. Processo criminal eleitoral submetido à jurisdição do Supremo Tribunal Federal. Superveniência da Lei nº 10.732/2003 que alterou o artigo 359 do Código Eleitoral e da Lei nº 11.719/2008 que deslocou para após a oitiva de testemunha a realização do interrogatório do denunciado. Imprescindibilidade da realização da audiência de interrogatório, embora o procedimento penal tenha obedecido o rito previsto à época da vigência do artigo 359 do Código Eleitoral, na redação originária. 2. Emendatio libeli apresentada pelo Ministério Público Federal em alegações finais. Manifestação da defesa. 3. Questão de ordem resolvida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no sentido da realização da audiência de interrogatório do denunciado e da indispensabilidade da intimação da defesa para se manifestar a respeito da emendatio libeli apresentada pelo Parquet em alegações finais.

(STF - AP: 545 MT , Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 17/10/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-025 DIVULG 05-02-2013 PUBLIC 06-02-2013)

O colegiado entendeu que mesmo sendo apenas correção da definição jurídica, sem alteração dos fatos imputados na inicial acusatória, era necessário a manifestação da defesa sobre a *emendatio libelli* antes da decisão final. Apesar de não haver entendimento pacificado sobre o assunto ainda, essa decisão é de vital importância para a continuidade dos debates, e para os fins desse trabalho acompanha-se essa mesma posição, de que mesmo no silêncio da lei é necessário facultar as partes a manifestação sobre a *emendatio libelli*.

2.1.2 Possibilidade de operação da *emendatio libelli* no recebimento da denúncia e em segunda instância

Outro ponto que acende debates na matéria é a aplicação do artigo 383 quando do recebimento da denúncia. Uma análise topográfica do artigo no Código de Processo Penal induz ao entendimento de que o momento correto seria a prolação da sentença, pois o Título XII versa sobre isso, e é onde está o mencionado artigo.

Além desse argumento, há também o problema de um “pré-juízo” antes mesmo da fase instrutória, o que poderia comprometer a imparcialidade do julgador e a presunção de inocência (LOPES JR., 2013, p. 1110).

Também fortalecem os argumentos contra a aceitação da *emendatio* no momento do recebimento da denúncia uma suposta violação aos pressupostos do sistema acusatório, pois o julgador estaria fazendo uma acusação implícita, contrariando a necessária separação das funções ou o sistema acusatório.

Nesse sentido, é função precípua do Ministério Público a acusação nos crimes de ação penal pública, sendo o único titular dessa função, que inclui a descrição dos fatos e capitulação jurídica até a fase de sentença (MALAN, 2003. P 181). A condição de *dominus litis* é exclusiva do órgão, não podendo ser substituído pelo julgador.

Como alternativa, reconhecendo algum tipo de incorreção, o magistrado poderia rejeitar a denúncia ou queixa (ou rejeição parcial se for o caso), acabando com a necessidade da *emendatio libelli* quando do recebimento da denúncia, mais um ponto que leva a possibilidade a ser questionada.

Os tribunais superiores tem decisões nesse sentido, a exemplo do Supremo Tribunal Federal, que exagerou esse mesmo entendimento em sede de Habeas Corpus, conforme a seguir:

HABEAS CORPUS. CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA. IMPOSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO DA CAPITULAÇÃO NO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. CONCESSÃO DE SURSIS PROCESSUAL: IMPOSSIBILIDADE. NÃO- APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 168-A, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. ARREPENDIMENTO POSTERIOR. PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. Não é lícito ao Juiz, no ato de recebimento da denúncia, quando faz apenas juízo de admissibilidade da acusação, conferir definição jurídica aos fatos narrados na peça acusatória. Poderá fazê-lo adequadamente no momento da prolação da sentença, ocasião em que poderá haver a *emendatio libelli* ou a *mutatio libelli*, se a instrução criminal assim o indicar. 2. Não-aplicação, por analogia, do § 2º do art. 168-A, do Código Penal, à espécie, quanto à extinção da punibilidade do Paciente, em razão de ter ele restituído a quantia devida à vítima antes do oferecimento da denúncia. 3. O trancamento da ação penal, em habeas corpus, apresenta-se como medida excepcional, que só deve ser aplicada quando evidente a ausência de justa causa, o que não ocorre quando a denúncia descreve conduta que configura crime in tese. 4. Ordem de Habeas corpus denegada.

(STF - HC: 87324 SP, Relator: CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 10/04/2007, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-018 DIVULG 17-05-2007 PUBLIC 18-05-2007 DJ 18-05-2007 PP-00082 EMENT VOL-02276-02 PP-00217 RJSP v. 55, n. 356, 2007, p. 177-186)

Embora sejam sólidos os argumentos contrários à medida, os debates permanecem intensos justamente pelos bons argumentos favoráveis. Em primeiro lugar, o abuso no poder de acusar deve ser coibido, e uma excelente maneira de exercer o controle sobre a acusação seria justamente essa correção no momento do recebimento da denúncia ou queixa.

Ainda mais importante seria a correção quando esta resultar em procedimento diverso do que seria previsto pela acusação inicial. Nessas situações, estando o magistrado diante de caso em o réu seria submetido a procedimento mais gravoso, ou seria privado de uma benesse legal, a única solução possível seria a *emendatio libelli*. Nestes casos graves, além do óbvio prejuízo ao acusado, o juiz deve também zelar pelo regular andamento processual, que seria comprometido pela qualificação jurídica deficiente.

Outro detalhe importante é que não há vedação expressa na lei, sendo que, inclusive, no PL n. 4.207/2001 houve a inclusão de parágrafo que permitia essa prática e colocaria fim a polêmica, mas mais uma vez o dispositivo não foi aprovado pelo legislador. Veja-se o dispositivo vetado:

Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

§ 2º A providência prevista no caput deste artigo poderá ser adotada pelo juiz no recebimento da denúncia ou queixa.

Outra vez faz-se mister da lição sobre a máxima de que o réu se defende apenas dos fatos narrados e não de sua qualificação jurídica, e o quanto essa expressão não está adequada aos preceitos do processo penal moderno. Portanto, se houver a possibilidade de corrigir a capitulação jurídica logo de início, o réu poderá defender-se dos fatos qualificados durante todo o processo, o que é muito mais adequado em reverência ao contraditório e a ampla defesa.

Assim, com a devida oportunidade às partes para manifestação, a *emendatio libelli* em momento inicial do processo seria forma de assegurar o contraditório e a ampla defesa em seus aspectos substanciais, evitar rejeições desnecessárias (comprometendo a celeridade

processual e reduzindo desperdícios de recursos do judiciário), bem como ser a solução para essas graves situações em que a própria regularidade procedimental seria prejudicada.

Interessante notar, dentro da jurisprudência, certa relativização encampada pelo próprio Supremo Tribunal Federal, o que pode indicar mudança em decisões futuras:

EMENTA HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. EMENDATIO LIBELLI. LAVAGEM DE ATIVOS. DESCLASSIFICAÇÃO NO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA, PARA ESTELIONATO. ART. 383 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MOMENTO PROCESSUAL ADEQUADO. RELATIVIZAÇÃO. ESPECIALIZAÇÃO DO JUÍZO.

1. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é a sentença o momento processual oportuno para a emendatio libelli, a teor do art. 383 do Código de Processo Penal.

2. Tal posicionamento comporta relativização hipótese em que admissível juízo desclassificatório prévio, em caso de erro de direito, quando a qualificação jurídica do crime imputado repercute na definição da competência. Precedente.

3. Na espécie, a existência de peculiaridade ação penal relacionada a suposto esquema criminoso objeto da ação em trâmite na vara especializada em lavagem de ativos, recomenda a manutenção do acórdão recorrido que chancelou a remessa do feito, comandada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região para a 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Maranhão, que detém tal especialização.

4. Ordem denegada.

(STF - HC: 115831 MA, Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 22/10/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-227 DIVULG 18-11-2013 PUBLIC 19-11-2013) (grifo nosso)

Tal posição intermediária é meio de solucionar problemas das duas correntes antagônicas já expostas e beneficiar o réu quando algum direito lhe fosse facultado (e.g. suspensão condicional do processo), ou para permitir correta fixação do procedimento ou competência.

Um outro ponto que vale menção ainda neste item é a possibilidade de se efetuar a *emendatio libelli* em segunda instância, apesar da questão já se encontrar bem mais pacificada entre os operadores do direito – embora posição contrária de Aury Lopes Junior (2013, p. 1116). Na realidade, o próprio CPP em seu artigo 617 traz essa previsão, o que facilitou bastante para a doutrina em geral firmar-se.

Porém, algumas ressalvas são feitas, assim como ocorre em primeira instância, a fim de preservar os valores constitucionais e garantias do réu. Em reverência ao contraditório, a oportunidade às partes de se manifestar em caso de nova capitulação jurídica é essencial.

Gustavo Henrique Badaró bem observa a problemática que pode surgir quanto ao momento em que essa possibilidade surge nos tribunais (2013, p. 148).

Caso o relator se depare com a possibilidade ao elaborar seu voto, dará ciência as partes para que se manifestem sobre a *emendatio* antes da sessão de julgamento. Mas a mudança na qualificação jurídica pode também ser suscitada apenas durante a sessão de julgamento, e a mesma necessidade de ciência permanecerá. Para solucionar o impasse, tanto o representante do Ministério Público como o defensor do acusado poderão manifestar-se oralmente, se estiverem presentes e preparados para a situação. Havendo necessidade de mais tempo, os argumentos poderão ser entregues por escrito e após o julgamento retornará.

A doutrina também aponta que a vedação da *reformatio in pejus* é perfeitamente válida na hipótese. Gustavo Henrique Badaró novamente esclarece muito bem esse ponto:

Isso porque, se assim o fizer, haverá clara *reformatio in pejus*, vedada pelo próprio art. 617. Além disso, sem recurso para majorar a pena, seu acréscimo implicaria desrespeito à regra do *tantum devolutum quantum appellatum*. Diante de tal impossibilidade, poderá ocorrer, até mesmo de o acusado ser condenado por um crime, com a nova capitulação jurídica, sendo-lhe mantida a pena anteriormente fixada, ainda que menor do que a pena mínima cominada no preceito sancionador do novo tipo penal (2013, p. 149).

Logo, tendo sido interposto recurso exclusivamente pela defesa, mesmo que a nova qualificação jurídica imponha pena maior que a anteriormente aplicada, esta deverá ser mantida (BONFIM, 2013, p. 582).

2.1.3 Legitimidade, mudanças de competência, transação penal e suspensão condicional do processo

Esse tópico será dedicado às diversas consequências procedimentais possíveis diante de uma alteração na qualificação jurídica do fato. De início, importa mencionar a virtual mudança na natureza da ação, e destarte, na sua titularidade, em razão da *emendatio libelli*.

Dentro da realidade, várias situações podem ocorrer. Num processo iniciado mediante denúncia e que passa a ser de ação privada ou pública condicionada, decorridos 6 meses, ou seja, ultrapassado o prazo decadencial, deverá ser extinta a punibilidade, não havendo mais nada a ser feito. Do contrário, ainda dentro do prazo legal, poderá o ofendido fazer a representação se a ação for pública condicionada, e não haveria óbice em aproveitar os atos já

praticados em respeito à celeridade e economia processual. Já se a ação for privada, só restará ao ofendido propor queixa-crime antes de findo o prazo. (BADARÓ, 2013, p. 146-147)

A situação oposta, na qual o processo iniciou-se mediante queixa e tornou-se necessária a denúncia, o processo será extinto por ilegitimidade de parte, sendo que o Ministério Público poderá, normalmente, apresentar a denúncia caso entenda cabível. Esse mesmo entendimento vale se for exigida a representação do ofendido para oferecimento da denúncia, pois não há forma fixa para exercer o direito de representação, e assim a própria queixa serviria para tal fim. Logo, mesmo que já tenha transcorrido o prazo de 6 meses, entende-se que a representação já teria sido feita, não havendo qualquer defeito (BADARÓ, 2013, p. 146-147).

O último panorama é o caso da ação pública condicionada que passa a ser incondicionada. Ora, a única alteração é que a representação passou a ser prescindível. Infere-se que não há qualquer problema para o processo já instalado, que seguirá normalmente (BADARÓ, 2013, p. 146-147).

Findo o primeiro ponto, o assunto em sequência será a mudança de competência. Em se tratando de competência absoluta não há muita discussão: os autos deverão ser sempre remetidos ao juízo competente. Mas e se a competência alterada for relativa?

O § 2º do artigo 383 não faz qualquer distinção, e na realidade outros dispositivos também parecem conferir o mesmo tratamento para os dois casos. Sobre a explicação desse fenômeno, tem-se:

Todavia, no processo penal, em que o foro comum é o da consumação do delito (art. 70 do CPP), acima do interesse da defesa é considerado o interesse público expresso no princípio da *verdade real*: onde se deram os fatos é mais provável que se consigam provas idôneas que os reconstituam mais fielmente no espírito do juiz. **Por isso, mitiga-se no processo penal, a diferença entre a competência absoluta e relativa: mesmo esta pode ser examinada de ofício pelo juiz** (art. 109 do CPP), o que não acontece no cível. (grifo nosso) (GRINOVER; GOMES FILHO; SCARANCE FERNANDES, 2011, p. 41)

E além do artigo 109 do CPP mencionado no excerto, ainda mais emblemático é o disposto no artigo 74, § 2º, do mesmo diploma, que ordena a remessa dos autos quando houver desclassificação para competência de outro juízo, sendo a única exceção a prorrogação de competência quando for mais graduada a jurisdição do primeiro juízo.

Todavia, posição divergente é encampada na doutrina. O comando prescrito no artigo 399, § 2º do CPP (e com redação dada pela mesma Lei n. 11.719/08 que alterou os artigos 383 e 384), dispõe que o juiz que presidir a instrução deverá proferir a sentença. Essa norma contempla o princípio da identidade física do juiz, já antes presente no Código de Processo Civil. Por essa razão, Eugênio Pacelli de Oliveira e Douglas Fischer sustentam que para incompetências relativas a regra contida no § 2º do artigo 383 do CPP não tem aplicação (2011, p. 791)

Uma saída encontrada para o caso em testilha é definir o momento em que surgiu a incompetência: se antes do fim da instrução, os autos devem ser remetidos ao juízo agora competente; se já totalmente finda a instrução, poderá o mesmo juiz sentenciar o processo, dando interpretação conforme às duas normas.

Outrossim, a suspensão condicional do processo pode vir a ter seus requisitos de concessão preenchidos após a *emendatio libelli*. O artigo 383, § 1º, especifica que será observado o disposto em lei sobre tema, ou seja, o artigo 89 da Lei n. 9.099/05. Assim, será aberta vista ao Ministério Público para que seja feita proposta de suspensão condicional do processo¹, que poderá ser ou não aceita pelo acusado. Não há óbice que esse procedimento seja feito de forma oral em própria audiência una de instrução, debates e julgamento. (BADARÓ, 2013, p. 150).

Curioso, no entanto, é o disposto no artigo 90 da Lei nº 9.099/05, com a seguinte redação: “As disposições desta Lei não se aplicam aos processos penais cuja instrução já estiver iniciada”. Além das possíveis críticas ao disposto neste artigo por si só, mas que fogem ao objeto de estudo, por certo que nos casos em que houver possibilidade de suspensão condicional do processo – ou transação, como se verá – após *emendatio libelli*, não terá aplicação o questionado artigo 90.

A justificativa disto reside no fato que a benesse não foi antes proposta ou aceita porque os requisitos legais para seu oferecimento não estavam satisfeitos, isto é, não houve qualquer falta imputável às partes que pudesse agora obstar aplicação da Lei nº 9.099/95. O segundo forte argumento aponta que a reforma do artigo 383 do CPP deu-se por lei posterior (2008), lei esta que permitiu a suspensão condicional do processo após mudança na definição

¹ Não é alvo deste trabalho aprofundar-se na questão da suspensão condicional do processo, ou seja, se constitui ou não direito subjetivo do réu e o procedimento a ser adotado em caso de recusado do membro do Ministério Público em oferecer a suspensão.

jurídica dos fatos. Como é quase certo que a alteração ocorra somente após iniciada a instrução, não haveria qualquer utilidade prática o § 1º do artigo 383 caso a regra do artigo 90 da Lei nº 9.099/95 fosse aplicada.

Tratamento semelhante tem a transação penal, mesmo não havendo referência expressa no texto legal como há para o caso anterior. A questão aqui resolvesse por meio da competência, pois quando se torna possível a transação penal, a competência para julgamento do feito também passará a ser do Juizado Especial Criminal. Embora não haja menção à transação, existe regramento sobre a alteração de competência.

Logo, remetendo-se os autos ao Juizado Especial Criminal, o procedimento que será adotado é justamente o disciplinado na Lei nº 9.099/05, e assim a transação penal poderá ser oferecida nos termos do artigo 76.

Maior complexidade é observada quando a revisão na qualificação jurídica é feita apenas em segunda instância. Mas Gustavo Henrique Badaró é claro e firme sobre a medida a ser tomada:

Nesse caso, o julgamento deverá ser convertido em diligência para que, em primeiro grau, seja realizada a audiência para efetivação da transação penal ou da suspensão condicional do processo (2013, p. 151).

2.2 A *mutatio libelli*

Tudo o que foi até aqui exposto no capítulo é aplicado quando o problema é tão somente quanto à qualificação jurídica narrada na exordial acusatória. Entretanto, no decorrer da instrução, os próprios fatos podem mostrar-se incorretos ou incompletos. Essa incongruência entre fatos narrados inicialmente, e fatos provados ou surgidos durante a instrução pode ser corrigida nos termos do artigo 384 do CPP.

A lei 11.719/2008 também alterou significativamente esse dispositivo, conforme será comentado a seguir.

Redação original: Se 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, baixará o processo, a fim de que a defesa, no prazo

de 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 três dias à defesa, que poderá oferecer prova, arrolando até três testemunhas.

Redação após alteração: Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.

§ 1º Não procedendo o órgão do Ministério Público ao aditamento, aplica-se o art. 28 deste Código.

§ 2º Ouvido o defensor do acusado no prazo de 5 (cinco) dias e admitido o aditamento, o juiz, a requerimento de qualquer das partes, designará dia e hora para continuação da audiência, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado, realização de debates e julgamento.

§ 3º Aplicam-se as disposições dos §§ 1o e 2o do art. 383 ao caput deste artigo.

§ 4º Havendo aditamento, cada parte poderá arrolar até 3 (três) testemunhas, no prazo de 5 (cinco) dias, ficando o juiz, na sentença, adstrito aos termos do aditamento.

§ 5º Não recebido o aditamento, o processo prosseguirá.

Das diversas alterações, algumas foram festejadas pela doutrina, outras duramente criticadas. Começando com os pontos positivos, elenca-se primeiramente a substituição da expressão “circunstância elementar” por “elemento ou circunstância”. Mas antes de mais nada é importante maior explicação sobre esses termos.

Nas palavras de Fernando da Costa Tourinho Filho, elemento é aquilo que de fato compõe o tipo, o requisito estabelecido pelo direito sem o qual não existe o crime. Diante da ausência de tal elemento não haverá crime, ou, desloca-se tal conduta para outro tipo – se houver outro tipo definido como crime que não preveja o elemento faltante. Já a circunstância, segundo o mesmo autor, é indiferente em relação ao tipo fundamental. A circunstância tem o condão de aumentar ou reduzir a pena, mas sua presença é irrelevante para aferição da tipicidade da conduta (2010b, p. 344).

Diante dessa explanação já fica evidente que a antiga expressão poderia causar certa obscuridade. Porém, ao distinguir o fato penal do fato processual, Gustavo Henrique Badaró foi além, pois a distinção anteriormente feita é válida para o fato penal em abstrato:

O fato processual é um acontecer único e incidível, composto de uma série de dados que não podem ser alterados, quaisquer que sejam. Essas são as premissas corretas para se compreender o conceito da expressão “elemento ou circunstância”. Para fins processuais penais, “elemento ou circunstância” é qualquer aspecto do fato processual que apresente relevância para o julgamento. Qualquer aspecto fático que surja no curso da instrução e que o juiz entenda relevante para o julgamento do fato imputado é um “elemento ou circunstância” para fins do art. 384, *caput*, do CPP (2013, p. 166).

Outra modificação positiva foi a imprescindibilidade de aditamento independentemente da pena, pois antes só havia a previsão para caso de imposição de pena mais grave. A garantia da correlação não deve depender da pena abstrato, ela deve sempre existir, e por isso a doutrina especializada festejou a mudança (BADARÓ, 2013, p. 154).

O último ponto que merece elogios para o autor foi a supressão da admissão de imputação implícita. De acordo com a antiga redação, havia margem para se entender que eventual circunstância elementar estaria implicitamente descrita na denúncia ou queixa, o que recebia ferrenhas críticas da doutrina (MALAN, 2003, p. 198). Justamente por tudo o que foi exposto sobre a reação defensiva à imputação, esta deve ser precisa, inteligível e integral, pois o que não constar expressamente, não foi sequer imputado (BADARÓ, 2013, p. 154).

Há, no entanto, questão em que houve importante avanço, embora o legislador pudesse ter andado melhor. A substituição do termo “juiz” por “Ministério Público” foi bastante correta ao compatibilizar-se o sistema acusatório vigente. Certamente é prerrogativa do acusador efetuar ou não a *mutatio libelli*, de modo que a antiga redação cometia grave erro ao ferir a separação de funções, pois caberia ao juiz invocar o *Parquet* sobre possível nova definição jurídica do fato. A crítica que se mantém neste ponto é a previsão do §1º do mesmo artigo, que remete ao artigo 28 do CPP caso não haja o aditamento (LOPES JR. 2013, p. 1112-1113). Essa questão será melhor abordada no item 2.2.1.

Na contramão dessas melhorias, a imprecisão terminológica ainda permanece um problema no artigo. Por mais que seja questão já superada no meio jurídico, ou seja, a norma cuida da alteração de fatos narrados no processo, a expressão utilizada pelo legislador foi “possibilidade de nova definição jurídica fato”, o que pode gerar certa confusão com a *emendatio libelli*. Por mais que a alteração do objeto processual possa alterar também a

qualificação jurídica da imputação, o cerne da questão são os fatos - que podem ou não implicar em definição jurídica diferente. Brillhante é a lição de Digo Rudge Malan sobre o tema: “Ocorre que o artigo sob exame regulamenta alteração do fato naturalístico, sendo a possível mudança da classificação jurídica mera consequência da inovação fática, e não causa dela” (2003, p. 195).

Em suma, independentemente da imprecisão da letra da lei, se houve alteração fática, necessário é o aditamento da denúncia ou queixa nos termos do artigo 384; já se o problema for apenas sobre qualificação jurídica, a solução do sistema é a *emendatio libelli*, como já esclarecido.

2.2.1 Necessidade de aditamento e a aplicação do artigo 28

Após a referida alteração legislativa o poder-dever de aditar a denúncia ficou com o acusador, algo bastante acertado em razão dos princípios e garantias já esposados. Inclusive, havia incompatibilidade entre o artigo 129, I, da Constituição Federal e a redação original do artigo 384 do CPP, posto que o Ministério Público detém iniciativa exclusiva na ação penal pública (BADARÓ, 2013, p. 156).

Também não existe mais diferença se a acusação será ou não mais grave após os novos fatos. Antes só era necessário o aditamento em caso de pena em abstrato mais grave, em razão de pensamento teleológico, posto que não haveria prejuízo ao réu. Porém, hoje não mais subsiste essa regra já que a Correlação é muito mais abrangente que uma mera garantia ao acusado. Como já dito, diversos são os interesses e garantias envolvidos, o que impede que a sentença seja pautada em fatos diversos dos imputados independentemente da pena – e faz-se necessário o aditamento para todos os casos.

Mas necessário não significa obrigatório. Essa frase é muito importante quando se analisa o §1º do artigo 384. Essa norma acabou por dar o mesmo tratamento conferido ao arquivamento, ou seja, aplicação analógica do artigo 28 “não procedendo o órgão do Ministério Público ao aditamento”, e isso traz alguns problemas como se verá a seguir.

Em primeiro lugar, expressiva é a voz da doutrina que crítica o dispositivo por ser contrário ao sistema acusatório, ferindo todas as garantias e fundamentos a ele relacionados,

bem como a incompatibilidade com o artigo 129, I, da Constituição Federal, pois estaria o julgador exercendo função acusatória. Não há como o julgador suscitar essa questão sem que isto implique em pré-julgamento, e pior: pré-julgamento por fato que sequer compõe o objeto processual (OLIVEIRA; FISCHER, 2011, p. 799; LOPES JR., 2013, p. 1113; BADARÓ, 2013, p. 1570).

Outro questionamento feito na doutrina é sobre como se dará a ação do juiz neste caso. O aditamento provocado nos termos da redação original foi extinto, mas como seria possível haver divergência entre o juiz e o representante do *Parquet*? Eugênio Pacelli de Oliveira e Douglas Fischer fazem esse questionamento ao comparar com o caso de arquivamento:

Mas como isso seria possível? Deve o juiz *convidar* ou *provocar* o Ministério Público à *mutatio*? De que outro modo se faria o controle – agora, de *aditamento* e não de arquivamento? (2011, p. 799)

Nesse sentido, há entendimento de que o *caput* do artigo 384 acabou com o aditamento provocado, restando então no sistema somente o aditamento espontâneo. Não haveria, assim, oportunidade ou momento para o juiz discordar do não aditamento. A única resposta possível é que §1º não tem aplicação no processo penal atual (BADARÓ, 2013, p. 161). Até mesmo por isso essa possibilidade acaba sendo muito pouco utilizada na prática (LOPES JR., 2013, p. 1113).

Posição diferente é sustentada por Paulo Rangel, autor que não enxerga o dispositivo como letra morta e vislumbra sua utilização. Para o autor, o mandamento do §1º do artigo 384 é dirigido à situação em que o Ministério Público fundamenta um pronunciamento de não aditar a denúncia. Desta forma, seria possível o juiz exercer controle sobre os fundamentos utilizados e aplicar, caso entenda necessário, o artigo 28 do CPP. O próprio autor, em consonância com o já manifesto, entende que em caso de silêncio do Ministério Público o juiz deverá proferir sentença apenas sobre os fatos descritos na exordial, inexistindo o aditamento provocado (RANGEL, 2011, p. 319).

2.2.2 Aditamento na ação penal privada

Ponto interessante e que merece atenção é a aplicação do aditamento na ação penal privada. O texto legal fala expressamente nos termos “Ministério Público” e “ação pública”, o

que por meio de uma interpretação literal e restritiva chega-se a conclusão de que o particular querelante não poderá utilizar-se da providência do artigo 384. Até mesmo a presença do termo “queixa” no *caput* do mencionado artigo é justificada:

A iniciativa é exclusiva do Ministério Público, e a queixa a que faz menção o artigo não é a originária, mas sim a queixa subsidiária (art. 29 do CPP), aquela situação excepcional em que o ofendido, em crime de ação penal de iniciativa pública, pode propor a queixa, diante da inércia do *parquet*. Mas a ação é de iniciativa pública e não perde esse *status*, de modo que o Ministério Público pode retomar a titularidade a qualquer momento, inclusive para fazer o aditamento (LOPES JR., 2013, p. 1114).

Essa posição tem como base a disponibilidade do objeto da ação genuinamente privada, ao contrário da obrigatoriedade que rege a ação penal pública. O legislador foi mais rigoroso com o querelante, pois em regra a ação penal é pública, e até mesmo por isso são aplicadas regras diferentes, como a decadência ao direito de queixa.

Entretanto, alguns autores enxergam a possibilidade de aditamento na ação penal exclusivamente privada, como é o caso de Gustavo Henrique Badaró – embora reconheça que não faça parte da posição majoritária. Para o autor o aditamento é sim viável, desde que feito pelo próprio querelante e se ainda não tiver transcorrido o prazo decadencial para os fatos que fossem de seu conhecimento. Assim, após operar-se a decadência, não há a faculdade de aditar a queixa. Exceção pode ser feita na hipótese em que os novos fatos surjam durante e em decorrência da instrução processual, já que o prazo decadencial sobre tais fatos somente se iniciaria com a ciência do legitimado e, portanto, não haveria óbice ao aditamento (BADARÓ, 2013, p. 163).

Dando suporte ao pensamento imediatamente acima exposto, observa-se a lição de Fernando da Costa Tourinho Filho:

Não obstante a proibição legal de ser feito o aditamento na hipótese de exclusiva ação penal privada, estamos com Baliseu Garcia ao fazer esta judiciosa observação: “Não estranharemos que o trabalho pretoriano da jurisprudência acabe insinuando, no parágrafo único do art. 384 (hoje, art. 384, *caput*), por analogia, de problemática legitimidade no caso, a permissão ao querelante para, nos crimes de ação privada, agir à semelhança do que se preceitua para o acusador público.

Realmente, seria estranho que o querelante, pelo fato de, inicialmente, não haver apreendido, em toda a sua extensão, a gravidade do fato delituoso, ou, ainda, pelo fato de haver surgido, na instrução, prova pertinente a uma circunstância ou elemento de molde a agravar a pena, não pudesse fazer o aditamento. E mais estranha ainda seria a atitude do Juiz: não podendo condenar pelo crime realmente verificado (ante a ausência de aditamento) e,

muito menos, pelo capitulado na queixa (porque, na verdade, o crime foi outro), teria forçosamente de proferir um decreto absolutório). (2010b, p. 347).

Em pesem os argumentos das duas correntes, infere-se que a posição que sustenta a possibilidade de aditamento em ação penal exclusivamente privada é mais harmônica com o sistema como um todo, pois responde mais satisfatoriamente aos problemas práticos e não cria situações de completa incoerência, tais como as supra levantadas pelos autores.

Como observação final neste tópico surge a atuação do Ministério Público como *custos legis*. Nas ações exclusivamente privadas, embora a titularidade da ação seja de um particular, o órgão ministerial tem o dever de zelar pela esmerada aplicação das normas pertinentes, e isso lhe garante algumas prerrogativas. Nessa seara, o artigo 45 do CPP dispõe que a queixa poderá ser aditada pelo Ministério Público ainda quando a ação for privativa do ofendido.

Porém, diferentemente do que ocorre quando a ação é de sua titularidade, a doutrina entende que o aditamento previsto no citado artigo 45 possui algumas limitações, não sendo possível alterar ou incluir quaisquer fatos no objeto processual. Haveria como limitação, por exemplo, o acréscimo de novos fatos ou responsáveis, mas poderia o *Parquet* ajustar circunstâncias de tempo ou lugar e suprir incorreções formais (OLIVEIRA; FISCHER, 2011, p. 119; ANDRADE, 2009, p. 14). Essa posição é sustentada também no Egrégio Superior Tribunal de Justiça

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ESTUPRO. ALEGADA INÉPCIA DA QUEIXA. PROLAÇÃO DE SENTENÇA. PRECLUSÃO. PROCURAÇÃO. AUSÊNCIA DE PODERES ESPECÍFICOS. QUEIXA ASSINADA PELA VÍTIMA. DESNECESSIDADE. AÇÃO PENAL PRIVADA. ADITAMENTO. MINISTÉRIO PÚBLICO. POSSIBILIDADE. I - Resta preclusa a alegação de inépcia da queixa, se a quaestio não foi suscitada antes da prolação da sentença (Precedentes do STF e STJ).

II - Se a queixa vem subscrita pelas vítimas, além do respectivo advogado, fica suprida a necessidade de outorga de poderes específicos na procuração (Precedentes).

III - **Nos termos do artigo 45 do CPP, a queixa poderá ser aditada pelo Ministério Público, ainda que se trate de ação penal privativa do ofendido, desde que não proceda à inclusão de co-autor ou partícipe, tampouco inove quanto aos fatos descritos**, hipóteses, por sua vez, incorrentes na espécie. Ordem denegada (grifo nosso)

(STJ - HC: 85039 SP 2007/0137560-0, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 05/03/2009, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/03/2009)

Essa postura é de fato adequada e capaz de compatibilizar o artigo 45 do CPP, a atuação do Ministério Público como *custos legis* e a titularidade do ofendido para a ação privada, na qual, como já dito, impera a disponibilidade.

2.2.3 Procedimento

Sobre o procedimento após o aditamento da denúncia ou queixa, as mudanças trazidas pela Lei nº 11.712/08 representaram grande avanço em relação ao disposto anteriormente, com maior respeito ao contraditório, a ampla defesa e outros valores constitucionais.

Os parágrafos do artigo 384 cuidam bem do tema, mas algumas ponderações merecem destaque. Ambas as partes no processo deverão ter oportunidade de manifestar e de influir na decisão do julgador a respeito da *mutatio libelli*, e isso inclui ampla produção de provas e tempo hábil. A redação do artigo é clara e objetiva ao afirmar que as partes terão prazo de 5 dias para apresentar argumentos, mas esse prazo pode não ser suficiente em razão da complexidade e amplitude do caso concreto.

Ante essa situação, mais sensato e correto que o juiz conceda prazo maior que o previsto em lei para que seja viável exercer-se plenamente o direito de defesa. A redação original do artigo já gerava críticas quanto ao prazo para a defesa (MALAN, 2003, p. 229), e apesar da evolução legislativa é necessária a relativização aqui proposta, pois defesa sem tempo é, ao menos, defesa ineficaz. Tudo isso se justifica ainda mais porque nessa oportunidade a defesa não irá meramente opinar sobre o aditamento em si, mas sim manifestar-se, dentro do que for cabível, como o faria em resposta à acusação – artigo 396-A do CPP. E o mesmo deve ser aplicado à acusação, por razões semelhantes e em homenagem ao contraditório e a paridade processual (BADARÓ, 2013, p. 172).

E por mais que o §4º fale apenas em testemunhas, é certo que outras provas também poderão ser requeridas em razão da alteração do objeto processual. Não há qualquer razão para limitar a atividade probatória, devendo ser permitido qualquer meio idôneo e pertinente, até mesmo testemunha já anteriormente ouvida, posto que novos esclarecimentos poderão ser feitos a partir de novos fatos.

Guilherme de Souza Nucci tem posição mais severa nesse ponto. Para o autor, as testemunhas devem ser inéditas, evitando-se a repetição de prova já produzida, o que seria desnecessário e impertinente. Na hipótese, seria melhor privilegiar a economia processual, salvo caráter excepcional, em que pessoa já inquirida poderia ser arrolada novamente, mas de modo justificado para que forneça visão diferente sobre o caso (2009, p.695). Mas pensa-se que os valores em jogo são demasiadamente importantes para que se imponha tamanha restrição. Excepcional deve ser a recusa de testemunha já inquirida, em caso que se demonstre ser protelatória e desnecessária, mas não inverter o pensamento para desde logo proibi-la.

Ponto importante é que caso seja deferido o aditamento é essencial novo interrogatório do réu. Como o interrogatório é o último ponto da instrução, em havendo aditamento após o primeiro interrogatório do réu, um novo interrogatório se impõe, já que supervenientes atos instrutórios serão realizados e o réu tem a garantia de pronunciar-se apenas ao fim real da instrução (BADARÓ, 2013, p. 174).

Cabe, alfim, tratar do momento em que seria possível usar da providência do artigo 384 do CPP. Partindo da localização do artigo no Código, ou seja, no Título referente à sentença, razoável seria o entendimento que restringiria a *mutatio libelli* ao momento posterior à instrução e anterior à sentença. Mas não é esse o caso.

Diante da lógica do instituto parece que o legislador não andou bem quanto à posição do artigo. Também equivocada a expressão “encerrada a instrução” presente no dispositivo. A necessidade de adequar o objeto da acusação pode surgir durante todo o processo em primeira instância, e tão logo ela surja, deve-se operar a mudança na imputação em respeito à eficiência, celeridade e economia dos atos processuais.

O próprio CPP caminha nesse sentido no artigo 569. Em sua redação está estatuído que as omissões da denúncia, queixa ou representação, poderão ser supridas a qualquer momento, desde que antes da sentença final.

Também para o Superior Tribunal de Justiça não há óbice para que o aditamento seja feito a todo tempo antes da sentença, o que põe termos finais a questão:

CRIMINAL. RHC. HOMICÍDIO. ADITAMENTO DA DENÚNCIA. INVERSÃO DA ORDEM DAS FASES PROCESSUAIS. INOCORRÊNCIA. ADITAMENTO CABÍVEL A QUALQUER TEMPO ATÉ A PROLAÇÃO DA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À

DEFESA. COMPETÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA ADITAR A EXORDIAL. RECURSO DESPROVIDO.

I. Não há que se falar em inversão da ordem das fases processuais, quando se verifica que o Parquet, constatando irregularidade na denúncia, ofereceu o devido aditamento, o qual foi recebido pelo Juízo, tendo sido aberto prazo para manifestação da defesa, nos termos do art. 384 do Código de Processo Penal e, após, reaberto o prazo para as alegações finais.

II. O aditamento da denúncia é cabível a qualquer tempo, desde que antes da prolação da sentença, consoante o disposto no art. 569 do Código de Processo Penal.

III. Em se tratando de nulidade no Processo Penal, tem-se como princípio básico o disposto no art. 563 do CPP, ou seja, só se declara nulidade quando evidente, de modo objetivo, efetivo prejuízo para o acusado, o que não restou evidenciado in casu.

IV. A competência constitucional para oferecer a denúncia ou para aditá-la é privativa do Ministério Público, não sendo necessário para tanto, que haja iniciativa do Magistrado ou qualquer manifestação de sua parte V. Recurso desprovido.

(STJ - RHC: 16647 RS 2004/0135537-4, Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Julgamento: 18/11/2004, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 13.12.2004 p. 380REVFOR vol. 379 p. 373RT vol. 835 p. 512)

2.2.4 Denúncia alternativa superveniente

Feito e aceito o aditamento, o objeto da relação processual sofreu alteração, não existindo mais a imputação anterior no processo, já que a nova acusação substitui a anterior. A conclusão dessa exposição é que não existe denúncia alternativa superveniente.

Desde o momento que o aditamento foi recebido, a imputação por ele veiculada é a única que pode existir processualmente. Como única solução para condenação nos moldes primordiais deverá o Ministério Público realizar novo aditamento para retornar à imputação originária. Nesse sentido: “Em resumo, modificada a acusação, na *mutatio*, o juiz deve se limitar a ela (modificação), não se lhe permitido quaisquer acréscimos não contidos no aditamento” (OLIVEIRA; FISCHER, 2011, p. 804)

Importante ressaltar que seriam acréscimo ao aditamento os fatos inicialmente constantes da exordial, mas que foram substituídos no aditamento. A redação do § 4º do artigo 384 é definitiva ao afirmar que o juiz ficará adstrito aos termos do aditamento na sentença.

Por outro lado, existe posição em acepção contrária. Os argumentos principais seriam que o Ministério Público não pode simplesmente desistir do pedido inicialmente feito e que o

livre convencimento do magistrado não poderia ser tolhido de tal forma. Observa-se os dizeres de Danielle Souza de Andrade.

Em nosso entender, a *mutatio libelli* implicaria o surgimento de uma imputação alternativa contra o acusado, porque já houve uma imputação primeira, da qual se defendeu, e agora terá de defender-se de outra, malgrado aquela correlata (2009, p. 16-17).

Mas esse entendimento não deve prosperar. Ora, o Ministério Público não está dispondo da ação, mas muito pelo contrário: está exercendo seu ônus público de zelar pela higidez procedimental e cumprindo seu papel como acusador. O exercício ao direito de defesa restaria seriamente prejudicado e o risco de tumulto processual não pode ser assim admitido. Por fim, no balanço entre diferentes valores e princípios, o livre convencimento pode ser sim mitigado, também devendo ser respeitado o sistema acusatório e garantias vigentes.

2.2.5 Legitimidade, mudanças de competência, transação penal e suspensão condicional do processo

Com o intuito de evitar repetições desnecessárias, faz-se remissão ao item 2.1.3 que tratou desse assunto em relação à *emendatio libelli*. Esse tópico cuidará das particularidades do instituto ainda não abordadas e serão feitas observações suplementares.

Começando com o problema da natureza da ação penal e legitimidade, a decadência foi tratada de modo bastante severo na hipótese do artigo 383 do CPP, já que o decurso do prazo importava sempre na extinção da punibilidade do agente. Agora, no entanto, é possível maior flexibilidade por meio de uma exceção: pode ser que as circunstâncias fáticas trazidas ao processo por nova prova eram desconhecidas pela vítima.

Ora, o prazo de 6 meses continua sendo válido tal qual no item anterior, o que muda, porém, é o termo inicial de contagem, que será a ciência efetiva desses novos fatos (BADARÓ, 2013, p. 179). Dessa forma, é como se os fatos criminosos e seu autor não fossem conhecidos pela vítima, o que obsta a contagem do prazo decadencial, sendo possível oferecer queixa ou representação nesse ínterim.

Na mudança da ação penal privada para a pública condicionado foi dito que a queixa seria apta como representação, pois não é exigida nenhuma formalidade neste ato. Isso é

bastante importante já que não haveria qualquer problema relacionado à decadência, pois entende-se que a representação foi feita no prazo legal por meio da queixa. Esse pensamento não é válido para a *mutatio libelli*.

Embora não seja exigida formalidade na representação, e a queixa anteriormente oferecida represente a intenção do ofendido em ver o suposto autor processado, os fatos presentes na queixa não condizem totalmente com a realidade. A representação só pode ser tida como eficaz se contemplar todo o fato criminoso, em razão da indivisibilidade. Uma vez não preenchido tal requisito, o juiz declarará extinta a punibilidade do agente em razão da decadência do direito de representação – se já transcorrido o prazo. Ressalva-se apenas os casos em que a vítima só tomou conhecimento do fato durante a instrução, em razão da exceção exposta logo acima (BADARÓ, 2013, p. 180).

O §3º do artigo 384 foi bastante claro ao permitir a aplicação dos §§ 1º e 2º do artigo 383. Assim, de plano, totalmente válidas as considerações já feitas anteriormente, certa a aplicação da suspensão condicional do processo e necessária verificação da competência após incidência do artigo 384 *caput* do CPP.

Acerca da alteração de competência absoluta não há nenhum acréscimo a ser feito e os autos devem ser remetidos ao juízo competente. Sobre incompetência relativa há uma observação cabível. O princípio da identidade física do juiz seria uma barreira que impediria a remessa dos autos em função de incompetência relativa, quando já finalizada toda a instrução, com fundamento no artigo 399, §2º, do CPP.

Mas na *mutatio libelli* sempre haverá atos instrutórios posteriores, mesmo que somente o interrogatório do réu. Assim, como a instrução não estará finda, e em razão da alteração no objeto processual, devem ser privilegiadas as regras de competência, com a respectiva remessa dos autos.

A suspensão condicional e transação penal são plenamente aplicáveis sob os mesmos argumentos no item 2.1.3 supra. Não constitui obstáculo suficiente o simples fato do processo já ter se iniciado, uma vez que permanece vantajoso. Sobre o caráter benéfico dos mecanismos:

(...) o importante é ressaltar que, seja caracterizando-os como direito público subjetivo do réu, com a possibilidade de o juiz conferir-lhes tais benefícios quando o Ministério Público não o fizer, seja como verdadeiro espaço de

consenso entre acusador e o autor do fato, a verdade é que, indubitavelmente, são mais benéficos que a condenação penal. (BADARÓ, 2013, p. 188)

Além do mais, a vantagem não é apenas para o réu. Mover todo o aparato estatal quando a condenação final será convertida em pena restritiva de direitos ou aplicada a suspensão condicional da pena é muito ineficiente já que isso pode ser feito desde o começo.

E com muito maior razão as disposições dos §§ 1º e 2º do artigo 383 do CPP são aplicáveis a *mutatio libelli*. A alteração processual é quantitativamente e substancialmente maior do que ocorre na correção da definição jurídica, bem como deriva de novos fatos descobertos na instrução do processo, o que afasta totalmente eventual desídia, omissão ou recusa na propositura ou aceitação das benesses em um primeiro momento (OLIVEIRA; FISCHER, 2011, p. 803).

2.2.6 Aplicação em segunda instância

Diferentemente do que ocorre com a *emandatio libelli*, aqui é vedada a alteração em segundo grau. Além da *mutatio libelli* estar excluída do artigo 617 do CPP², o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 453 sobre o assunto:

Não se aplicam à segunda instância o art. 384 e parágrafo único do código de processo penal, que possibilitam dar nova definição jurídica ao fato delituoso, em virtude de circunstância elementar não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou queixa.

Percebe-se que essa súmula é anterior ao advento da lei 11.719/2008, mas isto não obsta sua aplicação, pois sua finalidade permanece a mesma: evitar supressão de instância (LORES JR., 2013, p. 1116). A essência da proibição é a garantia do devido processo legal, da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição, bem como evitar que se exorbite parâmetros do efeito devolutivo.

Uma situação curiosa, no entanto, pode ocorrer em razão dessa vedação. Imagine-se que não seja aplicada a *mutatio libelli* na primeira instância, e a sentença julga o réu por fato diverso do presente na exordial acusatória, em clara ofensa ao princípio da correlação. Dois cenários são, então, possíveis: existência ou não de recurso da acusação. Na primeira hipótese

² Art. 617. O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença.

não há grandes dificuldades, pois o Tribunal poderá conhecer a nulidade e determinar remessa dos autos ao magistrado prolator da sentença para que profira novo julgamento dentro dos limites fixados.

A segunda hipótese é bem mais problemática. Com recurso exclusivo da defesa, em que não se pede a anulação da sentença – e tão somente sua reforma – não poderá o Tribunal determinar a aplicação do instituto da *mutatio libelli*, como já esclarecido. A solução que de plano parece mais acertada seria a mesma do caso anterior, ou seja, anular a sentença *a quo* com retorno dos autos à primeira instância. Mas a prática esbarra em outra Súmula do STF, a de n. 160, que diz ser nula a decisão do tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não arguida no recurso da acusação, ressalvadas hipóteses de recurso de ofício. O único caminho restante seria absolver o réu, ainda que o entendesse justa a condenação?

Esse resultado não parece satisfatório e parte da doutrina assume outra posição. O prejuízo no caso seria apenas indireto, pois a sentença condenatória seria, afinal, anulada, e somente ocorre em razão da impossibilidade concomitante de aplicação do artigo 384, de condenação pelo fato originalmente imputado e de condenação pelo novo fato provado durante a instrução. Gustavo Henrique Badaró vai ainda além: o prejuízo seria pressuposto para aplicação da Súmula, mas acaba sendo consequência de sua aplicação (2013, p. 185).

Nesse mesmo sentido tem-se:

Não parece razoável, todavia, entendimento já adotado em alguns julgados segundo o qual seria possível aplicar a Súmula também ao caso de réu condenado, que vem a ser absolvido tão somente pela impossibilidade de reconhecimento de nulidade não arguida em recurso da própria (...). É que nessa situação não se trata de recurso da acusação, como referido na Súmula, e, além do mais, a nulidade não é reconhecida *contra o réu*, mas sim a favor deste. Nem vale argumentar que o reconhecimento do vício, em recurso da defesa, poderia reverter em prejuízo do réu, pois o art. 617 do CPP veda expressamente que o tribunal venha a agravar a pena quando somente o réu tiver recorrido. E, mesmo no caso de anulação da sentença, a jurisprudência dominante também não admite que a nova sentença a ser proferida venha a piorar a situação do réu que recorreu (GRINOVER; GOMES FILHO; SCARANCE FERNANDES, 2011, p. 36).

Tais apontamentos são válidos e mais coerentes com os valores expressos no ordenamento em geral, além de ser uma solução mais adequada ao problema, principalmente pensando na finalidade das normas aplicadas.

2.2.7 Limite ao aditamento

A prerrogativa até aqui exposta não pode ser exercida de modo temerário e sem balizas. Um dos limites mais importantes que podem ser destacados é a relação com a imputação inicial, pois não é qualquer “fato novo” que poderá ser incluído no processo via aditamento.

A previsão contida no artigo 384 do CPP não pode ser utilizada para incluir novas e diferentes acusações em um mesmo processo. Importante ressaltar que a nova imputação substituirá a anterior, e por essa razão trata-se de novas descobertas sobre o mesmo acontecimento/fato original, ainda que a tipificação legal venha a ser alterada (BADARÓ, 2013, p. 182).

Logo, não se aplicará o aditamento para incluir novo crime autônomo, e se o réu houver praticado outros fatos delituosos, processo distinto deverá ser iniciado – presentes os requisitos necessários. Veja-se a lição de Paulo Rangel sobre o ponto:

Devemos lembrar que o aditamento à peça exordial está ligado intimamente ao instituto da conexão e continência, pois, se o *fato novo* não tiver relação de conexidade com o narrado na denúncia, não será caso de aditamento e, sim, de aplicação, pelo juiz, do disposto no art. 40 do CPP. Quer dizer: deve ser instaurado, pelo MP, novo processo perante outro órgão jurisdicional, se for o caso (2011, p. 326).

Embora o autor relacione outros institutos (conexão e continência), o que pode gerar alguma confusão, certo é que é vedada a ampla modificação do núcleo da conduta da conduta imputada, sendo esse um importante limite à *mutatio libelli* (OLIVEIRA; FISCHER, 2011, p. 341; ANDRADE, 2009, p. 14).

2.3 Consequências da violação a regra da correlação

Não poderia faltar neste trabalho ponderações acerca das consequências da violação da Congruência. Constatada a violação na sentença, qual natureza e extensão do vício? Gustavo Henrique Badaró elenca as duas principais possibilidades:

A doutrina divide-se, porém, ao caracterizar essa irregularidade processual. A despeito das críticas quanto à possibilidade do emprego da categoria de

inexistência do ato processual, alguns classifica, tal sentença como inexistente. Outros, porém, recorrem à categoria de nulidade (2013, p. 126).

Não é sequer crível sustentar que tamanha violação seria mera irregularidade, por isso restam as opções expostas. Dentre elas, expressiva na doutrina a posição de que sustenta a nulidade absoluta para desrespeito à regra da correlação (BADARÓ, 2013, p. 191; LOPES JR., 2013, p. 1121; NUCCI, 2009, p. 690).

Realmente correto qualificar como nulidade absoluta o caso em apreço. A sentença existe, apesar de viciada, pois emanou de juiz investido na função e não há nada que justifique dizer a relação processual foi inexistente (BADARÓ, 2013, p. 127). Em outras palavras, não falta elemento essencial a sua constituição, logo existe no mundo jurídico, embora padeça de nulidade absoluta.

Essa distinção traz desdobramentos relevantes, não sendo mero capricho da doutrina, conforme infere-se da exposição de Gustavo Henrique Badaró:

A questão apresenta relevância prática, tendo em vista que os atos processuais, ainda que absolutamente nulos, produzem efeitos até que uma decisão judicial venha reconhecer tal nulidade, retirando a eficácia do ato. Já os atos inexistentes são desprovidos de eficácia jurídica, sendo desnecessária a declaração judicial da inexistência do ato (2013, p. 126-127).

Contudo isso não encerra a questão. A nulidade pode ser total ou parcial, a depender do que foi ou não abordado na sentença. Assim, a incongruência pode decorrer de julgamento *extra petita*, que ocorre quando o juiz decide algo diferente da imputação. É o caso mais clássico, aquele em que provimento jurisdicional não coincide com os fatos, fundamentos e pedidos (LOPES JR., 2013, p. 1120) - o que implica em atuação de ofício por parte do sentenciante.

Já a sentença *ultra petita* difere da situação anterior pois apenas parte da decisão ultrapassou a imputação feita no processo, ou seja, parte da sentença julgou o objeto da acusação, o que torna desnecessária a nulidade total, bastando que a nulidade atinja a parcela decisória excedente (BADARÓ, 2013, p. 192).

Mas em qualquer dos casos acima haverá ação penal *ex officio* com natural violação do artigo 129, I, da Carta Magna. E mesmo que somente parcial, haverá nulidade nos termos do artigo 564, III, *a*, do CPP, posto que estaremos diante de verdadeira condenação sem denúncia.

Seguindo em frente, poderá também haver incongruência por sentença *citra* ou *infra petita*, definida como aquela em que a apreciação judicial é aquém da esperada. A sentença fere a Congruência por não apreciar toda a imputação feita pelo órgão acusador. O livre convencimento permite que o juiz condene ou absolva o réu por todos ou apenas por parte dos fatos alegados, mas isso não significa que ele poderá deixar de julgar quaisquer das imputações (LOPES JR., 2013, p. 2013)

O artigo 564, III, *m*, do CPP estatui que há nulidade por falta de sentença. É justamente essa a hipótese aqui tratada, ao menos em relação a parte que deixou de ser decidida, pois não há verdadeira sentença sobre tais fatos – não confundir, entretanto, com inexistência de sentença exposta acima.

Destacadas as possibilidades em que há defeito na decisão, percebe-se que nem em todas a nulidade, embora absoluta e não passível de convalidação, será total. Isso fica bastante claro na sentença *ultra petita*, em que a imputação foi totalmente julgada e, portanto, pode ser salva, anulando-se somente o que ultrapassar os limites impostos pela correlação.

Um pouco mais complicado será o pensamento na sentença *citra petita*. É admissível nestes casos a nulidade parcial? A resposta varia de acordo com o caso concreto. Em havendo várias imputações e consequentes capítulos na sentença, a nulidade parcial é mais acertada. Do contrário, não sendo dissociável a acusação, quando o julgamento não contemplar toda a denúncia, será de rigor a nulidade total do mesmo.

Ou seja, se for possível separar a sentença sem qualquer prejuízo e a parcela remanescente for congruente, não há razão para decretação de nulidade total. A autonomia dos capítulos da sentença assim o permite, e isso se aplica sempre, não só nas sentenças *citra petitas* (BADARÓ, 2013, p. 130).

3 FIXAÇÃO DOS LIMITES DO OBJETO PROCESSUAL: CASOS ESPECIAIS

3.1 Condenação após pedido de absolvição do Ministério Público

De rigor analisar outros aspectos envolvendo limites cognitivos. O artigo 385 do CPP contém dois comandos distintos e que serão analisados. Observa-se o texto legal:

Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.

Essa primeira parte do dispositivo encontra bom respaldo na doutrina, pois caso o julgador fosse obrigado a absolver o réu quando o Ministério Público assim pleiteasse, o direito de punir a ele pertenceria. A ação penal pública é regida pela indisponibilidade, e embora por força da independência funcional o membro do *Parquet* possa sustentar a absolvição do réu, o juiz poderá proferir decreto condenatório. (TOURINHO, 2010a, p. 965)

Compartilha desse entendimento Frederico Marques Neto: “De registrar, também, que em nada influi, na conclusão da sentença, o pedido de absolvição por parte do Ministério Público (art. 385 do Código de Processo Penal)” (2009, p. 27).

Realmente, o juiz não se vincula ao parecer do denunciante, mas sim às provas dos autos e a seu próprio convencimento. Mais uma vez o sistema acusatório pode ser arguido para defender a tese, pois dessa vez a concentração de poderes estaria na mão do acusador, o que também é coibido (ANDRADE, 2009, p. 17).

A jurisprudência caminha no exato mesmo sentido, como demonstra o exemplo a seguir:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. CONCUSSÃO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. INÉPCIA DA DENUNCIA. INOCORRÊNCIA. CONTINUIDADE DELITIVA. COMPROVAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO CONDIZENTE COM O CASO CONCRETO. AGRAVANTE DO ART. 61, II, G, DO CP. AFASTAMENTO NA HIPÓTESE DO CRIME DE CONCUSSÃO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA.

(...)

2. O Juiz não está vinculado ao pedido de absolvição formulado pelo Parquet, no caso vertente pelo parecer do Procurador de Justiça, se as provas apontarem em sentido diverso. Precedentes.

(...)

(STJ , Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 11/12/2009, T6 - SEXTA TURMA)

3.2 Reconhecimento de agravantes de ofício

O mesmo artigo 385 em debate no item anterior é novamente colocado em foco. A redação do dispositivo permite ao juiz reconhecer circunstâncias agravantes mesmo que estas não tenham sido alegadas.

As críticas começam em razão do artigo 41 do CPP exigir que na inicial acusatória constem todas as circunstâncias na exposição do fato criminoso. Ao dizer todas as circunstâncias, quis o legislador incluir também as agravantes genéricas, sendo função da acusação ater-se também a essas questões (MALAN, 2003, p. 231).

As agravantes, em verdade, fazem parte da imputação e como tal não podem ser incluídas de ofício pelo julgador. A imputação de fatos novos deve obedecer tudo o que foi anteriormente discutido, de modo que seria vedado ao juiz proceder nos termos do artigo 385. Parece que essa disposição é contrária a própria sistemática dos artigos anteriores, tendo sido esquecida na reforma operada pela Lei nº 11.719/08. Como bem assevera Danielle Souza de Andrade,

O art. 385 do CPP, localizado imediatamente após os preceptivos que tratam da *emendatio* e da *mutatio libelli*, está igualmente ligado ao princípio da correlação entre acusação e sentença, porém sendo um exemplo de leitura às avessas de tal princípio (2009, p. 17).

Em que pesem os argumentos apresentados, a doutrina não é unânime nessa percepção. Em sentido contrário, Guilherme de Souza Nucci assim se manifesta:

Preferimos manter o nosso entendimento de que o magistrado não está atrelado ao pedido de reconhecimento das agravantes, feito pela acusação, para poder aplicar uma ou mais das existentes no rol do art. 61 do Código Penal (além de outras que, porventura, surjam em leis especiais). Se o juiz pode o mais, que é aplicar as circunstâncias judiciais, que é aplicar as circunstâncias judiciais, em que existe um poder criativo de larga extensão

(...), é natural que possa o menos, isto é, aplicar expressas causas agravantes, bem descritas na lei penal (2009, p. 696).

Tourinho segue a mesma linha de Nucci, pois afinal qual seria o impedimento do juiz reconhecer que a vítima tem mais de 60 anos? Ou que a vítima é esposa do réu? Ademais, normalmente o acusador atem-se ao fato em si e com as circunstâncias agravantes preocupa-se o julgador, na dosagem da pena. (2010a, p. 965). Pelo seguinte julgado é essa também a orientação do Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ANULAÇÃO DA SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO NA PARTE DA FIXAÇÃO DA PENA. MANUTENÇÃO DA EXECUÇÃO PENAL. AGRAVANTE DO ART. 62, I DO CP. DEMONSTRAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DA PACIENTE NA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA.

1. Anulação do cálculo da pena e anulação da sentença são coisas distintas. A sentença transitada em julgado quando anulada apenas na parte da fixação da pena, para recálculo, mantém-se apta à execução.

2. **As agravantes, ao contrário das qualificadoras, sequer precisam constar da denúncia para serem reconhecidas pelo Juiz.** É suficiente, para que incidam no cálculo da pena, a existência nos autos de elementos que as identifiquem. No caso sob exame, consta na sentença que a paciente organizou a cooperação no crime, dirigindo a atividade criminosa. Ordem denegada. (grifo nosso)

(STF - HC: 93211 DF, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 12/02/2008, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-074 DIVULG 24-04-2008 PUBLIC 25-04-2008 EMENT VOL-02316-06 PP-01294 LEXSTF v. 30, n. 356, 2008, p. 449-454)

Mas preferível é a posição majoritária na doutrina, pois a explicação dada para autorizar a aplicação do artigo 385 não convence. Remete a parte final do artigo 385 ao modelo inquisitivo, em que o julgador concentra as funções e pode livremente exercer o papel d acusação. E mais, os tipos penais também são bem descritos e nem por isso pode o magistrado simplesmente incluir imputações e julgar diversamente do que foi debatido no processo.

Continuando, embora algumas circunstâncias sejam bem objetivas, outras não são (um bom exemplo é o motivo torpe ou fútil, previsto no artigo 61, II, “a”, do CP). Não se pode defender uma regra em que hajam exceções dessa monta. Uma escolha mais sensata seria vedar a inclusão agravantes *ex officio*, permitindo-se a prática em situações excepcionais, caso assim se entenda necessário.

Não fosse o bastante, o contraditório deve ser sempre priorizado, o que não acontece na norma guerreada. O mínimo que se espera é que a circunstância, ainda que não expressamente apontada na denúncia ou queixa, seja alvo de debates, sob pena de violar o contraditório e a ampla defesa. (OLIVEIRA; FISCHER, 2011, p. 808)

Apenas para finalizar e demonstrar a necessidade de mudança no dispositivo, não há qualquer menção sobre as atenuantes. Não é coerente que possa o juiz reconhecer tão somente agravantes, pois a simetria e paridade processual impõe que a mesma regra seja válida para ambas as partes. Posto isto, caso se entenda que praticável a permissão da segunda parte do artigo 385 do CPP, deve ser compreendida na norma também a permissão para reconhecimento de atenuantes ainda que não alegadas.

3.3 Considerações especiais sobre o procedimento do júri

O princípio da correlação é aplicável a todo o processo penal genericamente considerado. Não obstante, o procedimento do júri, por ser bifásico, guarda algumas peculiaridades que são merecedoras de destaque.

Como procedimento é cindido, a primeira fase constitui-se no chamado *judicium accusationis*, e nesta não se requer a condenação do indiciado, mas sim a sua pronúncia. Mas isso não significa que as ponderações já feitas não sejam válidas. A exposição dos fatos deve ser completa e vinculará a decisão do juiz, mesmo que não seja nesse momento uma sentença condenatória.

Nesta fase poderá o juiz decidir pela pronúncia, impronúncia, desclassificação ou absolvição sumária. Importa notar que em qualquer delas a correlação deve estar presente, sob pena de nulidade absoluta.

Após a reforma operada pela Lei nº 11.689/08, as normas presentes nos artigos 383 e 384 do CPP passaram a constar, respectivamente, nos artigos 418 e 411, §3º, do mesmo diploma, no capítulo específico relativo à competência do júri. A matéria antes era envolta de polêmica, mas agora o 411, §3º, faz remissão expressa ao artigo 384 do CPP, o que pacificou a questão (OLIVEIRA; FISCHER, 2011, p. 903).

Já o artigo 418 do CPP não traz remissão direta a nenhum outro, mas de maneira simétrica positivou o teor da norma contida no artigo 383 do mesmo diploma. E por essa razão, embora não expresse, possível aplicar analogicamente os §§ do mencionado dispositivo, naquilo que for compatível (OLIVEIRA; FISCHER, 2011, p. 903). Isso inclui eventual benesse legal ou alteração de competência.

Mas não é só. Depois da eventual pronúncia, o acusado será submetido a uma segunda fase, o *judicium causae*. Neste momento ocorrerá o julgamento pelo Plenário do Júri, que também observará os limites da imputação por meio da pronúncia. Ocorre que a acusação formulada nesta fase ficará adstrita aos termos da pronúncia, formando-se novos limites para o objeto processual (BADARÓ, 2013, p. 197).

Desse modo, a grande peculiaridade desse procedimento é que a correlação atinge as duas fases, sendo que em dois momentos distintos ocorre a delimitação dos fatos que compõe a imputação: a denúncia e a pronúncia.

Isto impõe fixação progressiva dos limites para a acusação – apesar das providências da *mutatio e emendatio libelli*. Em linhas gerais, a denúncia expõe o fato criminoso, o qual será apreciado pelo juiz dentro da imputação feita. Em sequência, caso haja pronúncia, ocorre a estabilização do objeto, que implicará em novo limite à acusação.

Tudo isso é justificado pelo fato de não terem os jurados formação jurídica. Não houvesse essa regra, o controle da aplicação do Princípio da Correlação ficaria muito prejudicado, e a acusação poderia ter uma liberdade muito grande ao manejar os fatos no processo. Assim, cabe o juiz zelar pela manutenção da Congruência também no procedimento do Júri.

Porquanto na primeira fase do procedimento a aplicação do artigo 384 do CPP decorre do próprio texto legal, o mesmo não ocorre após a pronúncia. Mas havendo circunstâncias supervenientes que alterem o fato como descritos na decisão de pronúncia, que será a base dos quesitos feitos aos jurados, alguma medida terá de ser tomada. Gustavo Henrique Badaró sustenta que o mesmo artigo 384 do CPP poderá ser usado para preencher a lacuna, com os mesmos cuidados ao contraditório e a ampla defesa já exarados. (2013, p. 198)

Ainda segundo o autor, ocorre que a pronúncia, embora não faça coisa julgada, carrega certa estabilidade. Há impossibilidade para o juiz reexaminar o que já foi decidido enquanto o

substrato fático permanece o mesmo, e por isso requer-se motivo veemente para superar a preclusão *pro judicato* da hipótese, como o desdobramento do nexu causal ou circunstâncias supervenientes que mudem a classificação do crime, modificando o fato (BADARÓ, 2013, p. 200).

4 CONCLUSÃO

O Princípio da Correlação no ordenamento jurídico brasileiro é matéria complexa e compreendê-lo é tarefa árdua, porém essencial àqueles que se dedicam ao estudo aprofundado do processo penal ou que atuam na área. Ao decorrer do trabalho muitas perguntas foram aparecendo, mas as respostas foram dadas.

O polêmico tema do reconhecimento das agravantes de ofício pelo magistrado é um bom exemplo disso. Ele não foi inicialmente concebido como integrante na pesquisa, mas sua pertinência justificou sua inclusão, ainda mais diante da forte divergência doutrinária. Mas dentro linha seguida durante toda a pesquisa, perfeitamente inserida posição crítica assumida perante o artigo 385 do CPP neste ponto.

Muito gratificante, e dessa vez já esperado, foi sistematizar as diferentes consequências que a *emendatio* e a *mutatio libelli* podem ter sobre uma ação penal. Como esclarecido nos itens 2.1.3 e 2.2.5, alterar o objeto processual pode trazer consequências diversas, e não pode o pesquisador ignorar tais fatos. Assim, teorizar cada possível desdobramento tornou-se atividade integrante do estudo da Correlação.

Nesse sentido, interessante notar também como algumas respostas dadas pela doutrina criam graves problemas. Ou seja, é necessário pensar nas consequências ao adotar um ou outra posição e isso nem sempre parece ser feito, como ficou transparente. A não aceitação da *mutatio libelli* na ação penal exclusivamente privada é um dos casos em que se criam respostas insatisfatórias ao problema (TOURINHO, 2010b, p. 347).

Os tribunais, por vezes, tomam decisões que estão em desacordo com a doutrina mais moderna e padecem do mesmo problema. Emblemático é o tema da oportunidade das partes de se manifestar na *emendatio libelli*, em que há decisão opinando pela desnecessidade de tal colocação, mesmo sob grave lesão ao contraditório. Por tudo isso, o correto estudo do Princípio da Correlação poderia ser de enorme proveito também aos aplicadores do direito.

A Congruência traz grandes contribuições práticas, não ficando restrita ao campo teórico abstrato. A pesquisa indicou que por vezes o caminho do meio será a melhor solução concreta. A viabilidade da *emendatio libelli* quando do recebimento da denúncia demonstra

muito bem o ponto, pois ambas correntes opostas possuem fortes argumentos, e ao buscar uma boa resposta prática, a saída foi balancear as posições.

Prova da pertinência e acerto dos debates aqui tratados consiste no Projeto de Código de Processo Penal, atualmente em tramite no legislativo. O conteúdo das normas permaneceu em grande parte, mas alterações importantes são percebidas, como a supressão da regra que aplica o artigo 28 do CPP na ausência da *mutatio libelli* e a proibição do reconhecimento de agravantes de ofício pelo prolator da decisão.

Nessa senda, os objetivos propostos para a pesquisa foram atingidos. Por mais que não se tenha, em um momento inicial, compreensão de todo o objeto de estudo, o desenvolvimento seguiu a proposta inicial e apresentou resultados satisfatórios, com ampla compreensão do tema e posição objetiva e crítica.

Em conclusão, apesar do Princípio da Correlação assumir um viés mais garantista na visão daqueles que o estudam mais afundo, demonstrou-se a sua importância para o ordenamento em geral, para a defesa, para a acusação e para a própria administração da justiça, o que o coloca como central na Teoria do Processo Penal.

REFERÊNCIAS

- AFONSO DA SILVA, Virgílio. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, v. 1, p. 607-630, 2003. Disponível em: <http://www.teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2003-RLAEC01-Principios_e_regras.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2015.
- ANDRADE, Danielle de Souza. A *Emendatio Libelli* e a *Mutatio Libelli* na Reforma do Código de Processo Penal. **Revista CEJ**, Brasília, a. XIII, n. 44, p. 11-19, jan./mar., 2009. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1123/1222>>. Acesso em: 02 abr. 2014.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação entre Acusação e Sentença**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CARNELUTTI, Francesco. **Cuestiones sobre el Proceso Penal**. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: El Foro, 1994.
- DELMAS-MARTY, Meirelle (Org.). **Procesos Penales de Europa**. Tradução de Páblo Morenilla Allard. Zaragoza: Edijus, 2000.
- FERNANDES, Antonio Scarance. **A reação defensiva à imputação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães Gomes Filho. **A Motivação das Decisões Penais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MAGALHÃES, Maria Cristina Faria. **A Correlação entre Acusação e Sentença nas Ações Penais Condenatórias: a conformidade entre a lei processual penal e a Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- MALAN, Diogo Rudge. **A Sentença Incongruente no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Millennium, 2009. v. 3.
- MEDINA, José Miguel Garcia. **Constituição Federal Comentada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2012
- MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova reforma do Código de Processo Penal: comentada artigo por artigo**. São Paulo: Método, 2008.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de Oliveira; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010b. v. 4.

WATANABE, Kazuo. **Cognição no Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.