

EMENDATIO E MUTATIO LIBELLI NO SISTEMA ACUSATÓRIO

José Eduardo de Souza Pimentel¹

1. Introdução; 2. O Estado democrático e os fins do processo penal; 3. Os modelos processuais inquisitivo e acusatório; 4. O processo acusatório na Constituição; 5. Princípio da correlação; 6. Emendatio libelli; 7. Mutatio libelli; 7.1. Mutatio libelli sem aditamento; 7.2. Mutatio libelli com aditamento; 8. Princípio da correlação e ineficácia dos atos processuais; 9. Emendatio e Mutatio Libelli no projeto do novo CPP; 10. Conclusões; Bibliografia.

1. Introdução

O presente trabalho aborda o processo penal como instrumento de que se vale o Estado Democrático de Direito para limitar o próprio poder punitivo (que nasce da violação da norma penal) e, ao mesmo tempo, tornar efetivas as garantias constitucionais reservadas aos acusados.

Discorre-se, de início, sobre os modelos processuais inquisitivo e acusatório, identificando os seus traços distintivos, para, em seguida, afirmar que é este último que encontra guarida em nossa Carta Política.

Estabelecida essa premissa, estuda-se o princípio da correlação, destacando-se capítulos para os institutos da *emendatio libelli* e *mutatio libelli* (com e sem aditamento à denúncia). Vêm a lume, então, as soluções derivadas dos procedimentos ditados pelos artigos 383 e 384 do Código de Processo Penal em vigor, que, não obstante acolhidas pela doutrina, não estão imunes a críticas, posto que se apresentam em desconformidade com o modelo processual constitucional agasalhado pela Constituição.

Segue que o princípio da correlação é relacionado ao estudo das nulidades e finaliza-se enfocando o regime da *emendatio libelli* e *mutatio libelli* como concebido no projeto do novo Código de Processo Penal, inclusive em face das conclusões construídas nos capítulos anteriores.

¹ O autor é Promotor de Justiça em Piracicaba e mestrando em Direito Processual Penal pela PUC/SP.

2. O Estado democrático e os fins do processo penal

O Estado Democrático de Direito é aquele que se concebe autolimitado – para a valorização da pessoa humana – e se dispõe a cumprir e fazer valer o seu estatuto dos *Direitos Fundamentais*.

O processo penal cumpre esse mister quando o Estado cogita do exercício de seu poder punitivo. Afinal, nos termos do artigo 5.º, inciso LIV, da C.F., “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Deflui desse comando que, para a efetivação do *jus puniendi*, o Estado se submete ao processo penal, que lhe impõe ônus e limites de atuação², ao mesmo tempo em que garante àquele a quem potencialmente se dirige a sanção os direitos inerentes à condição de acusado.

O processo é, assim, uma relação jurídica concessiva de prerrogativas e deveres das partes, que se transmudam em garantias, ativa e passiva:

(...) o processo é garantia ativa porque, diante de alguma ilegalidade, pode a parte dele utilizar-se para a reparação dessa ilegalidade. Nesse sentido existe a garantia do habeas corpus, contra a violação do direito de locomoção sem justa causa, o mandado de segurança, contra a violação do direito líquido e certo não amparado por habeas corpus, a garantia geral da ação, do recurso ao Judiciário, toda vez que houver lesão a direito individual etc.

O processo diz-se uma garantia passiva porque impede a justiça pelas próprias mãos, dando ao acusado a possibilidade de ampla defesa contra a pretensão punitiva do Estado, o qual não pode impor restrições da liberdade sem o competente e devido processo legal. Ainda, é o processo garantia passiva quando impede a justiça privada, isto é, garante que a submissão ao direito de outrem não se fará por atividade deste, mas por atividade solicitada ao Judiciário, que examinará o cabimento e a legitimidade de tal pretensão³.

Com efeito, ao Estado não é permitido aplicar a sanção penal de forma direta, como ocorria em fases já superadas da evolução histórica. Por isso recorre ao processo, que cumpre, como observa Rogério Lauria Tucci, duas finalidades: a) tutelar a liberdade jurídica do indivíduo, como membro da comunidade e em face do Estado; e

² Além da previsão do devido processo legal, outras disposições constitucionais, incluídas no rol dos *Direitos Fundamentais*, condicionam ainda mais a persecução criminal, atuando sobre os limites do poder punitivo do Estado. A par daquelas que refletem primordialmente no campo do Direito Penal – como a norma que exige uma lei formal para definir a conduta criminosa (art. 5.º, inciso XXXIX) ou aquela que institui a proibição da *reformatio in pejus* (art. 5.º, inciso XL) – existem outras que incidem diretamente no processo penal. Dessa modalidade estão as regras que proíbem a utilização da prova ilícita (art. 5.º, LVI); os tribunais de exceção (art. 5.º, inciso XXXVII); a que prevê o Juiz natural (art. 5.º, LIII); a que determina a publicidade dos atos processuais (art. 5.º, LX); e, especialmente, a que fomenta, no processo penal, a ampla defesa e o contraditório (art. 5.º, LV). (nota do autor).

b) efetivar a punição diante da prática de atos penalmente relevantes praticados em detrimento da estrutura social⁴.

3. Os modelos processuais inquisitivo e acusatório

A noção de que o processo é condicionante do poder punitivo é deveras antiga. José Frederico Marques observara, a propósito, que, no Direito Romano primitivo, “quando a disciplina e a *coercitio to iudicium domesticum* passou para a *civitas*, o magistrado, exercendo o poder de custodiar a ordem pública, comprovava, antes, a existência do fato delituoso, para aplicar o respectivo castigo”⁵.

Todavia, nos primórdios do processo que se espalhou pela Europa Continental, até mesmo por influência da Inquisição encampada pela Igreja, ao juiz que o conduzia recaía a responsabilidade pelo resultado da persecução penal. Essa era, sem dúvida, sua preocupação mais relevante. Nesse sistema, denominado inquisitivo, o acusado não tinha voz ou direitos que pudessem se contrapor ao inexorável destino traçado pelo *persecutio criminis*.

Garcia Valdés destaca as seguintes características do procedimento inquisitivo: a) a concentração das três funções (acusadora, defesa e julgadora) numa única pessoa; b) o sigilo; c) a ausência de contraditório; d) o procedimento escrito; e) juízes permanentes e irrecusáveis; f) as provas são valoradas segundo regras pré-estabelecidas; g) a confissão é o que basta à condenação; e h) a possibilidade do recurso de apelação⁶.

A Revolução Francesa e os princípios humanitários proclamados por Beccaria fomentaram a substituição desse sistema pelo procedimento acusatório⁷. Neste, as funções persecutórias do juiz são transferidas ao Ministério Público (ou querelante), que se apresenta como titular da ação penal. No outro pólo está o réu, sujeito de

³ GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal, 2ª. ed., 1993, São Paulo, Ed. Saraiva, p. 40.

⁴ *Apud* POZZER, Benedito Roberto Garcia. **Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCrim, 2001, p. 15.

⁵ BUENO, José Antônio Pimenta. **Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro**. Edição anotada, atualizada e complementada por José Frederico Marques. São Paulo: RT, 1959, p. 8.

⁶ *In* TORINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. v. 1, 3ª. ed., Bauru: Jalovi, 1977, p. 66.

⁷ Ressalva-se contudo, com a lição de Hélio Tornaghi, que “o processo não é sempre e em toda parte a mesma coisa. Varia com a organização do Estado, com a maior ou menor concentração do Poder, com a maneira de distribuir e exercer as funções soberanas e assim por diante. Por isso mesmo, ele teve no Direito Romano um aspecto e no germânico outro; na Idade Média assumiu diferentes feições e, **mesmo no Direito moderno, pode ser diverso em cada regime político**. (...) Mas dentro de uma organização política determinada é então possível classificar e conceituar o processo sob o aspecto jurídico” (*Apud* POZZER, Benedito Roberto Garcia. **Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCrim, 2001, p. 27) – g.n.

direitos processuais e não mais objeto das investigações. Estabelece-se, então, um “processo de partes”⁸; que se assenta no pressuposto da paridade de armas, das quais a acusação e a defesa podem se utilizar para fazer valer as suas razões a um juiz eqüidistante, previamente investido da função judicante, e, conceitualmente, imparcial.

Conseqüência da adoção do sistema acusatório é que há uma gama de direitos processuais, da acusação e da defesa, que ao juiz cumpre preservar, agora não mais como órgão da repressão criminal, mas especialmente como titular da jurisdição.

Dessa concepção, decorre que:

a *persecutio criminis* não é mais o exercício do poder de autodefesa do Estado para aplicar a lei penal. As formalidades do sistema inquisitivo passaram de procedimentais a processuais. O magistrado, no juízo penal, não atua como órgão do Estado destinado a tornar efetivo o *jus puniendi*, e sim como órgão imparcial de aplicação da lei. O juiz criminal (da mesma forma que o civil) se substitui às partes em conflito, para aplicar, imparcialmente, o Direito Penal objetivo, dando a cada um o que é seu⁹.

A doutrina aponta, agora, as seguintes características do processo acusatório: a) contraditório; b) igualdade entre as partes acusadora e acusada; c) o processo é público (em situações excepcionais admite-se o sigilo); d) as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a pessoas distintas (em conseqüência, o juiz não pode dar início ao processo: *ne procedat judex ex-officio*); e e) o processo pode ser oral ou escrito.

4. O processo acusatório na Constituição

Sem dúvida, a Constituição da República instituiu entre nós o processo penal de modelo acusatório.

Assim é que a Lei Maior contempla, no seu núcleo imutável (não sujeito a emendas – cf. artigo 60, § 4º), um rol de garantias processuais, dentre as quais se destacam a ampla defesa e o contraditório.

A ampla defesa abrange necessariamente as seguintes possibilidades: a) o conhecimento preciso da imputação; b) a possibilidade contrariar os termos da acusação; c) o conhecimento da prova e a possibilidade de produzir a contraprova; d) o

⁸ A expressão é de José Frederico Marques (idem, p. 9).

⁹ BUENO, José Antônio Pimenta. **Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro**. Edição anotada, atualizada e complementada por José Frederico Marques. São Paulo: RT, 1959, p. 9.

emprego da defesa técnica, exercida por advogado; e e) o recurso da decisão desfavorável.

A idéia de contraditório, a seu turno, está imbricada na de bilateralidade do processo, de que trata o brocardo romano *audiatur et altera pars*. Ora, só se compreende esse instituto se pensarmos em partes atuando ativamente e em igualdade de condições nos atos processuais (ao ato de uma parte sempre haverá a possibilidade de impugnação pela outra¹⁰), perante um juiz isento e eqüidistante.

Para que o juiz obtenha tais atributos, o constituinte organizou o Ministério Público com autonomia administrativa e orçamentária e conferiu aos seus membros as mesmas prerrogativas e vantagens da magistratura. Após fazê-lo, atribuiu ao MP um rol de funções institucionais, dentre elas se destacando, em primeiro lugar, a promoção da ação penal pública (artigo 129, inciso I, CF).

Disso decorre que, no processo penal brasileiro, as funções de acusar e julgar, não obstante afetas ao Estado, são exercidas por órgãos distintos e independentes. Esse aspecto é, como já afirmado, o traço distintivo entre os modelos inquisitivo e acusatório:

A separação das funções de acusador, defensor e julgador representa o mais importante pressuposto, verdadeira essência do sistema acusatório, decorrente da regra *nullum indicium sine accusatione*, uma das maiores garantias do julgamento imparcial, pois o julgador *ne procedat ex officio*¹¹.

Destarte, da atribuição do Ministério Público haurida da Constituição e da expressa previsão à ampla defesa e ao contraditório deriva a percepção do processo como um *actum trium personarum*. Emanada dessa noção a impossibilidade de que o processo seja instaurado por iniciativa do órgão julgador ou que este julgue fora dos limites do pedido de prestação jurisdicional, sob pena, aliás, de ofensa às já mencionadas garantias.

¹⁰ Lembra Vicente Greco Filho que “a Constituição não exige, nem jamais exigiu, que o contraditório fosse prévio ou concomitante ao ato. Há atos privativos de cada uma das partes, como há atos privativos do juiz, sem a participação das partes. Todavia, o que assegura o contraditório é a oportunidade de a eles se contrapor por meio de manifestação contrária que tenha eficácia prática” (GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 2ª. ed., 1993, São Paulo, Ed. Saraiva, p. 55).

¹¹ POZZER, Benedito Roberto Garcia. Op. cit., p. 31.

5. Princípio da correlação

No processo cível o pedido deve ser certo e determinado. O pedido genérico somente é admitido nas hipóteses expressamente previstas no Código de Processo Civil, que excepcionam a regra geral¹².

No processo penal, a petição acusatória deve descrever com precisão o fato delituoso. É o que basta, eis que o pedido será sempre genérico no que se refere à qualidade e quantidade da pena a ser aplicada.

Essa assertiva decorre do princípio da ampla defesa que se irradia no processo, exigindo uma imputação clara, objetiva e precisa. Dela o acusado terá prévio conhecimento, para que possa contrapor os seus argumentos e, eventualmente, rechaçá-la¹³.

Dessa concepção surge o princípio da correlação, também conhecido como princípio da congruência da condenação com a imputação, segundo o qual deve haver uma estrita correspondência entre o fato descrito na denúncia ou queixa e o fato pelo qual o acusado é condenado. Não se admite, portanto, o julgamento *ultra* (além do pedido)¹⁴, *extra* (fora do pedido)¹⁵ ou *citra petitum* (aquém do pedido)¹⁶, o que decorre, como afirmado, da opção pelo sistema acusatório e do respeito ao princípio da inércia da jurisdição:

No processo penal, o fato pelo qual o réu foi condenado deve estar descrito na petição acusatória (denúncia, queixa e seus aditamentos).

¹² Art. 286, CPC - O pedido deve ser certo ou determinado. É lícito, porém, formular pedido genérico:

I - nas ações universais, se não puder o autor individualizar na petição os bens demandados;

II - quando não for possível determinar, de modo definitivo, as conseqüências do ato ou do fato ilícito;

III - quando a determinação do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu.

¹³ Nos termos do artigo 8.º, inciso 4, da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) - Pacto de San José da Costa Rica, a comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada constitui-se em garantia judicial.

¹⁴ Exemplo de Torinho Filho: a denúncia imputa a Mévio um crime de lesão corporal leve, não pode o Juiz condená-lo por lesão corporal grave (op. cit., p. 197).

¹⁵ “O Promotor oferece denúncia contra Mévio, imputando-lhe um crime de lesão corporal e, na instrução, se apura que ele cometeu também, um crime de furto, a sentença apreciará, apenas, a primeira infração. A outra poderá ser objeto de novo processo. Se apreciasse aquela segunda infração, estaria decidindo *extra petitum*” (*ibidem*, p. 197).

¹⁶ “Se o Promotor oferece denúncia contra Mévio, imputando-lhe duas infrações, e a sentença apenas se limita a analisar uma delas, tal decisão é nula, porquanto julgou *citra petitum* (aquém do pedido)” (*ibidem*, p. 197).

Por isso, LEO ROSEMBERG, segundo o testemunho de Vladimir Balico, dizia que a petição inicial é o projeto da sentença¹⁷.

6. *Emendatio libelli*

Como já anotado, o réu se defende dos fatos mencionados na peça acusatória¹⁸.

Bem por isso, o juiz não está vinculado à classificação jurídica contida na denúncia. Pode, perfeitamente, entender que o fato imputado – e provado – corresponde a um outro tipo legal e invocá-lo, no dispositivo da sentença, mesmo que isso conduza à imposição de pena mais grave. Frise-se: o fato naturalístico é o mesmo; apenas se depara com errônea classificação legal.

É o que estabelece o artigo 383 do Código de Processo Penal:

Art. 383 - O juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

Sustenta a doutrina que não há qualquer limitação à aplicação dessa regra, uma vez que não se cogita de surpresa para as partes. Há autores que ressaltam que o tribunal não poderá dar a nova definição jurídica que importe em aplicação de pena mais grave, na hipótese de recurso exclusivo da defesa, ante a proibição da *reformatio in pejus*¹⁹.

Não comungamos desse entendimento. Também o tribunal poderá corrigir a capitulação do fato²⁰, ainda que isso determine a condenação por um crime mais grave. Nem por isso a pena poderá ser agravada se a acusação, ainda que implicitamente, conformou-se com a sanção estabelecida na instância inferior.

As mesmas regras valem para a desclassificação. Para que se opere o reconhecimento de crime menos grave é preciso que todos os elementos fáticos

¹⁷ BALICO, Vladimir. *Sentença. Correlação entre acusação e sentença. Coisa julgada. Limites objetivos e subjetivos. Efeitos civis da sentença penal. Aplicação dos artigos 383 e 384 do CPP e a ineficácia dos atos processuais. O sistema de nulidades no processo penal*. In: SILVA, Marco Antonio Marques da. *Tratado temático de processo penal*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2002, p. 407.

¹⁸ STF: “O réu defende-se do fato que lhe é imputado na denúncia ou queixa e não da classificação jurídica feita pelo MP ou querelante” (HC n.º 61.617-8/SP, j. 4.5.84; no mesmo sentido: RT 461/306 e 507/525).

¹⁹ Cf. CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 5ª. ed, rev. , São Paulo: Saraiva, 2000, p.363.

²⁰ Nesse sentido: A “*emendatio libelli*” – a peça acusatória, não obstante descrever com precisão o fato concreto, empresta-lhe qualificação legal diversa (CPP, art. 383) — pode ser praticada pelo Tribunal de 2º grau, por isso que ela não se confunde com a “*mutatio libelli*” (CPP, art. 384), objeto da Súmula 453-STF (HC 74009/MS, 2ª. T, Rel. Min. Carlos Velloso).

estejam descritos na denúncia (exemplos: roubo para furto; homicídio para lesão corporal).

A desclassificação do crime doloso para o crime culposo somente é possível se a denúncia ou queixa contiver menção a condutas que possam ser compreendidas como culposas. Inúmeras decisões proclamam ser vedado ao juiz condenar acusado de crime doloso por crime culposo, eis que este pressupõe a descrição da modalidade de culpa em sentido estrito²¹.

Na ausência dessas condições, deve-se submeter o caso à disciplina do artigo 384 do CPP, relativo à mudança da imputação.

A providência, contudo, mostra-se desnecessária quando a defesa pleiteia expressamente a desclassificação. Desse modo, assume as consequências da admissão da situação de fato que altera a classificação do delito. Pense-se no réu acusado de “trazer consigo, para fins de tráfico, substância entorpecente” e pleito da defesa no sentido de que se reconheça que ele trazia a droga “para uso próprio”, buscando a desclassificação da imputação de tráfico para o porte de substância entorpecente.

A descrição do crime-fim pressupõe a imputação do crime-meio. Dizer que fulano matou alguém abrange a imputação de que aquele causou lesão corporal. Falar que beltrano subtraiu para si coisa de cicrano implica em reconhecer que aquele causou prejuízo a este outro.

Outra questão poderia ser lembrada. Figure-se o caso em que, no momento da prolação da sentença, o juiz vislumbra nova classificação jurídica do fato imputado, que determinaria rito processual mais amplo. Na situação, deve se converter em diligência o julgamento, possibilitando a manifestação das partes, *v.g.*, como permite o artigo 499 do CPP.

7. *Mutatio libelli*

A modificação (*mutatio*) da acusação (*libelli*) corresponde à alteração da narrativa acusatória com repercussão na classificação jurídica do delito.

Se na disciplina da *emendatio libelli* cuidávamos do mesmo fato naturalístico, agora nos ocupamos de nova definição jurídica, isto é, da identificação de

²¹ Cf. RT 572/342, 640/387 e 646/313.

circunstâncias fáticas penalmente relevantes que emergiram no curso da instrução do processo, aos quais a petição acusatória não fez menção²². Estes correspondem a elementos do tipo penal e circunstâncias legais especiais (qualificadoras, causas de aumento e diminuição da pena). Pela letra da lei, agravantes e atenuantes genéricas poderiam ser conhecidas pelo juiz, ainda que não alegadas (art. 385).

O Código de Processo Penal trata da *mutatio libelli* no artigo 384. Estabelece duas providências a serem adotadas pelo juiz quando, em consequência da prova existente nos autos, se depare com circunstância elementar não contida, explícita ou implicitamente, na petição acusatória.

Circunstância elementar não equivale a fato novo. Um fato novo, cujo conhecimento adveio da instrução processual, deve ser objeto de um novo processo. A circunstância, ao contrário, deverá necessariamente gravitar em torno do fato imputado, sendo dele um acessório, sem vida própria.

Se a nova definição jurídica do fato não acarretar a imposição de pena mais grave, segundo a disciplina do Código, deve o magistrado conceder vista à defesa para que, no prazo de 8 (oito) dias, se manifeste e, querendo, produza prova, se necessário com a oitiva de até três testemunhas (art. 384, *caput*).

Acaso a nova definição jurídica implique em pena mais grave, a vista é dada ao Ministério Público, para que adite a denúncia ou a queixa (sempre no caso de ação pública), abrindo-se, em seguida, prazo de 3 (três) dias à defesa para que ofereça prova, podendo arrolar até três testemunhas (art. 384, parágrafo único).

Destarte, segundo a lei de ritos, teríamos duas espécies de *mutatio libelli*: a primeira, de exclusiva atribuição do juiz, sem aditamento à petição acusatória; e a segunda, com aditamento pelo Ministério Público à denúncia ou queixa subsidiária, no caso de ação penal pública.

7.1. *Mutatio libelli* sem aditamento

Dela trata o artigo 384, *caput*, do CPP: o juiz vislumbra circunstância elementar não contida explícita ou implicitamente na denúncia e baixa os autos à defesa, para

²² Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, prefaciando dissertação de mestrado sobre o tema, assegura que “o fato increpado, porém, não emerge estável. A instrução criminal bem pode mostrar modificações relevantes, no fato perquirido. O processo penal, de conhecimento e de execução, pouco tem que se exiba inalterável, recorde-se” (POZZER, Benedito Roberto Garcia. **Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCrim, 2001, p. 13.)

que ela fale no prazo de oito dias e, querendo, produza prova, podendo ser ouvidas até três testemunhas.

Essa regra é muito delicada, por vários motivos.

Por primeiro, porque cogita da possibilidade de uma imputação implícita, cumprindo indagar, de plano, se a alusão implícita a um elemento constitutivo do tipo penal na formulação da acusação não ofenderia as garantias da ampla defesa e contraditório, que pressupõem, como já dissemos, o conhecimento preciso dos termos da acusação.

Afrânio Silva Jardim, em vigoroso estudo, detecta no regime do Código de Processo Penal o instituto da imputação implícita e afirma que contra ele não se opõe a doutrina. Sugere, então, que se permita até mesmo a imputação alternativa, sobre a qual falaremos adiante e que, no seu sentir, se traduziria em maior prestígio às garantias processuais. São suas as seguintes considerações:

Interessante notar que o reconhecimento desta forma implícita de realizar uma imputação no processo penal não tem merecido maiores críticas de nossa doutrina, parecendo, por uma questão de coerência, que ela também não se opõe à imputação alternativa, pelas razões expostas por Luigi Sansò, abaixo transcritas: 'Inammissibilità di una imputazione implícita non significa, peraltro, inammissibilità di una imputazione alternativa. La imputazione implícita è una non imputazione; la imputazione alternativa è una imputazione esplicita'. 'I fatti hanno da essere chiaramente descritti, chè, altrimenti, non v'há una imputazione alternativa, ma una no imputazione'²³.

Um segundo problema se apresenta no momento em que se aplica o dispositivo em comento. É que o juiz não pode antecipar seu julgamento quando dá vista à defesa na forma do artigo 384, *caput*, do CPP. Por outro lado, também não é desejável que se manifeste de forma genérica, adotando um despacho vazio de conteúdo, que não possibilite à defesa conhecer o porquê de estar sendo chamada a se pronunciar, pois, se assim proceder, estará induzindo nulidade ao processo (JTACrim 90/368).

Daí a lição de Grinover, Fernandes e Gomes Filho:

Deve o magistrado, de maneira singela, sem aprofundamento, sem avaliação prévia, mencionar quais são as circunstâncias que, em face da prova, podem alterar a definição jurídica do fato²⁴.

²³ JARDIM, Afrânio Silva. **A imputação alternativa no processo penal**. In *Justitia*, vol. 131, São Paulo: Ministério Público de São Paulo, 1985, p.383.

²⁴ FERNANDES, Antônio Scarance, GOMES FILHO, Antônio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. **As nulidades no processo penal**. 4ª. ed., rev. ampl. e atual., São Paulo: Malheiros, 1995, p. 179-180.

O mais grave, contudo, resulta da constatação de que a providência do juiz faz surgir uma nova imputação, resultando difícil conciliá-la com os princípios da inércia da jurisdição, com a adoção do sistema acusatório e com a norma do artigo 129, inciso I, da Constituição Federal, que estabelece como função privativa do Ministério Público promover a ação penal pública.

Com efeito, a inércia da jurisdição garante a imparcialidade do juiz. Este deve manter-se equidistante das partes, de forma que possa ouvi-las em igualdade de condições; do discurso dialético que travam, o juiz extrairá a melhor solução para a lide.

Ora, ao apontar a elementar não contida na denúncia ou queixa, o magistrado está assumindo a posição que é inerente ao titular da ação penal, usurpando a função reservada pela Carta Política ao promotor de justiça, e, o que é pior, gerando manifesto desequilíbrio entre os litigantes. Nesse momento, já não é imparcial, isto é, já não pode corporificar a síntese do processo dialético.

De ver-se, aliás, que, a se permitir que o juiz corrija a imputação, já não há que se falar em processo acusatório puro.

Traços do processo inquisitivo²⁵ seriam, então, colhidos diante dessa iniciativa do juiz, com possível ofensa ao modelo processual concebido pelo legislador constituinte, que, como visto, é o único que contempla as garantias antes referidas.

Não é demais lembrar que:

Tanto no processo penal como no civil a experiência mostra que o juiz que instaura o processo por iniciativa própria acaba ligado psicologicamente à pretensão, colocando-se em posição propensa a julgar favoravelmente a ela. Trata-se do denominado processo inquisitivo, o qual já se mostrou sumamente inconveniente pela constante ausência de imparcialidade do juiz. E assim, a idéia de que *tout juge est procureur general* acabou por desacreditar-se, dando margem hoje ao processo de ação, que, no processo penal, corresponde ao processo acusatório²⁶.

²⁵ Vicente Greco Filho vê nesse procedimento, contra o qual não se insurge, um “resquício do procedimento de ofício” (op. cit., p. 289).

²⁶ FERNANDES, Antônio Scarance, GOMES FILHO, Antônio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 8ª. ed., rev. ampl. e atual., São Paulo: RT, 1991, p. 57.

Bem por isso, há quem aponte que não se coaduna com a Constituição da República a providência ditada pelo artigo 384, *caput*, do Código de Processo Penal²⁷.

Se assim é, ainda que defluam da instrução as elementares que conduzirão à desclassificação para crime de pena igual ou inferior a do delito imputado, cumprirá ao representante do Ministério Público – sem provocação – e não ao juiz delas cogitar em formal aditamento da denúncia. Em suma, “quem define o *thema decidendum* é sempre quem tem a iniciativa da ação penal²⁸”.

A maioria dos autores aceita, entretanto, as disposições do artigo 384, *caput*, porque admite que a feição constitucional do processo não é incompatível com um sistema processual misto, que conjuga certas características dos procedimentos acusatório e inquisitivo²⁹.

Não há dúvida que segue essa orientação o Código de Processo Penal em vigor, mas isso não equivale à afirmação de sua compatibilidade vertical com a Constituição da República.

Argumenta-se que o Código de Processo Penal vigente não acolhe um juiz submisso às partes. Já lhe faculta, diante do pedido de arquivamento do inquérito policial formulado pelo promotor de justiça, provocar a manifestação do procurador-geral e, através desta, a própria persecução penal (art. 28). Ademais os artigos 156 e 502 conferem ao juiz a possibilidade de determinar diligências necessárias para dirimir dúvidas sobre ponto relevante da causa, sanar nulidades e suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade.

Nessa linha de raciocínio, o respeito à Constituição se daria tão-somente com a impossibilidade do juiz deflagrar a persecução penal. Depois, no curso do processo, teria o magistrado uma atividade supletiva a das partes, estas sim imersas no contraditório, sendo-lhe, então, permitido, para o descobrimento da verdade³⁰, a

²⁷ Nesse sentido: RANGEL, Paulo. **O garantismo penal e o aditamento à denúncia**. Rio de Janeiro. Disponível em <http://www.advogadocriminalista.com.br/home/artigos/0024.html>. Acesso em 08/06/03.

²⁸ SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à justiça penal e estado democrático de direito**. São Paulo: J. de Oliveira, 2001, p. 103.

²⁹ Transcreve-se a lição de Vicente Greco Filho: “O artigo 384 é um resquício de procedimento de ofício e, ainda que indesejável num sistema acusatório puro, justifica-se para os crimes de ação penal pública, nos quais é compreensível algum inquisitivismo do juiz, inclusive em virtude da indisponibilidade da ação penal pública” (*Op. cit.*, p. 290).

³⁰ “O papel do juiz, num processo publicista, coerente com sua função social, é necessariamente ativo. Deve estimular o contraditório, para que se torne efetivo e concreto. Deve suprir às deficiências dos litigantes, para superar as desigualdades e favorecer a *par conditio*. E não pode satisfazer-se com a plena disponibilidade das partes em matéria de prova. (...) é inaceitável que o juiz aplique normas de

complementação de provas incompletas e a correção das irregularidades, inclusive aquelas concernentes à imputação. Há quem diga até que “o artigo 384 e seu parágrafo único, do Código de Processo Penal, constitui a mais nítida demonstração desse sistema processual moderno [o sistema processual acusatório misto], sem ofensa, sequer, à regra da inércia jurisdicional”³¹.

Pozzer, que propugna a validade da atividade inquisitiva do juiz e não vê violação à imparcialidade no ato do juiz que “baixa os autos” quando se depara com a situação prevista no artigo 384, *caput*, do CPP ressalva, entretanto, que, ainda na hipótese de aplicação de pena igual ou menor em virtude da desclassificação, impõe-se a acusação formal por parte do Ministério Público, diante do que dispõe o artigo 129, inciso I, da Constituição Federal.

São suas as seguintes considerações:

Desponta não recepcionada essa norma do Código de Processo Penal, artigo 384, *caput*, pela Constituição da República Federativa do Brasil, que em seu artigo 129, inciso I, reservou, como função institucional, privativa do Ministério Público, promover a ação penal de iniciativa pública.

Diante da possibilidade de nova definição jurídica, por fato não contido na denúncia ou queixa, não poderá o julgador determinar, tão-somente, a complementação da defesa. Impõe-lhe, primeiro, determinar o exercício da acusação, um direito do acusado: direito à acusação formal, deduzida pelo acusador oficial ou particular

(...)

nenhuma razão existe para essa distinção: pena igual ou inferior e, de outro lado, pena superior. A ofensa ao contraditório e ampla defesa existirá, nesse ou naquele caso, desde que não ocorra o aditamento. De toda forma, prevalece a regra do *ne procedat iudex ex officio*, restando incompreensível e injustificada a mencionada distinção, adotada pelo legislador processual penal. Melhor seria ter optado pelo aditamento, sempre que houvesse alteração substancial da imputação, fática ou legal

direito substancial sobre fatos não suficientemente demonstrados. O resultado da prova é, na grande maioria dos casos, fator decisivo para a conclusão última do processo. Por isso, deve o juiz assumir posição ativa na fase instrutória, não se limitando a analisar os elementos fornecidos pelas partes, mas determinando sua produção, sempre que necessário. Ninguém melhor do que o juiz, a quem o julgamento está afeto, para decidir se as provas trazidas pelas partes são suficientes para a formação do seu convencimento. Isso não significa que a busca da verdade real seja o fim do processo e que o juiz só deva decidir quando a tiver encontrado. Verdade e certeza são conceitos absolutos, dificilmente atingíveis, no processo ou fora dele. Mas é imprescindível que o juiz diligencie a fim de alcançar o maior grau de probabilidade possível. Quanto maior sua iniciativa na atividade instrutória, mais perto da certeza ele chegará” (GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v. 27, p. 73-74, *apud* POZZER, Benedito Roberto Garcia. **Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCrim, 2001, p. 33).

³¹ POZZER. Op. cit., p. 34.

O juiz deve atuar com inquisitividade, em busca da verdade criminal, para justa aplicação da norma penal, mas, sempre supletivamente às atividades das partes, sem esquecer da razão e da proporção. Não pode liberá-las de nenhum dos ônus processuais. Cuida do devido processo penal, antevendo a sentença; mas não substitui as partes³².

7.2. *Mutatio libelli* com aditamento

Nessa hipótese, as circunstâncias elementares surgidas na produção da prova processual conduzirão à aplicação de pena mais grave. Antes de proferir a sentença, devem ser adotadas as providências ditadas pelo artigo 384, parágrafo único, do Código de Processo Penal.

Destarte, o juiz deve baixar os autos ao Ministério Público para que este possa aditar a denúncia. Valem, aqui, as mesmas considerações feitas sobre o conteúdo dessa decisão e sobre a possível violação do princípio da inércia da jurisdição. O despacho não deve antecipar o julgamento, nem conter determinação ao órgão acusatório, seja em razão da independência funcional, seja para preservar o que sobrou da imparcialidade do juiz.

O promotor de justiça não está obrigado a aditar a petição acusatória. Não o fazendo, abre ao magistrado a possibilidade de invocar o artigo 28 do CPP, por analogia, segundo a doutrina dominante³³, para que sobre o caso de manifeste o procurador-geral de justiça.

³² Op. cit., p. 161-162.

³³ Em sentido contrário, escreve POZZER:

“Em caso de negativa do aditamento – por entender o acusador não ser possível a nova definição jurídica, vislumbrada pelo juiz – é pacífico o entendimento doutrinário da aplicação do dispositivo no Código de Processo Penal, artigo 28, com a remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça, para, se entender de forma diferente, determinar a outro representante do Ministério Público proceda o aditamento, porque a recusa equivale ao pedido de arquivamento, em relação ao fato ou circunstância descoberta, não contida na denúncia. Caso, também, o Procurador-Geral entenda não aditar restará ao juiz julgar nos limites da acusação exercida.

Não compartilho desse entendimento, porque o controle do artigo 28, do Código de Processo Penal, refere-se à demanda, podendo o Ministério Público requerer o arquivamento dos autos, com referendo ou não do Procurador-Geral de Justiça. Entretanto, exercida a acusação formal, desde que o juiz deva conhecer os fatos em toda sua amplitude, caso as provas indiquem a presença de outras ocorrências, elementos ou circunstâncias, havendo recusa pelo órgão acusador, em aditar a acusação, o julgamento deverá ser procedido de imediato, sem qualquer outra providência, absolvendo-se o acusado, se as provas não demonstrem ter cometido o crime imputado (...).

Entender a recusa de adição, como equivalente ao pedido de arquivamento, não encontra suporte no Código de Processo Penal. O arquivamento representa ausência de *opinio delicti*, vale dizer, não há convencimento do julgador, para desencadear o processo penal condenatório. A recusa do aditamento é ato posterior ao exercício da demanda. O acusador acha-se persuadido da probabilidade de cometimento de certo delito pelo increpado e deseja-lhe a punição por tais fatos. Não adere a necessidade de adição, por achar-se certo da ocorrência do primeiro fato imputado, nada mais. Afastada, portanto, a afirmação de que, ao recusar, de forma implícita, pediu arquivamento, solução artificiosa” (POZZER, Benedito Roberto Garcia. **Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCrim, 2001, p. 168-169).

O procurador-geral de justiça poderá aditar a denúncia, designar um outro promotor de justiça para fazê-lo ou mesmo deixar de aditar a inicial, avaliando a postura do promotor natural. Nessa última hipótese, restará ao juiz absolver o acusado ou condená-lo na forma pedida na denúncia (RT 595/380).

Deve-se lembrar que, em qualquer hipótese, não se exclui a possibilidade do aditamento, de ofício, pelo representante do Ministério Público. Aliás, o aditamento de ofício será sempre desejável, porque rende homenagem ao sistema acusatório, preserva a imparcialidade do juiz e se traduz em ato inerente ao *dominus litis*. Assim sendo, o promotor de justiça que, no curso da instrução, se convence da circunstância elementar não articulada na denúncia deve, incontinenti, aditar a denúncia, no estrito cumprimento de seu dever funcional.

Uma vez aditada a denúncia, seja por provocação do juiz, seja por iniciativa exclusiva do promotor de justiça, abre-se oportunidade à defesa para se contrapor à nova imputação.

É pacífico o entendimento de que, superadas essa fase e a de alegações finais das partes, o acusado poderá ser condenado nos termos da imputação original ou daquela decorrente do aditamento. Nesse sentido, interessante julgado do Supremo Tribunal Federal:

"Habeas corpus. Denunciado o réu como incurso no artigo 171, do Código Penal, converteu o Juiz o julgamento em diligência, em face do artigo 384, parágrafo único, do Código de Processo Penal, para que o Ministério Público pudesse aditar a denúncia, acusando o denunciado de infração ao artigo 297 do Código Penal. Na sentença, o réu foi condenado por infringir o artigo 171, do Código Penal. Exegese do artigo 384 parágrafo único, do Código de Processo Penal. Nessa hipótese, não fica o juiz pedido de manter a primitiva definição da denúncia. O que a lei não quer é que o réu venha a ser condenado por fato do qual não haja tido oportunidade para se defender. No caso, não há falar em cerceamento de defesa ou prejuízo para a defesa do paciente. O Juiz, na decisão, desprezou a classificação de crime de falsificação de documento público, feita no aditamento, para condenar o réu, por estelionato, segundo capitulação original da denúncia". (Rel. Ministro Néri da Silveira)³⁴.

Se assim é, após o aditamento da denúncia, o acusado poderá se deparar com uma imputação alternativa³⁵. Sendo possível a condenação relacionada aos fatos

³⁴ Revista Trimestral de Jurisprudência do STF, vol. 104, p. 1047.

³⁵ Sobre a questão, e comentando o julgado em testilha, discorre Afrânio Silva Jardim:

"O Supremo Tribunal Federal deixou bastante claro que o aditamento a que se refere o comentado parágrafo único do artigo 384, não importa no desfazimento da imputação originária, constante da denúncia ou queixa, (esta na hipótese do artigo 29 do Código de Processo Penal). Vale dizer, mesmo

articulados na denúncia ou àqueles que exsurgiram do aditamento, será deficitária a defesa que não rebater a acusação original em suas manifestações.

8. Princípio da correlação e ineficácia dos atos processuais

A ofensa ao princípio da correlação é causa de nulidade absoluta. Isso porque, como visto, esse princípio está intimamente ligado à garantia da ampla defesa, de assento constitucional:

O princípio da correlação entre a imputação e a sentença representa uma das mais relevantes garantias do direito de defesa, que se encontra tutelado por via constitucional. Qualquer distorção, sem observância do art. 384, CPP, significa ofensa àquele princípio e acarreta a nulidade da sentença (TJPR - RT 565/383 e TACRSP; JTACRESP 76/271, RJDTACRIM 2/159).

Toda vez que garantias constitucionais forem solapadas, o ato processual irregular será, senão inexistente, absolutamente nulo. É que tais garantias visam, em primeiro lugar, ao interesse público, nelas se edificando o devido processo legal³⁶. Por

que o Ministério Público adite a peça acusatória vestibular para nela incluir fato penalmente relevante que altere a tipicidade, não fica o magistrado impedido de condenar o réu pelo fato imputado anteriormente .

(...) Este aresto do Pretório Excelso, a par de dar ao caso concreto a solução absolutamente correta, interpreta o artigo 384, parágrafo único, do Código de Processo Penal no sentido de que dele pode surgir uma imputação alternativa, na medida em que o juiz, feito o aditamento, vai apreciar as duas condutas imputadas: a narrada na denúncia e a atribuída ao réu no aditamento. O acolhimento de uma das imputações levará, necessariamente, à rejeição da outra. Trata-se, pois de imputação alternativa superveniente, e não imputação cumulativa.

Em seu escoreito voto, que mereceu acolhimento unânime, o eminente Ministro Néri da Silveira transcreve o magistério de Eduardo Espínola Filho, no qual o renomado jurista assevera que a circunstância de o legislador ter usado a expressão "possibilidade" significa que a imputação feita na denúncia permanece posta à consideração do juiz, pois "mesmo quando tenha sido feito o aditamento da denúncia ou queixa, poderá, não obstante, condenar o réu pela infração como definida na denúncia ou queixa, e, até, absolvê-lo".

Também o acatado professor Fernando da Costa Tourinho Filho admite esta alternatividade que o aditamento outorga ao juiz: "ademais, bem pode acontecer que o juiz, quando da sentença, com ou sem novas provas, entenda ser mais ajustável à hipótese a primitiva capitulação", referindo-se ao artigo 384, parágrafo único do Código de Processo Penal.

O Projeto de Código de Processo Penal, ora em tramitação no Congresso Nacional, ainda é mais generoso que o sistema atual, vez que admite aditamento à denuncia também quando "a ação penal deva abranger, pelo mesmo crime outros acusados não incluídos na denúncia", tornando possível até mesmo a imputação alternativa subjetiva superveniente. Vejam-se as regras do artigo 233 e seus incisos, do citado projeto.

Disto tudo pode-se extrair uma primeira conclusão: o atual Código de Processo Penal consagra a imputação alternativa restrita superveniente, através do aditamento à denúncia ou queixa. Isto não há de causar maior crítica, na medida em que o legislador, no caput do artigo 384, chega a admitir imputação implícita e mesmo condenação por fato imputado, ainda que implicitamente. A censura deve recair sobre estas duas últimas hipóteses, vez que, como o aditamento o fato passa a ser atribuído ao réu, possibilitando o pleno exercício da defesa. (JARDIM, Afrânio Silva. **A imputação alternativa no processo penal**. In Justitia, vol. 131, São Paulo: Ministério Público de São Paulo, 1985, p. 383-384).

³⁶ Nesse sentido, cf. FERNANDES, Antônio Scarance, GOMES FILHO, Antônio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. **As nulidades no processo penal**. 4^a. ed., rev. ampl. e atual., São Paulo: Malheiros, 1995, p. 21.

isso, tais nulidades devem ser reconhecidas de ofício, isto é, independentemente da arguição das partes.

Cuidemos de duas hipóteses, colhidas na doutrina e jurisprudência, acerca da inobservância da regra do artigo 384 do CPP.

Assim é que, no caso de desclassificação de uma receptação dolosa (imputada na denúncia) para uma receptação culposa sem a observância do dispositivo em comento haverá nulidade. Se o Ministério Público não apelar – ou se, recorrendo, não apontar a nulidade, restará ao tribunal absolver o acusado, em face do prescrito nas Súmulas 160 e 453 do STF³⁷ e também do disposto no artigo 617 do CPP, que proíbe a *reformatio in pejus*.

Um outro exemplo: deve-se também aplicar o artigo 384, *caput*, quando a denúncia descreve um crime culposo por negligência e da instrução se verifica que o resultado adveio de imprudência ou imperícia do agente.

9. *Emendatio e Mutatio Libelli* no projeto do novo CPP

O Ministério da Justiça preparou uma série de projetos de lei que visam a reformas pontuais do Código de Processo Penal em vigor. Um desses projetos, o de n.º 4.207/2001, tem por escopo alterar os dispositivos vigentes relativos à suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e aos procedimentos.

A nova redação do artigo 383 do CPP³⁸ permite, seguindo a orientação tradicional, que o juiz atribua nova definição jurídica ao fato descrito na denúncia ou na queixa, sem modificar essa descrição.

³⁷ Súmula n.º 160, STF: “É nula a decisão do tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não argüida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recur.o de ofício”

Súmula n.º 453, STF: “Não se aplicam à 2ª. instância o art. 384 e parágrafo único do CPP, que possibilitam dar nova definição jurídica ao fato delituoso, em virtude de circunstância elementar não contida explícita ou implicitamente na denúncia ou na queixa”.

³⁸ Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em conseqüência, tenha de aplicar pena mais grave.

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

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

§ 3º Se, em conseqüência de definição jurídica diversa, houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, o juiz procederá de acordo com o disposto na lei.

§ 4º Tratando-se de infração da competência do Juizado Especial Criminal, a este serão encaminhados os autos.

Duas são as novidades introduzidas: a) as partes deverão ser intimadas da nova definição jurídica do fato antes da prolação da sentença; e b) há expressa previsão da correção da classificação no momento em que o juiz recebe a petição acusatória.

A primeira alteração demonstra cuidado excessivo do legislador e o abandono da idéia, sedimentada por inúmeros julgados, de que o réu se defende dos fatos descritos na inicial e não da classificação jurídica alvitada pelo órgão acusador.

O projeto não prevê recurso da decisão³⁹ que atribui, no momento anterior ao da prolação da sentença, a nova definição jurídica. Desse modo, o novo procedimento talvez consagre um ato de arbítrio (ao qual as partes devem se conformar), sem sentido ou meramente procrastinatório.

Talvez o projeto tenha sido um pouco mais feliz no que se refere à correção da definição jurídica no pórtico da ação penal. Nessa hipótese, é nítido o objetivo de adequar a classificação e as conseqüências jurídicas dela emergentes ao fato descrito.

O Código de Processo Penal em vigor não contém previsão similar. Essa omissão redundou em muita polêmica acerca da possibilidade do juiz, ao receber a denúncia, desclassificar o crime nela descrito.

Da ementa do Recurso Extraordinário n.º 104.478-1/MS, relatado pelo saudoso Ministro Cordeiro Guerra, se extrai a orientação de que o juiz não poderia fazê-lo:

EMENTA - Não cabe ao Juiz, ao receber a denúncia, desclassificar o crime nela descrito.

O despacho que altera a classificação do crime constante da denúncia, rejeita-a nesta parte, e, conseqüentemente, enseja o recurso previsto no art. 516, letra d, do CPPM⁴⁰. RE conhecido e provido

Ainda que esse seja o entendimento predominante em nossos Tribunais, Walberto Fernandes de Lima, em estudo de fôlego⁴¹ sobre a matéria, leciona que a doutrina contra ele se opõe. De seu trabalho se reproduz a lição de Geraldo Prado:

³⁹ O Poder Executivo optou por fazer reformas pontuais no Código de Processo Penal. O projeto em comento não modifica o procedimento reservado aos recursos, tratado à parte (nota do autor).

⁴⁰ Embora o julgado se refira ao Código de Processo Penal Militar, as disposições relativas ao recebimento da denúncia e *emendatio libelli* coincidem com a lei de ritos comum. Tanto assim que, por ocasião da interposição do recurso extraordinário, o procurador-geral invocou julgado do extinto Tribunal Federal de Recursos: "DENÚNCIA – DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME NO ATO DE RECEBIMENTO – INADMISSIBILIDADE. Não cabe ao Juiz, ao receber a denúncia, desclassificar o crime nela descrito, para declarar-se incompetente. O poder de dar nova definição do delito advém da prova, tal como deflui dos arts, 383 e 384 do CPP" (HC n.º 4.759/PI, publicado no DJ de 27.10.80).

(...) o sistema acusatório, que demanda plenitude de defesa e contraditório, em face da pretensão do processo justo, assegura a 'emendatio libelli', prevista no art. 383 do Código de Processo Penal, na fase de sentença, mas aplicável a todo o tempo (quanto antes, melhor), principalmente se resultar em significativa alteração do procedimento.

(...) Justamente este tipo de controle, deduzido, a princípio ou no decorrer do processo, até a sentença, permitirá que o acusado não fique 'refém' da classificação jurídica emanada da acusação, em virtude da qual poderá, ou não, incidir um modelo de processo consensual, poderá ou não ser cabível a prisão preventiva ou a liberdade provisória, com ou sem fiança (...)⁴².

Pelo projeto, busca-se dirimir a questão, tendo se optado pela correção da capitulação jurídica do fato desde o início da ação penal. O cuidado rende homenagem a direito subjetivo do acusado, porque é possível que, pela *emendatio* realizada por ocasião do recebimento da denúncia, seja possível oferecer-lhe certos benefícios (como transação penal, suspensão do processo, liberdade provisória mediante fiança, etc), antes vedados pela capitulação equivocada da peça de imputação.

O projeto prevê, inclusive, a remessa do feito ao Juizado Especial Criminal, quando se operar a desclassificação para infrações de menor potencial ofensivo. Nada impediria que cogitasse, talvez, da adequação do rito, nos casos em que a emenda à tipificação reclamar um outro procedimento, mas essa providência será, evidentemente, cumprida.

Alteração marcante e consentânea com o modelo acusatório do processo penal pátrio ficou reservada para o artigo 384 do Código de Processo Penal. Pela redação do projeto⁴³, retira-se do juiz a possibilidade de se manifestar sobre a circunstância ou elemento da infração penal não contido na denúncia ou queixa. Cumprirá ao Ministério Público fazê-lo por ocasião das alegações finais ("encerrada a instrução probatória..."),

⁴¹ LIMA, Walberto Fernandes de. *Emendatio Libelli no Juízo de Admissibilidade: é possível?* Rio de Janeiro, AMPERJ, Disponível em: <http://www.amperj.org.br/port/combody3.htm>. Acesso em 02/06/03 .

⁴² *Apud* LIMA, Walberto Fernandes de. Op. cit.

⁴³ Art. 384. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de circunstância elementar não contida na acusação, o Ministério Público poderá aditar a denúncia ou queixa, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.

§ 1º. Ouvido o defensor do acusado e admitido o aditamento, o juiz designará desde logo, se for o caso, dia e hora para continuação da audiência, com novo interrogatório do acusado, inquirição de testemunhas e realização de debate e julgamento.

§ 2º. Aplicam-se ao previsto no *caput* deste artigo as disposições dos §§ 3.º e 4.º do art. 383.

§ 3º. Havendo aditamento, a defesa poderá arrolar até 3 (três) testemunhas, no prazo de três dias.

§ 4º. Não recebido o aditamento, a audiência prosseguirá.

sempre de ofício e sem qualquer provocação do magistrado, uma vez encerrada a instrução probatória.

Sobre essa providência falará o defensor do acusado. Somente após essa manifestação, o aditamento será eventualmente admitido, seguindo-o a audiência de inquirição das testemunhas, se assim pleitearem as partes.

10. Conclusões

Figura-se inequívoco que a Constituição da República impõe que o processo penal pátrio adote o modelo acusatório.

Sendo o traço mais marcante desse modelo a separação entre as funções de julgar e acusar, ainda que a legislação infraconstitucional confira ao juiz poderes instrutórios amplos e propugne a sua vocação para a busca da verdade real, reputam-se não recepcionados pela Carta Política os dispositivos do Código de Processo Penal em vigor que conferem ao magistrado a possibilidade de modificar, no momento em que deveria prolatar a sentença, o âmbito da prestação jurisdicional delimitada pelo pedido contido na petição acusatória.

Dessa forma, a *mutatio libelli* deve ficar reservada ao autor (Ministério Público ou querelante), sendo desejável, ademais, que não a estabeleça em decorrência da provocação do juiz, como manda o artigo 384 do CPP, mas que aja espontaneamente, após encerrada a instrução, o que se mostra necessário para preservar a imparcialidade do julgador e conservá-lo equidistante das partes, isto é, na mesma posição em que se encontrava quando instaurada a ação penal.

Remanescem, portanto, do 384 do CPP, agora lido em consonância com a Carta Política, a possibilidade do aditamento da petição acusatória no curso do processo (frise-se: espontâneo) e o procedimento que assegura ao acusado, à vista da nova imputação, a possibilidade efetiva de contrariá-la.

De ver-se que o regime desse instituto, como estabelecido no projeto de lei n.º 4.207/2001 (cf. capítulo 9, supra), melhor se ajusta aos institutos da ampla defesa e contraditório, ao perfil constitucional do Ministério Público e ao modelo processual acusatório.

Bibliografia

BALICO, Vladimir. **Sentença. Correlação entre acusação e sentença. Coisa julgada. Limites objetivos e subjetivos. Efeitos civis da sentença penal. Aplicação**

dos artigos 383 e 384 do CPP e a ineficácia dos atos processuais. O sistema de nulidades no processo penal. In: SILVA, Marco Antonio Marques da. *Tratado temático de processo penal*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2002.

BUENO, José Antônio Pimenta. *Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro*. Edição anotada, atualizada e complementada por José Frederico Marques. São Paulo: RT, 1959.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 5ª. ed, rev. , São Paulo: Saraiva, 2000.

FERNANDES, Antônio Scarance, GOMES FILHO, Antônio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. 4ª. ed., rev. ampl. e atual., São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *Recurso no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação*. 2ª. ed., rev. e atual., São Paulo: RT, 1999.

_____. *Teoria geral do processo*. 8ª. ed., rev. ampl. e atual., São Paulo: RT, 1991.

JARDIM, Afrânio Silva. *A imputação alternativa no processo penal*. In Justitia, vol. 131, São Paulo: Ministério Público de São Paulo, 1985.

LIMA, Walberto Fernandes de. *Emendatio Libelli no Juízo de Admissibilidade: é possível?* Rio de Janeiro, AMPERJ, Disponível em: <http://www.amperj.org.br/port/combody3.htm>. Acesso em 02/06/03.

MARQUES, José Frederico, *A instituição do Júri*. Campinas: Bookseller, 1997.

PORTO, Hermínio Alberto Marques. *Júri: procedimentos e aspectos do julgamento. Questionários*. 9ª. ed., ampl. e atual, São Paulo: Malheiros, 1998.

POZZER, Benedito Roberto Garcia. *Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCrim, 2001.

RANGEL, Paulo. *O garantismo penal e o aditamento à denúncia*. Rio de Janeiro. Disponível em <http://www.advogadocriminalista.com.br/home/artigos/0024.html>. Acesso em 08/06/03.

SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à justiça penal e estado democrático de direito**. São Paulo: J. de Oliveira, 2001.

TORINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. v. 1, 3^a. ed., Bauru: Jalovi, 1977.

_____. **Processo penal**. v. 4, 16^a. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1994.